

**CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**CONTRADICCIÓN DEL ARTÍCULO 223  
DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA  
Y EL ARTÍCULO 22 NUMERAL 5 DEL CÓDIGO  
TRIBUTARIO**

**WENDY YUVILSA HERNÁNDEZ MUÑOZ**

CHIMALTENANGO, ABRIL DE 2017

CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**CONTRADICCIÓN DEL ARTÍCULO 223 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE  
GUATEMALA Y EL ARTÍCULO 22 NUMERAL 5 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO**

TESIS

Presentada al Honorable Consejo Directivo

del

Centro Universitario de Chimaltenango

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**WENDY YUVILSA HERNÁNDEZ MUÑOZ**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los Títulos Profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Chimaltenango, abril de 2017



**HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO  
DEL  
CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DIRECTOR: Lic. Frank Adalberto González Juárez  
SECRETARIO: Ing. Edy Guillermo Muñoz Cruz  
REPRESENTANTE DE DECANOS: Lic. Gustavo Bonilla  
REPRESENTANTE DE DOCENTES: Dra. Ingrid Maritza Arreola Smith  
REPRESENTANTE DE PROFESIONALES: Arq. Edgar Adolfo Cabrera Sánchez  
REPRESENTANTE ESTUDIANTIL: Sr. Gustavo Arnoldo Letrán Ramírez  
REPRESENTANTE ESTUDIANTIL: Sr. Carlos Enrique Gómez Dónis

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL  
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Francisco Rafael García Oliveros  
Vocal: Oscar Enrique Ralón Herrera  
Secretario: Leonardo Cornelio Son López

**Segunda Fase:**

Presidente: Manuel de Jesús Rivera Guerra  
Vocal: Marco Vinicio Estrada Girón  
Secretario: Teddy Andrés Grajeda Boche

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



**USAC**  
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala  
Centro Universitario de Chimaltenango



CARRERA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS, CIUDAD DE CHIMALTENANGO, (fecha) 15 noviembre del 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional: Lic. EDGAR ALBERTO PEREZ CIFUENTES,  
WF'DY --  
YUVILSA HERNANDEZ MUÑOZ para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante con carné 2009-40059 intitulado CONTRADICCIÓN DEL ARTICULO 223 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, Y EL ARTICULO 22 NUMERAL 5 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; asó como, el título de tesis propuesto.  
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

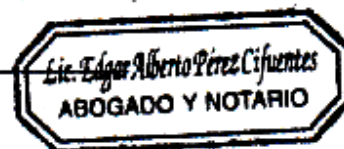
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo. Artículos 24,26,30,31 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público

Lic. CARLOS RAMIRO MAZARIEGOS MORALES  
Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 15 / 11 / 2016 f)

Asesor (a) Firma y Sello



Observación: Acreditar colegiado activo, más de 8 años de ejercicio profesional y documentación relacionada al tema objeto de asesoría. La asesoría es ad-honorem.



*Lic. Edgar Alberto Pérez Cifuentes*

*Abogado y Notario*

*Colegiado No. 9678*



Chimaltenango, 10 de enero 2017.

**Lic. Carlos Ramiro Mazariegos Morales**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Centro Universitario de Chimaltenango**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**

**Lic. Carlos Ramiro Mazariegos Morales:**

El Motivo de la presente es para informarle que, en cumplimiento de la resolución de nombramiento emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha 15 de noviembre del 2016, en la cual se me nombra como asesor de tesis de la estudiante **WENDY YUVILSA HERNÁNDEZ MUÑOZ**, con número de carné estudiantil 200940059, sobre el tema titulado: **“CONTRADICCIÓN DEL ARTÍCULO 223 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA Y EL ARTÍCULO 22 NUMERAL 5 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO”**, procedo a dictaminar de la siguiente forma:

- A. El trabajo posee una redacción clara, práctica y de fácil comprensión con un excelente contenido técnico, filosófico y científico.
- B. La metodología fue basada en los métodos: científico, analítico, deductivo, inductivo, sintético y jurídico, así como las técnicas de investigación utilizadas, documental y bibliográfica, habiendo recomendado a mi criterio son las adecuadas e idóneas para el tipo de investigación realizada, y basado en su plan de investigación.
- C. La investigación mencionada, realiza una importante contribución científica, filosófica y doctrinaria, sobre un tema novedoso y de actualidad para profesionales del derecho, así como para la población en general.
- D. La conclusión discursiva, formulada por la postulante, es el resultado del estudio y análisis del problema, y por consiguiente, congruentes con el mismo.
- E. La Bibliografía utilizada fue cuidadosamente recopilada e incluye autores reconocidos en el área mercantil, tributaría y filosófica del derecho, tanto nacionales como autores internacionales, recomendadas por un servidor y otras aportadas atinadamente por la postulante.



*Lic. Edgar Alberto Pérez Cifuentes*

*Abogado y Notario*

*Colegiado No. 9678*

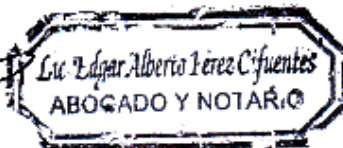
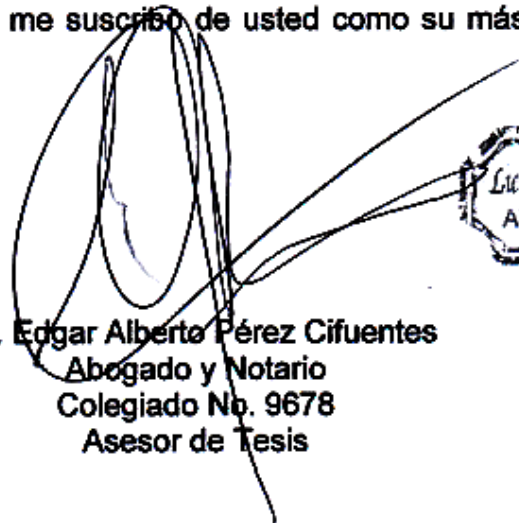


F. De conformidad y en cumplimiento, con el Artículo 31 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público respectivo, expresamente declaro que no soy pariente de la estudiante Wendy Yuvilsa Hernández Muñoz, dentro de los grados de ley. Así mismo recomendé a la estudiante la modificación del esquema preliminar de temas, por considerar indispensable aportar la cuestión filosófica en el Capítulo V, ya que esta fortalecería la comprobación de la hipótesis general y enriquecería la forma de abordar las antinomias de ley.

En conclusión y por lo anterior, tomando en cuenta que el presente trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada por mi persona y con mi dirección, habiéndose apreciado el cumplimiento de los presupuestos tanto de forma como de fondo, y que cumple con lo establecido en el artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; procedo en mi calidad de asesor a emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el trabajo de investigación antes mencionado como requisito esencial para que la estudiante pueda optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Agradeciendo su atención, me suscribo de usted como su más atento y seguro servidor.

Deferentemente:



Lic. Edgar Alberto Pérez Cifuentes  
Abogado y Notario  
Colegiado No. 9678  
Asesor de Tesis



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Centro Universitario de Chimaltenango



DIRECCIÓN DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO,  
Chimaltenango diez de marzo de dos mil diecisiete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante WENDY YUVILSA HERNÁNDEZ MUÑOZ, titulado "CONTRADICCIÓN DEL ARTÍCULO 223 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA Y EL ARTÍCULO 22 NUMERAL 5 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO", Artículo 31, 32 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO  
DIRECTOR  
CUNDECH



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
SECRETARIO DE CENTRO RECTORIAL  
CENTRO UNIVERSITARIO DE CHIMALTENANGO



## DEDICATORIA

A DIOS: Por haberme dado la fuerza para seguir adelante en cada momento de dificultad.

A MIS PADRES: José Gerónimo Hernández Castro y Rosaura Muñoz Ramos, por ser mi ejemplo de perseverancia y dedicación, gracias por sus consejos, sacrificios y amor incondicional, esta meta la comparto con ustedes, porque sé que mi sueño era el suyo también, que Dios los bendiga.

A MIS HERMANOS: Fredy Ottoniel y Daylin Yiré, por su apoyo incondicional.

A MI SOBRINO: Eder, por ser una personita muy especial, que con su sonrisa me hace feliz.

A LA UNIVERSIDAD DE  
SAN CARLOS DE  
GUATEMALA:

Especialmente al Centro Universitario de Chimaltenango, por abrirme las puertas para mi formación profesional, a mis catedráticos por los conocimientos brindados.





## PRESENTACIÓN

La investigación realizada es de tipo cualitativa, debido a que la información obtenida es analizada de una manera interpretativa, ya que se logra establecer una contradicción de normas jurídicas, que tiene aplicación general, al regular el Código de Comercio de Guatemala, que las sociedades irregulares, no tienen existencia legal, cuentan con escritura matriz de constitución, la cual no es inscrita en el Registro Mercantil, y así ejercen actividades de comercio, por consiguiente no adquieren personalidad jurídica propia para ser titular de derechos y obligaciones tal y como lo regula el Código Tributario, al incluirlas como sujeto pasivo en obligaciones tributarias.

Es así que se logra determinar que la presente investigación pertenece al área cognoscitiva del derecho mercantil y derecho tributario, el contexto diacrónico y sincrónico del presente trabajo de investigación es de aplicación a toda la república de Guatemala y fue realizado durante los meses de septiembre a diciembre del 2016, para llevar a cabo las consultas bibliográficas y un extenso análisis de las normas legales aplicables a la investigación, y poder así ejecutar el contenido del informe final de tesis.

Es de suma importancia establecer el objetivo primordial de dicha investigación estudiando las antinomias jurídicas existentes en las normas legales que fueron objeto de la investigación, pudiendo determinar que el sujeto de estudio son las sociedades irregulares y su inexistencia legal.

El aporte académico, deviene de un extenso análisis tanto jurídico como filosófico para poder determinar, que norma es aplicable a la contradicción de las leyes referidas.



## HIPÓTESIS

La hipótesis utilizada en la presente investigación se basa en las variables: independiente y dependiente, por la falta de conocimiento de parte de los legisladores origina, contradicción de normas jurídicas, es por ello que se hace referencia a lo establecido en el Artículo 223 del Código de Comercio de Guatemala, el cual regula la inexistencia legal de las sociedades irregulares, derivado de dicha norma las mismas no poseen personalidad jurídica, debido a que no finalizan el trámite de la inscripción en el Registro Mercantil.

Es por ello que, no pueden ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, como lo regula el Artículo 22 numeral cinco del Código Tributario ya que la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), carece de mecanismo para organizar y administrar el sistema de recaudación, cobro, fiscalización y control de tributos para las sociedades irregulares, por la inexistencia de la misma, al hacer el análisis de las antinomias jurídicas, referentes a los Artículos en mención se realiza una interpretación de la ley; en efecto se confirma que las sociedades irregulares no poseen personalidad jurídica, que hace énfasis el Código Tributario, al incluirlas como sujeto pasivo en las obligaciones tributarias, por ende los supuestos en dicha hipótesis, es de tipo causal por las causas y efectos que la originan, que constituyen aspectos cualitativos.



## COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis planteada, tiene como objeto determinar la contradicción de normas jurídicas referentes a la existencia jurídica o no, de las sociedades irregulares, para comprobarse la postulante se basó en la investigación científica teórica, mediante el uso del método científico, analítico, deductivo, inductivo, sintético y jurídico, así como las técnicas de investigación documental y bibliográfica.

La hipótesis que planteo, es válida a razón de que efectivamente el Código de Comercio de Guatemala, le da una connotación a las sociedades irregulares, y el Código Tributario, pensando en un Estado como el nuestro en el que la recaudación tributaria es una de las más bajas de América, busca únicamente hechos generadores, pero que claramente no pueden ser sujetos de una recaudación porque legalmente no existen ante la ley, y no se tienen los mecanismos de control para establecer que dicha sociedad está realizando actividades comerciales, por lo que a través de la solución de antinomias jurídicas, se determina que la norma que debe ser aplicada es el Código de Comercio de Guatemala.

.



## ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. Del derecho mercantil .....	1
1.1. Aspectos históricos del derecho mercantil .....	1
1.1.1. El derecho mercantil en la antigüedad .....	1
1.1.2. El derecho mercantil en la edad media .....	3
1.1.3. El derecho mercantil en la época moderna .....	4
1.1.4. Situación actual del derecho mercantil .....	5
1.1.5. Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco .....	7
1.2. Definición de derecho mercantil .....	11
1.2.1. Desde el punto de vista subjetivo .....	14
1.2.2. Desde el punto de vista objetivo .....	15
1.2.3. Definición de derecho mercantil guatemalteco .....	17
1.3. Principios del derecho mercantil .....	18
1.4. Características del derecho mercantil .....	19
1.4.1. Es poco formalista .....	19
1.4.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar .....	20
1.4.3. Adaptabilidad .....	20
1.4.4. Tiende a ser internacional .....	21
1.4.5. Posibilita la seguridad del tráfico jurídico .....	21
1.5. Fuentes del derecho mercantil .....	22
1.5.1. La costumbre .....	22
1.5.2. La jurisprudencia .....	23
1.5.3. La ley .....	24
1.5.4. La doctrina .....	24
1.5.5. El contrato .....	25
1.6. La relación del derecho mercantil con el derecho tributario .....	26



## CAPÍTULO II

2. Registro Mercantil .....	27
2.1. Origen histórico del Registro Mercantil .....	27
2.2. Definición del Registro Mercantil.....	29
2.3. Principios registrales propios del Registro Mercantil.....	31
2.4. La inscripción .....	32
2.5. Efectos de la inscripción .....	35
2.6. Sanciones por falta de inscripción .....	35

## CAPÍTULO III

3. Las sociedades mercantiles .....	37
3.1. Clasificación de las sociedades mercantiles .....	42
3.2.1. La Sociedad Colectiva.....	42
3.2.2. La sociedad en comandita simple .....	43
3.2.3. La sociedad de responsabilidad limitada.....	44
3.2.4. La sociedad en comandita por acciones .....	46
3.2.5. La sociedad anónima .....	48

## CAPÍTULO IV

4. Clasificación y jerarquía de las normas jurídicas; lagunas axiológicas y derrotabilidad de las normas .....	53
4.1. Clasificación de las normas jurídicas .....	53
4.2. Jerarquía de las normas jurídicas .....	54
4.3. Lagunas axiológicas .....	55
4.4. Derrotabilidad de las normas .....	56
4.4.1. Algunos ejemplos .....	57
4.4.2. Algunas conclusiones.....	64



## CAPÍTULO V

5. Sociedades irregulares; y la contradicción de normas entre el Código de Comercio y el Código Tributario.....	73
5.1. Sociedades irregulares .....	73
5.2. Leyes tributarias que toman como contribuyentes a las sociedades irregulares.....	77
5.3. Antinomias jurídicas.....	80
5.4. Las interpretaciones de las normas en el supuesto de las antinomias .....	82
5.5. Análisis de los diversos tipos de antinomias .....	85
5.5.1. Pertenencia a un mismo ordenamiento .....	85
5.5.2. Ámbito de validez .....	86
5.6. Condición axiológica .....	87
5.7. La diferencia teleológica .....	89
5.8. Propuesta para resolver el problema de las antinomias en el derecho.....	89
5.8.1. Reglas Fundamentales para la Solución de las Antinomias.....	89
5.8.2. La antinomia en el enfoque excepto del derecho .....	92
5.8.3. Apego a las funciones esenciales del derecho en la vida social.....	94
5.9. Aplicación de la interpretación de las normas, para resolver la contradicción entre el Código de Comercio y el Código Tributario.....	96
CONCLUSIÓN DISCURSIVA .....	99
BIBLIOGRAFÍA .....	101



## INTRODUCCIÓN

En virtud de la diversidad de temas y la coyuntura actual, en materia legislativa, es importante, dar a conocer el problema de las antinomias jurídicas, la clasificación y jerarquía de las normas jurídicas, lagunas axiológicas y la derrotabilidad de las normas; ya que el legislador al no conocer la técnica legislativa, compromete a quienes va dirigida la norma y su aplicación, toda vez que cuando no se toman los aspectos señalados acarrearán una serie de problemas de interpretación. Razón suficiente de la postulante para seleccionar el tema.

Los objetivos trazados, fueron: El fundamento de la falta de existencia legal de las sociedades irregulares, objetivo que se comprobó toda vez que no existe la norma que dé vida a las mismas en el sentido de ser sujetos de derecho, y no como se regula en el Código Tributario. Luego utilizar los medios legales para establecer la incongruencia señalada y tal como establece la Ley del Organismo Judicial da la pauta para la interpretación, pero únicamente en ese aspecto legal el cual se comprobó.

La hipótesis que se planteó en la presente información fue: El Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 223, establece la inexistencia legal de las sociedades irregulares, por consiguiente no adquiere personalidad jurídica, debido a que no finalizó el trámite de la inscripción de sociedad mercantil como tal, es por ello que no puede ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, como lo regula el Artículo 22 numeral cinco del Código Tributario y por último la sustentación para comprobar la existencia de la



contradicción o antinomia jurídica que se da, la cual efectivamente se comprueba con sobrada razón ya que está se da al momento de que el legislador al crear el Código Tributario no tomó en consideración lo reglado por el Código de Comercio, que taxativamente indica que no nacen a la vida jurídica las sociedades irregulares, si deben de responder ante terceros de buena fe, pero hasta el momento de su inscripción en el Registro Mercantil.

El Contenido de la investigación se dividió en cinco capítulos: El capítulo uno, describe el devenir histórico del derecho mercantil, hasta llegar a la relación del derecho mercantil con el derecho tributario; el capítulo dos, regula el origen histórico del Registro Mercantil hasta las sanciones por falta de inscripción; el capítulo tres, describe las sociedades mercantiles y su clasificación; el capítulo cuatro hace referencia a la clasificación y jerarquía de las normas jurídicas, lagunas axiológicas y derrotabilidad de las normas; el capítulo cinco, establece las sociedades irregulares, y la contradicción de normas entre el Código de Comercio y el Código Tributario, hasta la aplicación de la interpretación de las normas, para resolver la contradicción entre el Código de Comercio y el Código Tributario.

Los métodos utilizados fueron entre otros: científico, analítico, deductivo, inductivo, sintético y jurídico, así como las técnicas de investigación documental y bibliográfica, para la presentación del presente informe final de tesis.





## CAPÍTULO I

### 1. Del derecho mercantil

#### 1. 1. Aspectos históricos del derecho mercantil

Es importante establecer el origen histórico del derecho mercantil, para comprender de forma más explícita, como es que al devenir del tiempo, fue evolucionando y así creando instituciones que suplirían las necesidades de las personas, debido a que esta área del derecho es muy dinámica y tiende a constantes cambios. Por ello se analiza los diferentes aspectos históricos del derecho mercantil.

##### 1.1.1. El derecho mercantil en la antigüedad

Villegas Lara, expone: “Las civilizaciones más caracterizadas por la historia hubieron de realizar tráfico comercial y fomentaron costumbre para regirlo. Los egipcios, los fenicios, las persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el Derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que estudiamos. Hay culturas que sí vale la pena comentar, sobre todo para los efectos de este libro. Principiando por la Grecia clásica, establezcamos en principio que su mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan. No obstante, la proximidad de sus ciudades más importantes al mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para su economía. Con ello se



instituyeron figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el derecho mercantil de nuestro tiempo. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que el navío partiera y regresara exitosamente de su destino. En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado, esta institución se considera como antecedente del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura. En el derecho mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las famosas Leyes Rodias, las que deben su nombre por haberse originado en la isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir al comercio marítimo. Lo anterior denota que este derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también cómo el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del derecho mercantil.

El derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un derecho mercantil autónomo. El Jus Civile era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil. Una de sus principales características



distintivas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos. Pero sucede que el comercio se ha caracterizado y se sigue caracterizando por desenvolverse en forma rápida, sin mayores formalismos. ¿Cómo podía entonces acogerse a un derecho tan rígido en sus mecanismos? El genio romano encontró la solución dándole facultades de interpretación casuísticas al pretor, de manera que cuando aplicaba la ley civil al comercio, debía observar las peculiaridades de una interpretación especial, fórmula que sirve de antecedente a la idea de que el juez adapte la ley al caso concreto, particularmente en el ámbito del Derecho Privado.”<sup>1</sup>

Es decir que en Roma no se reconocía un derecho mercantil como tal, el cual era regido por el derecho civil, no es hasta la edad media donde obtiene su autonomía y es reconocido de forma especializada, dando lugar al nacimiento del derecho mercantil.

### **1.1.2. El derecho mercantil en la edad media**

Estableciéndonos en la edad media Vázquez Martínez, expone: “El derecho mercantil nace y se afirma como derecho autónomo; sin embargo, los primeros siglos le son prácticamente indiferentes y no es sino con posterioridad al Siglo IX y principios del Siglo X, que con el surgimiento de las corporaciones se organiza la de los comerciantes y mercaderes, corporación que adquiere autoridad propia y origina una verdadera legislación mercantil.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**. Tomo I .págs. 6-8.

<sup>2</sup> Vázquez Martínez, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantil**. pág.19.



Por ello se le da importancia significativa a la edad media, ya que se considera el surgimiento real del derecho mercantil, debido que el derecho civil era insuficiente, a todo lo que implicaba las actividades comerciales.

“En estricto sentido, si bien ya existían actos comerciales, el derecho mercantil no adquirió una real autonomía, sino hasta la edad media. Su surgimiento se debe al florecimiento y evolución que tuvo la actividad comercial, a la cual el derecho común ya no podía regular adecuadamente y dar respuesta eficiente a los problemas y necesidades de los comerciantes.”<sup>3</sup>

Y toda esta evolución histórica que le da auge al derecho mercantil se basa en las necesidades que se iban suscitando, en todo el devenir de las actividades comerciales, que iba no solo evolucionando si no, requiriendo un ordenamiento jurídico para establecer parámetros para poder ejercer dichas actividades.

### **1.1.3. El derecho mercantil en la época moderna**

Esta época es trascendental por ello Quevedo Coronado, expone: “A partir del Siglo XV renace el comercio con las rutas abiertas a la navegación y se inicia, en forma franca, una corriente de legislación mercantil. Así aparecen:

---

<sup>3</sup> Paredes Sánchez, Luis Eduardo y Meade Hervert, Oliver. **Derecho Mercantil Parte general y sociedades.** pág.16.



Francia: En la época de la monarquía absoluta, en 1673, con Luis XIV, se redactó la ordenanza del comercio que rigió hasta la época de la Revolución. Fue la primera disciplina completa sobre derecho mercantil, aunque redacta de tal manera que dependía del derecho civil. Suecia: El rey Carlos IX expidió, en 1667, una codificación mercantil. Dinamarca: El rey Cristian V expidió otra en 1683. España: Las Ordenanzas de los Consulados de Sevilla, en 1539, y de burgos, en 1553, así como las Ordenanzas de Bilbao, en 1737.

No fue sino hasta el Siglo XIX cuando el derecho mercantil se codificó en toda Europa. El Código de Comercio de Napoleón (1802) se extendió en aplicación a todos los países conquistados por él. Fue un código de exportación. En España, el Código de 1829, obra de Pedro Sainz, sustituido por el de 1885 (en vigor). En Italia, el Código Albertino de 1829, sustituido por el de 1865 y éste, a su vez, por el de 1882, derogado por el vigente Código Civil de 1942 (que consagra la unificación del derecho privado italiano) (Mantilla, 1992:2-3). En Alemania, el Código de Comercio de 1861, seguido por el actual, de 1900. En Suiza, el Código de las Obligaciones Suizo, de 1881, y el de 1911, que regula conjuntamente las materias civil y mercantil.”<sup>4</sup>

#### **1.1.4. Situación actual del derecho mercantil**

“El derecho, como totalidad, refleja los intereses y los conflictos de la estratificación social. Pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo, es en el

---

<sup>4</sup> Citado por, Quevedo Coronado, Francisco Ignacio. **Derecho Mercantil**. pág.7.



derecho mercantil. Este derecho está vinculado, en la forma más caracterizada, con el sistema capitalista. Sus crisis, sus renovaciones, la complejidad de sus contradicciones se manifiestan en el contenido de sus normas. Algunos autores lo tipifican como el derecho del sistema capitalista, aunque a veces los términos se usan con poca propiedad.”<sup>5</sup>

“Debe estarse también a los fines del comerciante, sea este individual o social. Es propio de su interés desarrollar actividades comerciales con el pensamiento puesto sólo en la ganancia. De ahí que deba existir una legislación que, entre otras protecciones, garantice lo siguiente:

1. Prohibir los monopolios y los privilegios por que niegan la base de la actividad comercial que es la libertad de competencia; y
2. Establecer normas imperativas, limitativas, limitantes de la libertad jurídica del comerciante con la finalidad de proteger al consumidor. Por ejemplo, no debe permitirse que se induzca al consumo de bienes y servicios carentes de calidad; o que se capten sólo para dar dos ejemplos. Y si bien es cierto que el comercio debe ser fluido, el ordenamiento jurídico que lo rija debe garantizar la seguridad jurídica de las transacciones de las necesidades de las personas que en ellas intervengan.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Villegas, **Op. Cit.** pág. 9.

<sup>6</sup> **Ibid.** pág.10-11.



### 1.1.5. Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco

“Vamos a principiar este tema por el período colonial. Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles en América, regia su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La recopilación de Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las Siete Partidas y la Ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio. La Capitanía General del Reino de Guatemala estaba sujeta al virreinato de la nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793. En esa cédula: “...se dispuso... que rigieran las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de más aceptación en la Metrópoli. La cédula que creó el Consulado importó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces especiales el conocimiento de los negocios del comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza”.

El derecho comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la Corona, que a los de los propios comerciantes, ya que como dice Ots Capdequí: “La política económica del Estado Español en las Indias estuvo inspirada por las doctrinas mercantiles imperantes en la época de los grandes descubrimientos en el



nuevo continente. Esta política se basaba en dos principios: el exclusivismo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos”.<sup>7</sup>

Bajo dichas tesis el tráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado el desarrollo económico de la región. Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar las leyes del país, sustituyendo las leyes españolas por los llamados Códigos de Livingston, que eran un conjunto de normas redactadas para el Estado de Luisiana, Por el jurista Eduardo Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referentes al comercio. El hecho de haberse formulado esos códigos para pueblos de idiosincrasia diferente, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que les restó positividad. Aunado a eso, la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el estancamiento de nuestra evolución legislativa, ya que se volvió a la legislación española, al grado de que los estudios facultativos de derecho se hacían sobre las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Como consecuencia, se volvió al Consulado de Comercio y se introdujeron algunas variantes de procedimiento, advirtiéndose que la vigencia de ese régimen era temporal; pero, la verdad es que rigió durante todo el gobierno carrerista y se prolongó hasta la renovación legislativa impulsada por la Revolución de 1871. Especial atención merece el Código de la Revolución Liberal. En el año de 1877, al promulgarse los nuevos códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una ley especial de enjuiciamiento

---

<sup>7</sup> citado por, Villegas, **Op. Cit.** pág11, Derecho Español en la Indias, pág.473.





mercantil. La comisión redactora del código, al informar del mismo, asentada "La comisión no se lisonjea de que su proyecto sea original. En materia de legislación, y principalmente de legislación comercial muy poco o nada puede decirse de nuevo. La comisión lo que ha hecho es examinar las necesidades y las tendencias del comercio de la República, y buscar entre los códigos más reputados de Europa, y particularmente de América, los principios y reglas que mejor satisfagan las necesidades que mejor correspondan a esa tendencia. No ha desatendido tampoco la comisión en sus trabajos los usos establecidos en el comercio de la República, porque ha considerado que éstos son generalmente el resultado de una necesidad legal; o el signo de un progreso y ha conservado todos aquellos que deben respetarse por su tendencia a facilitar las transacciones comerciales y a mantener la buena fe que siempre debe presidirlas". Este código, al que César Vivante califica como una imitación del código chileno, se emitió por Decreto Gubernativo número 191 de fecha 20 de julio de 1877".<sup>8</sup> "De la fecha anterior llegamos hasta 1942, oportunidad en que promulgó un nuevo Código de Comercio contenido, en el Decreto número 2946 del Presidente de la República. Este código es calificado por el profesor guatemalteco Edmundo Vásquez Martínez, como una mejor sistematización de las instituciones de 1877, a la vez que reunió en un mismo cuerpo una serie de leyes dispersas; y sobre todo, las convenciones internacionales en materia de letra de cambio, pagaré y cheque."<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> citado por, Villegas, **Op. Cit.** pág12. Tratado de derecho mercantil, tomo I, pág.60.

<sup>9</sup> citado por, Villegas, **Op. Cit.** pág13. Vásquez, **Op. Cit.** pág.20.



“En 1970 se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República, que contiene el actual Código de Comercio de Guatemala, el que pretende ser un instrumento moderno, adaptado a las nuevas necesidades de tráfico comercial de Guatemala, tanto en el aspecto nacional como internacional. Para su elaboración se tomaron en cuenta otros códigos de Centroamérica, sobre todo el de Honduras; ello con la idea de buscar una unificación legislativa que hiciera viable el movimiento comercial que generaría el llamado mercado común centroamericano.

El Código de Comercio de Guatemala, vigente en la actualidad, incorporó instituciones nuevas y mejoró la sistematización de la materia jurídica mercantil. Es importante señalar la creación del Registro Mercantil, pues tal función, en forma limitada, la cumplía el Registro Civil. En materia de títulos de crédito se incorporó la factura cambiaria. Se trasladaron aquellos contratos que, considerados mercantiles, como el de fideicomiso o los que se refieren a la edición, radio difusión o representación escénica, formaban parte del Código Civil. A este Código se le han hecho modificaciones que reseñaremos posteriormente, en cuanto al procedimiento de inscripción de sociedades nacionales y extranjeras, principalmente. Sin embargo, por lo dinámico que es el comercio y sus formas de manifestarse, es indudable que debe estar sujeto a constante revisión. Por último, debemos decir que el derecho mercantil guatemalteco, en su expresión legal, no se agota en el Código de Comercio, pues existen una serie de leyes sobre materia comercial, no codificadas, las que deben tenerse como integrantes del ordenamiento jurídico mercantil del país: leyes bancarias, de seguros, de auxiliares de



comercio; y en su parte adjetiva, la reciente ley de arbitraje comercial, que forma parte de las normas que regulan la justicia mercantil.”<sup>10</sup>

## 1.2. Definición de derecho mercantil

La definición de derecho mercantil no tiene una unificación en cuanto a distintos autores en la doctrina, por ello se establecerá las siguientes: Para Paredes y Meade, el derecho mercantil se define como: “Es la rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, las actividades del comerciante, ya sea éste individual o colectivo, y los negocios sobre cosas mercantiles”<sup>11</sup>

Quevedo Coronado, se refiere desde un punto de vista jurídico como: “El derecho mercantil se define como el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión.”<sup>12</sup>

Cesar Vivante, lo define como “El derecho mercantil es aquella parte del Derecho privado, que tiene como objeto principal regular las relaciones jurídicas que dimanan del ejercicio del comercio.”<sup>13</sup> Los siguientes autores citados por Zea Ruano, Rafael definen el Derecho Mercantil de la siguiente manera:

---

<sup>10</sup> **Ibid.** Pág. 13.

<sup>11</sup> Paredes Sánchez y Meade Hervert. **Op. Cit.** pág.3.

<sup>12</sup> Quevedo, **Op. Cit.** pág.4.

<sup>13</sup> Vivante, Cesar. **Derecho Mercantil.** pág. 19.



“Alvarez del Manzano: “Conjunto de leyes que rigen las relaciones jurídicas originadas por actos de cambio, o que lo facilitan de un modo directo, celebradas constantemente con especulación y encaminadas a tomar del productor los productos y ponerlos a disposición del consumidor”. Olavarría Avila: “Derecho Comercial es el conjunto de principios, preceptos y reglas, que determinan y regulan las relaciones jurídicas que el comercio engendra”. Lorenzo Benito: “Derecho Mercantil es el organismo de las reglas formuladas por el Estado para el desenvolvimiento de la actividad comercial”. Explicación: “Decimos organismo y no conjunto, porque la totalidad de las reglas que constituyen el derecho mercantil de un pueblo, en cualquier momento de la historia, han de tener entre sí un enlace sistemático cualquiera, en relación con el fin que se proponen, pues de lo contrario no podría desenvolverse el comercio; decimos de las reglas formuladas por el Estado, porque en esta frase aparecen comprendidas cuantas manifestaciones históricas ha tenido y tiene el derecho mercantil; y decimos, por último, para el desenvolvimiento de la actividad comercial, porque éste es el fin perseguido en todos los tiempos y en todos los pueblos por el derecho mercantil”. ”<sup>14</sup>

Según Rocco, es el “conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o asimiladas a ésta, en cuanto, a su disciplina jurídica y ejecución judicial”.

Para Ripert, “Es la parte del derecho privado que regula las operaciones jurídicas hechas por los comerciantes, sea entre ellos, sea con sus clientes. Estas operaciones se

---

<sup>14</sup> citado por, Zea Ruano, Rafael, **Lecciones de derecho mercantil**. pág.34. Benito, Lorenzo. Manual de derecho mercantil.



refieren al ejercicio del comercio y por; esta razón se denominan actos de comercio pero teniendo en cuenta que accidentalmente uno de esos actos puede ser ejecutado por una persona que no sea comerciante, el derecho comercial regula también tales actos sin consideración a la persona de su autor”. César Vivante, que explica después por qué el derecho mercantil participa también del derecho público, lo define diciendo: “Es aquella parte del derecho privado que tiene principalmente por objeto las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio”.

Roberto L. Mantilla Molina lo considera como “El sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dadas a ciertos actos, y regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.

El Código de Comercio de Guatemala, obra de la reforma legislativa de 1877, lo definió en su Artículo primero, en la siguiente forma: “El Código de Comercio tiene por objeto establecer los derechos y obligaciones de los comerciantes, que versen sobre operaciones de su profesión; los que adquieran o contraigan los que no son comerciantes, respecto a especulaciones mercantiles; y los que resulten de contratos exclusivamente comerciales”.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibid.* págs.33-35.



### 1.2.1. Desde el punto de vista subjetivo

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional. Hemos visto en el desenvolvimiento histórico de esta materia, que en la época medieval la normatividad comercial estaba destinada única y exclusivamente para los comerciantes. Principió siendo un derecho que delimitaba un fuero especial, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo. Por esta razón la idea que se da desde este ángulo, se le conoce como concepto subjetivo, ya que el elemento principal a tomar en cuenta es el sujeto que interviene en el movimiento profesional, se ha dicho que el derecho mercantil principió siendo un derecho de clase; y aun en la época moderna no pocos códigos están referidos en su esencia al sujeto comerciante (Código alemán y Código japonés). Pero el comercio se fue volviendo muy complejo y muchas de sus manifestaciones dependen de que intervenga un sujeto que tenga la calidad de comerciante. Por ejemplo, un cheque lo puede girar cualquier persona y la naturaleza mercantil de ese título no está referida a la calidad del sujeto librador. El cheque siempre estará sometido al régimen legal mercantil. Por otro lado, contribuyó a la ineficacia de este concepto el hecho de que, ni doctrinaria ni legalmente se diera un concepto único de lo que debe entenderse por comerciante. Se ha dicho que es la persona que realiza actos de comercio en forma habitual; otros piensan que la nota que debe tomarse en cuenta es tener un establecimiento abierto al público; y, hay quienes exigen como elemento definitorio el Registro Mercantil. Si nos ponemos a pensar cómo se desenvuelve el comercio en la



época moderna, es fácil colegir lo insuficiente que resulta el concepto subjetivo para explicar lo que debe entenderse por derecho mercantil.”<sup>16</sup>

### **1.2.2. Desde el punto de vista objetivo**

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio. Este concepto es un aporte del Código de Napoleón. Como se decía que el derecho mercantil era un derecho de clase, este código liberalizó la función de la ley y estableció un nuevo punto de referencia conceptual: el acto objetivo de comercio. La ley mercantil ya no funcionaría en torno a los sujetos destinatarios, exclusivamente, si no que se refería a una serie de relaciones jurídicas tipificadas por el código, como mercantiles, cualquiera fuera el sujeto que resultara dentro de las mismas. Los actos o negocios que la ley califica como mercantiles venían a ser la materia jurídica mercantil. Este concepto encontró la misma dificultad: precisar una idea sobre lo que es un acto de comercio. Las legislaciones se inclinaron en dos sentidos:

1. Elaborar una lista de actos que debían considerarse mercantiles. Casi nunca la enumeración podía agotar el infinito mundo del comercio y siempre resultaba insuficiente; y,
2. Se establecían elementos que debían concurrir en un acto o negocio para deducir que se estaba ante un acto objetivo de comercio. Estos elementos eran: que fuera a título

---

<sup>16</sup> Villegas, **Op. Cit.** págs.16-17.



oneroso; que fuera sobre bienes muebles; y, que hubiera especulación. Tampoco esta fórmula fue feliz. Que fuera oneroso no daba dificultades porque si algo caracteriza los actos o negocios mercantiles es que no son gratuitos; su esencia es la onerosidad en contra de la gratuidad. Pero ¿qué sucede cuando nos encontramos con actos mercantiles que son declaraciones unilaterales de voluntad? Obviamente aquí no podría funcionar la onerosidad. En cuanto a que fuera sobre bienes muebles, reñía con la práctica porque hoy en día los inmuebles se trafican como mercancías.

Por último, la exigencia de la especulación no siempre se da en una negociación mercantil, ya que muchas veces el comerciante vende al costo con el fin de salir de un lote de mercaderías que, por ejemplo, han pasado de moda. Este argumento se rebatió con la idea de que no era necesaria la especulación real o exitosa, sino que existiera la intención de lucrar, lo que se acercaba más a la verdad del tráfico. Nuestro Código de Comercio anterior recogía las dos formas de la objetivación; es decir era mixto en su sistemática, aunque no esencialmente objetivo. Resumiendo los conceptos ya vistos podemos afirmar que, en la realidad, nunca han existido legislaciones subjetivas u objetivas puras. Lo que se ha dado es el predominio de un elemento sobre otro. Hay actos mercantiles que lo son por su propia naturaleza; y otros en los que la mercantilidad depende del sujeto, que los realice.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> **Ibid.** págs.17-18.





### 1.2.3. Definición de derecho mercantil guatemalteco

Es importante establecer una definición de derecho mercantil específicamente al ámbito de Guatemala para lo cual es necesario determinar las posturas de distintos autores.

