

# ***El Periodo de Sospecha en los Procesos Concursales***

Rama del Derecho: Derecho Procesal Civil.	Descriptor: Quiebras.
Palabras clave: Periodo de Sospecha.	
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 26/11/2012.

## **Índice de contenido de la Investigación**

<b>1 Resumen</b> .....	<b>1</b>
<b>2 Doctrina</b> .....	<b>1</b>
a) Concepto del Periodo de Sospecha.....	1
b) Finalidad del Periodo de Sospecha.....	2
<b>3 Normativa</b> .....	<b>2</b>
a) El Periodo de Sospecha en el Código Civil.....	2
b) El Periodo de Sospecha en el Código de Comercio.....	2
<b>4 Jurisprudencia</b> .....	<b>3</b>
a) La Fijación del Periodo de Sospecha.....	3
b) La Retroacción del Periodo de Sospecha.....	6

### **1 Resumen**

El presente informe de investigación reúne información sobre el llamado “Periodo de Sospecha”, en los Procesos Concursales, la cual desarrolla el concepto y finalidad del mismo por parte de la doctrina y la normativa y sus criterios de aplicación y periodo de fijación por parte de la jurisprudencia.

### **2 Doctrina**

#### ***a) Concepto del Periodo de Sospecha***

[Scherler Vainstein, D]<sup>1</sup>

Los citados artículos se refieren a lo que en doctrina se conoce como el “período de sospecha”, que sustancialmente involucra el tiempo en que se gesta la situación de crisis de un sujeto de derecho, el tiempo previo al sometimiento formal de ese agente a un

procedimiento concursal, así como los momentos iniciales de tal procedimiento administrativo concursal hasta que los acreedores asumen pleno control sobre la masa concursal. Además del factor temporal, ciertamente relevante en este período es lo inherente al manejo patrimonial del deudor durante todo ese tiempo.

[Garrone, J.A]<sup>2</sup>

Denomínase período de sospecha al que transcurre entre la fecha que se determine como la iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra. En la legislación argentina la fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos la fija el juez sobre la base del informe del síndico y del fallido, y no puede retrotraerse más allá de dos años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo. La resolución que fija la fecha de iniciación de la cesación de pagos es apelable por quienes hayan intervenido en la articulación y por el fallido.

### ***b) Finalidad del Periodo de Sospecha***

[Scherler Vainstein, D]<sup>3</sup>

La finalidad del “período de sospecha” y de las acciones cuyo ejercicio se habilitan en razón del mismo es, entonces, resguardar los derechos de los acreedores que participan en un procedimiento concursal, de modo que se puedan neutralizar los actos jurídicos (y/o implicancias de éstos) ocurridos en un momento previo a aquel procedimiento o en las etapas iniciales del mismo que perjudiquen la masa patrimonial del deudor en desmedro de los titulares de créditos concursales.

## **3 Normativa**

### ***a) El Periodo de Sospecha en el Código Civil***

[Código Civil]<sup>4</sup>

Artículo 888. El estado de insolvencia, una vez declarado y mientras no se justifique ser de época más reciente, se presume haber existido treinta días antes de la fecha en que se solicitó la declaratoria. Puede retrotraerse hasta tres meses, con prueba de que la insolvencia era anterior.

### ***b) El Periodo de Sospecha en el Código de Comercio***

[Código de Comercio]<sup>5</sup>

Artículo. 868. El auto que declara la quiebra fijará con calidad de "por ahora" y en perjuicio de tercero, la época en que hubiere cesado el fallido en el pago corriente de sus

obligaciones. De no haber en el expediente prueba de ser más reciente, el Juez retrotraerá los efectos de la declaratoria hasta tres meses. El curador, o cualquier acreedor, en cualquier tiempo, podrá promover incidente para que se varíe esa fecha, pudiendo retraerla hasta seis meses del día en que se declare la quiebra.

