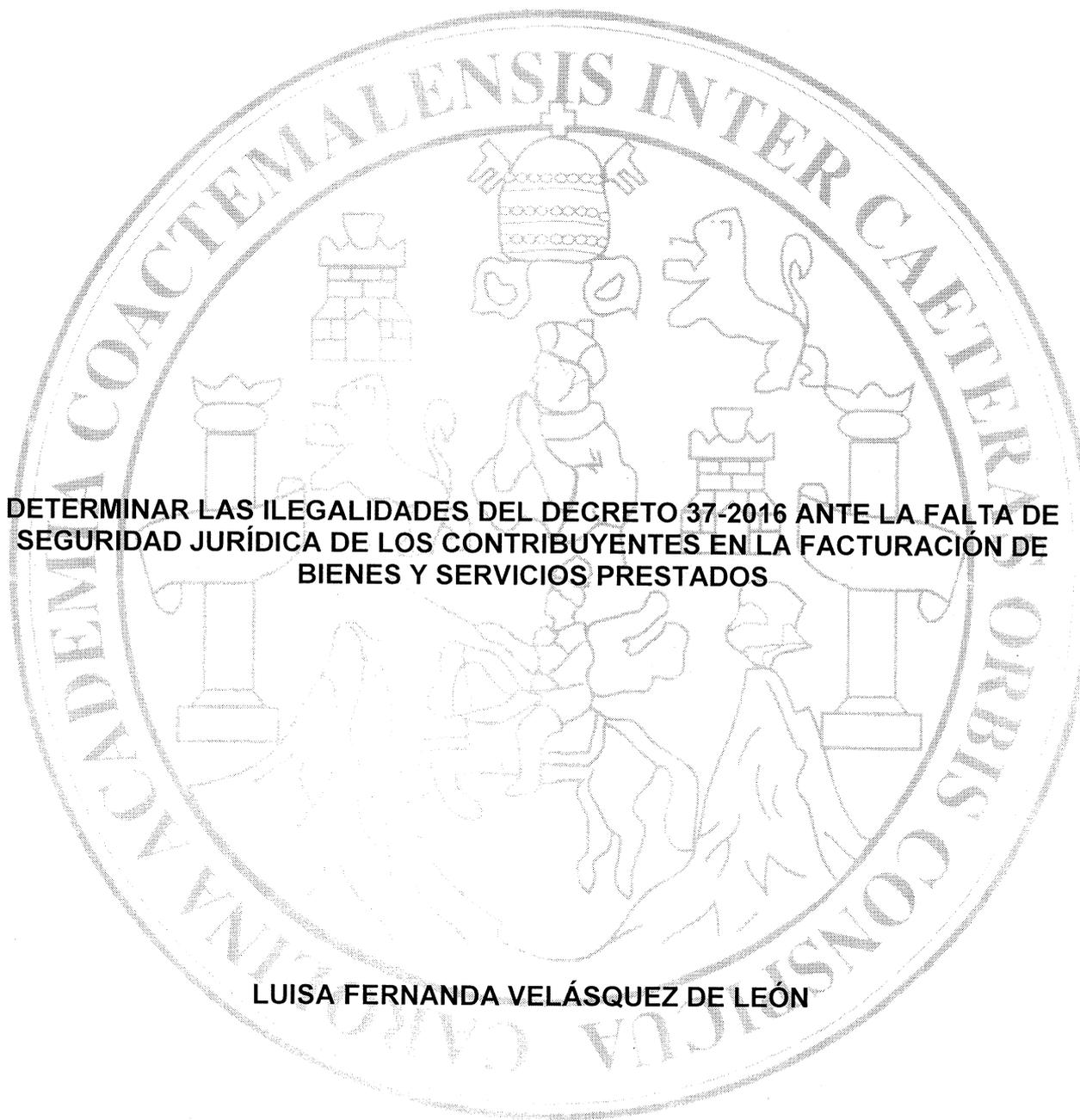


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem. It features a central figure, likely a saint or historical figure, surrounded by various symbols including a crown, a lion, and architectural elements like columns and a building. The Latin text "ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERAS ORBIS CONSISTIT" is inscribed around the perimeter of the seal.

**DETERMINAR LAS ILEGALIDADES DEL DECRETO 37-2016 ANTE LA FALTA DE
SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONTRIBUYENTES EN LA FACTURACIÓN DE
BIENES Y SERVICIOS PRESTADOS**

LUISA FERNANDA VELÁSQUEZ DE LEÓN

GUATEMALA, MAYO DE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**DETERMINAR LAS ILEGALIDADES DEL DECRETO 37-2016 ANTE LA FALTA DE
SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONTRIBUYENTES EN LA FACTURACIÓN DE
BIENES Y SERVICIOS PRESTADOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUISA FERNANDA VELÁSQUEZ DE LEÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2019

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Gloria Isabel Lima
Vocal:	Licda.	Ana Patricia Motta Álvarez
Secretaria:	Licda.	Ana Mariela Nolasco Rodas

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Sandra Elizabeth Girón Mejía
Vocal:	Lic.	Héctor Manfredo Maldonado Méndez
Secretario:	Licda.	Maida Elizabeth López Ochoa

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 Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 24 de agosto de 2018.

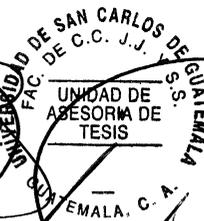
Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS ARSENIO PÉREZ CHEGUEN
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
LUISA FERNANDA VELÁSQUEZ DE LEÓN, con carné 201113295,
 intitulado VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA MEDIANTE LA LIBERACIÓN DEL
SECRETO BANCARIO.

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; así 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.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 27 / 08 / 2018.

Lic. Carlos Arsenio Pérez Cheguen
 ASesor(a)
 (Firma y Sello)
 ABOGADO Y NOTARIO

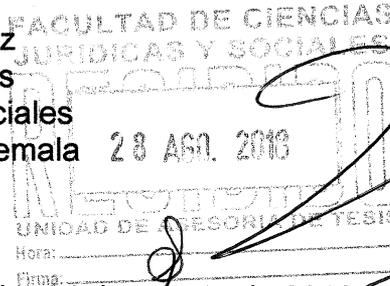




M. Sc. CARLOS ARSENIO PÉREZ CHEGUEN
Abogado y Notario
Dirección: 9ª avenida 10-34 zona 11, colonia Roosevelt
Guatemala, Guatemala
Correo: caasenio74@yahoo.com
Teléfono: 4149 0507

Guatemala 28 de agosto de 2018

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Lic. Orellana:

De acuerdo al nombramiento de fecha 24 de agosto de 2018, recaído en mi persona, he procedido a asesorar la tesis de la bachiller **LUISA FERNANDA VELÁSQUEZ DE LEÓN**, intitulado inicialmente **VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA MEDIANTE LA LIBERACIÓN DEL SECRETO BANCARIO**, del cual sugerí el cambio a: **DETERMINAR LAS ILEGALIDADES DEL DECRETO 37-2016 ANTE LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONTRIBUYENTES EN LA FACTURACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PRESTADOS**, en virtud de lo analizado me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- I. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, la estudiante analizó jurídicamente lo fundamental que son las ilegalidades del Artículo 62 del Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala, vulnerándose la seguridad jurídica del contribuyente.
- II. En la tesis utilizó suficientes referencias bibliográficas acorde al tema, por lo que considero que la bachiller resguardó en todo momento el derecho de autor, elemento indispensable a tomar en cuenta para el desarrollo de la investigación. De manera personal me encargué de guiar a la estudiante en los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científica.
- III. En la investigación, la bachiller utilizó los siguientes métodos: el analítico, interpretando la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Comercio de Guatemala, el Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala y la doctrina; mediante el método de síntesis, explicó cómo el derecho de la seguridad jurídica de las personas es vulnerado. La técnica utilizada fue la documental, la cual se utilizó para recabar datos de diversas fuentes bibliográficas.

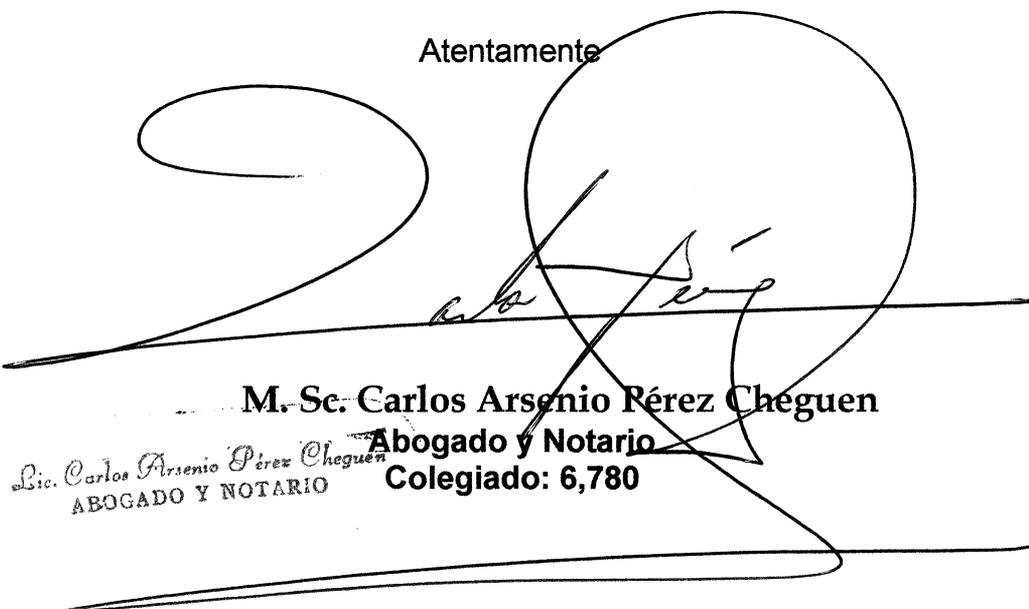


M. Sc. CARLOS ARSENIO PÉREZ CHEGUEN
Abogado y Notario
Dirección: 9ª avenida 10-34 zona 11, colonia Roosevelt
Guatemala, Guatemala
Correo: caasenio74@yahoo.com
Teléfono: 4149 0507

- IV. En cuanto al desarrollo de los capítulos, la sustentante desarrolló adecuadamente cada uno, en virtud que aportó el contenido necesario acorde a la investigación, pues en los mismos se especifica claramente el problema en cuestión y la problemática que es la vulneración a la seguridad jurídica de los contribuyentes.
- V. En la conclusión discursiva la bachiller hace alusión al problema consistente en la vulneración al principio de seguridad jurídica ante la imposibilidad del contribuyente de declarar todos los ingresos depositados a su cuenta bancaria, dando lugar a que la Superintendencia de Administración Tributaria malinterprete que dichos ingresos proceden de hechos ilícitos.
- VI. Declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley de la estudiante y otras consideraciones que estime pertinentes y que puedan afectar la objetividad del presente dictamen.

Considero que el trabajo de tesis de la bachiller **LUISA FERNANDA VELÁSQUEZ DE LEÓN**, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por tal motivo que me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo treinta y uno (31) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente



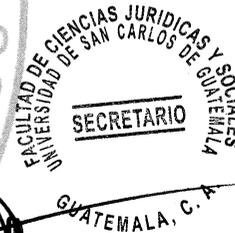
M. Sc. Carlos Arsenio Pérez Cheguen
Abogado y Notario
Colegiado: 6,780

Lic. Carlos Arsenio Pérez Cheguen
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 15 de marzo de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LUISA FERNANDA VELÁSQUEZ DE LEÓN, titulado DETERMINAR LAS ILEGALIDADES DEL DECRETO 37-2016 ANTE LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONTRIBUYENTES EN LA FACTURACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PRESTADOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



RFOM/JP.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Creador de la vida, por otorgarme la sabiduría y las fuerzas necesarias para llegar a lograr las metas trazadas.
- A LA VIRGEN MARÍA:** Madre intercesora y bendita.
- A MIS PADRES:** María de los Ángeles, quien siempre me ha apoyado incondicionalmente, gracias por ser un ejemplo a seguir de fortaleza, esfuerzo, sacrificio y dedicación; y Mario Guillermo (Q.E.P.D.), papito siempre te llevo en mi corazón y en mis pensamientos, gracias por ser fuente de perseverancia.
- A MI HIJO:** Diego Emilio, por tener la paciencia y comprensión, te amo hijo.
- A MI ESPOSO:** Jorge Pérez, con amor y agradecimiento, por su apoyo y comprensión, este éxito también es tuyo.
- A MI ABUELA:** Ángela De León, (Q.E.P.D.), porque en todo momento siempre estuviste para apoyarme y darme tu amor incondicional.
- A MI TÍA:** María Soto, por su apoyo y cariño en todo momento.



A MIS HERMANOS:

Guillermo y Wendy, porque compartimos fraternalmente este camino a la vida.

A MIS SOBRINOS:

Carlos, Alejandra, Alexis, con mucho cariño.

A TI:

Gretta, (Q.E.P.D.), por haber compartido junto a mí y hacerme feliz.

A TODA MI FAMILIA:

Con mucho cariño.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS:

Jackelin Ruiz, María Trujillo, María Virginia Osorio y Pamela guzmán, por todos sus buenos momentos que hemos compartido y todo el apoyo que me han brindado.

A MIS PADRINOS:

Por apoyarme con mucho cariño.

A:

Los licenciados Carlos Pérez y Gretheel Miranda.

A:

La gloriosa tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y brindarme la oportunidad de cumplir mi meta

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que con la ayuda de sus catedráticos quienes son su instrucción y colaboración, me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.

PRESENTACIÓN



El tipo de investigación es de carácter cualitativa. La rama cognoscitiva de la ciencia es al derecho tributario. El contexto diacrónico es el municipio de Guatemala, departamento de Guatemala; el contexto sincrónico es del año 2016 al 2017. El objeto de estudio se limita a la falta de seguridad jurídica de los contribuyentes en la facturación de bienes y servicios prestados mediante la entrada en vigor del Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para el Fortalecimiento de la Transparencia Fiscal y la Gobernanza de la Superintendencia de Administración Tributaria; así como los ilícitos tributarios en que pueden incurrir los contribuyentes al hacer caso omiso al Decreto en mención. Los sujetos de estudio lo constituyen: los comerciantes obligados a llevar contabilidad conforme las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala y la Superintendencia de Administración Tributaria.