“No principiamos por integrar un concepto. Preferimos explicar los elementos que se dan en todo nuestro contexto legal mercantil, para luego intentar un concepto aproximado, deducido de la legislación vigente en el país. Principiamos por dejar sentado que la actividad económica comercial no se rige únicamente por el derecho mercantil. Ella se ve afectada por otras ramas del saber jurídico. Pero, lo que nos interesa aquí es la ley mercantil; aunque es necesario repetir que el Código de Comercio no agota nuestro derecho mercantil vigente, sino que éste se integra por otras leyes ordinarias como la Ley de Bancos, la Ley de Almacenes Generales de Depósito, la Ley de Empresas Aseguradoras, etcétera. A pesar de lo profuso que es la legislación en esta materia, creo que un concepto de derecho mercantil encuentre su materia en el Código de Comercio, ya que de su contenido se pueden extraer elementos generales para integrarlo. Hemos estudiado las dificultades que existen en los conceptos anteriores, al convertirse en visiones parciales de la realidad y del ordenamiento jurídico. El problema, sin embargo, se origina en algo importante que señalaba Vivante: El derecho mercantil se ha preocupado más en adaptarse a la práctica cambiante, en el modo de comerciar, que en crear elementos teóricos que sí existen en el campo civil”.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibid.* Pág. 20.



Por otra parte y muy acertadamente podemos decir que la definición de derecho mercantil guatemalteco deviene de las instituciones reguladas en el Código de Comercio de Guatemala y puede definirse de la siguiente manera:

"El Derecho Mercantil guatemalteco es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil".<sup>19</sup>

### 1.3. Principios del derecho mercantil

Es importante hacer mención de los principios que rigen el derecho mercantil, tienen relación de forma estrecha con las características y para una mejor comprensión del mismo, definiremos principios como: "Se trata de expresar aquellas proposiciones más abstractas que dan razón, o prestan base y fundamento al derecho."<sup>20</sup> Es decir que constituyen parámetros en los que se fundamenta dicha área del derecho.

Partiendo de la definición de principio enfocado al derecho mercantil, El Dr. Villegas Lara considera los siguientes: "a) la buena fe, b) la verdad sabida, c) toda prestación se presume onerosa, d) intención de lucro, y e) ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación."<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> **Ibid.** Pág. 21.

<sup>20</sup> Arce y Florez, Valdés, Joaquín, **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional.** Pág.63

<sup>21</sup> Villegas, **Op. Cit.** págs.23-24.



## **1.4. Características del derecho mercantil**

“Las características de toda rama del derecho devienen de la materia que trata. En el caso del derecho mercantil, el comercio, que es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional. Estas particularidades inciden en las características que se le señalan al derecho mercantil, encontrándose entre las más específicas, las siguientes:

### **1.4.1. Es poco formalista**

La Circulación para que sea fluida, exigen que la formalidad esté relegada a la mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades sé lo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera. Por ejemplo, la representación en lo civil exige un contrato de mandato; en cambio, la representación en materia de títulos de créditos se da por un sencillo endoso en procuración. Así también, vemos cómo el simple acto de abordar un autobús, pagar el valor del pasaje y recibir el boleto, configura un contrato de transporte entre el usuario y el propietario del medio de transporte, representado entre el usuario y el propietario del medio de transporte, representado a la vez por el piloto, quien ejerce una representación sin mandato expreso. Estos dos casos sirven para demostrar cómo el derecho mercantil tiende a ser poco formalista, para adaptarse a las peculiaridades del tráfico comercial.



### **1.4.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar**

El poco formalismo comentado se relaciona con la agilidad del tráfico comercial. El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar. Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le presenta. Un juez, por ejemplo, no poder ver un conflicto de intereses en el campo comercial pretextando que un negocio no está regulado por el derecho vigente, ya que, si en algún campo el contrato atípico se da con suma facilidad, es en el mundo del hacer comercial.

### **1.4.3. Adaptabilidad**

Esta característica, bien señalada por el profesor Edmundo Vásquez Martínez, se explica, en nuestro criterio, así: el comercio es una función humana que cambia día a día. Por diversos motivos políticos, científicos, culturales las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va en zaga de la práctica. Entonces, una característica de este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general, debe irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.



#### **1.4.4. Tiende a ser internacional**

La producción de bienes y servicios no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente. Se produce para el mercado interno; para el mercado internacional. Ello obliga a que las instituciones jurídicas tiendan a ser uniformes porque así se permite la facilidad del intercambio a nivel internacional. El mundo moderno ha visto logros importantes en este aspecto y un ejemplo de ello es la uniformidad que se ha dado en materia de títulos de crédito. Todos los países, en menor o mayor escala, tienden a abarrotar el mercado extranjero con sus mercancías; y de ahí que organismos internacionales, como Naciones Unidas, fomenten el estudio y sistematización del derecho mercantil internacional. Esta característica es más sensible ahora que ha surgido el fenómeno de la globalización de las economías.

#### **1.4.5. Posibilita la seguridad del tráfico jurídico**

El valor seguridad jurídica lo explica la filosofía del derecho como la observancia de mecanismos consagrados para el surgimiento de la normatividad, dentro de los cuales se encuentra la forma de contratar. ¿Cómo se garantiza entonces la seguridad si la formalidad es incipiente en el tráfico mercantil? En la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al



momento de obligarse. Ante un conflicto entre la seguridad del tráfico mercantil y la seguridad del derecho.”<sup>22</sup>

## 1.5. Fuentes del derecho mercantil

“Las fuentes del derecho se definen como las diversas formas del desenvolvimiento del derecho a las cuales debe acudir para conocerlo y aplicarlo. Es el fundamento, principio y origen de las normas jurídicas y, particularmente, del derecho positivo de un Estado en una determinada época.”<sup>23</sup>

Partiendo que las fuentes son las bases donde se originan en este caso específico el derecho mercantil, es de suma importancia el estudio detallado de cada una de las mismas para su mejor comprensión.

“La palabra fuentes del derecho significa origen, fenómeno de donde proviene. Nos ocuparemos únicamente de las fuentes formales del derecho mercantil: la costumbre, la jurisprudencia, la ley, la doctrina y el contrato. La exposición siguiente explicará someramente el alcance de cada una de ellas, tomando en cuenta las modificaciones a la legislación al momento de revisar este texto.

**1.5.1. La costumbre:** La costumbre fue la primera fuente formal del derecho mercantil, ya fuera como práctica general de los comerciantes o como usos del comercio.

---

<sup>22</sup> **Ibid.** pág.21-23.

<sup>23</sup> Quevedo, **Op. Cit.** pág. 8.



Generalmente son éstos últimos los que funcionan en la práctica mercantil, los que pueden ser locales o internacionales; generales o especiales; y normativos o interpretativos. El párrafo segundo del Artículo dos. De la Ley del Organismo Judicial, le da categoría de fuente de derecho a la costumbre, y por lo mismo al uso, en defecto de ley aplicable al caso y siempre que no sea contraria a la moral y al orden público y que resulte probada. En el Código de Comercio vamos a encontrar que se nos remite a los usos para resolver un problema legal en ausencia de una norma específica, tal el caso de fijar el precio de una compraventa en que se omitió establecer tal prestación. Los usos, sean locales o internacionales, generales o especiales, pueden servir para normar una situación mercantil que la ley no contempla; y en el caso de los interpretativos, se utilizarían en los términos que permite el Artículo 10 de la misma Ley del Organismo Judicial.

**1.5.2. La jurisprudencia:** La jurisprudencia está concebida en Guatemala, según lo expresa el primer párrafo del Artículo dos. De la Ley del Organismo Judicial, como fuente complementaria. En ese orden lo es del derecho mercantil, no obstante lo limitado de su efecto vinculante. De acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, por medio del recurso de casación, se genera la doctrina legal que puede citarse como fundamento de pretensiones similares. Sin embargo, si se trata de interpretar la ley que ya existe, estos fallos no están generando nuevas normas, y por lo mismo no son fuentes directas de lo normativo. Cosa distinta sucede cuando hay ausencia de norma para el caso concreto y se falla en observancia de los Artículos 10 y



15 de la Ley del Organismo Judicial, porque en tal caso si se está produciendo una norma, con la particularidad de ser individualizada para el caso concreto, con imposibilidad de traerla a cuento para solucionar un caso similar. Esto demuestra que en nuestro ordenamiento hay muy poca estimación por la jurisprudencia como fuente de derecho y, en consecuencia, también del derecho mercantil.

**1.5.3. La ley:** Conforme a los Artículos 20 y 30 de la Ley del Organismo Judicial, la ley o la legislación con más propiedad, es la fuente primaria del derecho. En el caso de Guatemala, la normatividad mercantil se integra a partir de su Constitución Política, cuyos preceptos mercantiles se desarrollan en el Código de Comercio y demás leyes y reglamentos que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

**1.5.4. La doctrina:** A la doctrina no pocos autores le niegan calidad de fuentes del derecho. Sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial. Por el lento proceso legislativo, es indudable que la doctrina planteada por los científicos del derecho va adelante del derecho vigente. La doctrina corre pareja con la práctica; lo que no sucede con la ley. Entonces, para que este derecho sea viable fácticamente, los principios que ya estudiamos, y que son doctrinarios, vienen a ser fuente coadyuvante en la interpretación del contexto legal, por disposición del Artículo 10. Del Código de Comercio. Pero, no debe considerársele una fuente aislada y que produzca efectos ella sola. Creemos que la doctrina puede funcionar como los usos: coadyuvar al esclarecimiento del derecho vigente, con la diferencia de que, por su solidez científica, juega un papel





preponderante en el conocimiento de los problemas que tienen que resolverse dentro del contexto del derecho mercantil.

**1.5.5. El contrato:** El contrato ha sido considerado como fuente del derecho sobre todo en el campo del derecho privado. Olvidando un poco la teoría Kelseniana, en donde la única fuente del derecho es la ley, podemos considerar que el contrato es fuente del derecho mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad. Si observamos detenidamente algunos ejemplos de contratos formularios que se dan la práctica comercial, nos encontramos que muchos de ellos contienen una serie de convenios propios de cierto tipo de negocios o bien regulan características del comercio local, nacional o internacional. Si en algún campo del derecho privado se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato, en el terreno mercantil existen y por ello lo podríamos considerar como una fuente. Sin embargo, recordamos que el contrato ha sido definido como “Ley entre las partes”; y en ese sentido vendría a ser una fuente muy particular, que sólo tiene radio de acción para los sujetos que en él hayan intervenido como partes; pero no generaría disposiciones de observancia general. Sin embargo en la práctica mercantil existen el contrato normativo, el contrato tipo, el contrato por adhesión, que de cierta manera norma obligaciones de más de un contrato singular; pero, este tema será estudiado en el volumen de las obligaciones y contratos mercantiles.”<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Villegas Lara, **Op. Cit.** pág. 24-26.



## 1.6. La relación del derecho mercantil con el derecho tributario

“derecho mercantil y derecho tributario. Las relaciones entre estas dos ramas surgen del hecho de que la actividad de los comerciantes o empresarios mercantiles es una de las más directamente sometidas a tributación. Tanto el empresario debe tener presentes las disposiciones del derecho tributario, como los agentes fiscales necesitan utilizar conceptos y relaciones propias del derecho mercantil.”<sup>25</sup>

De acá empieza pues la parte más importante de las relaciones que guarda el derecho mercantil con otras ramas del derecho tomando en consideración que esta será la base para demostrar la cuestión de antonimia legal en esta investigación, y que uno no está por sobre el otro, sino más bien guardan una estrecha relación, y que por lo tanto como quedará demostrado es más bien una mala práctica legislativa que se da por desconocimiento de las normas preexistentes.

---

<sup>25</sup> Edmundo Vásquez Martínez. **Op. Cit.** pág. 24.



## CAPÍTULO II

### 2. Registro Mercantil

#### 2.1. Origen histórico del Registro Mercantil

“En marzo de 1966, el doctor Edmundo Vásquez Martínez en el tratado de derecho mercantil, al referirse a Registro Mercantil, indica que la legislación mercantil no contiene más disposiciones relativas al registro que las que dedica a la inscripción de personas jurídicas, por lo que se puede decir que un Registro Mercantil específico, no existe en nuestro medio. En esa época, agrega, en los casos que la ley requiere, como en las sociedades mercantiles, de inscripción y publicidad de carácter registral, se utiliza el Registro Civil, que es donde se lleva el registro de personas jurídicas de carácter mercantil. El Código de Comercio contenido en el Decreto Presidencial 2946, emitido el cinco de septiembre de 1942 (derogado), en los artículos comprendidos del 573 al 578, regulaba lo concerniente al registro de personas jurídicas de carácter mercantil, indicando, entre otros aspectos, que el Registro Civil de las cabeceras departamentales a cargo del Registro Civil, se llevara este control, usando para el efecto libros especiales en los cuales se inscribirían las compañías o sociedades colectivas, anónimas, en comandita, cooperativas, consorcios y cualesquiera que determine la ley; que se insertaría íntegramente el testimonio de la escritura social, y que una vez que se hubiesen hecho las publicaciones que ordenaba la ley, sin que se presentara oposición se extendería certificación para probar la personalidad jurídica. Trataba asimismo, sobre la disolución y las prórrogas. Anterior a lo indicado, el doctor Rene Arturo Villegas Lara,



como lo indica en su tratado derecho mercantil guatemalteco, se refiere al período colonial, indicando que Guatemala, igual que el resto de los dominios españoles de América, regían su vida jurídica por la legislación de la Metrópoli: La Recopilación de Leyes Indias, las Leyes de Castilla, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao. La Capitanía General del Reino de Guatemala estaba sujeta al Virreinato de la Nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México, y este ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la Capitanía se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793. Sin embargo, se dice que el decreto comercial contenido en las leyes servía más a los intereses de la Corona que a los de los propios comerciantes. De la colonia se pasa a épocas de estancamiento, hasta que se llega a la Revolución Liberal de 1871; cuando se promulga un Código de Comercio, llegándose al Código del Presidente Jorge Ubico, de 1942, que el doctor Vásquez Martínez ha mencionado que contenía una mejor sistematización de las instituciones.”<sup>26</sup>

“El antecedente directo del Registro Mercantil actual lo encontramos en las corporaciones de comerciantes de la edad media. Recordemos que para esos gremios, una de sus funciones era la de llevar un libro en el que se inscribían los comerciantes pertenecientes a la corporación. En principio era un simple control de los sujetos que se dedicaban al comercio; posteriormente devino en un órgano administrativo cuya finalidad

---

<sup>26</sup> <http://www.es.scribd.com/doc/61422610/Historia-de-La-Creacion-Del-Registro-Mercantil>. (12 de octubre de 2016)



era registrar sujetos del comercio y darle publicidad frente a terceros a todo aquello que interesa a la seguridad jurídica.”<sup>27</sup>

Previo a que hacia el año de 1970, se decretara la vigencia del Código de Comercio, dentro del anterior a este, no existía una figura de “Registro Mercantil” como tal, ya que únicamente existían, registros tan variados que podían ser desde, jueces a municipalidades, por lo que se vio necesario su creación por medio del actual Código de Comercio. Tal y como se relata en el párrafo previo, al realizar una lectura tanto de los considerandos como de la expresión de motivos de la promulgación de dicho Código, entre las argumentaciones del legislativo, menciona que para la emisión de dicha ley, se consideró que el proyecto enviado por el poder ejecutivo responde a las necesidades del desarrollo y modernización del Estado de Guatemala.

## 2.2. Definición del Registro Mercantil

“Institución administrativa que tiene por objeto, a través de su inscripción, la publicidad de los datos referentes a los empresarios mercantiles, a las empresas y establecimientos y a los hechos y relaciones jurídicas de importancia para el tráfico mercantil”.<sup>28</sup>

Nos referimos en la precedente definición, del recordado Doctor Vásquez Martínez, que es una institución de orden registral de carácter gubernamental, que

---

<sup>27</sup> Villegas Lara, **Op. Cit.** págs. 367,368.

<sup>28</sup> Vásquez Martínez, **Instituciones de Derecho Mercantil.** pág. 234.



resguarda la seguridad de los administrados y el respaldo de aquellos con los que se realizan actividades puramente mercantiles, para que este por medio del giro normal de sus negocios gocen de un respaldo gubernamental y salvaguardar la libertad constitucional del comercio, o libre tránsito mercantil.

Dentro del propio Código de Comercio nunca encontraremos una definición de la institución que crea en su contexto, para el control, registro e inscripción de las cuestiones mercantiles, por lo que se debe recurrir a definiciones doctrinales y de derecho comparado para encontrar una definición, acorde a tan importante registro.

Por lo que es importante señalar que: “El Registro Mercantil es un instrumento de publicidad cuya misión es facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro. El Registro Mercantil es, pues, un instrumento de publicidad para la vida mercantil”.<sup>29</sup>

Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales define al Registro Mercantil: “Para dejar, constancia y seguridad de los actos y contratos del comercio, para que surtan plenos efectos contra terceros, se organiza esta institución y oficina pública, confiada a un funcionario, público también y con fe sobre la autenticidad y subsistencia del contenido de los libros y asientos de este Registro, denominado también Registro Público de Comercio”.

---

<sup>29</sup> Garrides, Joaquín, **Derecho Mercantil**, 1t., pág. 697.



Por lo que se deben entender pues, que el Registro Mercantil, es el ente estatal, creado para resguardar, salvaguardar, certificar, dar seguridad, registrar, dar certeza jurídica y credibilidad a todos los actos mercantiles que realicen personas individuales o jurídicas, resguardando los documentos correspondientes e inscribir todo aquello que atañe a su fin supremo, que no es otro que el de proteger el derecho constitucional a la libertad de comercio y al tráfico fluido del mismo.

### **2.3. Principios registrales propios del Registro Mercantil**

“La naturaleza de los principios registrales es la respuesta de la interpretación de las normas legales sobre el registro público. En líneas generales las orientaciones capitales, las líneas directrices del sistema, la serie sistemática de las bases fundamentales, y el resultado de la sistematización o condensación del ordenamiento jurídico registral nos sirven de guía, economizan preceptos, y sobre todo facilitan la comprensión de la materia y convierten la investigación jurídica en científica.”<sup>30</sup>

Los principios en que descansa son los siguientes:

**2.3.1. Principio de inscripción:** De acuerdo a la legislación actual, al momento de que se efectúe el asiento en el libro del registro correspondiente, produce efectos ciertos y firmes. Frente a toda persona diferente de la causante de la inscripción. Se llama inscripción todo asiento hecho en el Registro. De acuerdo al Código de Comercio

---

<sup>30</sup> Carral y de Teresa, **Derecho Notarial y Derecho Registral**; págs. 241,242.



Guatemala, las inscripciones obligatorias, están contenidas en los Artículos 334, 338 del Código, las inscripciones que podrán ser solicitadas por las personas que señala el Artículo 340 de Código citado.

**2.3.2. Principio de publicidad:** De acuerdo a este principio, lo asentado y que consta en el Registro se supone conocido por terceros, y ninguno puede alegar desconocer lo inscrito sobre un hecho determinado. De acuerdo al Artículo 333 del Código de Comercio Guatemala, el Registro Mercantil será público, fortaleciendo este, el Artículo 339 del Código citado se refiere a que: Los actos y documentos que conforme a la ley deben registrarse, sólo surtirán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil.

