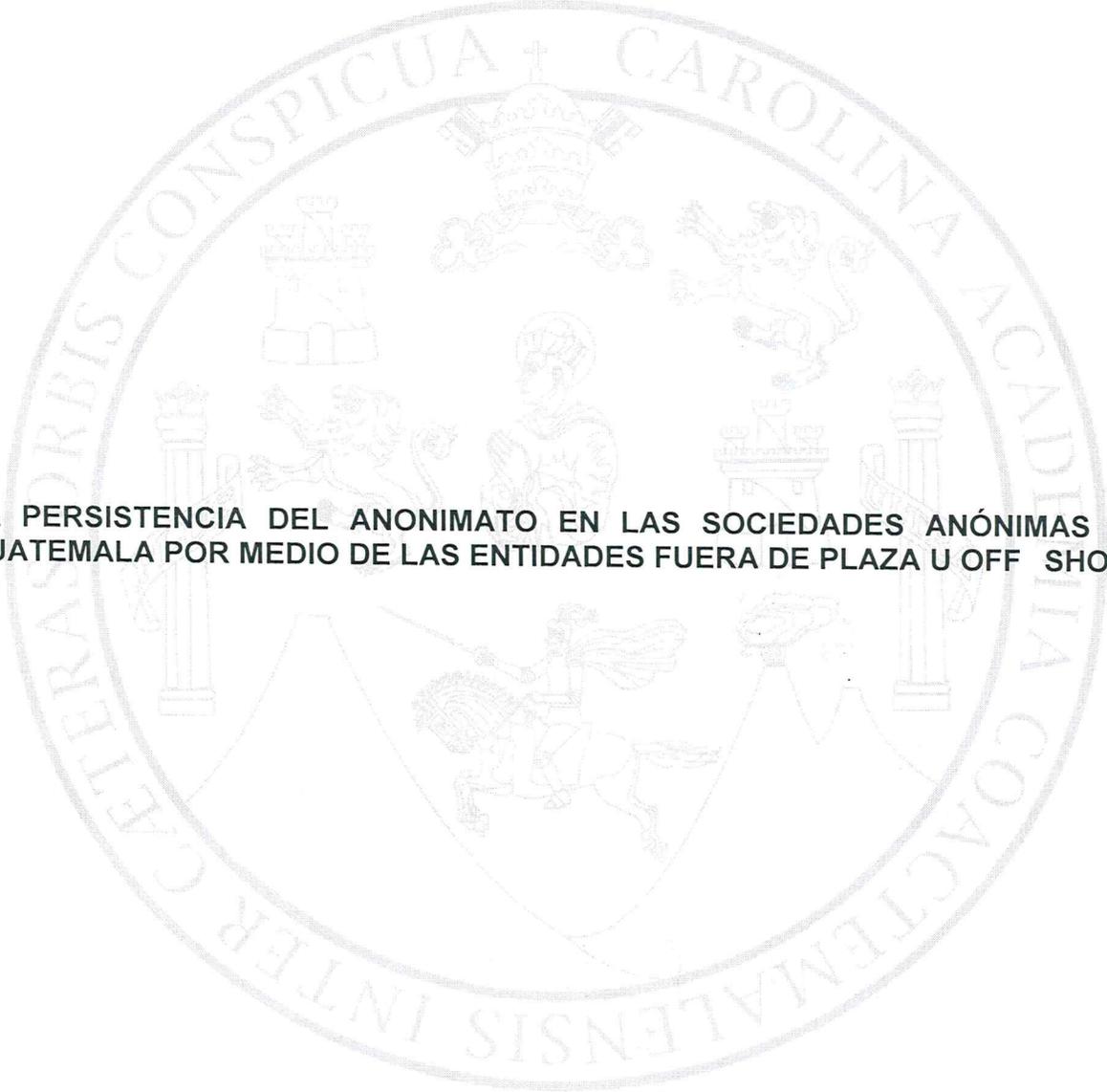


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem. It features a central shield with a figure on horseback, a crown above, and various heraldic symbols. The shield is flanked by two columns. The outer ring of the seal contains the Latin text "CETERA SEQUITUR CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER".

**LA PERSISTENCIA DEL ANONIMATO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN  
GUATEMALA POR MEDIO DE LAS ENTIDADES FUERA DE PLAZA U OFF SHORE**

**CARLOS MANUEL GARCÍA GALICIA**

**GUATEMALA, JUNIO DE 2019**

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

**LA PERSISTENCIA DEL ANONIMATO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN  
GUATEMALA POR MEDIO DE LAS ENTIDADES FUERA DE PLAZA U OFF SHORE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**CARLOS MANUEL GARCÍA GALICIA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, junio 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   |

**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, 23 de julio de 2018.**

Atentamente pase al (a) Profesional, ADA HAYDÉ CANTÉ AROCHE  
 \_\_\_\_\_,  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
CARLOS MANUEL GARCÍA GALICIA, con carné 201047344,  
 intitulado LA PERSISTENCIA DEL ANONIMATO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN GUATEMALA POR MEDIO  
DE LAS ENTIDADES FUERA DE PLAZA U OFF SHORE..

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 28/07/18 f)

Asesor(a)  
 (Firma y Sello)

Licenciada  
 Ada Haydé Canté Aroche  
 Abogada y Notaria





**ADA HAYDE CANTE AROCHE**  
**ABOGADA Y NOTARIA**  
7ª. Avenida 7-78, zona 4  
Edificio Centroamericano oficina 702  
Ciudad de Guatemala.

Guatemala, 27 de agosto de 2018.

Licenciado

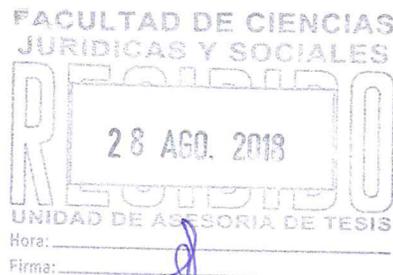
**Roberto Fredy Orellana Martínez**

Jefe Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.



Licenciado Orellana:

Es un gusto saludarle, deseándole éxitos al frente de tan digno cargo y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento emitido el 23 de julio de 2018, por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, procedí en función de asesorar el Trabajo de Tesis del bachiller **CARLOS MANUEL GARCÍA GALICIA**, intitulado "LA PERSISTENCIA DEL ANONIMATO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN GUATEMALA POR MEDIO DE LAS ENTIDADES FURA DE PLAZA U OFF SHORE.." dentro del cual se hicieron las observaciones correspondientes para que de conformidad con el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el trabajo cumpla con los requisitos y presupuestos establecidos, por lo que para el efecto procedo a emitir el siguiente dictamen manifestando lo siguiente:

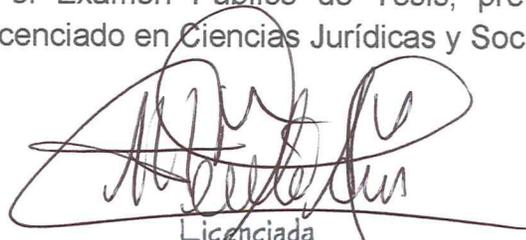
**DICTAMEN**

- i. El trabajo de investigación realizado es de contenido científico y técnico con un amplio contenido jurídico y doctrinario, siendo objeto del desarrollo y análisis del mismo, investigación que demuestre fehacientemente que se está evadiendo el cumplimiento de la ley, por medio de la utilización de las



denominadas entidades fuera de plaza u Off Shore, lo cual es un flagelo legal y una forma de continuar con el blanqueo de capitales y otras situaciones irregulares afines, lo cual únicamente viene a coadyuvar con la preocupante escala corruptiva que ha afectado a Guatemala.