El aporte académico de la investigación es garantizar que se cumpla con el principio de seguridad jurídica estipulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, mediante la declaratoria de inconstitucionalidad del Artículo 62 del Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala, para evitar que se vulnere la seguridad jurídica de los contribuyentes para que estos no tengan riesgo que la Superintendencia de Administración Tributaria malinterprete que los depósitos reflejados en sus cuentas bancarias provienen de hechos ilícitos cuando no coincidan con lo que se factura mensualmente, debido a que algunos de los depósitos no se pueden respaldar en su totalidad, razón por la cual es importante eliminar el conflicto jurídico que se generó mediante la entrada en vigencia del Decreto en mención.

HIPÓTESIS



La obligación de registrar las cuentas bancarias en la contabilidad de los comerciantes, mediante la entrada en vigencia del Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala ocasiona falta de seguridad jurídica, por ser una norma que vulnera el derecho de confidencialidad de los contribuyentes establecido en el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque la Superintendencia de Administración Tributaria no prevé lo que pueda ocurrir con la información personal de los contribuyentes, sino que, considera que existe evasión en el pago de tributos por parte estos, quienes resultan severamente afectados en sus derechos.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se validó la hipótesis, pues se corroboró la falta de seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico tributario debido a que la Superintendencia de Administración Tributaria puede tener acceso a las cuentas bancarias de los contribuyentes previa investigación por parte del Ministerio Público. Se comprobó la hipótesis, debido a que el Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala es injusto y no garantiza el cumplimiento del principio de seguridad jurídica. Los métodos utilizados fueron: el analítico, interpretando la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Comercio de Guatemala, el Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala, así como la doctrina. El método de síntesis permitió explicar las consecuencias jurídicas derivadas de la afectación de los intereses de los contribuyentes. La técnica utilizada fue la documental, que se utilizó para recabar datos de diversas fuentes bibliográficas acerca del tema en cuestión.

ÍNDICE



Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales del derecho tributario.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Terminología.....	2
1.3. Definición.....	3
1.4. Principios.....	4
1.4.1. Legalidad.....	4
1.4.2. Reserva de ley.....	5
1.4.3. Capacidad de pago.....	6
1.4.4. Igualdad tributaria.....	6
1.4.5. Generalidad.....	7
1.4.6. Proporcionalidad.....	7
1.4.7. Irretroactividad.....	8
1.4.8. Prohibición de doble tributación.....	9
1.4.9. Confidencialidad.....	10
1.4.10. No confiscación.....	10
1.4.11. Equidad y justicia tributaria.....	11
1.5. La relación jurídica tributaria.....	12

1.5.1. Características.....	13
1.5.2. Elementos.....	13
1.6. Poder tributario.....	14

CAPÍTULO II

2. El comerciante.....	15
2.1. Antecedentes.....	15
2.2. Definición.....	16
2.3. Requisitos para ser comerciante.....	18
2.4. Procedimiento de inscripción.....	21
2.5. Obligaciones de los comerciantes.....	23

CAPÍTULO III

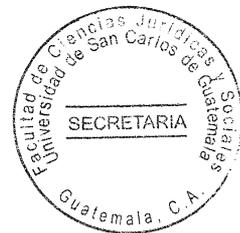
3. Derecho bancario y el funcionamiento de los bancos.....	31
3.1. Antecedentes.....	31
3.2. Definición.....	32
3.3. Naturaleza jurídica.....	33
3.4. Características.....	34
3.5. Los bancos.....	36
3.5.1. Características.....	38



3.5.2. Normativa aplicable.....	39
3.6. El rol de la Superintendencia de Bancos.....	43

CAPÍTULO IV

4. Determinar las legalidades del Decreto 37-2016 ante la falta de seguridad jurídica de los contribuyentes en la facturación de bienes y servicios prestados.....	47
4.1. Seguridad jurídica en materia tributaria.....	47
4.2. Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala.....	50
4.3. Lo que pretende el levantamiento del secreto bancario.....	52
4.3.1. Evitar el lavado de dinero.....	52
4.3.2. Evasión fiscal.....	54
4.3.3. Resistencia a la acción fiscalizadora.....	55
4.4. Repercusiones del Decreto 37-2016.....	57
4.5. Conciliación de cuentas bancarias.....	61
4.6. El papel que debe tomar el Estado.....	62
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67



INTRODUCCIÓN

En la actualidad las normas jurídicas relacionadas con el sistema jurídico tributario ocasionan perjuicio para los contribuyentes y el Decreto 37-2016 no es la excepción, pues al momento de entrar en vigencia, se libera el secreto bancario, aunque está en suspenso por resolución de la Corte de Constitucionalidad desde el día tres de agosto de 2018, a pesar de ello se pierde la certeza jurídica que la información personal del contribuyente sea confidencial, como lo establece el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala; pues el hecho que la Superintendencia de Administración Tributaria pueda hacer un uso correcto con esta información, cuando el ente fiscalizador exige que el contribuyente debe de respaldar todo tipo de depósitos o transacciones y llevar conjuntamente las cuentas bancarias con sus libros de contabilidad se está perjudicando a los contribuyentes jurídicamente dándole al ente fiscalizador el poder suficiente sin límites de perjudicar a los buenos contribuyentes.

El objetivo general fue determinar la vulneración del principio de seguridad jurídica de los contribuyentes mediante la liberación del secreto bancario con la entrada en vigencia del Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala; se alcanzó el objetivo general, pues se constató que al momento que la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT- tiene acceso a las cuentas bancarias de los contribuyentes, previa investigación por parte del Ministerio Público, no se garantiza el cumplimiento del principio de confidencialidad, poniendo en riesgo los intereses de estos.

En la hipótesis se menciona que la liberación del secreto bancario, mediante la entrada en vigencia del Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala ocasiona falta de seguridad jurídica, por ser una norma que vulnera el derecho de confidencialidad de los contribuyentes establecido en el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque la Superintendencia de Administración Tributaria al momento de tener la información que le proporciona el Ministerio Público, no prevé lo que pueda ocurrir con la información personal de los contribuyentes, sino que, considera que

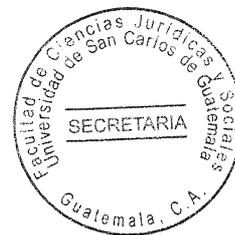


existe evasión en el pago de tributos por parte de los contribuyentes, quienes resultan severamente afectados en sus derechos; misma que se comprobó mediante el análisis del Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala y la doctrina.

Este trabajo consta de cuatro capítulos: en el primero, se estudia al comerciante; en el segundo, se hace referencia al derecho bancario; en el tercero, se enfoca el secreto bancario; y, en el cuarto, se analiza el tema central que es la vulneración al principio de seguridad jurídica mediante la liberación del secreto bancario. Los métodos utilizados fueron: el analítico; el sintético, el inductivo y el deductivo. La técnica utilizada fue la documental.

La Constitución Política de la República de Guatemala, contiene en el Artículo 2 la protección a la persona de manera general, y en el Artículo 24 lo referente al principio de confidencialidad; esto significa que el Estado de Guatemala debe de proteger a los contribuyentes de las anomalías ocasionadas por personas individuales o jurídicas, en especial, de la Superintendencia de Administración Tributaria, porque es de suma importancia que la información de los ingresos reflejados en sus cuentas bancarias no se malinterprete en el sentido que provengan de hechos ilícitos. Con ello se garantizaría un adecuado sistema jurídico y tributario, mediante el empleo de las medidas pertinentes conforme las demandas de la población y que el contribuyente tenga la confianza en el sistema actual de un estado de derecho, evitando conflictos jurídicos y garantizando una adecuada seguridad jurídica.

CAPÍTULO I



1. Derecho tributario

En este capítulo se hará una breve referencia al derecho tributario, desde su desarrollo histórico, su definición, principios constitucionales, el poder tributario, la relación jurídica tributaria, también se diferenciará del derecho financiero, pues este último tiene íntima relación con aquél y en ocasiones, se suelen confundir.

1.1. Antecedentes

“La historia del derecho tributario nace en el Siglo XX donde se incluye a esta disciplina jurídica dentro del derecho financiero. Durante la historia de la humanidad su percepción de recaudación e implementación ha sido utilizada por parte de los representantes del poder como un medio para poner en práctica teorías de tipo económico, financiero, social, pero ante todo político, por lo que ha sido el principal medio para el desarrollo o en su caso subdesarrollo de la sociedad, aunque también ha sido una forma de lograr el enriquecimiento, manipulación, coacción y represión. Con el ensanchamiento de los Estados después de la segunda guerra mundial la importancia del tributo como recurso público se amplió con una doctrina tributaria que lo convirtió en un auténtico exponente de protección de los derechos humanos de la población, por tener como uno de sus fines más importantes la redistribución de la riqueza por medio del gasto social”.¹

¹ Monterroso Velásquez, Gladys Elizabeth. **Fundamentos tributarios**. Pág. 3.



Como se puede apreciar el surgimiento del derecho tributario es relativamente reciente, aunque los tributos datan de tiempos remotos, se necesitaba de una disciplina jurídica que regulara todo el qué hacer del Estado para evitar el abuso del poder por parte de las autoridades en materia de recaudación, ya que la coacción imperaba en la antigüedad cuando un Estado necesitaba recaudar ingresos de los particulares.

1.2. Terminología

En la doctrina existe diversidad de criterios para determinar el término más adecuado para denominar esta rama del derecho. “La doctrina italiana, española y brasileña usan la denominación derecho tributario, los alemanes prefieren la expresión derecho impositivo, mientras que los franceses se refieren al derecho fiscal.”²

Cualquier denominación que se le quiera dar a esta disciplina jurídica es aceptada, sin embargo, a criterio personal, se considera que la denominación más correcta es la de derecho tributario, por su carácter genérico, aunque el citado autor prefiera denominarle derecho fiscal, por estar incorporado a la costumbre. La expresión derecho fiscal, que da el referido autor no se comparte porque se considera muy restringido el término para el contenido de esta rama del derecho, además que se si se adecúa a la región, en América Latina es más utilizada la expresión derecho tributario. Otra razón lógica es porque el término tributario es más exacto que el término fiscal, porque este último puede interpretarse en el sentido de fisco como entidad patrimonial del Estado, concepto que

² Villegas. Héctor. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. Pág. 66.



forma parte del mismo derecho tributario. La actuación del fisco no se refiere solo a la actuación estatal con respecto a los recursos tributarios, sino también con relación a los restantes recursos del Estado. En conclusión, la denominación más acorde es la de derecho tributario, pues en forma general, se observa que esta rama del derecho comprende dos grandes partes: la primera denominada parte general, donde están comprendidas las normas aplicables a todos y cada uno de los tributos y la segunda, denominada especial, contiene las disposiciones específicas de los distintos gravámenes que integran un régimen tributario.

1.3. Definición

La doctrina define el derecho tributario como: “El conjunto de normas jurídicas que, de acuerdo con determinados principios comunes a todas ellas, regulan la creación, recaudación y todos los demás aspectos relacionados con los tributos.”³

También se entiende por derecho tributario: “El conjunto de normas jurídicas que regulan a los tributos en sus distintos aspectos y las consecuencias que ellos generan. Entre las consecuencias comprendemos a los ilícitos, cuya descripción y sanción constituye el derecho tributario penal y las distintas relaciones que se entablan entre el Estado y quienes están sometidos a su poder, verbigracia, relaciones procesales, así como las que surgen del uso de los poderes de verificación y fiscalización respecto de contribuyentes, responsables por deuda ajena y terceros.”⁴

³ Rodríguez Lobato, Raúl. **Derecho fiscal**. Pág. 13.

⁴ García Viscaíno, Catalina. **Derecho tributario, consideraciones económicas y jurídicas**. Pág. 139.



Las definiciones de los autores antes citados, se considera que son acertadas en parte, sin embargo, les faltan algunos elementos para poder configurarse como tales, es imprescindible al definir una rama del derecho ubicarla en la sistemática jurídica, es decir la tradicional división del derecho en público o privado; después de haber analizado lo anterior, se infiere que es una rama del derecho público. Es necesario indicar que no solo contiene normas jurídicas, sino que además tiene doctrinas, principios, teorías, instituciones y por último normas jurídicas, este es el orden lógico para poder arribar a una definición de derecho tributario; además se debe tomar en cuenta su contenido, que es lo que lo diferencia de otras disciplinas, por tal situación se dice que estudia la relación jurídico-tributaria.

1.4. Principios

Se dice que los principios son líneas directrices para crear, interpretar y aplicar normas jurídicas, la Constitución Política de la República de Guatemala regula los principios más importantes del derecho tributario como lo son: a) legalidad, b) reserva de ley, c) capacidad de pago, d) igualdad tributaria, e) generalidad, f) proporcionalidad, g) irretroactividad, h) prohibición de doble tributación, i) confidencialidad, j) no confiscación, k) equidad y justicia tributaria, los cuales se desarrollan a continuación.

1.4.1. Legalidad

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 239 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en su parte conducente preceptúa: “Corresponde con



exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado”. Se puede establecer que la finalidad del mismo es evitar que el contribuyente pague impuestos que no están regulados previamente en la ley, es decir, que el Congreso de la República, en el uso de su facultad legislativa, debe crear los tributos que sean necesario para cumplir con los fines del Estado, no para beneficio personal de los legisladores ni para beneficiar a las minorías, sino que siempre velando por el bien común, de esta manera la población tributará de acuerdo con la legislación, por lo que queda prohibido que se cobre tributos que no han sido previamente establecido. Por lo tanto, este principio se puede explicar con la frase latina *nullum tributum sin lege*, que significa es nulo el tributo que no se encuentre previamente establecido en la ley, es decir que solamente la ley puede ser fuente de las obligaciones tributarias.

1.4.2. Reserva de ley

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 131, literal c) de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Corresponde también al Congreso de la República de Guatemala: ...c) Decretar impuestos ordinarios y extraordinarios conforme a las necesidades del Estado y determinar las bases de su recaudación...” De lo antes expuesto en el citado Artículo se puede inferir que este principio tiene íntima relación con el de legalidad, que inclusive se podrían confundir, pues la norma citada lo regula como otras atribuciones del Congreso; esto es precisamente lo que distingue al principio de reserva de ley con el de legalidad, el órgano encargado de la creación de las leyes tributarias, el de legalidad solamente se limita a indicar que los tributos deben estar



regulados en una ley; a criterio personal, este principio viene a complementar al anterior en todos sus aspectos.