**2.3.3. Principio de fe pública:** De conformidad con este principio lo asentado en el libro del Registro se tiene como verdad legal. También conocido como fe pública administrativa o registral, materia que es tratada ampliamente por jurisconsultos como Carral y de Teresa, Nery Muñoz entre otros.

## **2.4. La inscripción**

Se denomina inscripción a todo acto por medio del cual los particulares acuden al registro, para dejar un asiento que ampara determinado acto o contrato realizado en el mismo. El Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 334 establece cuales son las inscripciones obligatorias que deben realizarse las cuales son las siguientes: “Es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil jurisdiccional:





- 1°. De los comerciantes individuales que tengan un capital de dos mil quetzales o más.
- 2°. De todas las sociedades mercantiles.
- 3°. De empresas y establecimientos mercantiles comprendidos dentro de estos extremos.
- 4°. De los hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes.
- 5°. De los auxiliares de comercio.

La inscripción de comerciantes individuales, auxiliares de comercio y de las empresas y establecimientos mercantiles, deberá solicitarse dentro de un mes de haberse constituido como tales o de haberse abierto la empresa o el establecimiento. El de las sociedades, dentro del mes siguiente al otorgamiento de la escritura de constitución. Este mismo plazo rige para los demás hechos y relaciones jurídicas.”

También es obligatorio el Registro según el artículo 338 del Código de Comercio de Guatemala de: Aparte de los hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes, es obligatorio el registro de los siguientes:

- 1.” El nombramiento de administradores de las sociedades, de factores y el otorgamiento de mandatos por cualquier comerciante, para operaciones de su empresa.
2. La revocación o la limitación de las designaciones y mandatos a que se refiere la literal anterior.



3. La creación, adquisición, enajenación, o gravamen de empresa o establecimientos mercantiles.
4. Las capitulaciones matrimoniales de los comerciantes individuales y sus modificaciones, así como el inventario de los bienes que pertenezcan a las personas sometidas a su patria potestad o tutela.
5. Las modificaciones de la escritura constitutiva de las sociedades mercantiles, la prórroga de su plazo y la disolución o liquidación.
6. La constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre la empresa o sus establecimientos.
7. Cualquier cambio que ocurra en los datos de la inscripción inicial y cualquier hecho que los afecte.
8. Las emisiones de acciones y de otros títulos que entrañen obligaciones para las sociedades mercantiles, expresando su serie, valor y monto de la emisión, sus intereses, primas y amortizaciones y todas las circunstancias que garanticen los derechos de los tomadores. Las operaciones a que se refiere esta literal serán inscritas exclusivamente en el Registro Mercantil.
9. Los Agentes, Distribuidores y Representantes.

Los asuntos a que se refieren las literales anteriores se anotarán en todas las inscripciones afectadas por el acto de que se trate”.



## **2.5. Efectos de la inscripción**

Los efectos explícitos se regulan en el Artículo 339 del Código de Comercio de Guatemala el cual establece lo siguiente: “Efectos. Los actos y documentos que conforme a la ley deben registrarse, sólo surtirán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil. Ninguna inscripción podrá hacerse alterando el orden de presentación”.

Los efectos de la inscripción van muy relacionados al principio de publicidad, en cuanto a que hacíamos mención de que la inscripción produce efectos frente a terceros en cuanto al hecho de inscripción efectivamente.

Es muy importante la inscripción cuando la misma es obligatoria, tal es el caso de las sociedades mercantiles que para que tengan una existencia legal y puedan adquirir personalidad jurídica propia, las mismas deben inscribirse en el Registro Mercantil, contrario a estas no tendrán existencia legal.

## **2.6. Sanciones por falta de inscripción**

El incumplimiento de las normas jurídicas, que de una u otro forman establece su obligatoriedad en cuanto a la inscripción que deben realizar en el Registro Mercantil, y no lo realicen, tiene como efecto las sanciones siguientes:



a) El Código de Comercio de Guatemala, establece una sanción pecuniaria la cual se encuentra regulada en el Artículo 356 el cual regula, “sin perjuicio de las demás sanciones que establece este Código, la falta de inscripción y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que establece el mismo para los comerciantes, se sancionará como multa de veinticinco a mil quetzales, la cual será impuesta por el registrador”.

Podemos establecer que según el Artículo citado la sanción pecuniaria, en que se incurre es mínima y la cual también la encontramos regulada en el Artículo 41 del reglamento del Registro Mercantil, el cual regula lo siguiente: “El Registrador impondrá las sanciones que el Decreto 2-70 del Congreso establece, cuando tenga conocimiento de oficio de la infracción, o por denuncia de terceros; y después de haber comprobado la infracción y fijado los términos y apremios para cada caso. Previamente a la imposición de la sanción, el Registrador dará audiencia al afectado por un término no menor de dos días, y si hubiere asuntos que probar, podrá abrir a prueba el caso por un plazo no mayor de diez días. Emitirá resolución, dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del término de la audiencia o dentro de igual plazo después de fenecido el período de prueba. Esta resolución es apelable ante el Ministro de Economía. Si el infractor no hiciere efectivo el pago dentro de tercero día, de que esté firme la resolución de imposición, el Registrador iniciará de oficio la demanda ante los Tribunales de lo Económico Coactivo.”



## CAPÍTULO III

### 3. Las sociedades mercantiles

“El Código de Comercio, es el encargado de reglar las sociedades mercantiles, así como regular las diferentes clases que existen, en nuestra legislación cinco formas de constitución de sociedades mercantiles. Definición de sociedad, Aguilar Guerra, dice: “Cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros.”<sup>31</sup> El Decreto Ley 106 establece: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.” Claramente se tiene pues que será un contrato, por medio de éste se va actuar legalmente, ya que es aquí en donde se plasma la voluntad de las personas, que han convenido en realizarlo. Tiene por lo tanto para su funcionamiento que contar con un capital, tiene que tener una organización, de acuerdo a las que establece el Código de Comercio, las sociedades mercantiles pues ejercen una actividad económica, por lo tanto, tienen que dividirse las ganancias entre los socios que participan dentro de la misma. La constitución de una sociedad mercantil, implícitamente tiene el ánimo de lucro; se necesitan dos o más personas para que sea contrato. Según Aguilar Guerra, son requisitos de la sociedad los siguientes: a) Ánimo de lucro, b) La personalidad jurídica, c) El patrimonio común; y d) La actividad común.

---

<sup>31</sup> Aguilar Guerra, Vladimir, **La Sociedad Anónima**. pág. 4.



La finalidad lucrativa, para el mismo autor “El ánimo de lucro debe existir al momento de la constitución de la sociedad y perdurar durante el desarrollo del objeto social.”<sup>32</sup> Pues al constituirse una sociedad, se entiende en definitiva, es para ejercer una actividad económica, y tienen que existir bien ganancias o pérdidas; por lo que estas tienen por lo tanto que ser dividido dentro de los socios de la misma.

“La personalidad jurídica, es uno de los requisitos más importantes para la existencia de una sociedad. Ya que, si falta éste es imposible que nazca a la vida jurídica, porque antes de que nazcan las sociedades, debe de existir un contrato. De otra manera, no sería posible hablar de una sociedad legalmente constituida. Si una sociedad no se forma a través de un contrato no nacerá a la vida jurídica. Por lo tanto, tampoco tiene personalidad jurídica. La personalidad jurídica, es uno de los requisitos más importantes, que debe de tener una persona jurídica, dicha persona nace al momento de firmar un contrato de sociedad, por parte de dos o más personas. Así el contrato le da vida a la sociedad y la sociedad adquiere personería jurídica desde el momento en que el contrato es suscrito de forma legal. Los conceptos contrato social y personalidad jurídica están pues ligados, conexos, unidos. No se puede hablar de personalidad jurídica sin que se haya celebrado contrato social. Por consiguiente, la personalidad jurídica es una consecuencia, de la existencia del contrato social.”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> **Ibid.** pág. 6.

<sup>33</sup> **Ibid.**



El contrato de sociedad mercantil plasmado e inscrito como corresponde es el que no es el que le da vida, a la sociedad mercantil, ya que para poder actuar dentro del campo jurídico, se necesita tener personalidad jurídica que la adquiere únicamente cuando está debidamente inscrita en el Registro mercantil, requisito indispensable de una sociedad legalmente constituida. Cuando se trata de personalidad jurídica, se tiene que tomar en cuenta que es la investidura legal que tienen las personas, de actuar como sujetos activos o pasivos en una relación jurídica. “Por personalidad ha de entenderse la investidura jurídica que confiere aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. La personalidad, entonces es la condición que el derecho exige y confiere para poder tomar parte del mundo jurídico; es una investidura que actúa de conditio sine qua non para proyectar y recibir los efectos jurídicos.”<sup>34</sup>

Menester de lo antes establecido no podemos decir que una sociedad mercantil como tal nace a la vida jurídica al momento de constituir el contrato, debido que según el Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 17. Establece: El testimonio de la escritura constitutiva, el de ampliación y sus modificaciones, deberá presentarse al Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura. En virtud que es de forma obligatoria su inscripción según lo regulado en el Artículo 334. Segundo párrafo, del mismo cuerpo legal, el cual establece: “La inscripción de comerciante individual, auxiliares de comercio y de empresa mercantil, deberá solicitarse dentro del mes de haberse constituido como tales o de haber abierto la empresa o el establecimiento. El de las sociedades, dentro del mes siguiente al otorgamiento de la

---

<sup>34</sup> Vásquez Ortiz, Carlos Humberto, **Derecho Civil** I 1ª. Parte, Pág. 14



escritura de constitución. Este mismo plazo rige para los demás hechos y relaciones jurídicas.” Siendo obligatoria su inscripción.

Para indicar la naturaleza jurídica de una sociedad mercantil y determinar en qué momento es que la misma adquiere personalidad jurídica es necesario hacer mención de los siguientes autores:

Según Joaquín Rodríguez Rodríguez “la sociedad no es un contrato, sino es un acto social constitutivo, de naturaleza esencialmente distinta al contrato; es además un acto complejo”.<sup>35</sup>

El autor en mención hace referencia que las sociedades desde que se inicia hasta que se perfecciona en el Registro Mercantil, es un solo acto que hasta que se finalice la inscripción de la sociedad mercantil adquiere personalidad jurídica.

Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño: el criterio respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad, de los autores en mención es el siguiente “En la regulación de las sociedades es preciso distinguir dos aspectos: el contractual (negocial) y el institucional. Por ello la sociedad no es simplemente un contrato, pues, al lado de su aspecto constitutivo negocial, hay que considerar otra faceta de extraordinario interés: el aspecto institucional. La naturaleza de este acto constitutivo quizá constituya uno de los temas que más ha preocupado a la doctrina. Sin olvidar aquellos que califican al acto

---

<sup>35</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Pág. 16,17.





constitutivo de sociedades como un acto colectivo, como un acto complejo, o como un acto normativo, lo cierto es que la tesis contractualista es la que indudablemente cuenta con más adeptos; claro, que a su vez, dentro de ella, existen también no pocas variantes: contrato plurilateral, bilateral, de organización, asociativo, de colaboración, etcétera”.<sup>36</sup>

Según Broseta Pont, la naturaleza jurídica de la sociedad no es un contrato derivado de las siguientes posturas:

- 1.” A diferencia de lo que ocurre en los contratos conmutativos, en el acto constitutivo de la sociedad no existen prestaciones de las partes que se crucen como contraprestación, sino prestaciones que salen de la esfera patrimonial de cada una de ellas y que concurren a la formación de un patrimonio social;
2. A diferencia de lo que ocurre en los contratos, en el negocio constitutivo de la sociedad, no existen dos partes con intereses contrapuestos que intenten armonizarse a través de un consentimiento perfeccionador, sino una sola parte (integrada por todos los socios) caracterizada por la posesión de un mismo interés (crear la sociedad con ánimo lucrativo).<sup>37</sup>

Es por ello que el autor en mención a través de su análisis establece que la sociedades mercantiles no adquiere plena validez sin estar debidamente inscrita en el Registro Mercantil derivado que no solo por el hecho de realizar la escritura constitutiva de sociedad no es considerada con existente en el mundo jurídico.

---

<sup>36</sup> Richard, Efraín Hugo y Orlando Manuel Muiño. **Derecho Societario**. Págs. 69-79

<sup>37</sup> Broseta Pont, Manuel. **Manual de Derecho Mercantil**. Págs. 136 y 137



### **3.1. Clasificación de las sociedades mercantiles**

El Artículo 10 del Código de Comercio estipula: “Sociedades mercantiles. Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes: 1º. La sociedad colectiva, 2º. La sociedad en comandita simple, 3º. La sociedad de responsabilidad limitada, 4º. La sociedad anónima; y 5º. La sociedad en comandita por acciones.” Se enumeran pues, cinco formas de constitución de sociedades mercantiles; existen aún más en el derecho comparado, pero el presente estudio está dirigido específicamente al caso de Guatemala, ya que la afectación de la antonimia jurídica que se da, afecta a las sociedades constituidas o por constituirse en nuestro país.

A continuación acorde a la legislación, vigente se desarrollará, cada una de las sociedades, únicamente basada en los enunciados legales, ya que más adelante servirá de base para comprobar la hipótesis planteada, sin entrar a profundizar en cada una de estas, toda vez que no es motivo del presente estudio, sino solo la base para el desarrollo de la hipótesis respectiva.

#### **3.2.1. La sociedad colectiva**

El Artículo 92 establece que: “sociedad colectiva es la que existe bajo una razón social y en la cual todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitado y solidariamente de las obligaciones sociales.” Para el autor Pineda Sandoval, sociedad colectiva: “Es aquella en que varios socios explotan en común respondiendo ilimitada y solidariamente de las operaciones sociales.” Típica sociedad personalista, ya que todos



los socios responden de manera solidaria, por todas las obligaciones sociales. Esta, por ser personalista, su razón social se forma con el nombre y apellidos de uno o más socios, seguido de la leyenda y Compañía, Sociedad Colectiva, si aparece el nombre de una o más personas que no sean socios, responderán ante terceros de igual manera. Como sabemos, esta sociedad ha caído en desuso en nuestro país, esto se debe a la forma de responder, también porque son muchas las personas, que puedan participar y aportan poco capital.

### **3.2.2. La sociedad en comandita simple**

El Artículo 68 enuncia: “Sociedad en Comandita simple, es la compuesta por uno o varios socios comanditados que responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales; y por uno o varios socios comanditarios que tienen responsabilidad limitada al monto de su aportación.” El capital de esta, se conforma por aportes que no se representan por títulos, únicamente constan en la escritura. Al igual que la anterior es una sociedad personalista, el nombre de la sociedad, se forma con el nombre de uno de los socios comanditados, o bien con el apellido de dos o más de ellos, se le agrega la palabra y Compañía Sociedad en Comandita la que se puede abreviar así: Cía. S en C. Los socios comanditados son los que tienen exclusivamente la administración de la sociedad.



### 3.2.3. La sociedad de responsabilidad limitada

“El Código de Comercio al regular la sociedad de responsabilidad limitada, lo hace, dentro del sistema general de las sociedades mercantiles, estableciendo únicamente como normas especiales las que se ocupan de las notas particulares de ella y dejando lo demás a las disposiciones generales. No contiene una definición completa y más bien se concreta en fijar sus rasgos: sociedad de responsabilidad limitada es la compuesta por varios socios que sólo están obligados al pago de sus aportaciones. Por las obligaciones sociales responde únicamente el patrimonio de la sociedad y, en su caso, la suma que a más de las aportaciones convenga la escritura social. El capital estará dividido en aportaciones que no podrán incorporarse a títulos de ninguna naturaleza ni denominarse acciones. De acuerdo con los rasgos y características propias de la sociedad de responsabilidad limitada, podemos definirla como la sociedad mercantil que, bajo una denominación objetiva o una razón social, de capital fundacional y dividido en aportaciones no incorporables a títulos de ninguna naturaleza, responde por las obligaciones sociales únicamente con su patrimonio, salvo la suma a que, a más de la aportación, se comprometan los socios.”<sup>38</sup>

“Desde el punto de vista histórico, la sociedad de responsabilidad limitada, que es la forma social más reciente, tiene un doble origen: la práctica inglesa y la legislación alemana, ambas casi coincidentes en el tiempo. En el sistema del common law, en 1881,

---

<sup>38</sup> **Ibid.** págs. 153-154.



surge la private company como una sociedad por acciones cuyos estatutos restringen el derecho a transmitir las acciones, limitan el número de socios a 50 y prohíben toda invitación al público por la suscripción de acciones u obligaciones emitidas por la sociedad. Se ha señalado que en la vida comercial inglesa nace esta sociedad como una subespecie de la sociedad anónima y que incluso después de su reconocimiento legislativo, seguían siendo sociedades anónimas. En el derecho continental, la sociedad de responsabilidad limitada fue creación del legislador alemán mediante la ley del 20 de abril de 1892, cuya idea innovadora fue la de poner al lado de la sociedad anónima, que es de funcionamiento lento, creada con miras hacia el gran público y la bolsa de valores, una sociedad que correspondiera al tipo de un pequeño capitalismo, más bien íntimo. La sociedad de responsabilidad limitada surge obedeciendo a razones económicas que aconsejaban extender a las pequeñas sociedades el beneficio de la responsabilidad limitada de los socios, sin los inconvenientes que la organización más complicada de la sociedad anónima suele traer para las sociedades de pocos socios. A partir especialmente de la ley alemana alcanza gran difusión. Casi todos los países la han ido incorporando a su legislación. En Guatemala fue el Código de Comercio de 1942 el que introdujo a la sociedad de responsabilidad limitada como un nuevo tipo de sociedad, le dedicó siete Artículos y la disciplinó sobre la base de las disposiciones generales aplicables a todas las sociedades y la supletoriedad de las normas de las sociedades colectivas, en cuanto estas no contrariaran su naturaleza. El Código de 1970 la regula como uno de los tipos de sociedad mercantil por la forma, le dedica ocho Artículos y se ocupa únicamente de regular los rasgos particulares de la misma, ya que parte de la



amplia disciplina general de las sociedades, y remite únicamente a las disposiciones de la sociedad colectiva relativas a la vigilancia de la sociedad y a las juntas generales.<sup>39</sup>

### **3.2.4. La sociedad en comandita por acciones**

“El origen de la comandita por acciones se sitúa en el siglo XVII en Francia, debiéndose su difusión al Código de Comercio francés de 1807. Logró difusión este tipo de sociedad al someterse la anónima a la previa autorización gubernativa y quedar en cambio libre la constitución de comanditas por acciones. A partir del Código francés se introdujo la comandita por acciones en el Código español de 1829, el alemán de 1861, el italiano de 1861. Como una consecuencia de lo que se llamó fiebre de las comanditas y de los abusos que se cometieron, se produjo una reacción que llevó también a las comanditas por acciones a la previa autorización gubernativa y con esto dio principio su decadencia. En Guatemala la comandita por acciones aparece legislada en el Código de Comercio de 1877 como una especie de la sociedad en comandita. Constituye su régimen jurídico las disposiciones relativas a la sociedad en comandita en general, las propias de la comandita simple en cuanto no estén en contradicción con las disposiciones especiales y, finalmente, 16 Artículos específicos. Conforme a éste Código, la comandita por acciones era de libre constitución a diferencia de la sociedad anónima que estaba sujeta a autorización gubernativa. En 1942 se modificó el régimen anterior: se perfiló en mejor forma el concepto, se siguió considerando a la comandita por acciones como una especie de la sociedad en comandita cuyas disposiciones generales le eran aplicables,