- ii. La metodología y técnicas utilizadas en la realización del trabajo de investigación fueron acordes al desarrollo capitular del mismo, aplicando de manera acertada el método deductivo y el método analítico, así como las técnicas bibliográfica y documental.
- iii. Considero que la investigación contiene las referencias bibliográficas oportunas, sustentando el tema planteado, su desarrollo, y la conclusión del mismo.
- iv. En relación a los objetivos se han identificado y determinado las causas que pueden provocar que una norma jurídica se encuentre revestida de un carácter inconstitucional, desarrollando para el efecto el contenido capitular del trabajo de investigación el cual comprueba la hipótesis planteada, lo cual genera una contribución científica al sistema informativo guatemalteco.
- v. En cuanto a la conclusión discursiva se realiza de acuerdo al problema establecido, a la necesidad de solucionar el mismo por constituir un riesgo inminente para la sociedad mediante la creación de normas jurídicas que de una manera incluyente con los sectores involucrados observen los principios y derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.
- vi. Declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes. Por lo considerado, y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a emitir **dictamen favorable** al bachiller **Carlos Manuel García Galicia**, para que prosiga con los trámites necesarios para su evolución frente al Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

  
Licenciada  
Ada Haydé Canté Aroche  
Abogada y Notaria



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de mayo de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS MANUEL GARCÍA GALICIA, titulado LA PERSISTENCIA DEL ANONIMATO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN GUATEMALA POR MEDIO DE LAS ENTIDADES FUERA DE PLAZA U OFF SHORE.. 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.

SECRETARIO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
GUATEMALA, C. A.

DECANO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
GUATEMALA, C. A.





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo, gracias por darme de tu gracia y la fuerza para culminar esta meta.
- A MIS PADRES:** Manuel Antonio García Caballeros y Celia Beatriz Galicia Ávila, gracias por su amor y por la educación que me brindaron.
- A MI HERMANA:** Engie Adriana García Galicia y mi sobrina Angie Mercedes Tejeda Garcia, gracias por su amor y por creer en el hermano mayor.
- A:** Licda. Marilyn Andrea Estrada de la Cruz.
- A:** Edgar Rodolfo Muñoz Domínguez, Byron Domínguez, Diego Díaz Ruano, Luis Fernando González Arriaza, Allan Tello, Ana Paola Gómez, Andrea Martínez, Mishell Ramírez, Katherine España, Eduardo Cante, por motivarme a no claudicar hasta alcanzar esta meta.
- A MIS AMIGOS:** Por todos los momentos compartidos.
- A:** Licda. Ada Haydé Canté Aroche, Licda. Ingrid Vides, Licda. Norma Santos Quezada, Lic. Marvin Omar Castillo, Lic. José Aníbal Lopez Silva, Lic. Daniel Contreras, Licda. Delia Mendez Melgar, por sus consejos y constante apoyo.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas para forjarme como profesional.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por las enseñanzas brindadas a través de los catedráticos que me instruyeron durante mi vida estudiantil.



## PRESENTACIÓN

El desarrollo de esta investigación es de carácter cualitativo, dentro del campo del derecho mercantil y por supuesto con diferentes repercusiones en el derecho penal y procesal penal, ya que pretende establecer las causas por las cuales se ha utilizado a las sociedades anónimas e incluso las sociedades conocidas como offshore, no solo para evadir el pago de impuestos, sino como mecanismos usando por la delincuencia para proteger su dinero.

El objeto de estudio es la persistencia del anonimato en las sociedades mercantiles para ciertos fines ilícitos, siendo el sujeto de estudio las sociedades anónimas u offshore, ya que han sido utilizadas para encubrir delitos de transcendencia social. Pese a que el Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala modificó el Artículo 108 del Decreto Ley 2-70, siendo una medida atinada para combatir la corrupción, el lavado de dinero, la fuga de capitales, entre otros, no deja de ser objeto de controversias, existiendo defensores y detractores.

El periodo en el cual se realizó esta investigación es del 20 de enero de 2018 al 30 de enero de 2019, tiempo en el que se verificó la utilización de este tipo de sociedades para esconder acciones contrarias a la ley o para evadir impuestos, siendo este trabajo un aporte para entender su comportamiento, tanto en el derecho mercantil como en el derecho social, a fin de poder establecer mecanismos y herramientas adecuadas de control en el campo intelectual.



## HIPÓTESIS

La hipótesis planteada en la realización de esta investigación jurídica fue la siguiente: el Estado de Guatemala como una forma de frenar el constante blanqueo de capitales y otras actividades ilícitas, de manera atinada determinó la conversión obligatoria de acciones al portador a acciones nominativas, sin embargo, el anonimato en la adquisición de acciones aún puede mantenerse, lo que representa una vulneración a la normativa legal guatemalteca, al mismo tiempo que la utilización de las acciones, aunque sean nominativas por medio de dichas entidades, mantiene el anonimato y el posible traslado de ganancias a paraísos fiscales, lo cual es una forma de evasión de la norma legal.

En cuanto a la hipótesis, para la realización de este estudio jurídico, propiamente radicó en conocer cuáles son las causas que permiten que se vulnere el derecho en las sociedades anónimas y offshore, frente a los daños que se ocasionan al Estado de Guatemala debido a que existe evasión fiscal, no solo por medio de la existencia de estas sociedades sino también por los conocidos como paraísos fiscales.



## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Al concluir el presente estudio, se logró comprobar la hipótesis planteada, utilizando el método deductivo, que se aplicó posterior al análisis e interpretación de la información, exponiendo las causas y efectos que generan la vulneración a la ley por medio del uso de las sociedades anónimas, fuera de plaza u offshore, que al mantener el anonimato en sus acciones permite que se desconozca el origen del dinero y las transferencias de grandes sumas de capital a paraísos fiscales.

Como resultado, el Estado de Guatemala como una forma de frenar el constante blanqueo de capitales y otras actividades ilícitas, determinó la conversión obligatoria de acciones al portador a acciones nominativas, sin embargo, el anonimato en la adquisición de acciones aún puede mantenerse, ello por medio de la utilización de las entidades fuera de plaza u offshore, lo que evidencia aún la vulneración a la normativa legal, ya que aun siendo nominativas conservan el anonimato por medio de dichas entidades y con ello facilita el traslado de ganancias a lugares donde pueden evadir la ley y conservar el capital.