1.4.3. Capacidad de pago

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Las leyes tributarias serán estructuradas conforme al principio de capacidad de pago”. El citado Artículo expresamente regula este principio, sin embargo, no lo explica, por tal razón se puede afirmar que el mismo hace referencia a la capacidad del contribuyente en el pago de los tributos, esto significa que el sistema tributario en Guatemala debe ser acorde con lo que la persona pueda aportar al fisco. Esto es sin lugar a dudas la razón lógica del constituyente al positivizar la norma citada, pues no se le puede exigir al contribuyente un pago completamente desproporcionado a su capacidad económica.

1.4.4. Igualdad tributaria

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el mismo no es más que un derivado de la igualdad de que es partidario el ordenamiento jurídico, tratar iguales a los iguales y desiguales a los desiguales, por tal razón, este principio tiene también relación con el de capacidad de pago, analizado anteriormente. Significa entonces que el principio de igualdad en materia tributaria se refiere a dar igual tratamiento impositivo a los contribuyentes, pues todos están en igualdad de circunstancias.



1.4.5. Generalidad

Este principio encuentra el sustento jurídico en el Artículo 135, literal d) de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa: “Son derechos y deberes de los guatemaltecos... d) Contribuir a los gastos públicos en forma prescrita por la ley”. El presente Artículo requiere de una interpretación específica en materia tributaria, el mismo se refiere a que todas las personas sin excepción alguna debe contribuir al gasto público, es decir al pago de tributos, este principio se relaciona con el de legalidad, pues la norma citada hace referencia que tal contribución debe ser en la forma prevista en la ley; por otra parte, se relaciona con la igualdad, pues establece todos los ciudadanos, la norma no hace alusión a ninguna categoría de personas; asimismo, se relaciona con el de reserva de ley, por las razones antes mencionadas. En tal sentido, ninguna persona dentro del territorio puede eludir el pago de tributos, pues de lo contrario estaría incurriendo su conducta en un tipo penal.

1.4.6. Proporcionalidad

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa: “El sistema tributario debe ser justo...” Este principio sin lugar a dudas se relaciona con el de igualdad y capacidad de pago y generalidad, significa entonces que el sujeto pasivo debe contribuir en forma proporcional a su capacidad económica, por lo menos este principio debe contener algunos elementos a saber: la capacidad económica de los sujetos, una parte justa y acorde a sus ingresos, fuentes de riquezas disponibles y existentes en el país. Sin duda alguna, este principio



se relaciona íntimamente con el de igualdad, en aquel aspecto que establece que hay que tratar iguales a los iguales y desiguales a los desiguales. Como ejemplo de este principio se puede mencionar el renglón 029, en el cual el trabajador debe facturar para la entidad en que labora de acuerdo con sus honorarios percibidos durante el mes, según el régimen al que esté inscrito.

1.4.7. Irretroactividad

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa: “La ley no tiene efecto retroactivo...” Asimismo, el Artículo 66 del Código Tributario preceptúa: “Las leyes tributarias regirán para el futuro. No obstante, tendrán efecto retroactivo las que supriman infracciones y establezcan sanciones más benignas, siempre que favorezcan al infractor y que no afecten, resoluciones o sentencias firmes.”

De la transcripción del Artículo 66 del Código Tributario se puede inferir que este principio se encuentra íntimamente relacionado con el de igualdad, proporcionalidad y capacidad de pago, pues la norma citada de manera clara indica que solamente tendrán efecto retroactivo las normas tributarias cuando favorezcan al infractor. Lo anterior tiene un fundamento doctrinario y jurisprudencial, es decir la teoría de los derechos adquiridos, la cual se define según la Gaceta 81, Expediente 416-2005, de fecha 27 de julio de 2016 de la siguiente manera: “Para que una ley sea retroactiva, es indispensable que obre sobre el pasado y que lesione derechos plenamente adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, para modificarlos y que el derecho adquirido existe cuando se consolida una



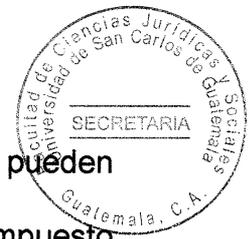
facultad, un beneficio o una relación en el ámbito de la esfera jurídica de una **persona**.”

Los derechos adquiridos se han establecido para no vulnerar derechos plenamente establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, esto aplicado al ámbito tributario, se refiere a que, si una ley establece un tributo para determinado régimen del sujeto pasivo, no puede aplicarse al mismo si ya ha venido tributando bajo el imperio de otra ley que le es más benéfica, esto es congruente con el Artículo 15 citado.

1.4.8. Prohibición de doble tributación

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 243 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúa: “Hay doble o múltiple tributación, cuando un mismo hecho generador, atribuible al mismo sujeto pasivo, es gravado dos o más veces, por uno o más sujetos con poder tributario y por el mismo evento o periodo de imposición.” Para entender este principio es indispensable definir lo que es el hecho generador, el cual se encuentra regulado en el Artículo 31 del Código Tributario, el cual preceptúa:” Es el presupuesto establecido por la ley, para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria.”

Dentro de este principio es indispensable hacer una distinción entre tributos exentos y no afectos; se dice que un acto jurídico está exento, cuando la misma ley establece la obligación de tributar, pero también constituye algunas excepciones en la que dicho acto no paga impuesto, en otras palabras, existe un hecho generador. Se dice que un acto no está afecto, cuando la ley tributaria no regula que se deba de pagar impuesto alguno, es decir, no existe hecho generador. Lo anterior es de suma importancia mencionarlo porque



los actos jurídicos que ya fueron gravados una vez con un impuesto ya no pueden pagarse en el mismo acto, por ejemplo, las actas notariales que están afectas al impuesto de timbre notarial de Q.10.00, más un timbre fiscal de Q.0.50.00. El objetivo de este principio por parte del constituyente fue no dañar al fisco, lo cual servirá para que el Estado tenga suficiente poder económico para el cumplimiento de sus fines, pero sin afectar a los contribuyentes, pues debe prevalecer el bien común, pero garantizando los derechos de las personas legalmente reconocidos por la norma suprema.

1.4.9. Confidencialidad

Este principio lo norma el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas.” Se puede establecer que, si en algún momento se revela el monto de los impuestos puede ser constitutivo de un delito al tenor de lo regulado en la Ley de Acceso a la Información Pública. Con este principio lo que se está garantizando es la reserva absoluta de la información, sobre todo cuando existen impuestos no pagados, pues se asegura el derecho de los contribuyentes como del Estado.

1.4.10. No confiscación

Este principio se encuentre regulado en el Artículo 41 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa: “Se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor



del impuesto omitido.” El citado Artículo hace referencia a la prohibición expresa de la confiscación, lo cual significa que el Estado, a través de la Superintendencia de Administración Tributaria no puede cobrar a los contribuyentes más tributos que los establecidos en ley. “Para que un tributo sea constitucional y funcione como manifestación de soberanía no debe construir un despojo, para lo cual debe respetar el derecho de propiedad.”⁵

Con la implementación de este principio se está garantizando el derecho de propiedad privada, el cual no puede ser vulnerado bajo ningún punto de vista, aunado a ello, existe casos en los que el contribuyente incurre en omisos por no tributar en tiempo, es donde la administración tributaria juega un papel preponderante para que este derecho no se les vulnere a los contribuyentes.

1.4.11. Equidad y justicia tributaria

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El sistema tributario debe ser justo y equitativo...” Este principio se relaciona con el principio de igualdad tributaria, proporcionalidad, legalidad, capacidad de pago; todos tienen algo en común y es la equidad, es decir que toda persona debe pagar tributos a la Superintendencia de Administración Tributaria pero de manera proporcional a la capacidad económica, pues de lo contrario se considera confiscación.

⁵ Villegas. **Op. Cit.** Pág. 307.



1.5. La relación jurídica tributaria

Se define como: “El producto del hecho generador ya consumado, y la define como “el vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto (deudor) debe dar a otro sujeto que actúa ejerciendo el poder tributario (acreedor) sumas de dinero o cantidades de cosas determinadas por la ley.”⁶

No se puede dejar de lado la definición del Artículo 14 del Código Tributario, el cual preceptúa: “Constituye un vínculo jurídico de carácter personal, entre la administración tributaria y otros entes públicos acreedores del tributo y los sujetos pasivos de ella. Tiene por objeto la prestación de un tributo, surge al 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.”

Se considera acertada la definición doctrinaria pues reúne todos los elementos necesarios del concepto en mención, en primer lugar, hace referencia a un vínculo, lazo o nexo entre un deudor y un acreedor; es indispensable hacer mención que con dicha relación se trata de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, por lo que se considera que dicha relación es autónoma, pues reúne los requisitos indispensables para exigir su cumplimiento.

⁶ Giulliani Fonrouge, Carlos. **Derecho financiero**. Pág. 392.



1.5.1. Características

A continuación, se hará referencia a las características de la relación jurídica tributaria siendo las más importantes las siguientes: a) la concentración de la potestad tributaria; b) se establece entre personas; c) es de carácter principal y central; d) se determina el destinatario legal. Al hablar de vínculo entre personas, se trata de los particulares y la administración tributaria, por lo que no se puede trasladar a un tercero esta relación. Al hacer referencia a su carácter principal y central, significa el cobro del tributo, pero debe ser de carácter pecuniario, por lo que no existe la posibilidad de cumplir de otra manera.

1.5.2. Elementos

Después de haber analizado las características, es momento ahora de hacerlo referente a los elementos de la relación jurídica tributaria: En primer lugar, se hace referencia al elemento personal, compuesto por el sujeto activo que siempre va a ser el Estado a través de la administración tributaria; y el contribuyente, es decir el sujeto pasivo. Por otra parte, está el elemento temporal, compuesto por el periodo en el cual se debe hacer efectivo el pago; si no se cumple con los plazos previstos, el contribuyente puede ser objeto de sanción mediante un juicio económico coactivo. En cuanto al elemento cuantitativo, se debe determinar la base imponible y la obligación tributaria, o sea que debe haber algo que dé origen al mismo. Se menciona también el elemento base o tipo impositivo, que corresponde a la base impositiva. El último elemento es el finalista, porque el Estado busca lo que debe gravar el impuesto, pueden ser actos, patrimonio, capital y renta, es decir el hecho generador.



1.6. Poder tributario

El objeto del poder tributario es que el contribuyente tribute es para saciar necesidades del Estado y velar por el bien común, como afirma la doctrina: “no hay nada que los gobernantes deban calcular con más prudencia y más sabiduría que las contribuciones, esto es la parte de sus bienes exigibles a cada ciudadano y la que debe dejársele a cada uno”.⁷

El poder tributario posee las siguientes características: por una parte, se dice que es originario, porque surge con el mismo Estado, esto es la potestad del mismo en el uso del *ius imperium*; por otra parte, se dice que es permanente, porque el poder tributario existirá siempre que exista el Estado, aunque el este último no ejercite esta facultad; por último, se dice que es irrenunciable, pues el Estado no puede renunciar a esta facultad, ya que sin él este atributo no podría existir.

Para finalizar este capítulo se denota la importancia del derecho tributario, ya que debe existir una disciplina que regule todo el qué hacer de la administración tributaria, así como de los contribuyentes para garantizar el cumplimiento del principio de legalidad regulado en el Artículo 239 de la Constitución política de la República de Guatemala, por esta existe el poder tributario como facultad soberana del Estado de crear leyes tributarias y hacer efectivo el cumplimiento de la obligación tributaria a través de medios coactivos en caso de incumplimiento de los deberes.

⁷ De Secondat, Charles Louis **El espíritu de las leyes**. Pág. 146.



CAPÍTULO II

2. El comerciante

En este capítulo se estudia el comerciante, sus antecedentes, su definición, los requisitos para actuar como tal dentro del mundo del comercio, el procedimiento para inscribirse como comerciante y sus obligaciones profesionales. Estas personas son las encargadas de activar el mercado a través de la elaboración de productos manufacturados o de servicios, distribuirlos y darlos a conocer para su consumo, al mayoreo o menudeo.

2.4. Antecedentes

“La actividad económica de los feudos era agrícola y excluía el tráfico comercial porque lo consideraban deshonoroso; fuera de los feudos estaba la burguesía y con ellos se inician cambios importantes para el comercio. La importancia de la burguesía radicaba en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial. Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas corporaciones, las que se regían por sus estatutos y recogían las costumbres que ellos mismos habían venido practicando; los estatutos no solo contenían reglas de derecho que regulaban el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante sino también organizaron una jurisdicción propia para resolver controversias, las que estaban a cargo de un funcionario denominado cónsul. En esta época el derecho mercantil adopta el nombre de derecho clasista”.⁸

⁸ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco tomo I.** Pág. 8.



Como se puede apreciar, la actividad de los comerciantes es relativamente corta, si se compara con otras profesiones u oficios de la antigüedad. Generalmente en aquella época todo giraba en torno a la agricultura, pero las ganancias no eran muchas, es así como al aparecen los mercaderes, todas las personas de la época optaron por dedicarse a esta actividad para obtener ingresos, y como no existía el dinero, toda transacción era a través del intercambio de mercaderías, es decir, el trueque, hasta establecerse como se realiza hoy en día.

2.5. Definición

Según la doctrina, el comerciante es: “El sujeto que ejercita una actividad de producción o transformación para el cambio o intermediación en la circulación de bienes y servicios, en nombre propio, por profesión, con finalidad de lucro y mediante una organización adecuada que es la empresa”.⁹

También puede definirse como: “La persona física o jurídica de naturaleza privada que actúa en nombre propio por sí o por medio de otros y realiza para el mercado ultra actividad comercial, industrial o de servicios”.¹⁰

El Código de Comercio de Guatemala establece en el Artículo 2 que: “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera de las actividades que se refieren a lo siguiente: “1. La industria dirigida a la producción o transformación

⁹ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 51.

¹⁰ Broseta Pont, Manuel y Fernando Martínez Saenz. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 91.



de bienes y a la prestación de servicios. 2. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios. 3. La banca, seguros y fianzas. 4. Las auxiliares de las anteriores”.