---

<sup>39</sup> Vásquez Martínez, Op. Cit. págs.155-156.



fue sometida a autorización gubernativa en igual forma que la sociedad anónima y se integró su complejo normativo, además con las disposiciones de la sociedad anónima que resultaran compatibles con la naturaleza de la comandita por acciones. Finalmente, en el Código de 1970, la sociedad en comandita por acciones ya no se regula como una especie de la comandita, sino a continuación de la sociedad anónima y dispone que se registrará por las reglas de la sociedad anónima, salvo lo dispuesto en los Artículos propios, que son específicos para ella. Se introduce también como novedad un nuevo concepto, se atribuye la administración a los socios comanditados pero con la posibilidad de ser removidos y de consiguiente con cese de responsabilidad.”<sup>40</sup>

“El Código de Comercio regula a la sociedad en comandita por acciones inmediatamente después de la sociedad anónima y la somete a un régimen jurídico integrado por las normas relativas a esta última, salvo las disposiciones específicas destinadas a ella. Esta ubicación y régimen se complementan con el concepto de la sociedad en comandita por acciones contenido en la ley: es aquella en la cual uno o varios socios comanditados responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales y uno o varios socios comanditarios tienen la responsabilidad limitada al monto de las acciones que han suscrito, en la misma forma que los accionistas de una sociedad anónima, a lo cual agrega, las aportaciones deben estar representadas por acciones. Con base en lo anterior y tomando en cuenta las características de la sociedad en comandita por acciones, podemos definirla diciendo que es la sociedad mercantil que actúa bajo una razón social, de capital dividido en acciones a cuyo monto

---

<sup>40</sup> **Ibid.** págs. 210-211.



limitan los socios su responsabilidad, salvo uno o más que la administran y responden solidaria, subsidiaria e ilimitadamente por las deudas sociales.”<sup>41</sup>

### **3.2.5. La sociedad anónima**

“El origen de las sociedades anónimas se vincula con el movimiento de colonización del oriente y del nuevo mundo y con el comienzo, por ende, de la historia moderna. Se ha señalado como punto inicial de las sociedades anónimas la fundación, el 20 de marzo de 1602, de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, ya que en las compañías coloniales aparecen algunas de las características fundamentales de la actual sociedad anónima: limitación de la responsabilidad de los socios, división del capital en acciones, diferenciación del socio con respecto de la sociedad. Es digno de destacar el hecho de que la Compañía Holandesa de las Indias Orientales históricamente parece a su vez referirse al condominio naval de tipo germánico; por eso la responsabilidad limitada encontraría su origen en la responsabilidad limitada del derecho marítimo, y de este modo tendríamos un nuevo ejemplo de las instituciones del derecho mercantil, cuyo origen histórico se encuentra en el derecho marítimo. Antecedentes más remotos de las sociedades anónimas se han querido encontrar en las asociaciones de acreedores del Estado, formadas en los estados italianos como consecuencia de los empréstitos a que tienen que recurrir, esto se califica por la doctrina como un tanto problemático. Sin embargo, se considera que fue sociedad anónima el Banco de San Jorge de Génova creado en 1407, que todavía existía bien entrado el Siglo XIX. A la

---

<sup>41</sup> *Ibid.* págs. 209-210.





Compañía Holandesa de las Indias Orientales siguieron otras similares: la Inglesa de 1602, la Sueca de 1615, la Danesa de 1616 la Holandesa de las Indias Occidentales de 1621, la Francesa de 1664 y la Real Compañía de Filipinas organizada en España en 1728. Estas compañías eran muy diferentes de las sociedades anónimas actuales ya que eran entidades semipúblicas, constituidas directamente por los soberanos mediante decisiones gubernativas que las dotaban de personalidad y les conferían privilegios monopolísticos en la explotación comercial, al propio tiempo que solían reservar al poder público una participación en los beneficios y una intervención o control constante en sus decisiones. Posteriormente, a impulso del capitalismo liberal, se estructura como institución jurídica en el Código de Comercio francés de 1807, dentro del cual se contenían por primera vez normas fundamentales para su régimen, complementadas posteriormente por leyes que regulaban su constitución. Del Código francés pasa a las demás legislaciones. En Guatemala, la sociedad anónima, obtuvo consagración legislativa en el Código de Comercio de 1877, el cual tomó la definición del Código de Chile y reguló a este tipo de sociedad partiendo de las disposiciones establecidas para la sociedad colectiva y ocupándose únicamente de los aspectos particulares de la anónima. En 1942, al hacerse la refundición del Código de Comercio, se modifica lo relativo a la sociedad anónima ya que se cuenta con una parte general aplicable a todas las sociedades mercantiles y de consiguiente sólo se regula dentro de los preceptos específicos destinados a la sociedad anónima, lo que es privativo de ésta. Fuera de lo anterior, se mantiene la misma definición legal y los mismos rasgos que originalmente tuvo en el Código de 1877. En el Código de Comercio de 1970 se adopta, como ya se vio una definición distinta, más acorde con la doctrina y las legislaciones modernas; se



introducen cambios sustanciales tanto en la estructura como en el funcionamiento de la sociedad, en atención a la vasta y singular importancia de la sociedad anónima como vehículo de gran parte de la vida económica contemporánea, según expresa el dictamen de la Comisión de Economía del Congreso de la República.”<sup>42</sup>

“De todas las sociedades mercantiles ninguna tiene la importancia de la sociedad anónima; es el instrumento jurídico más adecuado para desarrollar empresas de gran envergadura y permite la participación en ellas de un gran número de personas. Se le considera por ello la más importante de las formas asociativas en la vida moderna y se le atribuye en buena parte el desenvolvimiento industrial y comercial del mundo contemporáneo. La división del capital en acciones, la movilidad de éstas merece a su incorporación a títulos esencialmente negociables, la limitación individual del riesgo al capital representado por las acciones poseídas, son notas que le han dado esa importancia y que la han llevado a su enorme difusión. Casi todas las grandes empresas comerciales, industriales, mineras y agrícolas están organizadas actualmente como sociedades anónimas. En Guatemala la sociedad anónima ha logrado un notable desarrollo íntimamente vinculado al auge de las diversas actividades y en especial de la industria, el comercio y la agricultura. Este desarrollo es relativamente reciente y no ha llegado a su plenitud. Sí puede señalarse que en la actualidad es una de las formas de sociedad preferidas, tanto para las empresas grandes como medianas, y que es fácil vaticinar que en el futuro la sociedad anónima tendrá en nuestro medio mayor difusión. El Código de Comercio, consciente de la importancia de la sociedad anónima, la

---

<sup>42</sup> Ibid. Págs. 166-168.



disciplina con bastante detalle y teniendo en cuenta exigencias diversas, como son: 1) La tutela de los terceros que entran en relaciones con la sociedad confiándose en el capital de la entidad; 2) La tutela de los intereses de los accionistas, aparte del respeto formal de los acuerdos de la mayoría en la formación de la voluntad social; 3) La tutela de los intereses públicos que están en estrecha unión con la vida de los organismos económicos más grandes. También, por las mismas razones, se ha establecido un sistema riguroso de responsabilidad de los administradores. En su Artículo 86 dice el Código de Comercio que la sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito. De acuerdo con dicho precepto y con el contexto general de la regulación jurídica contenida en el Código de Comercio podemos definir a la sociedad anónima, diciendo que es la sociedad mercantil con denominación objetiva, de capital dividido en acciones a cuyo monto limitan los socios su responsabilidad.”<sup>43</sup>

La sociedad anomia, es la más utilizada en nuestro país tiene mayor importancia debido a que en el ámbito económico brinda mayores ventajas, para los accionistas entre las más importantes, el tipo de responsabilidad de accionistas que es limitada al monto de lo aportadas, es decir que ante cualquier eventualidad los accionistas solo responderán con lo aportado a la sociedad y no con sus bienes propios y es otros aspectos el Código de Comercio de Guatemala, no tiene un límite de socios accionistas para conformar dicha sociedad.

---

<sup>43</sup> Ibid. Págs. 165-166.





## CAPÍTULO IV

### 4. Clasificación y jerarquía de las normas jurídicas; lagunas axiológicas y derrotabilidad de las normas

#### 4.1. Clasificación de las normas jurídicas

“Hay tantas clasificaciones, como criterios, o como autores al respecto existen. Dentro de esta gran clasificación seleccionaremos las que a mi particular punto de vista me parecen los adecuados para este trabajo, siendo las siguientes: a) Atendiendo al Estado que dicta las leyes, pueden ser nacionales y extranjeras. b) Desde el punto de vista de su fuente, existen normas legislativas, consuetudinarias, y jurisprudenciales. c) Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez, normas generales y normas municipales. d) Atendiendo al ámbito temporal de validez: normas jurídicas de vigencia determinada, fijan en su texto el tiempo que estarán vigentes y vigencia indeterminada, no fijan plazo para su vigencia. e) Por el ámbito material de validez, normas de derecho público, de derecho constitucional, administrativo, penal, civil, laboral, etc. f) Atendiendo a las personas que se aplicarán, genéricas, se aplican a todas las personas. Individualizadas, las que se aplican exclusivamente a una persona en particular. g) De acuerdo a su jerarquía, supranacionales, constitucionales, ordinarias, reglamentarias e individualizadas. h) Atendiendo a su finalidad inmediata, positivas, las que permiten cierta conducta o cierta omisión y prohibitivas, las que prohíben ciertas conductas. i) Desde el punto de vista de su complementación: primarias y secundarias.”<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup><https://www.scielo.org.ar/pdf/anafil/v26n2/v26n2a05.pdf> (13 de octubre de 2016)



## 4.2. Jerarquía de las normas jurídicas

“Está determinada por la importancia de una ley con relación a otra, o a las demás normas jurídicas. La norma que se encuentra en la cúspide sirve a aquella que en la escala se encuentra en su base. En nuestro país la jerarquía es a criterio de la postulante, previa lectura de varios autores: a) Constitucionales, b) Ordinarias, c) Reglamentarias; y d) Individualizadas.

Como ley superior jerárquica, de nuestro país y por ser el motor del ordenamiento jurídico, todas las demás leyes deben de crearse de acuerdo a los principios de la Constitución Política de la República. Ninguna deberá contradecir un principio de nuestra carta magna, todas se deben de regir de acorde a la Constitución. En nuestra Constitución, se regula que los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno. Si alguna norma jurídica contradice la Constitución se puede declarar inconstitucional a través del recurso de inconstitucionalidad. Esto dio nacimiento a la Corte de Constitucionalidad, dicha institución es la encargada de resolver el recurso de inconstitucionalidad. Normas jurídicas ordinarias, también llamadas leyes comunes o leyes generales, en una norma constitucional o en una Constitución como bien sabemos, no se puede dejar plasmado todo, solo aspectos generales. Por lo tanto, tenemos necesidad de recurrir a las normas secundarias, encontramos que en las normas ordinarias, podemos desarrollar los principios que se plasmaron en la Constitución, los ampliamos, siempre y cuando no se contradiga a la fundamental.



Esta ley se basa en el precepto fundamental y lo amplía para comprender mejor o desarrollar de una manera más amplia el contenido. Normas jurídicas reglamentarias, estas constituyen una tercera escala, en cuanto a la jerarquía normativa, su función consiste, en desarrollar todos los conceptos desarrollados en una norma ordinaria, por lo tanto, no deben contradecir a las anteriores. En esta clase de normas, se va a regular lo que está plasmado en una norma ordinaria, ya que como dijimos anteriormente en una sola ley, no se puede dejar establecido o ampliado todo, por lo tanto, debemos recurrir a esta escala para ampliar el contenido de las ordinarias, tal es el caso por ejemplo de: Los reglamentos de las distintas leyes que existen. Normas jurídicas individualizadas, las normas jurídicas anteriores, son de observancia general, contraria a la norma individual que es aplicable únicamente a una persona en particular. Se aplican a personas determinadas. Entre esta clase de normas podemos citar, a los contratos y las sentencias, las cuales sus preceptos son aplicadas única y exclusivamente a la persona que en dichos documentos se menciona”.<sup>45</sup>

#### **4.3. Lagunas axiológicas**

“Previo a tratar el asunto principal en relación a la antinomia que es la guía de esta investigación cabe resaltar lo relativo a cuestiones puramente filosóficas, y por ello trataré lo relativo a la cuestión de la laguna axiológica y la derrotabilidad de las normas. “Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que según la opinión del intérprete está reglado de forma

---

<sup>45</sup> Ibid.



«axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta». Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión «por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente» al supuesto de que se trata. Dicho de otra forma, una laguna axiológica «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución». Evidentemente, la laguna aquí no consiste en la falta de una norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto *está* reglado (de no ser así, habría una laguna no axiológica, sino normativa). Lo que falta es una norma satisfactoria o “justa” y más precisamente, una norma “diferenciadora”, es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto.”<sup>46</sup>

#### **4.4. Derrotabilidad de las normas**

“Cualquier norma jurídica puede ser reconstruida como un enunciado condicional: “Si H, entonces J”, donde el antecedente denota una clase de supuestos de hecho y el consecuente denota una clase de consecuencias jurídicas (tales como: obligaciones, permisiones, prohibiciones, sanciones, validez o invalidez de actos, etc.). Ahora bien, «muchas (si no todas) de las formulaciones normativas [que se encuentran en un ordenamiento jurídico] son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas», «circunstancias que desplazan la obligación, aunque no

---

<sup>46</sup> *Ibid.*





estén formuladas expresamente». La derrotabilidad «implica dos consecuencias muy importantes. En primer lugar, para el condicional superable [i.e., derrotable] no vale la ley del refuerzo del condicional [...]. En segundo lugar, tampoco vale la ley del modus ponens». Dicho de otra forma, una norma derrotable es una norma «sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano», de manera que no es «posible precisar por anticipado las circunstancias» que operan «como genuina condición suficiente de su aplicación». Para mostrar la conexión entre lagunas axiológicas, derrotabilidad, e interpretación analizaremos unos ejemplos ficticios (aunque no completamente ficticios).<sup>47</sup>

#### 4.4.1. Algunos ejemplos

“Primer ejemplo. En una República con constitución rígida, forma parlamentaria de gobierno y control concentrado a posteriori sobre la constitucionalidad de las leyes, una disposición constitucional establece: “El Presidente de la República puede oponer su veto a la promulgación de las leyes”. ¿A cuáles leyes se refiere esta disposición? Según la interpretación literal, a cualquier ley, porque el texto no distingue de ninguna forma entre leyes de tipos diferentes. Ahora, imaginemos un jurista que argumenta, aproximadamente, de la manera siguiente:

(a) Cabe distinguir entre dos tipos de leyes: por un lado, las leyes ordinarias; por otro lado, las leyes de revisión constitucional. (Esto es lo que, en teoría de la interpretación, se llama la técnica de la disociación.)

---

<sup>47</sup> Ibid.



(b) En el ordenamiento vigente (gobierno parlamentario) el Presidente de la República no es el jefe del Poder Ejecutivo, sino un “poder neutro” –algo como el *pouvoir neutre* de Benjamin Constant– que tiene funciones no políticas, sino sólo de garantía de constitucionalidad. (Ésta, nótese, es una tesis no estrictamente interpretativa, sino dogmática: una tesis de “teoría constitucional”, si así quiere expresárselo.)

(c) La función del veto presidencial es la de permitir al Presidente un control previo (distinto al control del Tribunal Constitucional, que es posterior) sobre la constitucionalidad de las leyes; en particular, el Presidente tiene el poder de oponer su veto frente a leyes cuya inconstitucionalidad es evidente. (Ésta es una tesis dogmático-interpretativa sobre la *ratio legis*, o sea sobre la finalidad de la disposición que se comenta.)

(d) Por otro lado, un problema de constitucionalidad sólo puede presentarse con respecto a las leyes ordinarias: una ley de revisión constitucional nunca puede ser inconstitucional (excepto por razones formales), porque las leyes de revisión consisten precisamente en un cambio del texto constitucional. Las leyes de revisión, se podría decir, por definición, son “inconstitucionales”, pero están autorizadas a serlo. (Esta tesis se sigue analíticamente del concepto común de revisión constitucional.)

(e) Entonces, la disposición constitucional de que se trata debe ser interpretada en el sentido de que se refiere sólo a las leyes ordinarias, no a las leyes de revisión. (Ésta es



una primera conclusión interpretativa, que se sigue de la disociación combinada con unas tesis dogmáticas.)

(f) La constitución no dice nada en absoluto sobre el poder presidencial de veto en relación con las leyes de revisión. (Se trata de una segunda conclusión interpretativa que, como la precedente, se sigue de la disociación y de la dogmática constitucional.)

(g) Por consecuencia, el Presidente de la República no tiene el poder de oponer su veto a las leyes de revisión. (Ésta es una segunda conclusión interpretativa, en sentido amplio, extraída a contrario a partir del “silencio” del texto constitucional: *inclusio unius est exclusio alterius*.) Esta forma de razonamiento, como se ve, acarrea consecuencias de gran interés.

- (i) En primer lugar, mediante la técnica de la disociación, nuestro jurista imaginario crea una excepción implícita en la disposición constitucional interpretada. Es decir, la hace una disposición derrotable o, mejor dicho, la derrota.
- (ii) En segundo lugar, él brinda, de dicha disposición, una interpretación restrictiva: el alcance de la disposición resulta restringido a las leyes ordinarias (mientras que, según una interpretación literal, ella se aplicaría a todas las leyes sin distinción).



- (iii) En tercer lugar, produce una laguna: la disposición constitucional, reglando sólo el supuesto “ley ordinaria”, no regula las leyes de revisión; el supuesto “ley de revisión” (en relación con el poder presidencial de veto) no está reglado por la constitución de ninguna forma. Para quien interpreta literalmente la disposición de que se trata, por el contrario, esta laguna no es normativa, sino axiológica, pues el texto se refiere a las leyes sin distinción, y entonces también a las leyes de revisión.
- (iv) En cuarto lugar, nuestro jurista colma la laguna que él mismo ha creado por una norma “implícita” (en sentido amplio, no en sentido lógico) –una norma de creación doctrinal (Juristenrecht) según la cual el Presidente no tiene poder de veto sobre las leyes de revisión.”<sup>48</sup>

Segundo ejemplo. En el mismo ordenamiento constitucional del primer ejemplo, donde el Gobierno tiene el poder de promulgar, en ciertas circunstancias, actos legislativos, que (como las leyes stricto sensu) pueden ser sometidos al control posterior del Tribunal Constitucional, una disposición constitucional establece: “El Tribunal de Cuentas ejerce el control de legitimidad sobre los actos del Gobierno”. ¿A cuáles actos se refiere esta disposición? Según la interpretación literal, a cualquier acto del Gobierno, evidentemente, porque el texto no distingue de ninguna forma entre actos de tipos diferentes. Sin embargo, imaginemos un jurista que argumenta, aproximadamente, de la forma siguiente.

---

<sup>48</sup> Ibid.