## ÍNDICE

|                    | Pág. |
|--------------------|------|
| Introducción ..... | i    |

### CAPÍTULO I

|   |    |
|---|----|
| 1. El derecho .....                                 | 1  |
| 1.1. Antecedentes históricos .....                  | 2  |
| 1.2. Definiciones .....                             | 4  |
| 1.3. Características del derecho .....              | 7  |
| 1.4. Fuentes del derecho .....                      | 9  |
| 1.5. Clasificación de las fuentes del derecho ..... | 11 |
| 1.5.1. Fuentes formales .....                       | 12 |
| 1.5.2. Fuentes reales o materiales .....            | 13 |
| 1.5.3. Fuentes históricas .....                     | 15 |

### CAPÍTULO II

|  |    |
|--|----|
| 2. Derecho mercantil .....                       | 19 |
| 2.1. Campo de acción .....                       | 23 |
| 2.2. El derecho mercantil guatemalteco .....     | 26 |
| 2.3. Características del derecho mercantil ..... | 29 |
| 2.4. Principios del derecho mercantil .....      | 31 |
| 2.5. Fuentes del derecho mercantil .....         | 31 |

### CAPÍTULO III

|  |    |
|--|----|
| 3. Las sociedades mercantiles .....                                    | 33 |
| 3.1. Regulación legal de las sociedades mercantiles en Guatemala ..... | 34 |
| 3.2. Definición legal .....  | 35 |



|   |    |
|---|----|
| 3.3. Sociedad Anónima .....                       | 37 |
| 3.4. Características de la sociedad anónima ..... | 39 |

#### **CAPÍTULO IV**

|  |    |
|--|----|
| 4. Entidades fuera de plaza u offshore .....                             | 43 |
| 4.1. De la aceptación de las entidades fuera de plaza.....               | 44 |
| 4.2. De la participación de los bancos y cooperativas en Guatemala ..... | 46 |
| 4.3. Requisitos legales para su funcionamiento en Guatemala.....         | 46 |

#### **CAPÍTULO V**

|  |    |
|--|----|
| 5. Paraísos fiscales y la vulneración legal por medio de la utilización de las entidades fuera de plaza.....   | 57 |
| 5.1. Paraísos fiscales.....  | 57 |
| 5.2. Características de los paraísos fiscales .....  | 59 |
| 5.3. Los paraísos fiscales en los períodos del 2012 al 2017.....   | 63 |
| 5.4. Vulneración legal por medio de la utilización de las entidades fuera de la plaza u offshore al momento de adquirir acciones en sociedades anónimas.....                       | 65 |
| 5.5. Conceptualización.....  | 66 |
| 5.6. Adquisición de acciones en sociedades anónimas como una forma de evadir la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala por parte de las entidades fuera de plaza u offshore..... | 67 |
| 5.7. De la vulneración legal.....  | 68 |

|                                    |           |
|------------------------------------|-----------|
| <b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA .....</b> | <b>73</b> |
|------------------------------------|-----------|

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b> | <b>75</b> |
|---------------------------|-----------|



## INTRODUCCIÓN

Para el Estado de Guatemala, el no contar con las herramientas o los recursos adecuados para combatir la ilegalidad existente en el país y sobre todo, por el desconocimiento que existe aún en algunas áreas del derecho, siendo el caso de la falta de conocimiento que mantienen aún los legisladores dentro del proceso de creación de ley en cuanto a la realidad guatemalteca, lo cual hace ver la legalidad como un reto inalcanzable para la misma sociedad.

En ese sentido, el Estado como una búsqueda por cumplir con su mandato constitucional, con la entrada en vigencia del Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, que dentro de sus alcances modificó el Artículo 108 del Código de Comercio y cuya disposición estableció que a partir del día 28 de junio del año 2010, todas las acciones al portador debiesen de pasar a ser nominativas, pretende crear una herramienta más en la lucha contra la corrupción, el lavado de dinero y la fuga de capitales.

El objetivo general de esta investigación fue determinar que se puede evadir el cumplimiento de la ley por medio de la utilización de las entidades fuera de plaza, dado que, estas pueden adquirir acciones nominativas en nombre propio, pero teniendo la posibilidad de ocultar a los verdaderos adquirientes, precisando sobre la actual situación jurídica de los sujetos involucrados, ante la problemática existente, lo cual se alcanzó por medio de la metodología empleada.

En la presente investigación se logró comprobar la hipótesis planteada, utilizando el método de comprobación deductivo, que se aplicó posterior al análisis e interpretación de la información, exponiendo las causas y efectos que generan la creación de este tipo de sociedades mercantiles y su incursión en el campo económico del Estado, donde su uso no solo responde a intereses comerciales sino a evadir capital u ocultar delitos, ya que el Estado de Guatemala, no cuenta aún con mecanismo de control adecuados en este tipo de sociedades.



Esta investigación jurídica, se divide en cinco capítulos los que a continuación se describen brevemente: el capítulo uno que abarca desde los antecedentes del derecho, sus definiciones, características, fuentes hasta su clasificación; el capítulo dos, referido al derecho mercantil, su campo de acción, el derecho mercantil guatemalteco, características, principios, así como las fuentes del mismo; en el capítulo tres, tratando el tema en particular de las sociedades mercantiles, su regulación legal en Guatemala, definición, la sociedad anónima y sus características; el capítulo cuatro, abarca lo que son las entidades fuera de plaza u offshore, su aceptación, la participación de los bancos y cooperativas en Guatemala, así como los requisitos legales para su funcionamiento; y finalmente el capítulo cinco, desarrolla lo referente a los paraísos fiscales y la vulneración legal por medio de la utilización de las entidades fuera de plaza, sus características, los paraísos fiscales en los períodos del 2012 al 2017, su conceptualización, la forma en la adquisición de acciones y la vulneración legal que se genera por medio de ellas.

Los métodos utilizados fueron: el analítico que permitió tomar el problema planteado con la finalidad de estudiar cada una de las partes por separado hasta llegar a la esencia que lo provoca; el deductivo, partiendo de lo general hacia lo particular con la dinámica que permitirá focalizar las causas del problema. En ese sentido, se hará uso de las herramientas metodológicas enunciadas que proveerán el carácter científico de la investigación a fin de lograr la concreción de los objetivos planteados, así como el aporte académico.

En fin, esta investigación es una herramienta de estudio que proveerá los conocimientos necesarios para poder entender el funcionamiento de las sociedades anónimas o sociedades fuera de plaza u offshore, a fin de poder determinar las falencias en las mismas, determinando mecanismos adecuados de control para evitar su vulneración legal.



## CAPÍTULO I

### 1. El derecho

El área en mención tiene una amplitud en cuanto a su conceptualización, permitiendo con ello, que cada persona pueda tener un criterio distinto, no importando el nivel de conocimiento. El tiempo no ha sido obstáculo para entenderlo de diferentes formas, ya que el derecho es tan antiguo como la vida misma, su surgimiento pudo haber acaecido cuando los seres humanos por su misma necesidad de protección y desarrollo comenzaron a organizarse en pequeñas sociedades tales como las gens, las tribus, los clanes, las hordas y las bandas, creando grupos ordenados con un propósito en común, el beneficio del grupo.