Las definiciones doctrinarias tienen algo en común que es el hecho de ejercer una actividad con fines de lucro, ya que este es la piedra angular del comercio, la obtención de ganancias lícitas; la afirmación del primer autor en cuanto a tener un establecimiento para ejercer dicha actividad también es importante, ya que debe existir una sede para localizar al comerciante para cumplir de mejor manera sus obligaciones; en lo que respecta al tipo de persona, el segundo autor engloba en su definición a los comerciantes sociales también, cuestión que es válida para definir al comerciante de manera general, pero hay que recordar que los comerciantes pueden ser individuales o sociales.

En lo que respecta al Código de Comercio de Guatemala, el mismo engloba a los comerciantes individuales y sociales; siendo específicamente las establecidas en el numeral 1 y en el numeral 2, las que se refieren a los comerciantes individuales; mientras que las del numeral 3 y numeral 4, se refieren al comerciante social. El numeral 1, contiene dos posibilidades: que sea prestación de servicios o producción de bienes, por ejemplo, que una persona tenga su propio negocio; el numeral 2, es comprar para vender a un precio mayor, que es la clásica función del comercio, siempre que sea de manera lícita. El numeral 3 hace alusión exclusivamente a la función que realizan los bancos, los cuales se rigen por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, las aseguradoras en todas sus modalidades, cabe mencionar que, con la entrada en vigor de la Ley de la Actividad Aseguradora, ya no existen las afianzadoras, sino que se denominan aseguradoras de



caución; este tipo de comerciante social encuadra dentro de la categoría de especial, ya que se rigen por sus propias disposiciones. Y el numeral 4, se refiere a la figura de los auxiliares del comerciante.

2.3. Requisitos para ser comerciante

Sin embargo, para el adecuado ejercicio del comercio es indispensable que se cumplan ciertos requisitos: a) ejercido por una persona individual con plena capacidad de ejercicio, según lo dispuesto en el Artículo 6 del Código de Comercio de Guatemala; b) que sea en nombre propio, porque de lo contrario, se estaría ante la figura de los auxiliares del comerciante; c) con fines de lucro, aspecto preponderante en toda actividad; d) por medio de una empresa realiza actos de comercio tales como la industria dirigida a la producción o transformación de bienes o a la prestación de servicios, la intermediación entre los mismos; e) inscribirse en el Registro Mercantil como comerciante individual, según dispone el Artículo 334 y 335 del Código de Comercio de Guatemala, de lo contrario, sería una actividad denominada de la economía informal o comerciante de hecho, lo cual sería perjudicial, ya que no goza de la protección de la legislación mercantil y tributaria.

Para entender aún más los requisitos anteriores, es indispensable definir algunas cuestiones como las siguientes: respecto a la capacidad para ser comerciante, únicamente se pueden dedicar a tal actividad las personas individuales que han cumplido 18 años de edad, según lo establece el Artículo 8 del Código Civil y el Artículo 6 del Código de Comercio de Guatemala. La razón es porque la ley considera que una persona menor de edad no tiene la suficiente madurez para llevar a cabo actos de comercio, ya



que, por las características del mismo, como la negociación en masa, la adaptabilidad, la internacionalidad y la importancia de la circulación de mercancías, es indispensable que el comercio lo ejerza una persona mayor de edad con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, ya que el comercio es una profesión en la cual se corre el riesgo de obtener pérdidas si los negocios son mal administrados y la finalidad del mismo es obtener ganancias lícitas, tener aptitudes de crecimiento y convertirse en empresario, dejando a un lado la típica función del comerciante.

La capacidad para ser comerciante posee una excepción regula en el Artículo 7 del Código de Comercio de Guatemala referente a los menores de edad y los declarados en estado de interdicción; en estos casos el órgano jurisdiccional debe decidir el destino de la empresa mercantil que estas personas adquieren por herencia o donación, en este caso se conserva la empresa, para no correr el riesgo de perderse el negocio mercantil debido, pero también se debe tomar en cuenta la última voluntad del testador o donante en caso haya recomendado la continuidad de la empresa mercantil y este es precisamente el criterio que recoge el Código de Comercio de Guatemala, pues para todo ello debe tener a la vista el dictamen de un experto a la hora de tomar la decisión.

El lucro es: “una ventaja material valorable en dinero que en el ejercicio del comercio está destinado a reproducirse, es decir, a servir de instrumento a las operaciones. Sin embargo, no es necesario que el acto se encamine a conseguir directamente algún lucro, nada más que se proponga conseguirlo individualmente”.¹¹

¹¹ Supino, David. **Derecho mercantil**. Pág. 12.



El autor citado es certero en su afirmación, ya que el requisito establecido en el **Artículo 2** del Código de Comercio de Guatemala debe interpretarse en el sentido que lo importante es la obtención del lucro, porque muchas veces no se puede obtener, debido a mala administración del comerciante, pérdida, deterioro o merma de mercaderías cuando son trasladadas de un lugar a otro, u otros factores que están fuera del alcance del comerciante.

Debido a que los requisitos para ser comerciante se enfocan en una finalidad que son los actos de comercio, los cuales tienen distinto significado, y el criterio más aceptado en la doctrina es dividirlo en dos puntos de vista: “el subjetivo y el objetivo. Según el primero, un acto será mercantil, esto es, acto de comercio, cuando lo ejecute un comerciante. La calidad mercantil del sujeto otorga a los actos su carácter comercial. De acuerdo con el sistema objetivo, los actos son calificados de mercantiles en virtud de sus caracteres intrínsecos, cualquiera que sea el sujeto que los realice”.¹²

Es interesante la opinión del citado autor, ya que el acto de comercio se refiere propiamente a la actividad de la persona, pero debe ser ejercitada por la persona que tenga la calidad de comerciante, a esto se refiere la profesionalidad, la cual se adquiere exclusivamente con la respectiva inscripción. La profesionalidad la define la doctrina como: “La aplicación del derecho mercantil se aplica a la actividad profesional de los comerciantes y es a ella a la que primeramente responde. El énfasis en la profesionalidad significa que el derecho mercantil es un derecho profesional.”¹³

¹² De Pina, Rafael. **Derecho mercantil**. Pág. 8.

¹³ Vásquez. **Op. Cit.** Pág. 21.



Se comparte la opinión del citado autor, ya que hace alusión a la profesión de comerciante, dicha calidad se adquiere mediante la respectiva inscripción en el Registro Mercantil general de la República de Guatemala, razón por la cual se considera que el comercio es una profesión y no un oficio. Cabe mencionar que la finalidad de los actos de comercio siempre va dirigida a la negociación en grandes cantidades, podría afirmarse que es la más importante, la razón, es porque la misma determina todo el qué hacer del tráfico comercial, se deriva del típico comercio, la persona que compra para re vender. Esta es otra característica esencial de la contratación mercantil, ya que todo debe ser en masa, es decir no hay ningún acto aislado, aquí es donde se diferencia de la contratación civil, todo debe negociarse en volumen, las mercaderías se deben vender por mayor por ejemplo: en lugar de vender un par de zapatos se venderá un contenedor de zapatos, en lugar de comprar un televisor, se compran 100 para revenderlos

2.4. Procedimiento de inscripción

Actualmente el procedimiento para la inscripción de un comerciante individual es el siguiente:

- a) Como primer paso, en agencia de Banrural del Registro Mercantil, comprar formulario de inscripción de comerciante individual y empresa mercantil cuyo valor es de Q.10.00, o bien descargarlo de la página www.registromercantil.gob.gt, ahí no tiene costo.
- b) Como segundo paso, se debe llenar el formulario a máquina o computadora.



- c) Como tercer paso, hay que pagar en la agencia de Banrural ubicada en el Registro Mercantil o en cualquiera de las agencias del mismo, hay que pagar Q.100.00 por la empresa individual y Q.100.00 por la inscripción como comerciante individual, lógicamente este último cuando aún no está inscrito como tal.
- d) Como cuarto paso, presentarse en la ventanilla del Registro Mercantil lo siguiente: a) un fólter tamaño oficio; b) formulario; c) comprobantes de pago; y, d) fotocopia del documento personal de identificación del propietario o del representante legal.
- e) Como quinto paso, se debe recoger en ventanillas la patente y adherirle Q.50.00 en timbres fiscales. Si se trata de inscribir la sucursal de una empresa individual o de sociedad, presentar el formulario de inscripción de comerciante Individual y empresa respectiva y pagar Q.100.00 en la agencia de Banrural ubicada en este Registro o cualquiera de las agencias del mismo. Cuando la empresa sea propiedad de dos o más personas, deben presentarse un formulario por cada uno de los copropietarios. Si el propietario es extranjero, adjuntar fotocopia de residencia en Guatemala.

El tramite anterior se realiza en base al Artículo 335 del Código de Comercio de Guatemala, el cual fue reformado mediante Decreto Número 18-2017 del Congreso de la República de Guatemala, la cual no varía mucho, ya que solamente se reformó el numeral 5º que anteriormente establecía que debía consignarse la fecha en que haya dado principio la actividad mercantil del comerciante; mientras que ahora solamente establece que se debe consignar la fecha de la solicitud. También se eliminó lo relacionado con el razonamiento de la cedula de vecindad.



2.5. Obligaciones de los comerciantes

Cuando una persona se inscribe en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala, llenando todos los requisitos que establece el Código de Comercio de Guatemala, adquiere la calidad de comerciante, esto quiere decir que ingresa al mundo del comercio, en tal sentido, adquiere un cúmulo de obligaciones para que esta función se lleve a cabo adecuadamente, las principales obligaciones son: llevar libros de contabilidad, pagar tributos y llevar su contabilidad de manera ordenada.

La obligación de **llevar libros** está contenida en el Artículo 368, segundo párrafo del Código de Comercio de Guatemala, los libros que llevan los comerciantes, son: 1) de inventario; 2) de primera entrada o diario; 3) mayor o centralizado; y 4) de estados financieros. La doctrina define cada uno de estos libros: “El de inventario tiene como finalidad comparar el activo y pasivo para conseguir la cifra del capital patrimonial; el diario o de primera entrada, en donde por partida doble se anotan las operaciones que realice el comerciante; el de mayor centralizado o concentrado, recoge todas las operaciones del libro diario; y el de estados financiero, resume todas las operaciones anteriores y determina el estado financiero del comerciante”.¹⁴

La excepción a esta regla es el caso de los comerciantes que tengan un activo total que no exceda de Q.25,000.00 al mes, pueden omitir en su contabilidad los libros o registros, según lo establece el Artículo 368 quinto párrafo del Código de Comercio de Guatemala.

¹⁴ Villegas. **Op. Cit.** Pág. 325.



El citado artículo es claro, ya que no debe interpretarse en el sentido que se exonera al comerciante de llevar libros, sino de omitir en la contabilidad los mismos. Es importante mencionar que los libros de contabilidad deben estar autorizados por el Registro Mercantil, lo cual es obligatorio una vez terminado el trámite de inscripción como comerciantes, deben ser llevados sin borrones, tachones ni raspones, de forma física o electrónica.

Pagar tributos es indispensable para el mejor desenvolvimiento de la actividad comercial, para entender esta obligación de los comerciantes es indispensable previamente definir los tributos, según el Artículo 9 del Código Tributario son: “Prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder tributario, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines”.

Se pueden extraer los tres elementos fundamentales de la definición, siendo estas: en primer lugar, se establece que son prestaciones en dinero, esto significa que el tributo ha de adoptar la forma de recursos monetarios de modo que no constituyen ingresos públicos las prestaciones en especie, de las que también pueden ser acreedores los entes públicos. El segundo elemento hace referencia a una prestación coactiva en cuanto que viene impuesta por la ley prescindiendo de la voluntad del obligado, basta con que se realice el supuesto de hecho de la norma, el llamado hecho imponible, para que surja la obligación tributaria. El tercer elemento fundamental es la finalidad del tributo y es la realización del supuesto de hecho, por ejemplo, la compra de un bien o la financiación de los gastos públicos. Con este elemento es con el que el Estado debe velar por el bien común porque todos los ingresos se destinan a la cobertura de los gastos públicos.



Los tributos tienen una clasificación generalmente aceptada por la doctrina y la legislación que es: impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones especiales. Para fines de este trabajo se trata únicamente lo relativo a los impuestos que la doctrina define como: “Una cuota parte en dinero recabada por el Estado de los particulares, compulsivamente y de acuerdo a reglas fijas, para financiar servicios de interés general de carácter indivisible.”¹⁵

Los impuestos también poseen una clasificación que es: directos e indirectos. Los impuestos directos, se encuentran determinados y establecidos de forma inmediata sobre los bienes o sobre las personas; Esta clase de impuestos son: a) impuesto de Solidaridad –ISO-, regulado en el Decreto Número 73-2008 del Congreso de la República de Guatemala; b) Impuesto Único Sobre Inmuebles –IUSI-, regulado en el Decreto Número 15-98 del Congreso de la República de Guatemala; y, c) Impuesto Sobre la Renta –ISR-, regulado en el Decreto Número 10-2012 del Congreso de la República de Guatemala.

Los impuestos indirectos son aquellos que se encargan de gravar los distintos objetos de consumo en general o en determinados servicios y los mismos se encuentra ya incluidos dentro del precio con una determinada indicación o sin la misma. Esta clase de impuestos son: a) impuesto al valor agregado –IVA-, regulado en el Decreto Número 27-92 del Congreso de la República de Guatemala; b) Impuesto a la Distribución de Petróleo y sus Derivados, regulado en el Decreto Número 38-92 del Congreso de la República de Guatemala; y, c) Impuesto sobre Circulación de Vehículos, regulado en el Decreto Número 70-84 del Congreso de la República de Guatemala.

¹⁵ Matus Benavente, Manuel. **Finanzas públicas**. Pág. 132.



Después del análisis anterior cabe la pregunta, ¿qué impuestos pagan los comerciantes?