## 4 Jurisprudencia

### *a) La Fijación del Periodo de Sospecha*

[Sala Segunda]<sup>6</sup>

III. La protesta, desde ese punto de vista, se hace descansar en que el fallo del Ad quem violó el citado numeral 162 del Código Procesal Civil, porque ignoró la existencia de una resolución que tiene fuerza de cosa juzgada material; esto es, la sentencia de esta Sala N° 200, de las 9 y 40 horas, del 29 de setiembre de 1993, mediante la cual se declaró sin lugar un recurso de casación interpuesto contra el pronunciamiento que declaró la Quiebra del “Banco Germano Centroamericano, S. A.” (aquí, parte actora). La cosa juzgada es de naturaleza dispositiva, de modo que la parte que considere que una pretensión procesal, deducida por su contraria, ya fue resuelta en otro proceso anterior, con los efectos propios de ese instituto jurídico, debe invocarla como excepción o defensa dentro de los primeros diez días del emplazamiento y, a más tardar, en cualquier estado del proceso, pero antes de que se dicte sentencia de segunda instancia (artículos 298 y 307 del Código Procesal Civil). En el presente caso, la parte demandada presentó, por la vía de la reconvenión, las petitorias que acogió el Tribunal. Al contestarla, la contrademandada omitió oponer la excepción correspondiente, lo que debió hacer en el plazo señalado en el artículo 309 de ese Código, pues solo invocó las defensas de fondo de falta de derecho y de sine actione agit (véase contestación de folio 46) y tampoco lo hizo posteriormente, en forma oportuna. Así las cosas, si existiese contradicción entre el fallo del tribunal que acogió la contrademanda y la sentencia anterior de esta Sala, ha de tenerse por consentida la posibilidad de que se discuta y resuelva de nuevo el punto; ya que, por lo explicado, no es posible achacar al Tribunal la violación en referencia, porque no se trató de ningún presupuesto de la sentencia que deba ser revisado de oficio. En todo caso, si así fuera -que no lo es- ningún pecado al respecto cometió el Tribunal en su fallo. Si bien es cierto que la declaratoria de una quiebra admite el recurso de casación (artículo 764 del Código Procesal Civil) y que puede decirse que ese pronunciamiento tiene efectos de cosa juzgada material, porque la declaratoria no es impugnabile, en alguna otra vía y produce afectos jurídicos negativos, en la persona del deudor y en sus relaciones jurídico-patrimoniales; no lo es que, en el punto tenga semejantes consecuencias; porque, precisamente, de acuerdo con la ley (artículos 868 del Código de Comercio en la quiebra y 888 del Código Civil en relación con el 765 del Procesal Civil para el concurso civil), la fijación que se hace en la sentencia de quiebra o concurso es siempre provisional; esto es, <sup>2</sup>en calidad de por ahora<sup>2</sup>, como dice el Código de Comercio, con la finalidad de que, posteriormente, se pueda discutir de nuevo el punto, para ampliar el plazo hasta los máximos legales permitidos, o para abreviarlo, si así lo exige el inicio del hecho generador



de la respectiva ejecución concursal (cesación de pagos o insolvencia, según se trate de quiebra o de concurso civil). En el presente caso así se dispuso (véase documento de folio 401) y, por lo consiguiente, no es posible afirmar válidamente que, la revisión de ese aspecto, choque con lo resuelto anteriormente.-

**IV.-** No es posible tampoco estimar que, el Ad quem, violentara el artículo 868 del Código de Comercio al modificar el plazo de retroactividad de los efectos de la quiebra, indicado en la sentencia declaratoria de ese estado; para fijarlo en seis meses, como plazo máximo permitido por esa disposición. Sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente, sobre la vía correcta para hacerlo, la interpretación que se le dio a la norma es conforme a Derecho. Como acertadamente se analiza en la sentencia recurrida, en doctrina existen diversos sistemas de fijación del llamado período de sospecha: el absoluto o abierto, que permite retrotraer ese período hasta el momento en que dio inicio el presupuesto objetivo (hecho que la provoca) de la ejecución; el fijo, que se deja al arbitrio del legislador; y, el mixto, que permite, partiendo inicialmente de una fijación provisional o de “por ahora”, hacerle ajustes mediante extensiones o reducciones, a instancia de parte legitimada, si el hecho que provoca la ejecución no coincide con la fijación tentativa. Como es fácil deducirlo, el legislador nuestro optó por este último sistema, tanto para el caso del concurso civil (artículo 888 del Código Civil) como para el de la quiebra (numeral 868 del de Comercio); pues se establece, en esas normas, la fijación provisional en los términos que ellas señalan y se permite “variarla”, con máximos que no es posible sobrepasar, sin violar el mandato legal (seis meses en la quiebra y tres en el concurso). En consecuencia, desde ese punto de vista, exclusivamente, el yerro acusado no existe.-