Lo anterior, infiere que el crecimiento del grupo llevo a la necesidad de crear reglas que mantuvieran la convivencia, que delimitaran las funciones de cada individuo, que al haber conflictos permitiera solucionarlos, lo que va creando una serie de reglas y normas entre los individuos hasta hoy en día, que son las que nos marcan las pautas de convivencia en la sociedad, en cada una de las facetas de los grupos sociedades y en la propia conducta del ser humano, puesto que desde su inicio, la misma necesidad ha obligado a crear la coercibilidad de las normas, aceptada por toda la sociedad, para que sean respetadas las normas por el individuo e incluso por ella misma.



La explicación anterior entraña el origen del mismo concepto, dándole un matiz diferente en cada esfera social, en la política, en lo económico, cultural, penal, civil, agrario, etc. La doctrina señala que derecho proviene “Del latín *directus*, directo; de *dirigere*, enderezar o alinear...”<sup>1</sup> permitiendo con ello, poder tener una mejor comprensión del tema, ya que el objeto del derecho deviene de la misma necesidad de buscar el bien social, que basado en ese fin, se obliga y se somete a la coercibilidad de la misma norma, basada en que su retribución será la pacificación del mismo grupo.

### **1.1. Antecedentes históricos**

Tal como se mencionó, todas las personas tienen una cierta noción de derecho, lo que no importaba en sus inicios puesto que a pesar de no tener un concepto específico sobre ello, ya que las personas sentían que tenían que respetarse, de acuerdo a ciertas directrices para vivir en sociedad, aun y cuando, el término como tal no existía en sus humildes comienzos.

Diversas acepciones, de acuerdo a su origen, existen sobre derecho, de las que se pueden citar las siguientes:

“Desde luego, debe añadirse que la historia del derecho es también un enfoque teórico que se localiza dentro de los límites de las disciplinas de la historia (en cuanto saber general que es cultivado de modo “científico” a partir del siglo XIX, pese que tiene sus raíces en el griego Heródoto). No se puede hacer historia del derecho sin prestar

---

<sup>1</sup> Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 97



atención a las contribuciones, las investigaciones, los enfoques y los métodos específicos que los historiadores “generales” utilizan –a veces con un refinamiento ejemplar– dentro de sus áreas específicas. Al final, si el derecho está presente en la sociedad y si es, él mismo, histórico, su análisis del pasado no puede desprenderse del análisis de la propia sociedad en la que se inserta y en la que dialoga con la política, con la cultura, con la economía, con la sociedad, etc.”<sup>2</sup>

Lo anterior confirma que los juristas y los doctos modernos, no pueden dejar de lado la rica historia del derecho, ya sea por el auge del mismo o bien porque sería obtuso no tomar en cuenta grandes aportes que hicieron las antiguas civilizaciones, aportaciones que si no se hubiesen dado, sería muy difícil pretender tener áreas específicas del derecho de forma desarrollada, tal como se tiene ahora.

La misma Roma no escapa a ese desarrollo del derecho, puesto que: “...no se debe ver la relación del derecho romano con el derecho moderno solamente en términos de una forzada continuidad, sino sobre todo deben apreciarse las discontinuidades, las rupturas y los cambios de rumbo, pues, a fin de cuentas, los juristas europeos miraban hacia la antigüedad, pero con ojos “modernos”...”<sup>3</sup>

Es entonces, cuando puede afirmarse con toda seguridad y en base a lo vertido, que pensar en una sociedad o una forma de organización humana que no se encuentre basada y fundada en reglas, en normas jurídicas, es en principio inconcebible, puesto

---

<sup>2</sup> Fonseca, Ricardo Marcelo. **Introducción teórica a la historia del derecho**. Pág. 20

<sup>3</sup> P. Cappellini. **Del derecho romano al derecho moderno**. Pág. 454



las reglas marcan el límite de actuación entre los seres humanos e inclusive en la misma actuación del Estado frente a los mismos, que permite buscar la anhelada pacificación social frente al interés de los individuos.

Siendo que las reglas del inicio pasaron de ser una simple forma de convivencia, se convierten en el asidero del desarrollo de un Estado moderno y sólido, sin el cual prácticamente no existiría.

## 1.2. Definiciones

Previo a establecer las principales definiciones sobre el derecho, como forma importante para su debida comprensión, es vital desarrollar en primer lugar el sentido etimológico de la frase derecho del "lat. *directum* (directo, derecho); a su vez, del lat. *dirigere* (enderezar, dirigir, ordenar, guiar). En consecuencia, en sentido lato, quiere decir recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro, mientras que en sentido restringido es tanto como *ius* (v.)."<sup>4</sup>

Este famoso *Ius*, o derecho en idioma castellano, fue sin lugar a dudas el mayor legado que el glorioso imperio romano heredó a la humanidad y fue la designación que le dieron los romanos, para dar a conocer que se debe de entender como el actuar probo, recto, en un sentido ordenado que se debe de tener, ante la sociedad, ante las autoridades y que se encontraba debidamente consagrado en el espíritu y corazón de los mismos y de sus propias instituciones, el cual se iba expandiendo, conforme se

---

<sup>4</sup> Op. Cit. Pág. 294



conquistaban nuevos territorios y nuevas provincias, que se podía adaptar y desarrollar también, de ahí su grandeza.

Vale la pena recalcar que para los romanos solamente sus ciudadanos eran considerados como seres humanos, denominando únicamente el *Ius Gentium*, solamente para ellos, es decir el derecho de gentes o de tratarlos como tal, solo aplicaba para el ciudadano romano.

Luego de obtener la significación etimología de la palabra derecho, este debe definirse como:

“Un conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su vida social, y con el propósito de satisfacer esas necesidades en su existencia colectiva, de acuerdo con unos específicos valores (justicia, dignidad de la persona humana, autonomía y libertades individuales, igualdad, bienestar social, seguridad, etc.)”.<sup>5</sup>

En este sentido, debe mencionarse que encontrar una definición o una conceptualización de carácter universal resulta prácticamente imposible, ello derivado de diversos aspectos, de los cuales cabe mencionar que el derecho es parte integrante de las ciencias sociales, mismas que son ciencias inexactas y cuyos postulados no pueden permanecer intangibles a lo largo del tiempo, como si puede ser el caso de las ciencias naturales o ciencias exactas.

---

<sup>5</sup> Recasens, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 40.