Esto depende al régimen en que se hayan inscrito en la Superintendencia de la Administración Tributaria –SAT–; por ejemplo, un comerciante individual y las sociedades mercantiles deben extender facturas y mensualmente ingresar al portal de DECLARAGUATE y llenar los formularios respectivos que son:

“I) pago del Impuesto al Valor Agregado: a) IVA general, formulario SAT-2237, para contribuyentes que realizan operaciones locales y de exportación. Declaración jurada y pago mensual. Válido para períodos de imposición septiembre de 2013 en adelante; b) IVA de pequeño contribuyente, formulario SAT-2046, relativo al régimen de pequeño contribuyente, declaración jurada simplificada y pago mensual. Válido para períodos de imposición febrero de 2012 en adelante.; c) IVA de contratos pago directo, formulario SAT-2799, para contratos documentados en escritura pública. Pago realizado directamente por las partes. Formulario de pago. y, d) IVA para pago de facturas espaciales, formulario SAT-2085, para retenciones efectuadas al emitir facturas especiales, recibo de pago válido para períodos de imposición enero de 1999 en adelante.

II) Impuesto sobre la Renta: a) ISR opcional mensual, formulario SAT-1311, régimen opcional simplificado sobre ingresos de actividades lucrativas. Declaración jurada y pago mensual; b) ISR capital mensual, formulario SAT-1321, del capital inmobiliario, mobiliario, ganancias y pérdidas de capital. Declaración jurada y pago mensual; c) ISR trimestral, formulario SAT-1361, régimen sobre las utilidades de actividades lucrativas declaración jurada y pago trimestral; d) ISR anual, formulario SAT-1411, para los Regímenes, sobre



las utilidades de actividades lucrativas, opcional simplificado Sobre Ingresos de actividades lucrativas y contribuyentes Exentos, declaración jurada y pago anual. III) pago del impuesto se solidaridad: ISR trimestral, formulario SAT-1608, recibo de pago trimestral”.¹⁶

Como se puede apreciar, la Superintendencia de Administración Tributaria implementa diversidad de formularios dependiendo de la actividad del comerciante, el más común es el IVA y el ISR. El primero grava la venta del bien o la prestación del servicio, según disposición de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. El pago de los impuestos es importante porque contribuye a evitar la competencia desleal y esta es la razón por la cual este objeto va de la mano con la inscripción en el Registro Mercantil General de la República, para no operar clandestinamente, porque al no emitir la respectiva factura, se está defraudando al Estado.

Llevar contabilidad es otra de las obligaciones preponderantes de los comerciantes, la cual se define como: “Una técnica que se utiliza para el registro de las operaciones que afectan económicamente a una entidad y que produce sistemáticamente y estructuradamente información financiera. Las operaciones que afectan económicamente a una entidad incluyen las transacciones, transformaciones internas y otros eventos”.¹⁷ Se puede definir la contabilidad como la técnica que se encarga de estudiar, medir y analizar el patrimonio, situación económica y financiera de una empresa u organización, con el fin de facilitar la toma de decisiones en el seno de la misma y el

¹⁶ <https://declaraguatemala.sat.gob.gt/declaraguatemala-web/> (Consultado: 1 de julio de 2018).

¹⁷ Farías Toto, María Lourdes. **Manual de contabilidad básica**. Pág. 4.



control externo, presentando la información, previamente registrada, de manera sistemática y útil para las distintas partes interesadas.

La contabilidad es de suma importancia, según la doctrina: “No solo es indispensable a efectos internos, en tanto que ha de permitirle la fácil y rápida verificación de la marcha real de su actividad profesional, sino también desde el punto de vista de su desenvolvimiento en el mercado, desde el cual se convierte en elemento necesario para su actividad ordinaria de endeudamiento”.¹⁸ Es interesante la opinión del citado autor, la cual se comparte, ya que la contabilidad ayuda para que el comerciante mantenga su giro habitual de negocios en orden, es decir, le permite llevar un orden cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de los balances e inventarios.

Ahora bien, todos los comerciantes deben llevar su contabilidad de acuerdo con el sistema de partida doble, según norma el Artículo 368, primer párrafo del Código de Comercio de Guatemala, el cual define la doctrina como: “el que establece que en todo proceso de jornalización a una cuenta deudora corresponde una acreedora o viceversa”.¹⁹

El método de partida doble es el más usado en la contabilidad, el cual se asemeja a una balanza ya que tienen que estar en iguales condiciones para que haya equilibrio. Aquí tiene que ver dos palabras: el debe y el haber. El debe significa debitar, cargar o deudora, es decir, débito. El haber es acreditar, abonar, cargar, es decir, crédito. Al examinar

¹⁸ Giménez Sánchez, Guillermo. **Derecho mercantil**. Pág. 113.

¹⁹ Villegas. **Op. Cit.** Pág. 325.



cualquier operación mercantil el manejo de las cuentas se descubrirá que en cada una de ella se actúan por lo menos dos cuentas una que se debita y otra que se acredita.

También dispone el Artículo 368, primer párrafo del Código de Comercio de Guatemala que los comerciantes “deben llevar su contabilidad usando los principios de la contabilidad generalmente aceptados”.

Estos principios no los regula el cuerpo legal citado, razón por la cual se debe acudir a la doctrina. Entidad, negocio en marcha, unidad monetaria, conservatismo, sustancia antes que forma, costos históricos del original, realización, período contable, revelación suficiente, importancia relativa, constancia o uniformidad. Al llevar contabilidad es necesario el auxilio de un profesional en la materia, por tal motivo establece el Artículo 371 del Código de Comercio de Guatemala que: “los comerciantes operarán su contabilidad por sí mismos o por persona distinta designada expresa o tácitamente, en el lugar donde tenga su domicilio la empresa o en donde tenga su domicilio fiscal el contribuyente, aquellos comerciantes individuales cuyo activo total exceda de Q.20,000.00 y toda sociedad mercantil, están obligados a llevar su contabilidad por medio de contador”.

Para finalizar este capítulo, se puede denotar la importancia de la profesión de comerciante para que las transacciones jurídico mercantiles se lleven a cabo de manera segura, evitando riesgos y pérdidas de diversa índole. Es por ello que todos los comerciantes, una vez hayan terminado el procedimiento de inscripción en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala, adquieren derechos, pero también obligaciones, las más comunes son las que se mencionaron, pero también deben

dedicarse a actividades de naturaleza lícita para evitar incurrir en responsabilidades de diversa índole.





CAPÍTULO II

3. Derecho bancario y el funcionamiento de los bancos

En este capítulo se estudia el derecho bancario, sus antecedentes, su definición, su naturaleza y características; también los bancos, su definición, su objeto principal y el régimen legal que sustenta su funcionamiento.

3.1. Antecedentes

Históricamente, la mayoría de los gobiernos y de los entes reguladores del mercado financiero han operado según la premisa de que la estabilidad del mercado financiero requiere limitar la competencia y segmentar la estructura del mercado, separando claramente los bancos internacionales, las sociedades de bolsa y compañías de seguros, para facilitar el control fiscalizadorio de dichos mercados; sin embargo, a fines de la década de los años 70 y particularmente en los años 80, la innovación tecnológica comenzó a facilitar la competencia entre todos los segmentos de la industria financiera. Este hecho fue el inicio del proceso de adaptación regulatoria a los cambios producidos en la estructura del mercado y en las entidades financieras. Las restricciones se redujeron y el acceso a los mercados para la competencia nacional y extranjera se expandió, originando ganancias netas por mayor eficiencia para el sistema financiero internacional, inclusive por los bancos internacionales que aún desarrollaban de manera primaria formas tradicionales de intermediación, es decir, el negocio de tomar dinero de los inversionistas y de los depositantes para luego otorgarlo en préstamo a empresas y



personas físicas. A mediados de la década de los 80, en medio de la crisis de la deuda soberana de los países menos desarrollados, la vulnerabilidad de los bancos individuales y del sistema financiero internacional aumentó en forma exponencial y la vinculación de la banca al riesgo crediticio dominó la agenda de temas regulatorios. La crisis de endeudamiento de los países mencionados llevó a que los prudentes esfuerzos internacionales, centralizados en el Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria, fortalecieran las defensas sistémicas ante el riesgo crediticio a través de la formulación de requisitos de capital mínimo basados en el riesgo, según consta en el acuerdo de capital de 1988; que enfocaba la atención en el riesgo crediticio de los bancos internacionales. Estas entidades, en su carácter de principales prestadores de servicios de pagos, eran los medios primarios de interconexión de operaciones financieras.²⁰

Como se puede apreciar, el derecho bancario es relativamente reciente, pues data de la segunda mitad del Siglo XX y el surgimiento del mismo obedece al riesgo crediticio que existían en las entidades bancarias y financieras de aquella época, ya que se necesitaba de normas jurídicas que establecieran orden en las transacciones para proteger el ahorro y el capital, así como a los cuentahabientes.

3.5. Definición

El derecho bancario lo define la doctrina como: “Un conjunto de normas jurídicas de derecho público y privado que regulan la prestación del servicio de la banca y crédito, la

²⁰ Figueroa Bustamante, Hernán. **El derecho bancario, financiero y bursátil en el Siglo xxi.** Pág. 4.



autorización y funcionamiento de las instituciones bancarias e intermediarios financieros bancarios y la protección de los intereses del público mediante las facultades otorgadas a las autoridades financieras.²¹

También se entiende como: “El conjunto de normas jurídicas, que tiene como fin principal, regular las relaciones que se dan entre las empresas bancarias, que realizan en masa la intermediación en operaciones de crédito”.²²

Las definiciones contienen un elemento en común, la finalidad, pero hay que tomar en cuenta que, como disciplina jurídica, debe contener algunos elementos, por tal razón, se puede definir como una rama del derecho privado que consiste en el conjunto de doctrinas, teorías, principios, instituciones y normas jurídicas que estudian las relaciones entre personas individuales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales e internacionales, nacidas del ejercicio de la actividad crediticia y bancaria o asimiladas a éstas y aquellas.

3.6. Naturaleza jurídica

Generalmente cuanto se trata el tema de la naturaleza jurídica de una institución, se hace referencia a la ubicación dentro de la sistemática jurídica, es decir, si pertenece al derecho público o al derecho privado. Sin embargo, el derecho bancario es muy particular, ya que, según la doctrina, la naturaleza jurídica trata de establecer dos situaciones: “a) La constituida por las normas que afectan a la institución bancaria; es

²¹ Rendón López, Alicia. **Derecho bancario y bursátil**. Pág. 29.

²² Ruíz Torres, Humberto Enrique. **Derecho bancario**. pág. 25.



decir, al banco o entidad de crédito como sujeto, a su creación, organización, funcionamiento y estatuto profesional, aspecto institucional o normas institucionales, y, b) la representada por las normas jurídicas que afectan a la actividad misma que el Banco desarrolla aspecto operativo o normas operativas.²³”

La opinión del citado autor hace referencia a dos tipos de relaciones: la primera es externa, es decir, qué relación existe entre los bancos y las personas, de ahí que existan diversidad de normas jurídicas que regulen dichas relaciones como la Ley de Bancos y Grupos Financieros. La segunda es una relación interna, la cual va orientada a la función propiamente dicha de los bancos, como lo es la intermediación financiera, para garantizar un adecuado cumplimiento de las obligaciones de los bancos. A pesar de lo anterior, no puede dejarse de lado la tradicional división del derecho en público y privado, situación que no parece tener complicación, ya que las relaciones en mención son eminentemente privadas. Pero dentro del derecho privado, hay que delimitar aún más, al grado que todavía no se considera disciplina autónoma, sino que, por el contrario, se estudia dentro del derecho mercantil, lo cual parece acertado, puesto que la finalidad de los bancos en cierta forma es el lucro, cuestión indispensable en las relaciones jurídico mercantiles.

3.4. Características

a. “Formalista y mecánico se refieren al recurso a negocios rigurosamente formales, la tendencia a celebrar gran número de operaciones que, aun pudiendo perfeccionarse

²³ García-Pita y Lastres, José Luis. **El derecho bancario, consideraciones generales**. Pág. 247.



verbalmente, se formalizan por escrito en formularios que contienen una minuciosa exposición de cláusulas y condiciones generales.

- b. La internacionalidad es el conjunto de los mercados que componen el Sistema financiero de la mayoría de los países ha experimentado fenómenos de expansión, que han terminado por conducir a su internacionalización, en una u otra medida. El mercado bancario, en el sentido de la concurrencia de las entidades de crédito, en la captación de clientes de activo o de pasivo no ha sido una excepción; razón por la cual también el derecho bancario ha debido iniciar un proceso de internacionalización/armonización. entre los resalta un mercado signo intervencionista, orientado hacia el objetivo primordial de la protección de los depositantes.
- c. El carácter técnico del derecho bancario es, por el contrario, una nota más propia del derecho público de la banca, lo que no quiere decir que se halle ausente del derecho bancario privado y se manifiesta en la circunstancia de que las disposiciones del derecho bancario son concretas, en el sentido que, con frecuencia, contemplan aspectos muy particulares, específicos y restringidos de la actividad; coyunturales, porque pretenden cubrir necesidades contingentes. Y como consecuencia de esto, las normas jurídico-públicas tienden a ser tremendamente efímeras, pues la necesidad de adaptar continuamente la nominativa a las necesidades económicas, conduce al Estado a modificar sin cesar esta normativa”.²⁴

²⁴ *Ibíd.* Pág. 257.

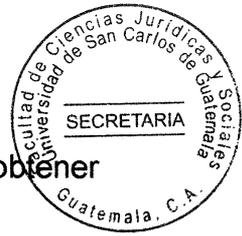


Como se puede apreciar, las características en referencia son de suma importancia, ya que en las actividades bancarias se basan en la confianza, pues los clientes escogen una institución bancaria, constituyéndose una contratación de gran relevancia a las condiciones personales de los interesados, así como a las exigencias de la buena fe, es por ello que el carácter formalista sirve para mantener esa buena relación entre las personas y el banco; el carácter mecánico obedece a que se realiza la misma actividad durante el tiempo que opere la institución; en lo que respecta a la internacionalización, el auge de la globalización ocasiona que las personas realicen negocios en diferentes países, lo que ha obligado a abrir cuentas en bancos extranjeros y realizar sus transacciones de mejor manera; y el carácter técnico que sirve para proteger las normas jurídicas que regulan la actividad bancaria, las cuales deben estar a la vanguardia de los cambios a nivel mundial.

3.5. Los bancos

El asidero legal de los bancos en principio es el Artículo 132 y el Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que dicha normativa regula el sistema monetario del país, cuyo ente rector es el Banco de Guatemala, el cual funciona bajo la dirección de la Junta Monetaria; esto es para que el Estado vele por la liquidez y solvencia de las instituciones bancarias autorizadas para operar, ya que las operaciones de los bancos deben ir acordes.