(a) En nuestro ordenamiento existen dos tipos de actos de gobierno: actos legislativos (con “fuerza de ley”) y actos no legislativos (reglamentarios y administrativos).

(b) “Legitimidad” puede significar, a la vez, conformidad con las leyes stricto sensu (legalidad) o bien conformidad con la constitución (legitimidad constitucional o constitucionalidad).

(c) Los actos de valor legislativo, evidentemente, no tienen que ser conformes a las leyes (por el contrario, pueden derogar a las leyes: en eso precisamente consiste su valor legislativo). Los actos legislativos sólo deben ser conformes a la constitución.

(d) Sin embargo, en nuestro ordenamiento, el control de conformidad con la constitución sobre los actos de valor legislativo es competencia (que se supone exclusiva) del Tribunal Constitucional.

(e) Por lo tanto, la disposición constitucional de que se trata debe ser interpretada en el sentido de que se refiere sólo a los actos no legislativos; los actos legislativos quedan fuera de su ámbito de aplicación. (f) La constitución no dice nada sobre la competencia del Tribunal de Cuentas sobre los actos legislativos del Gobierno.

(g) Por consecuencia, el Tribunal de Cuentas no tiene competencia para controlar la legitimidad de los actos legislativos del Gobierno. Como en el caso precedente, nuestro jurista imaginario ha hecho cuatro cosas importantes.

(i) Por medio de la técnica de la disociación, ha derrotado la disposición constitucional, introduciendo en ella una excepción implícita: es decir, una excepción que, según la interpretación literal, no existe en absoluto.

(ii) De esta forma ha propuesto una interpretación restrictiva de dicha disposición.



(iii) Al mismo tiempo ha creado una laguna: la constitución no regula los poderes del Tribunal de Cuentas sobre los actos legislativos del Gobierno. Por supuesto, a quien interpreta literalmente, esta laguna no le parece normativa –pues el texto se refiere a todos los actos gubernativos– sino axiológica.

(iv) Y, por último, nuestro jurista ha colmado la laguna con la norma de creación doctrinal según la cual el Tribunal de Cuentas no es competente para controlar la legitimidad de los actos legislativos del Gobierno.

Tercer ejemplo. “En el mismo ordenamiento constitucional, una disposición de la constitución establece: “Ningún acto del Presidente de la República es válido si no está refrendado por el ministro proponente”. Interpretación literal: cualquier acto presidencial debe ser refrendado por el ministro proponente. Esto supone que por cualquier acto presidencial haya un ministro proponente, y entonces una propuesta ministerial. Es decir, el Presidente no puede promulgar acto alguno sino es sobre la base de una propuesta ministerial. Pero imaginemos un jurista que argumenta, aproximadamente, de la forma siguiente.

- (a) Dentro de una forma de gobierno parlamentaria, el Presidente de la República no es el jefe del Poder Ejecutivo: es un “poder neutro” con funciones de garantía de constitucionalidad (se trata de una premisa dogmática que ya conocemos).



- (b) Por lo tanto existen actos que el Presidente cumple en el ejercicio de su función garantista: dichos actos no tienen contenido político “partidario”, son políticamente imparciales, y entonces no presuponen –no requieren– ninguna propuesta ministerial.
- (c) Por consecuencia, hay que distinguir entre dos tipos de actos presidenciales: los actos “sustancialmente” gubernativos (cumplidos sobre la base de una propuesta ministerial) y los actos “estrictamente” presidenciales (sin propuesta ministerial).
- (d) Ahora bien, la disposición constitucional que se comenta se refiere no a todos los actos del Presidente sino sólo a los actos sustancialmente gubernativos; los otros actos presidenciales quedan fuera de su alcance.
- (e) Entonces, los actos estrictamente presidenciales no están reglados por la constitución.
- (f) En consecuencia, los actos estrictamente presidenciales no requieren ningún refrendo ministerial (o, quizás, requieren el refrendo no del ministro proponente, que simplemente no está, sino del ministro competente por materia).

Una vez más, nuestro jurista imaginario ha hecho cuatro cosas.

- (i) Ha derrotado la disposición constitucional, introduciendo en ella una excepción implícita que, según la interpretación literal, no subsistiría.
- (ii) De esta forma ha propuesto una interpretación restrictiva de dicha disposición.
- (iii) La interpretación restrictiva le ha permitido identificar una laguna: la constitución no regula los actos estrictamente presidenciales en relación con el refrendo ministerial. A quien interpreta literalmente, tal laguna le parece evidentemente axiológica, pues el texto constitucional no distingue, y se refiere a los actos presidenciales sin más.
- (iv) Por último, nuestro jurista ha colmado esta laguna con la norma de creación doctrinal según la cual los actos estrictamente presidenciales no requieren refrendo ministerial.”<sup>49</sup>

#### **4.4.2. Algunas conclusiones**

“No sería difícil multiplicar los ejemplos. Pero, ¿estos simples ejemplos se pueden generalizar? Yo creo que sí. De estos ejemplos, aun cuando son más o menos ficticios, se desprenden varias consecuencias interesantes.

---

<sup>49</sup> Ibid.





1. Los ejemplos sugieren que los conceptos de laguna axiológica y de derrotabilidad pertenecen, digámoslo así, no a la teoría de los sistemas normativos, sino más bien a la teoría de la interpretación. Denotan fenómenos que se presentan a lo largo del proceso de interpretación y que dependen de las estrategias interpretativas de los juristas (o de los jueces, por supuesto). Tal vez hace falta recordar que las actividades de sistematización del derecho siguen, no preceden, las decisiones interpretativas: no se hacen inferencias desde los textos (todavía no interpretados), sino sólo desde los significados, que, precisamente, presuponen la interpretación.

2. Muchas veces lagunas axiológicas y derrotabilidad son, digámoslo así, las dos caras de una misma moneda. Al derrotar una norma se excluyen de su alcance algunos supuestos (que, sin embargo, de acuerdo con una distinta interpretación sí estarían reglados por la norma). A veces dichos supuestos resultan reglados por otra norma del sistema, pero otras veces resultan no reglados por ninguna norma perteneciente al sistema. En este último caso el sistema está con lagunas. Entonces, la derrota produce una laguna.

3. El concepto de laguna axiológica no pertenece al lenguaje de los juristas (o de los jueces): pertenece al lenguaje de la teoría del derecho, más precisamente de la “meta-jurisprudencia”, es decir del análisis lógico del discurso de los juristas (y de los jueces). Quiero decir que quien afirma la existencia de una laguna salvo que hable de jure condendo, criticando el sistema jurídico vigente nunca admite que se trata de una laguna axiológica: por el contrario, siempre sugiere que dicha laguna es auténticamente



normativa, es decir es un defecto objetivo del sistema normativo, independiente de cualquier valoración. Sin embargo, para decir a nivel de metalenguaje o sea desde el punto de vista “externo”– que la laguna en cuestión no es normativa, sino axiológica, debemos presuponer una interpretación del mismo texto, distinta de la interpretación propuesta por quien afirma la existencia de dicha laguna. Las lagunas axiológicas, entonces, parecen depender de la interpretación dos veces, o en doble sentido. Por un lado, dependen de la interpretación en el sentido de que quien afirma la existencia de una laguna axiológica presupone una determinada interpretación normalmente restrictiva del texto. Por otro lado, dependen de la interpretación en el sentido de que quien afirma, a nivel de metalenguaje, que dicha laguna es precisamente axiológica, y no normativa, presupone a su vez una interpretación distinta normalmente literal del mismo texto. Y esto tiene una consecuencia tal vez a un más inquietante. A veces se habla como si las lagunas axiológicas dependiesen de las valoraciones de los intérpretes, mientras que las lagunas normativas serían algo así como propiedades “objetivas” del derecho. De hecho, no es así. Si es verdad que no se pueden distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas independientemente de la interpretación, se sigue que una cierta laguna puede ser considerada normativa o axiológica desde puntos de vistas interpretativos distintos. Pero esto quiere decir que incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación esta laguna milagrosamente desaparece, no subsiste en tanta laguna normativa, y entonces se convierte en laguna axiológica.



4. Los conceptos de derrotabilidad y de laguna axiológica son nuevos (o relativamente nuevos) en el lenguaje de la teoría del derecho, pero ambos son, a menudo, el resultado de una forma de interpretación bien conocida: la interpretación restrictiva, o sea aquella interpretación que reduce el alcance de una norma. Por otra parte, el concepto de interpretación restrictiva es, evidentemente, un concepto de relación: ¿“restrictiva” con respecto a qué? Para afirmar que una interpretación es restrictiva hace falta presuponer una interpretación distinta: normalmente, una interpretación literal. Nótese, sin embargo, que incluso la interpretación literal es una interpretación, tal vez menos discutible, pero –en tanto interpretación– no más “objetiva” o “neutral” que otras interpretaciones posibles. La interpretación restrictiva, como cualquier interpretación no literal, supone, explícita o tácitamente, el argumento (retórico) de la *ratio legis*, o sea de la intención –a menudo contrafáctica– de la autoridad normativa. Más precisamente, quien rechaza la interpretación literal supone: primero, que existe una discrepancia entre lo que la autoridad normativa ha dicho y lo que quería decir (o hacer); segundo, que la intención tiene que prevalecer sobre el texto. Esta última suposición, evidentemente, no es otra cosa que una ideología política. Por otra parte, los enunciados sobre la intención de las autoridades normativas no pueden seriamente ser considerados como enunciados empíricos: no existe acceso a la “mente” de un legislador, sobre todo si es un órgano colegiado.

5. La interpretación restrictiva es el resultado de una técnica interpretativa específica: la técnica de la disociación, algo parecido al *distinguishing* de los jueces del *Common Law*. Esta técnica consiste en introducir en las normas distinciones “nuevas”,



es decir no hechas por la autoridad normativa; consiste en descomponer la clase de los supuestos previstos por el texto –según la interpretación literal– en dos (o más) subclases, con el intento de sugerir que dichas subclases, siendo “sustancialmente” distintas, no pueden no tener consecuencias jurídicas diferentes. La disociación, precisamente, es el instrumento argumentativo que permite crear lagunas axiológicas y derrotar las normas.

6. La derrotabilidad no es, como a veces se piensa, una peculiaridad de los principios. Es posible que los principios sean “intrínsecamente” derrotables –en el sentido que la derrotabilidad forma parte del propio concepto de principio– pero lo que es cierto es que cualquier norma puede ser convertida en derrotable: de hecho, los juristas lo hacen continuamente.

7. Algunos autores suponen que la derrotabilidad de las normas y las lagunas axiológicas dependen de la presencia, en el sistema jurídico, de principios, en el sentido de que serían precisamente los principios los que derrotan las normas y producen lagunas axiológicas: o, mejor dicho, los intérpretes derrotarían las normas y producirían lagunas axiológicas al aplicar uno u otro principio. Por supuesto, a menudo esto es verdad. Pero la derrotabilidad y las lagunas axiológicas no dependen necesariamente de principios: es decir, no hay ninguna relación lógica entre estas cosas. La derrotabilidad y las lagunas axiológicas dependen muy simplemente de las valoraciones de los intérpretes, y a menudo esas valoraciones toman la forma de “teorías” jurídicas, o mejor dicho de tesis dogmáticas: algo construido por los juristas antes e independientemente



de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico. Es preciso señalar que las tesis dogmáticas –por ejemplo: “En una República parlamentaria el jefe del Estado es un poder neutro con funciones de garantía constitucional”, “La costumbre internacional se forma con el consentimiento de los Estados”, “El ordenamiento de las Comunidades Europeas y de los Estados miembros son ordenamientos autónomos e independientes”, etc. no son enunciados interpretativos (no presentan la forma estándar de tales enunciados: “El texto T significa S”). A veces son, muy simplemente, normas: “no positivas” evidentemente. Otras veces, son definiciones estipulativas que incorporan juicios de valor, preferencias políticas o morales ocultas, e implican normas. Esas definiciones orientan la interpretación y, a menudo, permiten formular normas “implícitas” apócrifas.”<sup>50</sup>

8. Escribe Carlos Alchourrón: «La derrotabilidad torna dificultosa la identificación de las normas de un sistema jurídico mucho más que la simple ambigüedad. De manera que constituye uno de los factores que hacen necesario, en muchas situaciones, introducir operaciones valorativas y el uso de pautas axiológicas en la interpretación de los textos normativos». Estas palabras parecen suponer: por un lado, que la derrotabilidad sea una propiedad objetiva de las normas, anterior a toda interpretación; por otro lado, que la interpretación sea –al menos normalmente– una operación que no requiere valoraciones. Las valoraciones, en el proceso interpretativo, serían no una causa, sino un efecto de la derrotabilidad. Se trata de una concepción un poco ingenua a la vez de la derrotabilidad y de la interpretación. La derrotabilidad no preexiste a la

---

<sup>50</sup> Ibid.



interpretación: por el contrario, es una de sus posibles consecuencias. Y las valoraciones de los intérpretes son precisamente una causa, no un efecto de la derrotabilidad de las normas. Así como las lagunas axiológicas no son propiedades objetivas del sistema jurídico, porque dependen de las valoraciones de los intérpretes, la derrotabilidad, igualmente, no es una propiedad objetiva de las normas (o de los enunciados normativos). No depende del carácter fatalmente vago del lenguaje de las autoridades normativas: no depende de la open texture del lenguaje; tampoco depende del hecho de que esas autoridades no pueden prever la infinita variedad de los casos futuros. La textura abierta, en particular, es una propiedad objetiva e ineliminable de todos los predicados en el lenguaje natural. La derrotabilidad en cambio o, mejor dicho, la derrota de las normas es el resultado de una operación interpretativa.

9. Por lo tanto, no tiene sentido interrogarse sobre la cuestión de si las normas jurídicas (todas o algunas) son derrotables, o no. Las normas o, mejor dicho, las formulaciones normativas, pobrecitas, son inertes, no hacen nada: se dejan derrotar, pero no se derrotan por sí mismas. Como la belleza, que no está en las cosas, sino en los ojos de quien mira, la derrotabilidad no está en las normas, sino en la actitud del intérprete.

10. La cuestión de si la derrotabilidad es una propiedad de las normas o de las formulaciones normativas es bastante simple. Una formulación normativa es un enunciado (todavía no interpretado); la derrotabilidad es una propiedad lógica; pero antes de la interpretación los enunciados no tienen propiedades lógicas: sólo las normas, en



tanto significados, pueden tener tales propiedades. Entonces la derrotabilidad es una propiedad de normas, no de formulaciones normativas. Tal vez lo que hace pensar que la derrotabilidad es una propiedad de las formulaciones normativas es el hecho de que las normas que los juristas derrotan constituyen la interpretación literal de esas formulaciones: son “normas prima face”. La falta de distinción entre un enunciado y su significado literal es cosa bastante frecuente, y esto es comprensible, porque a menudo la interpretación literal consiste no en reformular, sino en reiterar sin más el texto interpretado. Sin embargo, el significado literal incluso cuando está generalmente compartido sigue siendo un significado, no un enunciado.

11. Hace falta distinguir cuidadosamente entre derrotabilidad, acción de derrotar y derrota (en tanto producto de dicha acción). La derrotabilidad es una propiedad disposicional de cualquier norma (en tanto interpretación literal de un enunciado normativo): es decir, cualquier norma es diacrónicamente derrotable, ya que los juristas pueden (en sentido no deóntico, sino fáctico) derrotarla, y lo hacen continuamente. La acción de derrotar, en tanto proceso, es un acto interpretativo; la derrota, en tanto producto, es el resultado “sincrónico” de ese acto. Sincrónicamente, hay normas de hecho derrotadas (así como normas no derrotadas, por supuesto), pero no hay normas derrotables. Una norma “derrotable”, mientras permanece derrotable, no sirve para nada: como hemos visto, no permite el refuerzo del antecedente, tampoco permite el modus ponens. Es decir, no puede ser utilizada como premisa en ningún razonamiento normativo. Por eso, los juristas sí derrotan las normas; sin embargo no las dejan “derrotables” hasta el infinito. Derrotando una norma incluyen en ella una excepción, pero



esta norma, así reformulada (con alcance restringido), queda sincrónicamente inderrotable; apta como premisa para razonamientos en modus *ponens*, es decir apta para la aplicación. Y, por supuesto, diacrónicamente apta para ulteriores derrotas.

12. Del mismo modo, también las lagunas axiológicas sólo existen de forma efímera. Derrotando normas, los juristas crean lagunas axiológicas; sin embargo no lo hacen para sostener, verdaderamente, que el derecho es incompleto (o para sugerir a los jueces decisiones de *non liquet*): pues inmediatamente van a colmar las lagunas así creadas con normas nuevas “apócrifas”.





## CAPÍTULO V

### **5. Sociedades irregulares; y la contradicción de normas entre el Código de Comercio y el Código Tributario.**

#### **5.1. Sociedades irregulares**

“Las sociedades irregulares son todas aquellas sociedades que no poseen inscripción definitiva en el Registro Mercantil, es decir, iniciaron el trámite para constituirse (poseen escritura matriz de constitución) pero no lo concluyeron y así ejercen actividades de comercio, por consiguiente no adquieren personalidad jurídica propia para ser titular de obligaciones tributarias.

Se entiende por sociedad irregular, la que habiéndose constituido por escritura no se haya inscrito en el Registro Mercantil. Es decir, que le falta el requisito de inscripción en el Registro Mercantil que es el que, junto con el acto constitutivo, da nacimiento a la personalidad jurídica de la sociedad”<sup>51</sup>

El Código de Comercio regula, en el Artículo 223 que las sociedades irregulares no tienen existencia legal, es por ello que analizado el Código Tributario en el Artículo 14 respecto al concepto de la obligación tributaria, el cual regula, la obligación tributaria constituye un vínculo jurídico, de carácter personal, entre la Administración Tributaria y otros entes públicos de ella. Tiene por objeto la prestación de un tributo, surge al

---

<sup>51</sup> Vázquez Martínez, Edmundo. **Op. Cit.** págs.122-123



realizarse el presupuesto del hecho generador previsto en la ley y conserva su carácter personal a menos que su cumplimiento se asegure mediante garantía real o fiduciaria, sobre determinados bienes o con privilegios especiales. La obligación tributaria pertenece al derecho público y es exigible coactivamente por los medios legales preestablecidos en las leyes especiales de la materia.

Es decir, que los sujetos pasivos en una relación de índole de carga impositiva, están obligados al cumplimiento de la obligación tributaria, por ende el artículo el Artículo 18 del Código Tributario, señala que el sujeto pasivo es el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable.

Es por ello, que al regular dentro del Artículo 22 numeral 5 del mismo cuerpo legal, como sujeto pasivo a las sociedades irregulares, estableciendo así la obligatoriedad que tienen de cumplir con las obligaciones tributarias correspondientes, reconociendo que las sociedades señaladas, estas a pesar de que el Código de Comercio taxativamente indica que son inexistentes.

Por otra parte se indica que "...la sociedad es irregular por dos motivos: primero, por tener fin ilícito, en cuyo caso, existiendo irregularidad, aunque esté inscrita, debe disolverse y liquidarse de inmediato. En esta circunstancia, aunque la ley no le dice expresamente, debe entenderse que los socios son responsables de las obligaciones de la sociedad irregular; y segundo, cuando una sociedad se exterioriza frente a terceros y no está inscrita en el Registro Mercantil. En este segundo caso, la sociedad es irregular



porque no tiene personalidad jurídica, ya que esta deviene de la inscripción Registral. Ante esta situación la ley establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios frente a las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad irregular.”<sup>52</sup>

Es decir que si el Código de Comercio, no reconoce la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, por no tener una existencia legal, es incongruente que se tome como sujeto pasivo en las obligaciones tributarias según el Artículo 22 numeral 5 del Código Tributario.