En otro sentido, se encuentra que la acepción de derecho depende también de circunstancias diversas, tales como coyuntura nacional, percepción del jurista, corriente que él mismo pueda seguir, así como sus propias convicciones éticas y morales, entre otros; siendo necesario hacer énfasis que independientemente de todo ello, las diversas acepciones de derecho sí pueden guardar ciertos elementos en común, tal como puede inferirse de la siguiente definición:

“Es una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva, o en forma analítica, que el derecho es la ordenación heterónoma, coercible y bilateral atributiva de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores.”<sup>6</sup>

Puede observarse entonces el autor anterior, comparte ciertos aspectos doctrinarios en comparación a Luis Recasens, tales como el ordenamiento y la garantía del bien común, así como el ejercicio de la coerción, misma sin la cual el derecho no hubiese logrado consagrarse; pese a ello y a título personal, se considera que la vertida por parte de Reale es más completa, dado que abarca aspectos profundos como la estructura en tres dimensiones, la heteronomía de su función como norma, el espíritu integrativo de hechos y valores para su subsistencia.

---

<sup>6</sup> Reale, Miguel. **Introducción al derecho**. Pág. 71



### 1.3. Características del derecho

El derecho dada su importancia, no solo intrínseca, sino extrínseca, tiene diversas características, y resultaría sumamente complicado y extenso abordar cada una de ellas de manera particular, por lo tanto, solamente se abordarán las que consideran más importantes, siendo las siguientes:

#### a) Bilateralidad o bilateral

Esta primera característica del derecho determina al mismo sujeto, ente o institución pública o privada, que faculta a cada uno para exigir el cumplimiento de la norma, dependiendo de diversos aspectos y es donde se podría convertir en imperativo-atributivo, de cumplimiento forzoso entre los que lo integran.

#### b) Coercitividad

Término que proviene de coerción y que puede significar la: "...acción de coacer: contener, refrenar o sujetar. Aunque es frecuente equiparar los términos coerción y coacción, ofrecen matices diferenciales, porque esta segunda expresión tiene dos significados generales que repercuten en la interpretación jurídica. De un lado, fuerza o violencia que se hace a una persona para precisarla a que diga o ejecute alguna cosa, y en este sentido su empleo origina múltiples consecuencias de orden civil, ya que los actos ejecutados bajo coacción adolecerían del vicio de nulidad, y en el orden penal,



porque daría lugar a diversos delitos, especialmente los atentatorios contra la libertad individual.”<sup>7</sup>

Resultan sumamente llamativas todas las diversas acepciones que se le pueden atribuir al termino en cuestión, como facultad atributiva del Estado, para poder imponerse ante los ciudadanos, buscando mantener el orden y el control dentro de la sociedad, entonces se encuentra que la coerción es el empleo usual de la fuerza, misma que es legitimada por el propio Estado, en representación del pueblo, es decir, quien la acepta como la voluntad del mismo y la que siempre acompaña al derecho, para hacer reivindicatorias sus obligaciones y eficaces sus preceptos.

### c) Imperatividad

“Que impera, manda, ordena, fuerza u obliga. La expresión orden imperativa (v.), frecuente sobre todo en la milicia, resulta redundante, ya que todos los mandatos de los superiores, y relativos al servicio, resultan de inexcusable cumplimiento, salvo que a la expresión se le atribuya el matiz de riguroso castigo en caso de desobediencia o de aspereza al formular la orden.”<sup>8</sup>

Tal y como lo da a entender el autor supra citado, lo imperativo no debe de confundirse con la coerción, dado que la característica imperativa del derecho es una facultad, la

---

<sup>7</sup> Op. Cit. Pág. 174

<sup>8</sup> *Ibid.* 472



que le permite imponer ciertas atribuciones, tales como tributos, impuestos, directrices, etc.

#### d) Atributividad

La atribución en oposición a los actos declarativos, tienen por función primordial poder transmitir un derecho en favor o en contra de determinada persona, institución o actuación, como tal, el término infiere la apropiación propia del derecho e inclusive la aceptación propia de la norma por parte del individuo en cuanto al sentido estricto de la norma, al encuadrar su actuación en función de las mismas reglas aceptadas por la propia sociedad.

### 1.4. Fuentes del derecho

Cuando se utiliza el término, se designa generalmente todo lo que contribuye o ha contribuido a crear el conjunto de reglas jurídicas aplicables dentro de una etapa o era de la humanidad y que se aplica a una región geográfica determinada, o bien a un Estado como tal, en un momento determinado.

Históricamente en los países con tradición escrita: "... las principales fuentes del derecho son tanto textos como tratados internacionales, constituciones, leyes, reglamentos... Sin embargo, otras fuentes son a veces admitidas según la materia, tales como la costumbre, los principios generales del derecho consagrados por la



jurisprudencia (a veces inspirados por la doctrina de juristas especializados, profesores, abogados, magistrados...) o la debatida existencia de unos principios de derecho natural universales.<sup>9</sup>

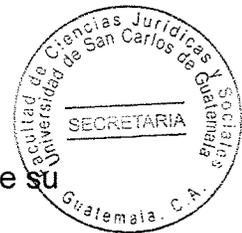
Cuando se hace referencia en la cita anterior a la parte histórica, se está tomando en consideración aquel periodo en el cual las normas jurídicas como tal, ya existían y se plasmaban de manera escrita, es decir, cuando ya se ha superado la tradición y el derecho puramente consuetudinario, aquí aparece también el Estado de Guatemala, así como su etapa anterior, es decir, cuando se pertenecía a la corona española.

Cabe señalar entonces, que las fuentes del derecho son un criterio de determinación del sistema jurídico de un Estado, según sus antecedentes y la participación de cada uno de sus individuos en los distintos roles sociales y de acuerdo a:

- a) El derecho escrito, por ejemplo, en el derecho romano, las constituciones de las polis griegas o los estados europeos.
- b) El derecho anglosajón, basado en la jurisprudencia o conjunto de sentencias precedentes al cual también se le conoce indistintamente como el *common law*.
- c) El derecho natural o iusnaturalismo, el cual se distingue del derecho positivo y no es el mismo, puesto que este último tendía a defender férreamente la existencia de

---

<sup>9</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Fuentes\\_del\\_derecho](https://es.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_derecho) (Consultado: 23/09/2018)



unas reglas universales o derechos del ser humano, inalienables e innatos desde su misma existencia y ello gracias a su simple condición de ser.

De tal cuenta que, siguiendo los parámetros anteriores, la fuente es el principio u origen de una cosa, el lugar donde nace o se produce algo, es el principio, el fundamento, el origen, la causa o la explicación de una cosa.

*Contrario sensu*, cuando se habla del origen de las normas jurídicas, se hace referencia a los hechos que le dan surgimiento, de donde brota, a las manifestaciones de la voluntad humana o a los usos o prácticas sociales que la generan, es decir, se habla del origen del propio objetivo.

### **1.5. Clasificación de las fuentes del derecho**

Para Carmen María de Colmenares “la palabra fuentes nos da la idea de origen, nacimiento, principio de algo. Desde el punto de vista jurídico, hablar de fuente de derecho nos estamos refiriendo a las causas o fenómenos que le dan origen.”<sup>10</sup>

En cuanto al derecho, las fuentes se clasifican en: reales o materiales, formales e históricas; las materiales, llamadas fuentes políticas, son las razones o hechos que provocan la aparición de una norma y determina su contenido. En cuanto a las formales, aluden al lugar donde brota el derecho, es decir, la misma ley, la

---

<sup>10</sup> **Introducción al derecho.** Pág. 16



jurisprudencia y la doctrina. Esta comprende el estudio de los sistemas que tienen o han tenido vigencia.