La doctrina define el banco como: “una empresa especial que tanto su constitución, como su función, se determina por normas de derecho público, de manera que no pueden ser



constituidas sino en la forma que exprese la ley y llenando ciertos requisitos para obtener su autorización”.²⁵

También se define como: “una institución que pone en relación a ahorristas y prestatarios y contribuye al buen funcionamiento de la economía”.²⁶

Las definiciones anteriores son muy imprecisas, la primera porque se limita a la forma de constitución, aparte que el vocablo empresa está mal empleado; las segundas definiciones, se refiere al funcionamiento, que, si bien es cierto, es parte esencial de los bancos, no son las únicas. Por tal motivo, se puede decir que los bancos son sociedades anónimas especiales que tienen por objeto la intermediación financiera previa autorización de la Superintendencia de Bancos y dictamen de la Junta Monetaria.

Los bancos que actualmente operan en Guatemala son: a) Crédito Hipotecario Nacional; b) Banco Inmobiliario, Sociedad Anónima; c) Banco de los Trabajadores, Sociedad Anónima; d) Banco de Desarrollo Rural, Sociedad Anónima; e) Banco Internacional, Sociedad Anónima; f) Banco Industrial, Sociedad Anónima; g) Citibank, N.A, Sucursal Guatemala; h) Banco Ficohsa Guatemala, Sociedad Anónima; i) Banco Promerica Sociedad Anónima; j) Banco de Antigua, Sociedad Anónima.; k) Banco de América Central, Sociedad Anónima; l) Banco G&T Continental, Sociedad Anónima; m) Banco de Crédito, Sociedad Anónima; n) Banco Azteca de Guatemala, Sociedad Anónima; o)

²⁵ Aguilar guerra, Vladimir Osman. **Derecho de sociedades**. Pág. 313.

²⁶ Gobat, Jeanne. **Qué es un banco**. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2012/03/pdf/basics.pdf> (Consultado: 12 de julio de 2108).



Banco INV, Sociedad Anónima; p) Vivibanco, Sociedad Anónima .; q) Banco Agromercantil, Sociedad Anónima.”²⁷

Los 17 bancos enumerados, son los que actualmente prestan servicios en todo el país; eran 18 bancos, pero desde el 31 de octubre de 2016, se concluyó la adquisición de Banco Citibank de Guatemala Sociedad Anónima y Cititarjetas de Guatemala y Compañía Limitada. Cada persona tiene libertad de elegir la institución bancaria que considere conveniente a sus intereses, pero BANRURAL y CHN son los bancos donde generalmente se les deposita su salario a los funcionarios y empleados públicos, siendo el primero el que mayor cobertura tiene en todo el país.

3.5.1. Características

Según la doctrina, las características más importantes de los bancos son las siguientes:

“a) se exige acreditar calidades personales de los socios fundadores, para establecer solvencia económica, honorabilidad, seriedad y responsabilidad; b) el proyecto de escritura está sujeto a aprobación de un ente estatal; c) especialidad en cuanto al capital social, d) especialidad en cuanto al órgano de administración”.²⁸

Las características en mención son importantes por la seguridad que debe imperar para que se mantenga la confianza con los clientes. Es por esta razón que los socios

²⁷ Superintendencia de Bancos. **Suplemento mensual, informe de instituciones sujetas a la vigilancia e inspección de la SIB.** Pág. 31.

²⁸ Aguilar. **Op. Cit.** Pág. 318.



fundadores deben acreditar el origen y monto del capital, ya que debe ser de procedencia lícita, pues deben ser personas honorables, por esto es ellos deben demostrar las actividades que realizan, por otra parte, la intervención de la Superintendencia de Bancos es de suma importancia para el adecuado funcionamiento, por esto es que previo a la inscripción debe existir dictamen favorable de la Junta Monetaria.

3.5.2. Normativa aplicable

Los bancos se rigen por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala; consta de 131 artículos nominales; fue promulgada el 29 de abril de 2002; publicada en el diario oficial el 15 de mayo de 2002; y entró en vigencia el uno de junio de 2002. Su estructura es la siguiente: título I, disposiciones generales; título II, constitución, autorización, capital y administración de bancos; título III, grupos financieros; título IV, los bancos, sus operaciones y servicios; título V, prohibiciones y limitaciones; título VI, administración de riesgos; título VII, régimen de contabilidad y divulgación de información; título VIII, capital y reservas; título IX, regularización, suspensión de operaciones y exclusión de activos y pasivos; título X, fondo para la protección del ahorro; título XI, sanciones; título XII, medio de impugnación; título XIII, régimen procesal; título XIV, cuotas de inspección; título XV, entidades fuera de plaza; y, título XVI, disposiciones transitorias y finales.

El espíritu de la ley es, al tenor del considerando tercero: “que los bancos del sistema han desarrollado estructuras corporativas que, aun cuando tienen una función económica positiva para el país, las mismas carecen de regulación específica, aspecto que podría



inducir a tales entidades a asumir excesivos riesgos, en su perjuicio, así como en perjuicio del propio sistema, pero fundamentalmente para los usuarios de tales estructuras”. Es de hacer notar que lo fundamental de la ley es para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como el Artículo 119, literal k), referentes a la libertad de comercio, la formación del ahorro y la inversión del capital, respectivamente.

El objeto de la ley es, al tenor del Artículo 1 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros: “regular lo relativo a la organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como el establecimiento y clausura de sucursales y de oficina de representación de bancos extranjeros”. Se analiza la Ley de Bancos y Grupos Financieros, ya que es la piedra angular para el funcionamiento de los bancos del sistema, es por ello que la ley en mención contiene el procedimiento para la autorización de un banco, así como los grupos financieros, las sociedades controladoras y las sociedades fuera de plaza. Pero la referida ley no puede estar aislada, ya que la actividad bancaria gira en torno a un cúmulo de leyes que complementan a esta, tales como: la Ley Monetaria, porque regula lo referente con la moneda, la Ley de Negociación de Divisas, porque las personas pueden pactar honorarios, sueldos y prestaciones en moneda extranjera, incluso abrir cuentas en dichas monedas, la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos para prevenir este ilícito que afecta la inversión del ahorro y la formación del capital.

La función principal de los bancos es la intermediación financiera, ya que todas las operaciones giran en torno a esta actividad; según la doctrina, la razón por la cual existe



la intermediación financiera, se debe a que: “En las transacciones financieras se evidencia asimetría de la información, la cual consiste en que una de las partes no demuestra suficiente esfuerzo, o no ofrece la información o garantías necesarias, en pro de preservar los intereses de la otra, y es por esto, que personas y compañías no se sentirían seguras si transarán servicios o activos financieros de manera directa”.²⁹

Es interesante la opinión del citado autor, la cual se comparte, ya que es la finalidad de la intermediación financiera es destinar los fondos captados para cualquier naturaleza lícita, es decir, que los bancos del sistema deben captar el dinero de los cuentahabientes e invertirlo en operaciones de depósitos, ahorros, otorgamiento de créditos, prestamos, entre otras, y es ahí donde las personas confían en que su dinero estará seguro en la institución bancaria a su elección.

La intermediación financiera, la cual la norma el Artículo 3: “Intermediación financiera bancaria. Los bancos autorizados conforme a esta Ley o leyes específicas podrán realizar intermediación financiera bancaria, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos”.

²⁹ García Díaz, Carlos Mario, Giovanni Alexander Cárdenas Sánchez y Carlos Hernando Molina Rodríguez. **Análisis de la intermediación financiera en el escenario de las crisis de los siglos XX y XXI**. Pág. 108.



Si se desnaturaliza la función de los bancos, entonces se incurre en el delito de intermediación financiera. El tipo penal en mención lo regula el Artículo 96: "Delito de intermediación financiera. Comete delito de intermediación financiera **toda persona** individual o jurídica, nacional o extranjera, **que sin estar autorizada expresamente** de conformidad con la presente Ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, **efectúa habitualmente** en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, **actividades que consistan en, o que se relacionen con, la captación de dinero del público** o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones. En el caso de personas jurídicas son responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales. El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años inconvertibles, la cual excluye la aplicación de cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil unidades de multa, la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal...".

Cabe mencionar que los elementos del tipo penal son muy específicos, pues se configura al realizar cualquier actividad relacionada con la captación de dinero del público; el segundo elemento es de forma habitual; y el tercer elemento es, de forma habitual. Un



ejemplo de lo anterior es que alguna sociedad mercantil se constituya e incluya dentro del objeto social, el otorgamiento de préstamos, financiamiento, etc., en este caso, si se realizan estas acciones, se incurre en este delito, ya solamente los bancos pueden captar dinero. La captación de dinero no es ilícita, sino que es el hecho de que una persona distinta a los bancos lo haga, es decir, que el elemento preponderante es la autorización de la Superintendencia de Bancos.

La implementación de este delito se considera acertada, ya que antes de la vigencia de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, la conducta humana contenida en el tipo era tomada como lavado de dinero y otros activos, pero aun, antes de la vigencia de esta última, únicamente se podía regular como caso especial de estafa, que si bien es cierto, lleva implícito el engaño, también se incrementa el patrimonio del sujeto activo de manera ilícita, pero con la regulación del tipo de intermediación financiera, las sanciones son mayores que los mencionados, inclusive no goza de ningún tipo de medida sustitutiva.

3.9. El rol de la Superintendencia de Bancos

Al tenor del Artículo 1 de la Ley de Supervisión Financiera: “la Superintendencia de Bancos es un órgano de la banca central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y demás entidades que otras leyes dispongan”.



La Superintendencia de Bancos como entidad fiscalizadora, garantiza los intereses de la colectividad, a través de las auditorías, arqueo y otras verificaciones convenientes, que debe realizar regularmente a las instituciones bancarias y toda entidad que se encuentre bajo su inspección y supervisión, con el objeto de tener un mayor control en el ámbito financiero del país. Es de hacer notar que la función principal de dicha entidad es la supervisión, la cual define el Artículo 2 de la Ley de Supervisión Financiera en los términos siguientes: “La vigilancia e inspección de las entidades realizada por el Artículo anterior, realizada por la Superintendencia de Bancos, con el objeto de que las mismas adecuen sus actividades y funcionamiento a las normas legales, reglamentarias y a otras disposiciones que les sean aplicables, así como la evaluación del riesgo que asuman las entidades supervisadas”.

De la transcripción del referido artículo se puede denotar que el concepto supervisión quiere decir mantener el control total de las entidad que integran el sistema financiero de Guatemala, enumerada en el Artículo 1 del cuerpo legal citado; es decir, que la Superintendencia de Bancos, a través de la información proporcionada, determinar si existe equilibrio financiero eficaz, el objetivo es demostrar su buen funcionamiento, si goza de liquidez y solvencia económica, para que pueda interactuar adecuadamente con el público.

Para llevar a cabo una adecuada supervisión, deben observarse los principios básicos para una supervisión bancaria eficaz o principios de Basilea que son: “normas mínimas para la correcta regulación y supervisión prudencial de bancos. Desde su publicación en 1997 por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, sirven a los países como



referencia para evaluar la calidad de sus sistemas supervisores e identificar las medidas necesarias para alcanzar niveles de calidad equiparables en las prácticas supervisoras.

Estos principios son: 1) Atribuciones, objetivos y potestades; 2) Independencia, rendición de cuentas, recursos y protección legal de los supervisores; 3) Cooperación y colaboración; 4) Actividades permitidas; 5) Criterios de autorización; 6) Cambio de titularidad de participaciones significativas; 7) Adquisiciones sustanciales; 8) Enfoque de supervisión; 9) Técnicas y herramientas de supervisión; 10) Informes de supervisión; 11) Potestades correctivas y sancionadoras del supervisor; 12) Supervisión consolidada; 13) Relación entre el supervisor de origen y el de acogida; 14) Gobierno corporativo; 15) Proceso de gestión del riesgo; 16) Suficiencia de capital; 17) Riesgo de crédito; 18) Activos dudosos, provisiones y reservas; 19) Riesgo de concentración y límites de exposición a grandes riesgos; 20) Transacciones con partes vinculadas; 21) Riesgo país y riesgo de transferencia; 22) Riesgo de mercad; 23) Riesgo de tasa de interés en la cartera bancaria; 24) Riesgo de liquidez; 25) Riesgo operacional; 26) Control y auditoría internos; 27) Información financiera y auditoría externa; 28) Divulgación y transparencia; y, 29) Utilización abusiva de servicios financieros”.³⁰

Los principios antes enunciados son universales y es importante que la Superintendencia de Bancos observe los mismos durante la supervisión que realiza a las entidades sujetas a tal fin. Esta supervisión consiste en verificar que los pasivos de las instituciones bancarias no superen los activos, que exista la posibilidad de evitar excesivos riesgos que pongan en peligro a las propias entidades y que ocasionen pérdida al sistema

³⁰ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. **Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz.** Pág. 14.



financiero, así como también a los intereses de los cuentahabientes. Para cumplir con el fin, la información contable la analizan profesionales de las ciencias económicas mensualmente y a través de ella, estos empleados y funcionarios determinan, si los bancos están en condición de seguir o no en el mundo financiero. Los Principios Básicos revisados seguirán ofreciendo un estándar integral sobre el que sentar las bases de la regulación, supervisión, buen gobierno y gestión de riesgos del sector bancario.

Para finalizar este capítulo, se puede hacer notar que la competencia de la Superintendencia de Bancos está inmersa dentro de todo el sistema bancario que opera en el país, ello significa, que tiene facultad suficiente para realizar cualquier gestión, de tal forma de ejercer vigilancia, y exigir de forma concreta e inmediata la información necesaria a las instituciones bancarias, quienes tienen toda la obligación de presentar los informes que les soliciten para su respectiva revisión.



CAPÍTULO IV

4 Determinar las ilegalidades del Decreto 37-2016 ante la falta de seguridad jurídica de los contribuyentes en la facturación de bienes y servicios prestados

En este capítulo se estudiará la seguridad jurídica en materia tributaria, el Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala; las consecuencias jurídicas del mismo, las repercusiones en materia mercantil, la conciliación de las cuentas bancarias; y la solución al problema. Algunas de las operaciones financieras que realizan los contribuyentes, no les permite poder extender factura por servicios prestados y poder respaldar el depósito realizado, siendo suficiente para que el ente fiscalizador pueda solicitar que el contribuyente sea investigado y ser ligado a un proceso penal. Determinando que dicha norma viola y a la vez vulnera la información personal del contribuyente que se enmarca dentro del principio de seguridad jurídica. La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su Artículo 2 como deberes del Estado garantizarles a los habitantes de la República justicia adoptando las medidas pertinentes conforme las demandas del pueblo, así el ciudadano obtiene la confianza en los sistemas de justicia y el marco regulado en un Estado de derecho.