Siendo así importante establecer lo referente a la interpretación de la ley, para poder establecer, como es que se debe entender los citados preceptos legales, es por ello que la “interpretación es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significa.”<sup>53</sup>

Por lo que se debe estudiar profundamente el sentido de los Artículos mencionados, y en síntesis la interpretación de la ley se define como “Descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre papel, que forman los artículos de los códigos.”<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I .Pág.100 y 101.

<sup>53</sup> Eduardo García Máynez, **Introducción al estudio del derecho** pág.326-330.

<sup>54</sup> Ibid.pág.326.



La interpretación de la ley o hermenéutica jurídica, es aplicable a todo el ordenamiento jurídico no solo a los términos contradictorios, pero en el presente estudio se utilizará, para determinar cuál es el sentido del Artículo 223 del Código de Comercio, y el Artículo 22 numeral 5 del Código Tributario, así como todas las normas jurídicas relacionadas a los mismos. Para poder comprender la interpretación de la ley es necesario determinar cuáles son las teorías sobre la misma las cuales son:

La teoría subjetiva; (el sentido de la ley como voluntad del legislador) “Criterio eminentemente subjetivista, denominado, filológico-histórico”, busca la interpretación del legislador, es decir, el sentido de la ley debe ser, el que el legislador quiso darle, debiendo entonces investigar lo que el creador del precepto persiguió con el mismo.”<sup>55</sup>

La Teoría objetiva: (el sentido de la ley independiente de la voluntad del legislador). “posición teórico, objetiva, denominada: Lógica sistemática, ya no indaga el sentido de la ley en la voluntad del legislador, si no el sentido lógico-objetivo de la misma.”<sup>56</sup>

“Los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen, e independientes de la voluntad real o presunta de sus autores. Tal significación no solo depende de lo que las palabras de la ley por si misma expresan, si no de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un texto y el de otro que pertenecen al ordenamiento jurídico de que se trate. La ley no está

---

<sup>55</sup> Pereira Orozco, Alberto. **Introducción al Estudio del Derecho II.** pág. 152.

<sup>56</sup> **Ibid.**



considerada, como la expresión de un querer, si no como la formulación del derecho objetivo.”<sup>57</sup>

Es por ello que al estudiar los preceptos legales descritos en el sentido de una interpretación de la ley no se encontrará con una, antinomia jurídica la cual se define de la siguiente manera: “Es una situación que se produce cuando dos o más normas presentan un contenido prescriptivo incompatible, perteneciendo a un mismo ordenamiento jurídico y afectando a un mismo ámbito de validez jurídica. La definición de antinomia jurídica es pacífica en la doctrina jurídica. Hay una convergencia en las teorías que se han adelantado a su definición coincidiendo en la confluencia de tres elementos para que realmente se genere una antinomia en el derecho: la incompatibilidad de los significados de dos o más normas jurídicas, la coincidencia de un mismo ámbito de validez jurídica y la pertenencia al mismo ordenamiento jurídico. Si coinciden estos tres aspectos, entonces se puede hablar con propiedad de una antinomia jurídica en el ámbito del derecho: si no es así, se trata de un antinomia aparente, pero no real.”<sup>58</sup>

## **5.2. Leyes tributarias que toman como contribuyentes a las sociedades irregulares**

Existen un sin fin de leyes, no solo en materia societaria, sino que también en materia tributaria, pero en el presente caso es obvio que utilizaremos las tributarias, toda

---

<sup>57</sup> Eduardo García Máynez, **Op. Cit.** pág.329.

<sup>58</sup> Pereira Orozco, Alberto. Introducción al Estudio del Derecho II. pág. 152



vez que servirán para identificar la afectación pecuniaria que acarrearán estas, teniendo como principales: I) La Ley del Impuesto al Valor Agregado, II) La Ley del Impuesto Sobre la Renta; y III) La Ley del Impuesto de Solidaridad.

I) La Ley del Impuesto al Valor Agregado, el Artículo 1º. Establece la materia del impuesto: “Se establece un Impuesto al Valor Agregado, sobre los actos y contratos gravados por las normas de la presente ley, cuya administración, control, recaudación y fiscalización corresponde a la Superintendencia de Administración Tributaria.” El Artículo 5º. De la mencionada ley establece: “Sujeto pasivo del impuesto, el impuesto afecta al contribuyente que celebre un acto o contrato gravado por esta ley.” El Artículo 6º. Establece: “Otros sujetos pasivos del impuesto, también son sujetos pasivos del impuesto: 1º. El importador habitual o no. 2º. El contribuyente comprador, cuando el vendedor no esté domiciliado en Guatemala. 3º. El beneficiario del servicio, si el que efectúa la prestación no está domiciliado en Guatemala. 4º. El comprador, cuando realice operaciones de conformidad con el Artículo 52 de esta ley. 5º. Las sociedades civiles, las mercantiles, las irregulares, y las de hecho y las copropiedades.” Se observa pues en la ley al Impuesto al Valor Agregado, que a las sociedades de hecho, también se les toma en cuenta como sujetos pasivos de la obligación tributaria. A criterio de la Superintendencia de Administración Tributaria siendo que el legislador pretende únicamente el recaudo de impuestos, a pesar de que el Código de Comercio como ya se indicó que en forma taxativa; no da vida a las sociedades irregulares.



Deviniendo acá que no se da el principio de recaudación justa, o valida atendiendo al administrado, en el sentido que no es regular, en su estatus jurídico, contraviniendo por lo tanto el Código de Comercio, ya que, éste establece que dichas sociedades no existen ante la ley. Éste Artículo está poniendo a las sociedades mercantiles, en cuestiones de impuestos en el mismo lugar, o sea que, está comparando a las sociedades de derecho, que están legalmente constituidas, que han seguido todos los pasos legales, han pagado sus impuestos, para poder actuar; con una sociedad que es de hecho, y que por lo tanto, no ha llenado todos los requisitos legales para poder actuar como sujeto de derecho.

II) La Ley del Impuesto Sobre la Renta, en el Artículo uno señala: “Se establece un impuesto sobre la renta que obtenga toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, así como cualquier ente, patrimonio o bien que especifique esta ley, que provenga de la inversión de capital, del trabajo o de la combinación de ambos.” En el Artículo cuatro repunta: “Principios Generales: Se considera renta de fuente guatemalteca todo ingreso que haya sido generado por capitales, bienes, servicios y derechos de cualquier naturaleza invertidos o utilizados en el país, o que tengan su origen en actividades de cualquier índole desarrolladas en Guatemala, incluyendo ganancias cambiarias, cualquiera que sea la nacionalidad, domicilio o residencia de las personas que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración de los contratos. “Contribuyentes, son contribuyentes del impuesto, las personas individuales y jurídicas domiciliadas o no en Guatemala, que obtengan rentas en el país, independientemente de su nacionalidad o residencia y por tanto están



obligadas al pago del impuesto cuando se verifique el hecho generador del mismo. Para los efectos de esta ley, los entes patrimoniales o bienes que se refieren a continuación, se consideran como sujetos del impuesto sobre la renta; los fideicomisos, los contratos en participación, las copropiedades, las comunidades de bienes, las sociedades irregulares, las sociedades de hecho, el encargo de confianza, la gestión de negocios. Y

III) La Ley del Impuesto de Solidaridad; se establece un Impuesto de Solidaridad, a cargo de las personas individuales o jurídicas, los fideicomisos, los contratos participación, las sociedades irregulares, las sociedades de hecho, el encargo de confianza, las sucursales, las agencias o establecimientos permanentes o temporales de personas extranjeras que operen en el país, las copropiedades, las comunidades de bienes, los patrimonios hereditarios indivisos y de otras formas de organización empresarial, que dispongan de patrimonio propio, realicen actividades mercantiles o agropecuarias en el territorio nacional y obtengan un margen bruto superior al cuatro por ciento (4%) de sus ingresos brutos. El legislador nunca se detuvo a considerar lo reglado en el Código de Comercio, por lo que queda y está comprobado la antinomia legal que acusan las normas confrontadas en este estudio.

### **5.3. Antinomias jurídicas**

“Para Norberto Bobbio dentro de su obra Teoría General del Derecho, es definida la antinomia como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Puesto que antinomia significa





choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir sino en eliminar una de las dos normas.”<sup>59</sup>

En el caso que nos ocupa resalta de relevancia, el párrafo precedente, esto tomando en consideración, que efectivamente el Código de Comercio le da una connotación a las sociedades irregulares, y el Código Tributario, pensando en un Estado como el nuestro en el que la recaudación tributaria es una de las más bajas de América, busca únicamente hechos generadores a criterio de este viables, pero que claramente no pueden ser sujetos de una recaudación porque legalmente no existen ante la ley.

“En relación al principio de compatibilidad y la contradicción de las normas es necesario apuntar que para resolver un problema el juez tiene frente a sí normas contradictorias una que prohíbe y una que autoriza la misma situación la ya difícil tarea del juzgador se complica, pues el ordenamiento jurídico resulta incoherente, ante esta contradicción de normas se aparecerán las antinomias, la incompatibilidad de las normas y el porqué de su contradicción. En el derecho se habla de la antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico pueda estar inspirado en valores contrapuestos o ideas opuestas. Por ejemplo el valor de la libertad y el de la seguridad como valores antinómicos se aprecia en el sentido de que la garantía de libertad va generalmente en perjuicio de la seguridad, y la garantía de la seguridad tiende a restringir la libertad. Por

---

<sup>59</sup> <https://www.cuci.udg.mx/letras/.../-revista-numero-05-otono-septiembre-2007-marzo-de-2008?...de> JGG Murillo (13 de octubre 2015)



tal motivo un ordenamiento que se inspira y sustenta en ambos valores descansa en principios antinómicos. No debemos pasar de inadvertido en relación al criterio de valoración de las normas contradictorias cuando aparece una norma que castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor. Resulta evidente que en este caso no se percibe una antinomia en sentido estricto porque ambas normas castigan el delito y son perfectamente compatibles sin embargo, estaremos ante una injusticia en contraposición con una antinomia.”<sup>60</sup>

Es evidente que el legislador no tomo en consideración, la técnica legislativa, ya que nunca considero el hecho de que si algo es legalmente inviable o inexistente, por lo tanto, legalmente no puede ser sujeto de derechos ni obligaciones, tal el caso de las sociedades irregulares, al momento de realizar el Código Tributario, este extremo se comprueba.

#### **5.4. Las interpretaciones de las normas en el supuesto de las antinomias**

“Ante las definiciones anteriormente sustentadas debemos cuestionarnos sobre los siguientes puntos:

- I) ¿Cuándo se dice que dos normas son incompatibles?
- II) ¿En qué consiste una antinomia jurídica?

---

<sup>60</sup> Ibid.



Para aclarar estos tópicos tendremos que observar y estudiar las relaciones que se dan entre la calificación normativa, esto es, el mandato, la prohibición, el permiso positivo y el permiso negativo. A continuación se explican los 4 tipos de proposiciones:

Decimos que dos proposiciones son contrarias cuándo no pueden ser ambas verdaderas, pero pueden ser ambas falsas; son contradictorias cuando no pueden ser ambas verdaderas ni falsas; son subcontrarias cuando pueden ser ambas verdaderas, pero no pueden ser ambas falsas; en fin, son subalternas cuando de la verdad de la primera se puede deducir la verdad de la segunda, pero de la verdad de la segunda no se puede deducir la verdad de la primera. De este cuadro resulta que las prescripciones afirmativas y las negativas, o sea los mandatos y las prohibiciones, son contrarias; y las permisivas afirmativas y las negativas son subcontrarias; mandatos y permisos negativos, prohibiciones y permisos positivos, son entre si contradictorias. De lo anterior se presentan relaciones a saber:

- 1.- No: relación entre obligatorio y prohibido
- 2.- O no O: relación entre obligatorio y permiso negativo;
- 3.- O no -O no: relación entre prohibición y permiso positivo
- 4.- O-no O no: relación entre obligatorio y permiso positivo
- 5.- O no no O: relación entre prohibido y permiso negativo
- 6.- no O no-O: relación entre permiso positivo y permiso negativo

Son relaciones de incompatibilidad las marcadas con los puntos 1,2, 3, y de compatibilidad las tres últimas al tenor de los siguientes silogismos:



- 1.- O Y O no son dos contrarios, y dos contrarios pueden ser ambos falsos, pero no pueden ser ambos verdaderos.
- 2.- O Y no O, son dos contrarios, y dos contrarios no pueden ser al mismo tiempo ni verdaderos ni falsos.
- 3.- O no y no O no, son también dos contradictorios y es aplicable el criterio anterior por tanto se observará también la incompatibilidad.
- 4.- O Y no O no, son dos subalternos entre los cuales existe una relación de implicación en el sentido de que la verdad del primero se deduce la verdad del segundo y no lo contrario, y de la falsedad del segundo se deduce la falsedad del primero y no viceversa.
- 5.- O no y no O, son también subalternos y son aplicables los criterios referidos en el inciso anterior.
- 6.- no O no y no O, son subcontrarios y vale para esta la regla que considera que ambos pueden ser verdaderos y que no pueden ser falsos. Al respecto Norberto Bobbio, define a las normas incompatibles como aquellas que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, las relaciones de incompatibilidad se presentan en los siguientes 3 casos:
  - 1.- Entre una norma que manda hacer alguna cosa y una norma que la prohíbe (contrariedad).
  - 2.- Entre una norma que manda hacer y otra que permite no hacer (contradictoriedad).
  - 3.- Entre una norma que prohíbe hacer y una que permite hacer (contradictoriedad).<sup>61</sup>

Obviamente la complejidad de las líneas anteriores, obligan a pensar, que si el legislador al momento de realizar la normativa de que regula lo relativo al tributo que

---

<sup>61</sup> Ibid.



están obligadas a pagar las sociedades irregulares crearía en su desconocimiento una antinomia jurídica, ya que a todas luces estas se dan por la inobservancia de normativas previas o bien desconocimiento de las mismas. Contraviniendo, claramente la Ley del Organismo Judicial así como la calidad de legislador.

## **5.5. Análisis de los diversos tipos de antinomias**

### **5.5.1. Pertenencia a un mismo ordenamiento**

“Las normas consideradas como contradictoria y compatibles entre sí deben pertenecer a un mismo ordenamiento que detenten entre si una relación de coordinación o subordinación. Así pues se presenta un verdadero problemas de antinomias cuando las normas pertenecen a diversos sistemas de derecho por ejemplo: derecho positivo y derecho natural; en este caso el intérprete tendrá que eliminar no solo las antinomias en el interior del ordenamiento positivo sino también las que existan entre el ordenamiento positivo y el ordenamiento natural. El mismo tratamiento se aplicará entre la contradicción de una norma de un sistema superior y de un sistema inferior, así como el que puede presentarse a un ordenamiento superior hasta llegar a un ordenamiento supremo que los abarque a todos destacando que esta atribución le ha sido conferida al derecho natural para coordinar la universalidad de todo el derecho.”<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Ibid.



En la contradicción de normas jurídicas existentes, la cual es el objeto de estudio, el Código de Comercio de Guatemala y el Código Tributario, la mismas pertenecen al mismo ordenamiento jurídico positivo y vigente, y en la misma jerarquía de las normas, es por ello que se hace necesario el estudio del ámbito de validez para poder determinar que norma jurídica debe de aplicarse.

### **5.5.2. Ámbito de validez**

“Continuando para que pueda ser analizada y tratada la contradicción de estas dos normas deben de tener el mismo ámbito de validez destacando que existen cuatro:

- 1.- Temporal
- 2.- Espacial
- 3.- Material
- 4.- Personal

No se considerará antinomia las normas que no coincidan respecto a los puntos mencionados y a manera de explicación se apunta los siguientes ejemplos:

- a).- Validez Temporal, (Está prohibido fumar de las cinco a las siete, que no es incompatible con: Esta permitido fumar desde las siete hasta las nueve).
- b).- Validez Espacial, (Está prohibido fumar en las salas de cine, que resulta no ser incompatible con esta permitido fumar en la sala de espera).
- c).- Validez Personal, (Se prohíbe fumar a los menores de 18 años, que resulta no ser incompatible con se permite fumar a los adultos).



d).- Validez Material, (se prohíbe fumar cigarrillos, que resulta no ser incompatibles con se permite fumar cigarrillos).<sup>63</sup>

Por lo tanto tenemos que si esta normatividad se encuentra contrapuesta se debe atender a criterios más amplios para resolver esta antinomia jurídica, a través de pensamiento netamente filosófico y no solo atender a interpretaciones que beneficien al Estado, cuando se está obligado por mandato legal a pagar impuestos, para evitar consecuencias jurídicas de orden administrativo y penal principalmente.

## **5.6. Condición axiológica**

“Atendiendo al criterio y ámbito de validez las antinomias pueden estudiarse en tres versiones de acuerdo con la extensión de la contradicción. Al tenor de un criterio total-total, cuando las normas son incompatibles y tienen un igual ámbito de validez y en ningún caso una de las dos normas puede aplicarse sin entrar en conflicto con la otra. Ejemplo; Se prohíbe fumar a los adultos de las cinco a las siete en la sala del cine, y está permitido fumar a los adultos de las cinco a las siete, en la sala del cine. Criterio de aplicación parcial-parcial, este se dará cuando dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diversa y de donde se apreciará que la antinomia existe solo en aquellas partes que tengan en común. En tal consideración cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el cual el conflicto no existe. Para ejemplificar esta

---

<sup>63</sup> Ibid.



antinomia parcial-parcial referiremos la siguiente prescripción "Se prohíbe fumar pipa y cigarrillos a los adultos de las cinco hasta las siete en la sala del cine y se permite fumar cigarros y cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete en la sala del cine". Total-parcial, en este caso se dará cuando dos normas incompatibles la primera tiene un ámbito de validez igual a la otra, pero en algunos casos restringido observándose una validez en parte igual y en parte diversa en relación con la otra así pues existirá una antinomia total de la primera norma respecto de la segunda y solo parcial respecto de la primera. En este caso la primera norma no puede aplicarse en ningún supuesto sin entrar en conflicto con la segunda; y la segunda tiene un ámbito que no entra en conflicto con la primera a manera de ejemplificación nos referiremos a la siguiente prescripción: "Se prohíbe fumar a los adultos desde las cinco hasta las siete en la sala del cine y solo se permite fumar cigarrillos a los adultos desde las cinco hasta las siete en la sala del cine".<sup>64</sup>

Tal y como se describe previamente, existe una clara incompatibilidad, tanto en lo contenido en el Artículo 223 del Código de Comercio, como lo contenido en el Artículo 22 numeral cinco del Código Tributario. Esto resulta pues en que forma aplicar que norma al caso concreto, teniendo como se ha visto, si se llega el caso el análisis de un Juez que resuelva en sentencia que norma se aplica al caso concreto que se someta a su conocimiento. Ya que las normas son incompatibles y tienen un igual ámbito de validez y en ningún caso una de las dos normas puede aplicarse sin entrar en conflicto con la otra.