Las históricas por su parte, definen cualquier testimonio, documento, resto u objeto utilizado por el hombre, que nos puede aportar información significativa, parcial o total, sobre los hechos que han tenido lugar, especialmente en el pasado.

### **1.5.1. Fuentes formales**

Son las formas obligadas y pre-determinadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente en virtud de la potencia coercitiva del derecho, siendo entonces, los medios o modos utilizados para poderse expresar. Estas determinan el punto de partida del derecho, el formalismo intrínseco de a propia norma, que se debe de cumplir para poder tener carácter coercitivo y en ese mismo sentido, el punto que da vida real al verdadero sentido de su creación.

#### **a) Formas de producción de las fuentes formales**

De acuerdo a la forma originaria, cuando se establece una nueva organización jurídica en un territorio no perteneciente a Estado alguno, cuando se fundan las colonias o se constituyen nuevos Estados, o cuando triunfa una revolución, una conquista o un golpe de Estado, estamos en presencia de una producción originaria del derecho.



## b) Caracteres de las fuentes formales

Son formas externas o procesos de manifestación de una norma de derecho que regulan la conducta exterior. Cada sistema de derecho pre determina cuales deben ser las formalidades que han de observarse para la creación de sus normas, con el fin de que estas sean válidas. Son medios de control que limitan y regulan a los gobernantes en su actividad creadora del derecho.

## c) Clasificación

Las fuentes del derecho pueden clasificarse en directas e indirectas, las primeras contienen y exteriorizan la norma jurídica de cumplimiento obligatorio. Se incluye dentro de ellas la legislación, la costumbre y la jurisprudencia obligatoria, doctrina legal. En cuanto a las segundas, no contienen la norma de derecho, pero constituyen a su creación, la doctrina de los juristas, la jurisprudencia, los principios generales del derecho.

### **1.5.2. Fuentes reales o materiales**

Se incluyen en ellas todos los factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas, ajenas al derecho y simplemente constituyen su antecedente lógico y natural, prefigurando su contenido. Las mismas, encierran las soluciones que pueden adoptar las normas jurídicas, que no son un



resultado casual de la evolución social, sino que obedecen a múltiples causas de tipo político, religioso, económico, social y biológico.

Esos factores reales varían en el tiempo y espacio, determinan el diverso contenido de las normas jurídicas en épocas y lugares distintos. Los principales factores que influyen en el contenido de las normas de derecho son:

a) Factores reales

En cuanto a datos biológicos, ningún ordenamiento jurídico puede dejar de tomar en cuenta los hechos básicos de la vida, el nacimiento, la muerte, las necesidades naturales; tampoco se puede ignorar otros hechos de tipo biológico como las diferencias de sexo, edad o la herencia de ciertos caracteres.

Si tomamos los datos económicos, no hay duda que existe una realidad que influye y condiciona las normas jurídicas, sin caer en la equivocada absolutización marxista de los factores económicos, hay que reconocer que la influencia de tales factores es muy poderosa en la configuración de esas normas. Existen áreas del derecho que poseen un contenido eminentemente económico, como por ejemplo el derecho mercantil, el financiero, el fiscal.

Por su parte, los datos sociales, suministran una serie de datos que influyen en el desarrollo y contenido del derecho. Así por ejemplo, la unión de hecho, es producto de



la realidad social guatemalteca en que las parejas conviven maridablemente **sin** contraer matrimonio. Lo anterior dio como resultado que el derecho creara y regulara una institución tendente a proteger tales situaciones sociales.

En cuanto a los datos políticos, se observa el fenómeno del poder, es decir, la diferenciación entre gobernante y gobernados. Esta realidad influye necesariamente en el contenido de las normas jurídicas, primordialmente en algunas de ellas como las del derecho constitucional, derecho administrativo y el mismo derecho procesal penal.

#### b) Factores reales e ideales

Los datos ideales en concordancia con la razón, completan el mundo del derecho, como por ejemplo, el respeto a la vida, el cumplimiento de las obligaciones contraídas, la monogamia, la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Estos factores al contener datos racionales, son exigencias universales, absolutas, propias de la naturaleza racional del hombre, que el jurista no puede ignorar en la formulación del derecho.

#### **1.5.3. Fuentes históricas**

Son los lugares en donde el derecho ha quedado plasmado. Por ser el derecho una obra humana, abstracta, de existencia ideal, se hace necesario plasmarlo de alguna forma en documentos, papiros, estelas, monumentos, los cuales constituyen las fuentes históricas del derecho, que los mayas dejaron para plasmar las reglas que los



regían. Por ejemplo, podemos encontrar la evolución del sistema jurídico guatemalteco en diferentes fuentes históricas.

De tal cuenta, que el derecho también se encuentra en los monumentos arqueológicos, escultóricos y pictóricos en que los mayas y sus descendientes dejaron consignadas las normas de derecho que los regirán.

“En general, fuente es el principio u origen de una cosa, el principio, el fundamento, el origen, la causa o la explicación de una cosa. Cuando hablamos del origen de la norma jurídica, nos referimos a los hechos que le dan nacimiento a las manifestaciones de la voluntad humana o a los usos o prácticas sociales que la generan, nos referimos, desde luego, al origen del derecho objetivo.”<sup>10</sup> Siendo entonces los distintos modos o formas a través de los cuales se manifiesta la norma jurídica, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho.

“a) La ley: conjunto de normas jurídicas de carácter general, abstractas y obligatorias. Características: GENERALIDAD: la ley comprende a todos aquellos que se encuentran en las condiciones vistas por ella, sin excepciones de ninguna clase. OBLIGATORIEDAD: por una parte, establece obligaciones o deberes jurídicos y por la otra otorga derechos. PERMANENCIA: se dictan con carácter indefinido, permanente, para un número indeterminado de casos y de hechos, y solo deja de ser vigencia

---

<sup>10</sup> Torres Moss, José Clodoveo. **Introducción al estudio del derecho.** Pág. 11



mediante su abrogación, subrogación y derogación por leyes posteriores. ABSTRACTA IMPERSONAL".<sup>11</sup>

Así pues, debe de entenderse de manera primordial que, las leyes no se promulgan para regular o resolver casos individuales, por supuesto en la mayoría de la veces, aunque pudiese existir una excepción dentro de algún ordenamiento jurídico en particular, ni se deben de promulgar o emitir a favor o en contra de personas o grupos determinados, su impersonalidad y abstracción las conducen a la generalidad.

"b) La costumbre: es la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica, para que la costumbre represente una voluntad colectiva y espontanea debe ser general, constante, uniforme y duradera."<sup>12</sup>

Aunque pueda no parecerlo, es una fuente primordial de las normas, dado que, son arraigadas a los países, a los Estados, y a las personas, por ello, no deben dejarse, por un lado, pero es necesario darles la forma jurídica.