4.1. Seguridad jurídica en materia tributaria

Es importante previamente hacer referencia al término seguridad jurídica en general, "Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo



que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. A su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos.”³¹

Afirma Villegas Lara que para que el derecho sea seguro debe contener ciertos requisitos: “a) que esté expresado en leyes; b) que la aplicación se haga sobre la base de hechos y no juicios de valor, tal los casos de la buena fe y de las buenas costumbres; c) que se base en hechos, aunque no necesariamente concurren con la realidad, permitan darle certidumbre a una circunstancia; d) que no esté sujeto a cambios constantes.”³²

Se comparte la opinión del citado autor, ya que este valor jurídico, como se dijo anteriormente, es uno de los fundamentales y que da origen a otros y lo que trata es de garantizar el marco de protección que el régimen de legalidad les proporciona a los ciudadanos. Es aquí donde se evidencia entonces el primer requisito, ya que para todo debe existir una norma jurídica vigente y positiva que regule la conducta del sujeto dentro de la sociedad.

El segundo requisito es de suma importancia, ya que el derecho no debe basarse en suposiciones, es por ello que algunas disciplinas prohíben la analogía, para no vulnerar derechos reconocidos plenamente. Por otra parte, deben existir límites para poder actuar como la mayoría de edad por ejemplo o cumplir ciertos requisitos en una norma.

³¹ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 695.

³² Villegas Lara. **Temas de introducción al estudio del derecho y de la teoría general del derecho** Pág. 80.



La última condición se cuestiona porque el derecho no puede permanecer estático, ya que debe ir a la vanguardia de los cambios que van surgiendo en la sociedad, pero lo que el profesor Villegas Lara quiere dar a entender es, a criterio personal, que se mantenga cierta estabilidad en las normas jurídicas, esto quiere decir que no sean derogadas a corto ni mediano plazo, sin que perduren en el tiempo. Quiere decir entonces que se legisle de manera adecuada para que una ley que entre en vigencia sea efectiva y no simplemente emitir normas que a la larga vulneren derechos como algunas que a todas luces se evidencian en el ordenamiento jurídico guatemalteco

El espíritu del valor seguridad jurídica en materia tributaria va enfocado a proteger a la persona en base al principio de legalidad pero que no contraríen los mandatos de la Constitución Política de la República de Guatemala. Por otro lado, la seguridad no debe quedarse en letra muerta, sino que debe garantizar a los ciudadanos el derecho de defensa en cualquier ámbito, es aquí donde se evidencia la instrumentalización de los valores como se hizo referencia con anterioridad, pues solamente los hechos generadores que estén previamente establecidos darán origen al cobro de los mismos, ahí es donde el Estado juega este papel preponderante, pues dentro del uso del *ius imperim* está facultado para hacer cumplir ese mandato, en otras palabras, el poder financiero es la antesala a la actividad financiera del Estado.

El Estado tiene la obligación de velar por que se cumplan los principios establecidos en la Constitución Política, siendo la norma Suprema y Fundamental del Ordenamiento Jurídico del Estado de Guatemala, por lo anterior se puede establecer que la norma ha sido aplicada a los contribuyentes sin contemplar o analizar que el secreto bancario fue

creado para que los habitantes mantengan sus operaciones en secreto relacionándolo con la norma tributaria se puede determinar que los contribuyentes realizan operaciones consecutivas en instituciones bancarias, debido a sus actividades, por lo que corren un riesgo personal mediante la liberación del secreto bancario, considerando que la norma no ha sido aplicada correctamente para evitar los delitos tributarios. Todo lo anterior quiere decir que el secreto bancario no tiene un carácter absoluto; admite ciertas limitaciones tales como la autorización explícita del cliente o bien de quien él expresamente haya autorizado para dar a conocer la información proveniente de sus depósitos y captaciones. Con el objeto de investigar, los tribunales de justicia están facultados, cada vez que el titular de la cuenta bancaria se encuentre sujeto a proceso, para ordenar la exhibición de determinadas partidas en causas civiles y criminales contra el cliente.

4.2. Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala

El Decreto en referencia contiene la Ley para el Fortalecimiento de la Transparencia Fiscal y la Gobernanza de la Superintendencia de Administración Tributaria. Fue emitido con fecha de 01 septiembre de 2016. Fue emitido el 19 de julio de 2016; promulgado, el 18 de agosto de 2016; publicado en el diario oficial, el 23 de agosto de 2016; entró en vigencia el 24 de febrero de 2017. Su estructura es la siguiente: consta de 75 Artículos nominales, siete libros distribuidos de la siguiente manera: libro I, reformas al Decreto Número 1-98 Del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria; libro II, reformas al Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros;



libro III, reformas al Decreto Número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, Código Tributario; libro IV, reformas al Decreto Número 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Registro Nacional de las Personas; libro V, reformas al Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala; libro VI, disposiciones transitorias; y, libro VII, disposiciones derogatorias y finales.

El espíritu de la ley es, al tenor del considerando segundo: "Que la Superintendencia de Administración Tributaria debe contar con las herramientas de fiscalización adecuadas y modernas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, incluyendo la cooperación. Y asistencia mutua con otras administraciones o jurisdicciones tributarias y aduaneras, en consonancia con las buenas prácticas de transparencia tributaria internacional".

La palabra espíritu de la ley hace alusión a la finalidad para la cual fue creada, es decir, cuáles fueron las razones que tuvieron los legisladores al emitir la norma jurídica; en este sentido, se puede establecer que es meramente fiscalizadora, lo cual da la pauta que a la administración tributaria únicamente interesa agenciarse de fondos de los contribuyentes.

Dicha actividad es válida solo en el supuesto que se cumplan los fines establecidos como evitar la defraudación tributaria, evasión de impuestos y la comisión de hechos delictivos, mas no, cuando sea únicamente para beneficio de las autoridades de la administración tributaria.



El objeto del referido decreto es reformar la estructura organizacional de la Superintendencia de Administración Tributaria, con el propósito de incorporar mecanismos que contribuyan a lograr el cumplimiento de sus objetivos, y en particular, proveer los recursos financieros necesarios para que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones constitucionales, especialmente aquellas que buscan garantizar el desarrollo económico y social del país. La ley en mención afecta principalmente a personas individuales o jurídicas obligadas a llevar contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio de Guatemala y que tengan la calificación de comerciante, actividades comerciales, actividades industriales y prestadores de servicios. No se ven afectadas las personas individuales o jurídicas que no tengan la calificación de comerciante, profesionales liberales, entidades no lucrativas, trabajadores en relación de dependencia.

4.3. Lo que pretende evitar el Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala

Es importante mencionar que el levantamiento del Decreto 37-2016 pretende evitar el lavado de dinero, la evasión fiscal y la resistencia a la acción fiscalizadora. A continuación, se menciona cada una de estas.

4.3.1. Evitar el lavado de dinero

Es importante mencionar que esta práctica ilícita tiene muchos significados, entre los que se describen a continuación: lavado de dinero, lavado de capitales, lavado de activos, blanqueo de capitales. Afirma la doctrina que: “La utilización de la palabra blanqueo de



capitales sería la expresión más adecuada teniendo en cuenta que el blanqueo que se realiza no solamente es de dinero sino también de otros bienes. Asimismo, restringe el concepto y considera que se trata del proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.³³ Se comparte la opinión del autor citado, pues él afirma que la palabra capitales es más amplia que la palabra dinero, esto es, en cierta forma, cierto, pues lo que se pretende es darle a los bienes o dinero ilícito la apariencia de lícito, es como una simulación. Para dar una mejor explicación se puede decir que el lavado de dinero es un método por el cual una persona, o una organización criminal, procesa las ganancias financieras obtenidas por actividades ilegales.

Para el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 119, literal k) preceptúa: "...Que es obligación del Estado proteger la formación de capital, ahorro e inversión..." De la transcripción del Artículo anteriormente citado, se puede decir que el lavado de dinero atenta contra la economía nacional y la estabilidad y solidez del sistema financiero guatemalteco, por lo que el bien jurídico tutelado es precisamente este. El lavado de dinero afecta tanto el bienestar económico, político y social, ya que aumentan el riesgo de quebrantar la reputación de un país ante otros países lo que permiten que este tipo de actividades ilícitas florezcan sin ningún tipo de control, logrando con ello graves consecuencias económicas tanto a nivel nacional como internacional.

³³ Blanco Cordero, Isidro. **El delito del blanqueo de capitales**. Pág. 597.



4.3.2. Evasión fiscal

El contribuyente a pesar de tener una carga específica con la administración tributaria, se abstiene de presentar su declaración de renta, oculta información relevante, falta de entrega de los impuestos retenidos, ocultación de información tributaria relevante, transformaciones ilícitas en la naturaleza de los ingresos, inclusión de costos y deducciones ficticias, clasificación inadecuada de partidas, subvaloración de activos, entre otras muchas formas de tratar de engañar al fisco para evitar el pago de los impuestos. Según la doctrina: “Son las diferentes técnicas y procedimientos que utiliza el contribuyente con el objeto de minimizar el impuesto, respetando la normatividad, por lo que no entra en el campo de la evasión, estas técnicas o procedimientos tienen como fin evitar el nacimiento que la ley precisa como presupuesto de la obligación tributaria, la discusión se da porque algunos estudiosos consideran que la elusión es una violación indirecta y admisible en unos casos e inadmisibles cuando se abusa de las formas jurídicas evitando la carga fiscal o reduciéndola”.³⁴

Se comparte la opinión de la referida autora, ya que en Guatemala la elusión fiscal y la evasión fiscal, forman parte del género que es el tipo penal de defraudación tributaria, regulado en el Código Penal, que repercute directamente en la actividad estatal al no permitirle contar con los recursos previstos para la realización de los fines que tiene la administración tributaria que es invertir en beneficio de la colectividad como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

³⁴ Bedoya Martínez, Omar Hernando. **El concepto de evasión y elusión**. Pág. 76.



Existen algunos factores que influyen par que se dé el aumento de la evasión tributaria siendo estos: “La falta de control sobre las rentas originadas en el exterior, ganancias ocasionales que se hacen por debajo del valor real, la falta de claridad y precisión en la atribución de competencias, la falta de preparación y conocimiento profesional de los funcionarios encargados de la función fiscalizadora, aplicación de una legislación inadecuada, la insuficiente asignación de recursos para el funcionamiento e infraestructura de las entidades encargadas de la recaudación, la información falsa, incompleta o no suministrada por quienes están obligados a pagar tributo, dificultando un mayor control estatal”.³⁵

Es importante resaltar que el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estipula que para poder sancionar una conducta contraria al ordenamiento jurídico debe existir una ley previa que regule la prohibición. Es lo que se conoce como principio de legalidad, principio que también protege al contribuyente que a través de una planificación fiscal busque reducir su obligación a través de mecanismos legales que no estén prohibidos dentro de la ley.

4.3.3. Resistencia a la acción fiscalizadora

Para entender esta acción es importante citar el Artículo 358 D del Código Penal que establece: “Resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria. Comete delito de resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria quien,

³⁵ Monterroso. **Op. Cit.** Pág. 198.



después de haber sido requerido por dicha administración, con intervención de juez competente, impida las actuaciones y diligencias necesarias para la fiscalización y determinación de su obligación, se niegue a proporcionar libros, registro u otros documentos contables necesarios para establecer la base imponible de los tributos, o impida el acceso al sistema de cómputo en lo relativo al registro de sus operaciones contables. El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a seis años y multa equivalente al uno por ciento de los ingresos brutos del contribuyente, durante el periodo mensual, trimestral o anual que se revise”.

El citado artículo contiene claramente los supuestos jurídicos para incurrir en la comisión del delito, y el elemento preponderante es la intervención del juez competente, previo requerimiento de la administración tributaria, lo cual no se respeta en la actualidad, porque el Artículo 54 del Decreto Número 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala, adicionó el numeral 5 del Artículo 93 del Código Tributario, lo cual ocasiona que se constituye resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria el hecho de “...Omitir el registro en los libros de contabilidad, de las cuentas bancarias e inversiones, que posea en los distintos bancos o grupos financieros de la República de Guatemala o en el extranjero, de conformidad con lo establecido en el Código de Comercio...”.

Con la transcripción parcial del numeral 5 citado, se puede establecer que la SAT pretende tener un pleno control sobre los contribuyentes, inclusive cuando tengan cuentas en el extranjero, prácticamente con ello se elimina la sanción de tipo administrativa establecida en el Artículo 93 del Código Tributario, constituyendo delito en



primer término, lo cual deja en estado de indefensión al contribuyente, vulnerando la presunción de inocencia. También es de hacer notar que dicho artículo no establece en qué casos se deben registrar las cuentas bancarias, lo cual perjudica al contribuyente, esto da la pauta que no hay objetividad en el momento de legislar.

Tanto el lavado de dinero, la evasión tributaria y la resistencia a la acción fiscalizadora, afectan a todo un país, es decir el perjuicio es de gran magnitud que, si el sujeto activo, es decir, el contribuyente, constantemente realiza estas prácticas, el Estado de Guatemala es quien está perdiendo recursos para el cumplimiento de sus fines en materia tributaria, pues no puede atender las necesidades que son de gran interés para la población en general. Estos ilícitos tributarios afectan directamente en la economía de todos los países dado que las personas que se dedican a lavar dinero utilizan para ello diferentes países para ocultar sus ganancias ilícitas. Se puede establecer que un sistema tributario debe estar organizado en función de principios materiales y formales de justicia tributaria, mismos que constituyen el límite a la potestad tributaria. Los principios que deben operar de manera imperante dentro de un sistema tributario justo son la capacidad contributiva, generalidad, legalidad y equidad.