---

<sup>64</sup> Ibid.



## **5.7. La diferencia teleológica**

“La contradicción surge entre la norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y la que prescribe el fin mismo, de tal suerte que si se aplica la norma que prevé el medio no se puede lograr el fin. De aquí que exista la contradicción derivada de una insuficiencia del medio que lejos de ser una antinomia propia es reconocida como laguna del derecho.”<sup>65</sup>

Es importante resaltar que una norma, la contenida en el Código de Comercio, en cuanto a las sociedades irregulares, y la obligación que a pesar que legalmente no tienen vida jurídica, la norma contenida en el Código Tributario la obliga, existe pues una antinomia jurídica.

## **5.8. Propuesta para resolver el problema de las antinomias en el derecho**

### **5.8.1. Reglas fundamentales para la solución de las antinomias**

“Para distinguir y ubicar cuando es que existe o no la incompatibilidad entre dos normas, no tenemos aún los criterios para conocer cuál de las normas debe de ser eliminada y cual conservada para tal efecto es necesario plantearnos ciertas posibles soluciones. La jurisprudencia se ha considerado a través de los tiempos como un medio para interpretar las leyes y por ende el antídoto para resolver. Las antinomias, sin

---

<sup>65</sup> **Ibid.**



embargo la jurisprudencia no puede ser aplicada a todos los supuestos en donde se presente esta contradicción y por lo tanto se debe de atender a que algunas son solubles y otras insolubles. Existen razones por las cuales no todas las antinomias se pueden resolver como lo son cuando no se puede aplicar ninguna de las reglas ideadas para la solución de las mismas. Y bien hay casos en los cuales se puede aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí. A las antinomias que pueden ser resueltas Norberto Bobbio las refiere como aparentes y a las insolubles como reales. De tal suerte las antinomias reales serán aquellas donde el intérprete se limita al criterio de interpretación propio, ya sea por la ausencia de una consideración o un conflicto entre los criterios dados. Para tal efecto se atenderá a tres criterios para resolver las antinomias: el criterio cronológico, el criterio jerárquico, y el criterio de especialidad. Dentro del cronológico, conocido como *lex posterior*, se dará cuando entre dos normas incompatibles prevalece la posterior; esto es, la ley posterior deroga a la anterior. De esta forma la regla contraria obstaculizaría el proceso jurídico y la adaptación del derecho a las exigencias sociales. El espíritu del legislador es hacer normas útiles y eficaces, no así; normas sin sentido e ineficaces; si la norma anterior debe prevalecer, la norma posterior sería un acto inútil y sin finalidad. El criterio jerárquico, también denominado como de *lex superior*, es aquel al tenor del cual dos normas incompatibles prevalecerá la norma jerárquicamente superior. El principio aplicado a este caso es el que la ley superior deroga a la inferior. Una de las consecuencias de la jerarquía normativa se ubica específicamente en que las normas superiores no pueden abrogar a las inferiores, en tanto que las normas inferiores no pueden abrogar las superiores. Finalmente en la aplicación del criterio de la especialidad se considera a aquel con base en el cual dos normas incompatibles la una



general y la otra especial o excepcional prevalece la segunda. Esto es el principio que la ley especial deroga a la general, lo anterior atiende a la especificidad de una norma en una materia para ser sometida a una reglamentación diversa. El paso de una regla más amplia a una regla derogatoria menos amplia corresponde a una exigencia fundamental de justicia entendida como igual tratamiento a personas que pertenecen a una misma categoría. La evolución de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y la reconstrucción gradual y descubrimiento por parte del creador de las leyes en esta diferenciación. Descubiertas estas diferencias y el hecho de persistir en la aplicación de la regla general daría a la luz otorgar igual tratamiento a personas que se ubican en categorías diversas y de esta forma se observaría una injusticia. Así pues la ley especial debe prevalecer sobre la general, porque aquella representa un momento que no puede eliminarse en el desarrollo de un ordenamiento. El impedir el desarrollo y evolución de la ley especial ante la ley general trae a colación un estatismo jurídico.”<sup>66</sup>

El Criterio que debe aplicarse en la contradicción de normas existente, la cual es objeto de estudio, es el criterio de especialidad ya que la ley en la materia sería el código de Comercio de Guatemala, debido a que las dos normas jurídicas se encuentran en la misma escala jerárquica basándonos en las reglas fundamentales para la solución de las antinomias.

---

<sup>66</sup> Ibid.



### 5.8.2. La antinomia en el enfoque excepto del derecho

“Los límites del derecho son objeto de una antinomia, sobre esta cuestión la tesis afirma: El derecho está limitado por todos sus costados. Dicha afirmación nos permite por un lado conocer cómo se extiende el derecho y donde comienza su limitación, sirve para descubrirnos el contenido del concepto de derecho. Tan es así que las relaciones entre el hombre y el animal caen dentro del ámbito libre del derecho. Pero también en la regulación de la conducta externa tiene el derecho que reconocer sus límites. En otras palabras el derecho no puede hacer que lo sucedido no haya sucedido. Sólo el presente y el futuro están abiertos al derecho no el pasado.

Así pues el derecho deja intacto las legalidades superiores propias de la ciencia, el arte, la técnica, la economía y la política y esto no sólo porque en este caso se trata principalmente de la interioridad del hombre. La política cae fundamentalmente en una esfera libre de normas. Cualquier caso de necesidad es un caso de delimitación jurídica. La actuación en caso de necesidad esta por lo tanto no prohibida. El punto angular de la deliberada, auto limitación del derecho es la tendencia a la libertad, esta tendencia obliga siempre al derecho a dejar a la actividad humana un campo de acción “vacío de derecho”. La idea fundamental de la antítesis es que el derecho puede alcanzar y abrazar cualquier sujeto, objeto o acontecimiento. Un ámbito vacío de derecho dependería siempre de la propia voluntad del orden jurídico; sería un ámbito vacío de derecho, dependería siempre de la propia voluntad del orden jurídico; sería un ámbito vacío de derecho pero no o sería en sentido estricto; no sería un ámbito de acción jurídicamente no legislado sino que estaría legislado en un sentido negativo, mediante la eliminación de toda



consecuencia jurídica. Este es el sentido más general de la antítesis: empíricamente pueden presentarse ámbitos libres de derecho, pero esto se produce solo a causa del derecho, debido a la voluntad jurídica de auto limitación. Reflexionando toda conducta imaginable es o bien jurídica o bien arbitraria y valorable jurídicamente de una u otra manera. El hombre y su autonomía privada, están sometidas al derecho, no sólo en su conducta externa con relación a los demás. Hay también obligaciones jurídicas y culpas jurídicas con respecto a sí mismo: todo daño así mismo y toda negligencia con respecto a si mismo afectan a los otros y a la comunidad (suicidio, descuido de la salud, ociosidad, vicios, manías, etc. perjudican no sólo así mismo). La limitación de la pretensión jurídica a la legalidad es un lema de liberalismo sin validez universal. La presencia de leyes retroactivas es también un argumento en contra de la supuesta impotencia del derecho ante el pasado. Por ultimo debo de manifestar que aun cuando se conciba la libertad del orden jurídico como una cualidad completamente negativa, como un no estar determinado jurídicamente, no hay sin embargo ningún límite determinable a priori del grado hasta donde el orden jurídico puede abarcar la conducta de los hombres. Es importante destacar que para entender el enfoque de las antinomias como un problema jurídico, el abogado debe de valerse del juego dialéctico, o mejor dicho del método dialéctico para procurar superar las antinomias que se nos presentan en la vida profesional, por ejemplo buscar la prolongación del derecho en ésta o aquella región del ser, investigar desde dentro las relaciones del derecho con el tiempo, con el espacio, con lo hombres, con los animales, con las cosas y comprobar en cada caso donde encuentra sus límites el derecho, de este punto de vista comprobar el imperio de la ley en donde lo único que es incierto, es su competencia y su alcance. O de una manera menos, ortodoxa



y más relativista por qué no pensar que el mismo derecho en algún momento puede someterse a consideraciones como la moral, la ciencia, o el arte y llenar el ámbito de vacío que existe en el propio derecho rindiéndose al final de cuentas ante la oposición de una resistencia basada en la propia libertad del hombre.”<sup>67</sup>

Es claro que la decisión de resolver las antinomias es tan complejo que, se hace necesario pues, legislar para corregir estas y por lo tanto reformar los Artículos antinómicos, toda vez que al ser sujetos de un proceso pondrán al juzgador en una disyuntiva filosófica de aplicación correcta de leyes.

### **5.8.3. Apego a las funciones esenciales del derecho en la vida social**

“En efecto, si nos proponemos solucionar la problemática de las antinomias en el derecho, no cabe duda que el único camino debe de ser el apego a lo que hemos llamado las funciones esenciales del derecho en la vida social, y que como todos saben estas son: certeza, seguridad y cambio; resolución de los conflictos de intereses; y organización, legitimación y restricción del poder político. Pues aunque haya diversos tratadistas que adopten la postura sobre los límites del derecho basándose en el libre albedrío del hombre, es importante establecer que el mismo derecho es la ciencia del deber ser y por lo tanto, considero que en los casos propios de la política, la economía e inclusive la espiritualidad moral debe subordinarse al derecho, condición sine qua non para establecer la armonía y el respeto entre los propios hombres. De cierto es, que esta

---

<sup>67</sup> Ibid.



postura contraviene inclusive entre otras, al realismo jurídico, escuela del derecho que por todos los medios pretende suponer que las condiciones de generalidad, uniformidad, continuidad e igualdad del derecho no son posibles. Puesto que para ellos no hay derecho cierto y efectivo sino sólo cuando los tribunales ejercen sus facultades y recae sentencia; entonces el derecho es efectivo, real, esto hace suponer que solamente los jueces son los únicos que debían esforzarse en descubrir el derecho, tal visión es una antinomia, desde mi punto de vista de lo que es el derecho, concebido como la verdad que encarna valores superiores como la justicia, la libertad y la igualdad. Así pues; el derecho también tiene la característica de gestarse bajo el estímulo de necesidades que se dan perentoriamente en la vida social: la urgencia de certeza y seguridad y, al mismo tiempo la necesidad de cambio progresivo; la urgencia de resolver los conflictos de intereses; y la necesidad de organizar, y restringir el poder político. El derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una urgencia de certeza y seguridad, o sea de orden en la vida social. De tal suerte que incluso Bobbio sostiene como una máxima fundamental para la armonía de una comunidad el principio de la legalidad y observa que un sistema jurídico basado en esta idea no puede ser contradictorio coincidiendo especialmente con Kelsen y García Máynez. Esto significa que el principio de no contradicción es una verdadera y propia regla jurídica contenida implícitamente en todo ordenamiento. En síntesis un ordenamiento jurídico para que sea válido, forzosamente debe de respetar el principio de no contradicción (debe de existir una relación estricta entre la coherencia como virtud jurídica y la coherencia lógica) y un sistema teórico debe de respetar el principio de legalidad. Puesto que el derecho trata de resolver los conflictos de intereses, no de un modo teórico sino de una manera



práctica, eficaz, de tal manera que la solución a tales conflictos sea cumplida necesariamente, forzosamente, y llegado el caso, impone sus soluciones de un modo inexorable, sin admitir la posibilidad de rebeldía. Pues su sustento está apoyado en el principio de legalidad; de suyo es; que nada ni nadie pueden estar por encima de la ley; siempre y cuando ese sistema jurídico sea coherente con las aspiraciones del pueblo y no caiga en el absolutismo como poder jurídico; o por otra parte, no intente convertirse en un poder arbitrario que cancele los derechos fundamentales del ser humano. Finalmente, como reflexión, los estudiosos del derecho debemos velar por el cumplimiento irrestricto de la ley, sin permitir por ningún motivo que los intereses políticos y económicos de unos cuantos, pretendan subordinar nuestro estado de derecho.”<sup>68</sup>

Se observa pues, cuán importante es que quien legisla, debe tomar como base no solo el conocimiento básico de la norma como célula del Estado de derecho, sino que también que esta no sea ni ambigua, oscura o contradictoria como establece la Ley del Organismo Judicial, sino que si se legisla se debe legislar velando que no existan contradicciones como la que se estudia.

### **5.9. Aplicación de la interpretación de las normas, para resolver la contradicción entre el Código de Comercio y el Código Tributario.**

Tal y como lo relacioné en el capítulo IV, la interpretación de las normas yuxtapuestas o contrapuestas, debe ir más allá de la sola interpretación que la Ley del

---

<sup>68</sup> Ibid.





Organismo Judicial nos da en su Artículo 10 que señala: “Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

Toda vez, que cuando se realiza una interpretación, filosóficamente hablando, se debe entender que el Estado, es el que posee la coerción para la aplicación de la misma, y el sujeto pasivo de la relación tributaria se verá siempre afectado, es por ello que se debe atender al principio constitucional que se plasma en las Constituciones como la nuestra, en el sentido de que esta vela, por la igualdad de todos, así como considera el principio de que está diseñada para la igualdad para los iguales, e igualdad para los desiguales, atendiendo a la interioridad de poder en la relación tributaria, y si se toma en consideración, todo aquello que tiene que ver con el pago de los impuestos, se debe atender también que en base a la lógica jurídica y filosofía del derecho, el administrado o sea en esta caso la sociedad irregular, debe ser defendida en su desigualdad toda vez que debe probarse, que está a la luz de la ley no nace, así como cualquier principio que atienda al hecho de que legalmente no existe, una regulación explícita ya que el Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 223 regula que las sociedades irregulares no



tienen existencia legal, es por ello que analizado el Código Tributario en el Artículo 14 respecto al concepto de la obligación tributaria, el cual regula, la obligación tributaria constituye un vínculo Jurídico, de carácter personal, entre la administración tributaria y otros entes públicos de ella. Por lo tanto se da una antonimia de leyes y que debe interpretarse pues a criterio de la postulante a favor de la sociedad irregular por lo ya considerado, en el sentido de no ser existente ante los ojos de la ley de la materia, ya que esta fue promulgada antes que el Código Tributario.



## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Las sociedades irregulares constituidas, pero no inscrita en el Registro Mercantil no adquieren personalidad jurídica, aun así inician actividades económicas, las mismas tendrían un hecho generador pero no puede ser determinado, ya que no se cuenta con mecanismos de control para determinar qué tipo de actividad económica están realizando, en contraposición del Código Tributario que les otorga esa personalidad jurídica al tomarlas como sujetos pasivos de las obligaciones tributarias, cuando el Código de Comercio de Guatemala establece su inexistencia.

Debemos analizar los criterios de interpretación de normas para determinar la solución de las antinomias jurídicas los cuales son: cronológico, jerárquico, y de especialidad, en relación del criterio cronológico, conocido como *lex posterior*, se refiere que cuando entre dos normas incompatibles prevalece la posterior, en esta incompatibilidad de leyes prevalece el código de Comercio de Guatemala por entrar en vigencia en el año de 1970, en contra posición al Código Tributario que entro en vigencia en año de 1991, si tomamos como referencia el criterio jerárquico, también denominado como de *lex superior*, se determina que cuando existan dos normas incompatibles deberá prevalecer la norma jerárquicamente superior, nos encontramos con dos normas de igual jerarquía, debemos aplicar entonces el criterio de especialidad denominada también *lex specialis*, si se produce un conflicto entre una norma general y otra especial con respecto a la primera, prevalece esta última aplicando así el Código de Comercio de Guatemala, refiriéndonos desde un punto de vista filosófico, se determina que cualquier norma jurídica puede ser reconstruida como un enunciado condicional, tal es el caso del Código Tributario dándose la derrotabilidad de la ley.





## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. Derecho de obligaciones. 2da. ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2003.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. El negocio jurídico. 2da. ed. Guatemala: F. De León Impresos, S.A., 2002.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. La sociedad anónima, Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2003.
- ALVARADO POLANCO, Romeo. Introducción al derecho I. Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de san Carlos de Guatemala, 1995.
- ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín. Los principios generales del derecho y su formulación constitucional. Barcelona; Ed. Bosch, 1987.
- BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. España, Ed Tecnos, 1971.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. 14ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S: R.L., 1978.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México: Ed. Porrúa, 1969.
- GULIANI FONROUGE, Carlos M. Derecho financiero. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma, 1982.
- [https://www.es.scribd.com/doc/61422610/Historia-de-La-Creacion-Del-Registro Mercantil](https://www.es.scribd.com/doc/61422610/Historia-de-La-Creacion-Del-Registro-Mercantil). (12 de octubre de 2016)
- <https://www.scielo.org.ar/pdf/anafil/v26n2/v26n2a05.pdf> (13 de octubre de 2016)
- <https://www.cuci.udg.mx/letras/.../-revista-numero-05-otono-septiembre-2007-marzo-de-2008?...de> JGG Murillo (13 de octubre 2015)



LÓPEZ AGUILAR, Santiago. Introducción al estudio del derecho. 1t.; Guatemala: Escuela de Ciencia Política, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1995.

MONTERROSO VELÁZQUEZ, Gladys Elizabeth. Fundamentos financieros, finanzas públicas. It.; Guatemala: Ed. impresión Arte + Arte, 2006.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. 27<sup>a</sup>. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2000.

PAREDES SÁNCHEZ, Luis Eduardo y MEADE HERVERT, Oliver. Derecho Mercantil Parte general y sociedades. 1<sup>a</sup> ed., México D.F. México: Ed. Grupo editorial patria., 2014.

PACHECO GÓMEZ, Máximo. Teoría del derecho. 4<sup>a</sup>. ed. Chile: Ed.; Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile, 1990.

PEREIRA OROZCO, Alberto. Introducción al estudio del derecho II. Guatemala: Ed. E D P De Pereira, 2002.

PINEDA SANDOVAL, Melvin. Derecho mercantil primera parte del curso derecho mercantil y nociones de derecho laboral. Guatemala: Ed. Serviprensa centroamericana, 1992.

QUEVEDO CORONADO, Francisco Ignacio. Derecho mercantil. 3<sup>a</sup> ed., México: Ed pearson educación, 2008.

RICHARD, Efraín Hugo y Orlando Manuel Muiño. Derecho Societario. Buenos Aires: Ed Astrea. 1997.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. México: Ed Porrúa, S.A., 1977.

VÁZQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. Instituciones del derecho mercantil. 3<sup>a</sup> ed., Guatemala: 2012.



VASQUEZ ORTÍZ, Carlos Humberto. Derecho civil I. 3ra. ed.; Guatemala: Ed. Don Carlos, (s.f.).

VILLEGAS LARA, René Arturo. Derecho mercantil guatemalteco. Tomo I. 7ª ed., Guatemala, Guatemala: Ed. Editorial Universitaria, 2009.

VIVANTE, Cesar. Derecho mercantil, Madrid, España., 2002.

ZEA RUANO, Rafael, Lecciones de derecho mercantil, Guatemala, Guatemala., 1979.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 106. 1964.

Código de Comercio. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-70. 1970.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-89. 1989.

Código Tributario. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 6-91. 1991.

Ley del Impuesto Sobre la Renta. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 26-92. 1992

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 27-92. 1992.

Ley del Impuesto de Solidaridad. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 73-2008. 2008.

Reglamento del Registro Mercantil. Organismo Ejecutivo. Acuerdo Gubernativo número 30 -71. 1971.