Así se encuentra que, la Corte de Constitucionalidad, sobre este aspecto, ha resuelto que: "La jurisprudencia en nuestra legislación: sirve para complementar a la ley. En el código procesal civil y mercantil, para que se sienta jurisprudencia, el tribunal de casación (Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil), debe emitir cinco fallos uniformes,

---

<sup>11</sup> Op. Cit. Pág. 11

<sup>12</sup> *Ibid.* Pág. 12



no interrumpidos por otro en contrario, dictados por el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos, utilizándose, como ya se dijo, la expresión “doctrina legal”.

En material procesal penal se utilizan las expresiones jurisprudencia y doctrina legal, debiéndose llenar los mismos requisitos legales, con la diferencia que el voto de los magistrados debe ser unánime. Finalmente, en materia de amparo puede también sentarse jurisprudencia, especialmente en la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes constitucionales, en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos constantes de la misma corte; sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia.”

Marca la anterior sentencia de la Corte de Constitucionalidad que se debe de tener como principio fundamental, a la jurisprudencia, pero que la misma solamente se constituye en un fundamento del sistema jurídico, pero la Corte en su calidad y bajo ciertos enunciados que contienen verdades incuestionables, que sirven para ilustrar el criterio del juzgador a la hora de dictar sus resoluciones, podrá separarse de su propia jurisprudencia.



## CAPÍTULO II

### 2. Derecho mercantil

El derecho mercantil, apegado íntimamente al comercio, como rama propia de las ciencias jurídicas es relativamente moderno, ya que, si bien el comercio es una de actividades más antiguas que se pueden rastrear en la historia del ser humano, éste no formaba parte de las diversas ramas del derecho que se fueron formando a lo largo de la historia.

En ese sentido para uno de los grandes tratadistas del derecho mercantil guatemalteco, en el derecho mercantil “En Roma no existió la división tradicional del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. *El jus civile* era un universo para toda relación de orden privado.”<sup>13</sup>

La actividad comercial que surge en sus inicios con los grandes comerciantes de la antigüedad, es decir con los fenicios y que luego se trasladaría a otras civilizaciones como la misma romana, fue una actividad importante, pero que se consideraba solamente como algo artesanal, como un simple oficio de intercambio de productos, por ende, no merecedora de mayores disposiciones para la misma.

“En la evolución histórica del Derecho mercantil se pueden distinguir dos periodos bien diferenciados: el de su delimitación subjetiva como Derecho de los comerciantes en el

---

<sup>13</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 28



tráfico, y el intento que resultó infructuoso de definir objetivamente su concepto; y que se corresponden respectivamente con la etapa que se desarrolla desde su nacimiento en el medioevo hasta la codificación del siglo XIX y desde ésta hasta nuestros días.”<sup>14</sup>

Tomando la idea de Vasserot, el derecho mercantil tiene aspectos que le hacen diferente a otras ramas del mundo jurídico, dado que, su concepción no suele transmitirse de un campo a otro, o bien tenerse como parte integrante de alguna conceptualización y luego trasladarse a otra, porque el mismo se concibió de esa manera, en dos grandes etapas, las que se detallan mas adelante.

Así mismo, debe de señalarse otro aspecto fundamental dentro de este campo, es decir del derecho mercantil, siendo que:

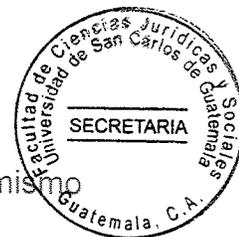
“Estas etapas no coinciden con periodificación de la historia general, pero las edades en que esta se divide (en lo que nos interesa Edad Media y Edad Moderna por una parte y Edad Contemporánea por otra) sí nos pueden servir como referencias para entender mejor la evolución del concepto y de las fuentes del derecho mercantil, que, en definitiva, es lo que se pretende.”<sup>15</sup>

Entonces, se encuentra que las ideas preconcebidas del derecho mercantil transcurrieron durante el tiempo conforme se dio la evolución del ser humano y conforme se fue perfeccionando esta modalidad del que hacer, pudiendo fraccionarse

---

<sup>14</sup> Vargas Vasserot, Carlos. **La evolución histórica del derecho mercantil**. Pág. 11

<sup>15</sup> *Ibíd.*



en las tres grandes etapas que menciona el autor, en la Edad Antigua, el mismo solamente era encuadrado como parte integrante de la economía, claro con las limitaciones que ello presupone.

Es decir, los Estados o formas de organización que existían lo conocían y sabían del mismo, pero no era un área jurídica ni cosa por el estilo. Posteriormente en la edad moderna, se comienza a observar y apreciar la importancia del mismo y que una región geográfica para su objetivo desarrollo debía de contar con una serie de concepciones jurídicas que le reforzaran, dado que, el mismo era parte del motor de la economía.

Y, las dos etapas anteriores sirvieron para que en el transcurrir de su turbulento desarrollo, se llegase a su necesaria codificación, aunque manteniendo la simplicidad del mismo, ya que, de lo contrario una burocratización del mismo, por así decirlo, solamente resultaría en una especie de involución, es decir un estancamiento y retroceso, lo cual, al final de cuentas sería perjudicial para un Estado o una región.

Y, así fue como transcurrió durante mucho tiempo el derecho mercantil, es decir, en un limbo, limitado y prácticamente desapercibido, llegándose inclusive a la época de la turbulenta edad media, lo que enmarca un cambio radical en la estructura del mismo derecho, siendo el cauce de lo que hoy conocemos como tal, siendo que "El derecho mercantil principiará a caminar por sus propios medios tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil.



Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues a las necesidades reales de la nueva clase comerciante”.<sup>16</sup>

Se debe de tomar en cuenta que para este periodo de la historia la codificación de las leyes había tomado un realce muy importante, y también de que el comercio ya se empieza a tomar como una actividad importante para las diversas formas de Estado que campean en dicho periodo, entonces, los juristas y especialistas de ese periodo observan aunque sea de una manera un tanto empírica que esta modalidad merece especial atención, de allí que durante la edad media se puede decir que es el antepasado más importante del derecho mercantil.

También con la llegada de otros acontecimientos como la Revolución Francesa y la Revolución Industrial las cosas en el mundo dejarían de ser como eran vistas, de la simplicidad se pasa a la complejidad y aunque el derecho comercial era limitado, cobra un realce.

Pero es en la Edad Contemporánea donde se puede decir que el derecho mercantil tiene su verdadero auge y asidero legal, y aunque para algunos sectores y corrientes del pensamiento el mismo se concebía como una invención del capitalismo y una nueva forma de apropiarse de la riqueza y despojo del capital y de la mano de obra, el derecho mercantil sobrevive a esos ataques.