**V.-** Lo que si es criticable, por lo menos como cuestión de principio, en lo que toca al sistema concursal costarricense, es que el Tribunal, fuera del proceso de ejecución colectiva, revisara lo resuelto al respecto en la sentencia de quiebra y resolviera, en este ordinario, ajustar la retroacción a lo dispuesto por el numeral 868 de repetida cita. Esa norma regula la posibilidad de <sup>2</sup>variar<sup>2</sup> la fecha y, al mismo tiempo, señala una vía específica para hacerlo; lo que también hace el 765 del Código Procesal Civil, aplicable a la especie, de conformidad con el artículo 818 de ese mismo Cuerpo de Leyes. Esa vía es la incidental. Si la ordinaria de mayor cuantía está prevista para conocer aquellas pretensiones que no tengan una vía especialmente señalada en la ley (artículo 287 del Código Procesal Civil), formalmente no ha debido hacerse el pronunciamiento en este proceso, como ya lo ha señalado la jurisprudencia (véase sentencia de esta misma Sala N° 220 de 1984.) El legislador nacional estableció, en el artículo 581 del anterior Código de Procedimientos Civiles, reformado por Ley N° 4327 de 17 de febrero de 1969, el sistema de única revisión del período de sospecha, dentro del proceso concursal, con efectos universales o generales y organizó un procedimiento incidental, con llamamiento general a todos los acreedores, a cumplirse de previo a su trámite, que debía hacerse por edictos en el Boletín Judicial. Esto tenía como propósito permitirle, a éstos, apersonarse a hacer valer sus derechos en el incidente de variación y dictarse, entonces, un pronunciamiento con efectos también generales. La norma podía criticarse porque tal llamamiento se limitó a los acreedores, lo que significaba que no era <sup>2</sup>erga omnes<sup>2</sup>, pues, en estos casos también podría existir otro tipo de interesados (terceros). Piénsese, por ejemplo, en el tercero adquirente en un acto que se quiere comprender en el período de



sospecha (supuesto del inciso 1° del 901 del Código Civil). Pero la verdad es que el legislador tuvo la idea clara de escoger un único sistema, el cual, impide la posibilidad de deducir pretensiones de variación, en todos y cada uno de en los distintos procesos que se intenten, para criticar los actos de disposición del fallido; porque, este modo de proceder es incierto y, si se quiere, hasta anárquico. El Código Procesal Civil actual mantuvo el sistema, en su artículo 765; pero, desafortunadamente incurrió en el error de eliminar el procedimiento de llamamiento general a los acreedores, con lo cual terminó de desquiciar el sistema (en lo que al debido proceso se refiere) el cual, como se dijo, busca en una única oportunidad y con efectos para todos, fijar en definitiva, dentro del proceso concursal, aquel período de retroacción. No obstante, el error de la vía que se le ha señalado a la sentencia del Tribunal, no fue reclamado de manera expresa en el recurso; pues sólo se invocó la violación del artículo 868, en lo que respecta al modo de aplicar la retroactividad, que, en criterio de la parte, puede llevarse hacia el pasado tan lejos como sea comprobada la cesación de pagos, lo cual también es incorrecto. Tal grave omisión en el recurso, le impide a la Sala resolver sobre el punto; por lo que este órgano jurisdiccional, se limita a señalar la situación y a dejar claro que, lo resuelto sobre el particular, únicamente tiene eficacia para las partes de este proceso (artículo 163, 608, párrafo final, del Código Procesal Civil).

**VI.-** Como corolario de lo anterior, ha de concluirse que el fallo de que se conoce, no puede ser violatorio del numeral 901, inciso 2° del Código Civil; pues, a la luz de lo que viene resuelto, lo cual esta Sala no puede cambiar ni afectar, el acto constitutivo de la hipoteca no nació dentro del período de sospecha, sino antes. Obsérvese que ello tuvo lugar a principios de octubre de 1991 y que, el Tribunal, limitó la retroactividad al 25 de diciembre de ese mismo año.

**VII.-** También se reclama que el Ad-quem infringió el artículo 134, inciso 3°, de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (antes de la Ley N° 7558 de 3 de noviembre de 1995; hoy artículo 140, inciso c), pues no acogió la pretensión de nulidad del remate, verificado en ejecución de dicha hipoteca no obstante que la subasta se llevó a cabo cuando el <sup>2</sup>Banco Germano Centroamericano, S. A.<sup>2</sup> se hallaba intervenido por la entonces Auditoría General de Entidades Financieras y que, aquella disposición, señala que “Ningún bien de la entidad, mientras ésta se encuentre intervenida, podrá ser rematado ni podrá ser declarado ningún procedimiento concursal contra estos establecimientos mientras la intervención no cese o el auditor general no dé aviso al juez civil que corresponda”<sup>2</sup>. Esta es una disposición prohibitiva, de indudable interés público, que tiene como explícita y directa finalidad proteger el activo de las entidades financieras en crisis, a través de la paralización de las acciones, procedimientos o procesos, en el sentido dicho, pues sólo de ese modo podría tener éxito la intervención y la aplicación de las medidas de salvamento, que se hubieren dispuesto; así como la eventual conservación de la empresa, con el consiguiente beneficio de los ahorrantes y de los acreedores, en general. Por lo demás, la paralización de los remates, en situación como éstas en que la entidad no se salva de la crisis y es declarada en quiebra, tiene efectos precautorios, en directo beneficio de la masa de acreedores; porque, en la ejecución concursal, los ejecutantes comunes, aunque hayan obtenido embargo y sentencia, antes de la declaratoria, no pueden cobrar individualmente y deben siempre concurrir con los