4.4. Repercusiones del Decreto 37-2016

El Decreto Número 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala trajo consigo diversidad de impactos, los cuales se analizan a continuación: El Artículo 48 que reforma el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, es el de mayor trascendencia porque es el que libera el secreto bancario. Este artículo, a criterio personal, vulnera la



obligación de proteger la formación del ahorro, el capital y la inversión, regulada en el Artículo 119, literal k) de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que afecta a los comerciantes en general, porque la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT- puede revisar las cuentas bancarias para que coincidan los depósitos que las personas tienen en los bancos del sistema con lo que se factura mensualmente, pero con autorización de juez competente, previa solicitud al Ministerio Público, es decir, que la SAT no puede solicitarla directamente al juez la revisión e intervención de las cuentas bancarias de los cuentahabientes o contribuyentes. Lo cual no siempre es congruente, ya que hay depósitos que no son propios de estos, es decir, que se destinan para gastos; por consiguiente, no se pueden reportar, porque constituyen pérdidas económicas para los contribuyentes, por ejemplo, en la profesión de notario, que un cliente le deposite Q.5,000.00. para realizar una compraventa de un inmueble, en este monto van incluidos los honorarios y los gastos de inscripción y registro; los honorarios reales del notario son Q.3,500.00, es decir, que los otros Q.1,500.00 son los gastos, entonces realmente tendría que declarar en el formulario SAT 2046 en DECLARAGUATE, la cantidad de los honorarios; pero como ingresó a la cuenta bancaria el otro monto también se debe declarar la totalidad.

Si sucede lo anterior, la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT- interpreta que existe lavado de dinero y otros activos y obligan al contribuyente a probar que el dinero o producto del mismo es de procedencia lícita, pero para llegar a ese extremo, la SAT debe solicitar averiguación previa al Ministerio Público, no directamente al juez como originalmente estaba regulado en el Decreto Número 37-2016, pero con la acción de inconstitucionalidad parcial "La Superintendencia de Administración Tributaria -SAT- ya no



podrá acceder a la información bancaria de los contribuyentes, luego de que la Corte de Constitucionalidad –CC- decretara la suspensión provisional del Artículo 30, inciso C del Decreto 6-91, Código Tributario. La resolución fue conocida el día tres de agosto de 2018 y el abogado Edgar Taylor Santos, uno de los interponentes de la Inconstitucionalidad explicó que la SAT no tendrá acceso a la información bancaria de los contribuyentes en poder de terceros. El ente recaudador ya no podrá acceder a los movimientos bancarios, transacciones, inversiones, activos disponibles, así como otras operaciones y servicios realizados por cualquier persona. Ahora la SAT deberá requerir esa información al Ministerio Público –MP-.”³⁶

puede haberse solicitado orden de aprehensión mientras se averigua, vulnerándose también la presunción de inocencia y el derecho de propiedad privada. Por tal motivo se cuestiona el actuar de la Superintendencia de Administración Tributaria que a toda costa quiere recaudar dinero pero que no se invertirá adecuadamente, siendo un eminente abuso de derecho al patrimonio de los contribuyentes lo cual atenta a los derechos humanos y las garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala y en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

La repercusión numero dos se da porque el Artículo 49 del Decreto Número 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala reformó el Artículo 113 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Este se refiere a las entidades fuera de plaza o también llamadas

³⁶ Gamarro, Urías. **Prensa Libre**. Sección de noticias nacionales. Año III. Guatemala, Guatemala. Pág. 12 (4 de agosto de 2018).



off shore, que son aquellas que se constituyen en un país para prestar sus servicios en otro. Dichas entidades deben regirse estrictamente a lo que establece la Ley de Bancos y Grupos Financieros, como las entidades sujetas a vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, en cierta forma es acertado, ya que se evita que las mismas pueda incurrir en ilegalidades, sobre todo relacionado al lavado de dinero y otros activos.

La tercera repercusión es porque el Artículo 50 del Decreto Número 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala adicionó el 21 A al Código Tributario; este artículo establece los derechos del contribuyente, los cuales se ven constantemente vulnerados, sobre todo el derecho de petición regulado en el Artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT- cuenta con un personal que en nada beneficia al contribuyente, no resuelve sus consultas, y lo que es peor aún, una deficiente prestación de servicio.

La cuarta repercusión es porque el Artículo 51 del Decreto Número 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala adicionó el Artículo 21 B al Código Tributario; el impacto radica en que el contribuyente debe quedar sujeto a la SAT en lo que respecta a la revisión de libros de contabilidad y facturas; lo que se pretende con ello es establecer la coincidencia entre lo que gana el contribuyente y lo que reporta mensualmente, pues algunos contribuyentes tienden a declarar menor cantidad con el afán de tributar menos, por lo que corren el riesgo de incurrir en el delito de defraudación tributaria.

La quinta repercusión es porque el Artículo 62 del Decreto Número 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala adicionó el Artículo 368 Bis al Código de Comercio de



Guatemala. Este artículo hace referencia únicamente a las personas obligadas a llevar contabilidad, que al tenor del Código de Comercio son los que obtienen ingresos mayores de 150,000 quetzales anuales; asimismo, el registro debe realizarse en la contabilidad no en la SAT. Esta norma violenta el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que pareciera que se pretende favorecer intereses de terceros que velar por el bien común.

4.5. Conciliación de cuentas bancarias

La sexta repercusión es la obligatoriedad de la conciliación de cuentas bancarias: “las consecuencias de no registrar las cuentas bancarias: “a) los contribuyentes obligados a llevar contabilidad conforme el Código de Comercio de Guatemala deben registrar todas las cuentas bancarias en quetzales y dólares en los libros de contabilidad; b) Deben incluirse las cuentas tanto de bancos locales como extranjeros; c) hacer un inventario de las cuentas bancarias y verificar que estén reportadas en la contabilidad; d) todos los ingresos a las cuentas bancarias y partidas contables deben tener sustentación legal correspondiente; e) es obligación hacer conciliaciones bancarias; f) si no se incluyen todas las cuentas bancarias, no se hacen conciliaciones o no se documentan las operaciones, pueden ser sancionados por el delito de resistencia a la acción fiscalizadora; g) los contribuyentes deben hacer cambios en la contabilidad consistentes en tener una nomenclatura que pueda identificar cuales cuentas bancarias por tipo de cuenta de depósito de ahorro y monetario en quetzales y dólares, independientemente de si se encuentran abiertas fuera de Guatemala; h) la SAT podrá solicitar a los bancos, de manera más expedita, toda la información de transferencias, depósitos y pagos que



hacen los contribuyentes, siempre que lo soliciten previamente investigación al Ministerio Público y no directamente al juez, debido a la acción de inconstitucionalidad temporal...;

k) los contadores tienen la obligación de reportar las cuentas bancarias; l) las nuevas disposiciones obligan a que todas las contabilidades sean administrativas y estén más ordenadas; m) hacer la declaración real al contador, quien deberá tener acceso a la información de las cuentas bancarias; n) los contadores no solo deben ver si una empresa o contribuyente facturó en un mes, sino que les debe enviar los estados de cuenta bancarias para verificar los ingresos”.³⁷

Los contribuyentes obligados a llevar contabilidad deben elaborar conciliaciones bancarias para determinar la razonabilidad del saldo contable de todas las cuentas bancarias. Las conciliaciones bancarias deben estar firmadas por el contador de la compañía registrado ante la SAT. El incumplimiento de esta disposición u omitir el registro de las cuentas en los libros contables puede constituir resistencia a la acción fiscalizadora e imponer la sanción de hasta el uno por ciento de los ingresos brutos obtenidos durante el período fiscalizado, según lo establece el Artículo 93 del Código Tributario.

4.6. El papel que debe tomar el Estado

Por todo lo expuesto, el Estado en aras del mandato establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, de proteger a la persona y de velar porque no se

³⁷ Casa Editora Prensa Libre, Sociedad Anónima. **¿Qué es una conciliación bancaria y por qué le podría multar la SAT sino la tiene?** <http://www.prensalibre.com/economia/economia/riesgos-secreto-bancario-Guatemala> (Consultado: 4 de julio de 2018).



vulnera la intimidad personal, según el Artículo 24 del cuerpo legal citado, a través de la Corte de Constitucionalidad, debe declarar la inconstitucionalidad parcial del Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, así como del Artículo 368 bis del Código de comercio de Guatemala, porque prácticamente el secreto bancario deja de existir en el momento de entrar en vigencia el Decreto 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala, ya que los contribuyentes tienen temor incluso de recibir depósitos aunque sean de procedencia lícita, porque a la Superintendencia de Administración Tributaria solamente le interesa agenciarse de ingresos para beneficio personal, sin respetar las leyes tributarias del país, pero nunca pensando en el bienestar de la población, sino que recaudar tributos a toda costa, aunque esté en juego intereses de personas honestas.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El origen del problema en cuestión se da al momento de la entrada en vigencia del Decreto Número 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contiene la Ley para el Fortalecimiento de la Transparencia Fiscal y la Gobernanza de la Superintendencia de Administración Tributaria, porque reforma el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, puesto que, a pesar que la SAT ya no puede solicitar información del contribuyente directamente al juez, sino que al Ministerio Público, desde el día 3 de agosto de 2018, fecha en la cual la Corte de Constitucionalidad deja en suspenso la liberación del secreto bancario. A pesar de ello, se vulnera la confidencialidad de las operaciones de los depositantes de los bancos, grupos financieros y sociedades de este último; esto constituye una desventaja para el contribuyente honrado ante el contribuyente evasor del pago de tributos, contraviniendo de esta manera el principio de confidencialidad establecido en el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte de Constitucionalidad debe declarar la inconstitucionalidad parcial del Decreto Número 37-2016 del Congreso de la República de Guatemala, especialmente de los Artículos 48 y 62, por considerar que contradicen uno de los principios manifestados en la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que al emitir leyes, deben evitarse los conflictos normativos para que no afecten a las personas, ya que es deber del Estado velar por la seguridad jurídica de sus habitantes, en especial, de los contribuyente honestos.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de sociedades**. 2ª ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2008.
- BEDOYA MARTÍNEZ, Omar Hernando. **El concepto de evasión y elusión**. 1ª ed.; Colomcia: Ed. Contaduría Universidad de Antioquia, 2016.
- BLANCO CORDERO, Isidro. **El delito del blanqueo de capitales**. 2ª ed.; (s.l.i): Ed. Arazandi, 1997.
- BROSETA PONT, Manuel y Fernando Martínez Sáenz. **Manual de derecho mercantil**. 13ª ed.; España: Ed. Tecnos, 2008.
- Casa Editora Prensa Libre, Sociedad Anónima. **¿Qué es una conciliación bancaria y por qué le podría multar la SAT sino la tiene?**
<http://www.prensalibre.com/economia/economia/riesgos-secreto-bancario-guatemala> (Consultado: 4 de julio de 2018).
- Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. **Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz**. 1ª ed.; Suiza: Ed. Banco de pagos internacionales, 2012.
- DE PINA, Rafael. **Derecho mercantil**. 4ª ed.; México: Ed. Universitaria, 2000.
- DE SECONDAT, Charles Louis. **El espíritu de las leyes**. 3ª ed.; San Salvador, El Salvador: Ed. Jurídica Salvadoreña, 2011.
- FARÍAS TOTO, María Lourdes. **Manual de contabilidad básica**. 1ª ed.; México: Ed. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2014.
- FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. **El derecho bancario, financiero y bursátil en el siglo XXI**. España: Ed. San Marín de Porres, 2006.
- GAMARRO, Urías. **Prensa Libre**. Sección de noticias nacionales. Año III. Guatemala, Guatemala. Pág. 12 (4 de agosto de 2018).
- GARCÍA DÍAZ, Carlos Mario, Giovanni Alexander Cárdenas Sánchez y Carlos Hernando Molina Rodríguez. **Análisis de la intermediación financiera en el escenario de las crisis de los siglos XX Y XXI**. 7ª ed.; Colombia: Ed. Universidad la gran Colombia, 2011.



GARCÍA PITA y José Luis Lastres. **El derecho bancario, consideraciones generales.** 1ª ed.; Italia: (s.e.), (s.f.).

GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. **Derecho tributario consideraciones económicas y jurídicas.** Buenos Aires Argentina: Ed. Ediciones de Palma. 1996.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho mercantil.** 2ª; España, Ed. Ariel, S.A., 1994

GOBAT, Jeanne. **Qué es un banco.**
<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2012/03/pdf/basics.pdf>
(Consultado: 12 de julio de 2108).

GUILLIANNI FONROUGE, Carlos. **Derecho financiero.** 1ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1970.

<https://declaraguatate.sat.gob.gt/declaraguatate-web/> (Consultado: 1 de julio de 2018).

MATUS BENEVENTE, Manuel. **Finanzas públicas.** 2ª ed.; Barcelona, España: Ed. lus Editores, 1989.

MONTERROSO VELÁSQUEZ, Gladys Elizabeth. **Fundamentos tributarios.** 3ª ed.; Guatemala: Ed. Comunicación gráfica G&A, 2009.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 22ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1984.

RENDÓN LÓPEZ, Alicia. **Derecho bancario y bursátil.** 1ª ed.; México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México: 2008.

RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl. **Derecho fiscal.** 3ª ed.; México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1998.

RUIZ TORRES, Humberto Enrique. **Derecho bancario.** 1ª ed.; México: Ed. Reproflo S.A., de C.V. (s.f).

Superintendencia de Bancos. **Suplemento mensual, informe de instituciones sujetas a la vigilancia e inspección de la SIB.** Guatemala: (s.e.), 2016.

SUPINO, David. **Derecho mercantil.** 1ª ed.; España: Ed. Biblioteca jurisprudencial de filosofía e historia. 1945.



VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.**
Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A, 1978.

VILLEGAS, Héctor. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario.** 1ª ed.; Buenos Aires, Argentina; Ed. Talleres Next Print S.R.L, 1997.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco tomo I.** 7ª ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2009.

VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Temas de introducción al estudio del derecho y de la teoría general del derecho.** 6ª ed.; Guatemala: Ed. Servicios gráficos El Rosario, 2015.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Decreto-Ley 106, 1963.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto-Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azurdia, 1970.

Código Penal. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

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

Código Tributario. Decreto Número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, 1991.

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

Ley de Actualización Tributaria. Decreto 10-2012 del Congreso de la República de Guatemala, 2012.



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

Código Tributario. Decreto Número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, 1991.

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

Ley de Actualización Tributaria. Decreto 10-2012 del Congreso de la República de Guatemala, 2012.