demás acreedores concursales y los efectos del embargo (si es que los ha producido, en perjuicio de algún adquirente, de un derecho real sobre la cosa) se mantienen, pero a favor de la masa (artículos 640, párrafo final, y 768 del Código Procesal Civil); y los remates que se ordenen en virtud de ejecuciones hipotecarias o prendarias, se regirán, entonces, por reglas distintas (artículo 890 del Código de Comercio). En otras palabras, si la entidad en crisis no sale avante, se han evitado los efectos propios de las acciones individuales, en salvaguarda del principio “par conditio creditorum”. Tal norma -como todas las disposiciones jurídicas- es vinculante para todos y por su claro contenido de interés público, imperativo, prohibitivo y trascendente de las partes del proceso, en que se llevó a cabo el remate, hace que el acto que se realizó no obstante estar expresamente vedado, sea absolutamente nulo, al amparo de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Civil. El argumento del Ad-quem de que, una vez decretada la quiebra, deben aplicarse las normas propias de este otro instituto jurídico y no las de la intervención, es inaceptable, porque si para ambos momentos hay normas propias, éstas deben aplicarse como corresponde temporalmente, salvo aquellos casos en que la propia ley le señala efectos retroactivos a la declaratoria de quiebra; caso en el cual no se está, en este punto concreto. Al no haberse respetado los efectos de la norma 134, inciso 3°, antes citada, el fallo de que se conoce la infringe y de ahí que deba anularse, en cuanto denegó los extremos b) y c) de la demanda y declaró, acogiendo la contrademanda, que los procedimientos del juicio ejecutivo hipotecario donde se celebró el remate, no son anulables. Los primeros deben declararse con lugar, en la forma que se dirá, y la reconvencción desestimarse, en dicho aspecto. En lo demás, por no existir las violaciones reclamadas, según se ha explicado, el recurso es improcedente y debe también desestimarse.

### ***b) La Retroacción del Periodo de Sospecha***

[Tribunal Segundo Civil, Sección II]<sup>7</sup>

IV. No obstante lo anterior, de conformidad con el párrafo penúltimo del artículo 741 del Código Procesal Civil, cabe modificar lo resuelto únicamente en cuanto al período de sospecha. En la resolución impugnada se fijó como fecha en que empezó el estado de insolvencia el día ocho de abril de mil novecientos noventa y nueve. Con ello fue quebrantado el ordinal 888 del Código Civil, según el cual dicho estado se presume haber existido treinta días antes de la fecha en que fue solicitada la declaratoria correspondiente. En este caso tal declaratoria se pidió el dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve -folio 39-, con lo que el período de sospecha ha de retrotraerse al diecinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve. (Artículos 15 y 16 del Código Civil). Podrá retrotraerse hasta tres meses, mas para ello deberá contarse con prueba en tal sentido, la que -por ahora- no existe. (Numeral 888 ibídem).



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. (s.f). *Ineficacia de los Actos en el "Periodo de Sospecha": Buscando la Reintegración Patrimonial del Deudor Concursado*. En Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual Número 12. Lima, Perú. P 43.
- 2 GARRONE, José A. (2005). *Diccionario Jurídico, Tomo III*. Editorial LexisNexis. Buenos Aires, Argentina. P. 702.
- 3 SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. (s.f). op cit. supra nota. 1. P 44.
- 4 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 63 del veintiocho de setiembre de 1887. Código Civil. Fecha de vigencia desde 01/01/1888. Versión de la norma 10 de 10 del 26/09/2011.
- 5 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 3284 del treinta de abril de 1964. Código de Comercio. Fecha de vigencia desde 27/05/1964. Versión de la norma 11 de 11 del 16/06/2011. Datos de la Publicación Gaceta número 119 del 27/05/1964. Alcance: 27.
- 6 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 327 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 97-000297-0005-CI.
- 7 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN II. Sentencia 23 de las nueve horas con diez minutos del primero de febrero de dos mil dos. Expediente: 01-000374-0011-CI.