---

<sup>16</sup> *Ibid.*



“En la actualidad el derecho mercantil estudia la actividad profesional del comerciante los medios que facilitan la circulación de las mercancías, los bienes o cosas mercantiles, (empresa, títulos de crédito, mercancías) las reglas de comercio nacional e internacional, la propiedad industrial, los procedimientos para reclamar la solución de un conflicto de intereses; en fin su contenido amplio proveniente de actividades sujetas a constante cambio hacen que este derecho sea uno de los más nutridos en experiencias que muchas veces rebasan la previsión del legislador.”<sup>17</sup>

En la cita anterior, se puede llegar a establecer que este tratadista guatemalteco desarrolla una perfecta sinopsis de lo que es el derecho mercantil al día de hoy, todos sus campos de acción, la importancia que el mismo estriba dentro de un Estado, y lo importante que es para los particulares y para el propio Estado, siempre viéndolo desde el punto de vista de los bienes y la circulación de los mismos en concordancia con los medios de producción.

## **2.1. Campo de acción**

Para establecer todo lo relacionado al campo de acción del derecho mercantil es importante señalar que este es:

“...el conjunto coordinado de estructuras ideales pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad

---

<sup>17</sup> **Ibíd.** Pág. 24



de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado en general”.<sup>18</sup>

Según este autor, el derecho mercantil forma parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado y que centra sus esfuerzos en las instituciones propias del derecho privado, en el cual el comerciante y el capital forman una relación simbiótica, sobre todo para el comercio de bienes, productos y mercancías para agilizar los mercados nacionales e internacionales.

En otro sentido, el derecho mercantil: “Está formado por los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión.

Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles, la contratación peculiar de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo relativo a suspensión de pagos y quiebras”.<sup>19</sup>

Una vez que se tienen prácticamente todos los elementos integrantes que conforman el derecho mercantil, incluida la definición vertida por parte de Guillermo Cabanellas, se puede decir entonces que el derecho mercantil es el conjunto de normas, principios y

---

<sup>18</sup> Cervantes Ahumada, Raúl, **Derecho mercantil**. Pág. 40.

<sup>19</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 454



doctrinas encargadas del estudio, comprensión y análisis de las cosas mercantiles, comerciantes y de sus auxiliares, de las sociedades mercantiles, del tráfico comercial, de los contratos típicos y atípicos y de todo aquello que tenga relación directa o indirecta con el derecho mercantil.

“El Derecho mercantil del siglo XIX no se caracteriza por ser especialmente fecundo en nuevas instituciones jurídico-mercantiles. En todo caso es el Derecho de sociedades el que tiene mayor relevancia, desarrollándose con los caracteres actuales las sociedades anónimas, y apareciendo en el tráfico aún no en la Ley un tipo social nuevo: la sociedad de responsabilidad limitada...

...Y también en esta época es cuando aparecen las cooperativas que, desde una perspectiva socio-económica aparecen como una reacción a las grandes deficiencias que el modelo empresarial capitalista decimonónico generaba sobre todo por las clases más desfavorecidas económica y socialmente.”<sup>20</sup>

El derecho mercantil, como bien pudo haber sucedido con otras áreas del conocimiento humano, tuvo que tener una catapulta que le terminara de proyectar, en este sentido, lo que logra elevar en definitiva al derecho mercantil y consagrarlo como una de las áreas más importantes dentro del campo del derecho privado fue, sin lugar a dudas lo relacionado a las sociedades, y es que, dentro del aspecto societario, se suele manejar negocios enormes, gran parte de la economía mundial durante el Siglo XIX y más ahora, depende en gran medida de lo que suceda en lo societario.

<sup>20</sup> Vargas Vasserot. Op. Cit. Pág. 93



## 2.2. El derecho mercantil guatemalteco

El derecho mercantil guatemalteco en la actualidad es una de las áreas más importantes dentro del campo jurídico, siendo considerada como parte del derecho privado, pero que de ninguna manera es ajeno al Estado, ya que se constituye en uno de sus principales motores de fomento económico, de desarrollo y proyección, sin embargo, para que esto transcurriera tuvo que suceder una serie de acontecimientos.

Dado el turbulento pasado histórico de Guatemala, ello por supuesto en su calidad de colonia de la corona española, su desarrollo en muchas áreas fue más lento, a ello no se escapa el derecho mercantil, siendo una prueba de esto, que: “La Real Cédula antes citada trajo a Guatemala una innovación por todos aplaudida. A instancias repetidas del comercio y de las autoridades superiores, el Gobierno español erigió en Guatemala el Consulado de Comercio y dispuso en la misma cédula de erección que rigieran las Ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de mayor aceptación en la metrópoli.

La cédula que creó el Consulado creó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces especiales el conocimiento de los negocios de comercio; esa misma cédula presto también el servicio de dar a este leyes propias y adecuadas a su naturaleza”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ascarelli, Tulio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**. Pág. 45.



Durante esta época, si bien el comercio era importante y los españoles trataron de alguna manera que el mismo se protegiera, a nivel personal y a nivel de los particulares y las pequeñas empresas, éste se encontraba bastante desprotegido, de tal manera que en estos comienzos las disposiciones atinentes al comercio, provenían sobre todo de las personas que gozaban de cierto poder, tales como los capitanes de los barcos, los coroneles y generales del ejército, los clérigos y los descendientes de alguna casta noble.

Otro aspecto que marco esta época en el derecho mercantil guatemalteco fue la causa de una total ausencia de conjunto de normas comerciales que se encontraran codificadas, lo cual permitía que el tráfico mercantil fuera sumamente desordenado y por ello su desarrollo fue de lo más lento que se pudiese imaginar, así que la entrada en vigor del mismo fue un aspecto netamente importante.

Y, es con el presidente Justo Rufino Barrios con quien se logra establecer, o mejor dicho que entra en vigencia el primer Código de Comercio, mismo que durante los años subsiguientes tuvo algunas reformas, fue derogado y entraron otros en vigencia, hasta el presente y que actualmente rige en Guatemala que es el Decreto 2-70 del Congreso de la República.

Debe también indicarse que los cambios de la normativa civil en materia mercantil y comercial se dieron no solo porque las normas que les contenían se fueron quedando obsoletas en algún momento determinado, sino porque los cambios coyunturales, las



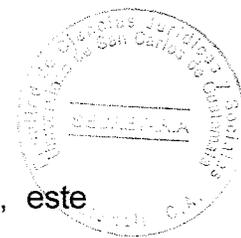
dictaduras, las crisis económicas, crisis de estado, entre otros factores también contribuyeron a las modificaciones que en su momento se fueron dando.

El derecho mercantil guatemalteco se encuentra amparado al más alto nivel de legalidad, dado que, la misma Constitución Política de la República de Guatemala, dentro de su Artículo 43 establece que: “Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.”

Si bien, el texto constitucional en este sentido, a primera vista pareciese un tanto escueto, en realidad no lo es, dado que, para su facilitación y promoción, el Estado guatemalteco consagra la libertad de comercializar, ello agiliza esta actividad y reactiva la economía.

Ello es tan importante que, la Corte de Constitucionalidad sobre este respecto ha resuelto según consta en Gaceta No. 50, expediente No. 444-98, página No. 290, sentencia emitida el 10-11-98, que:

“...El comercio, entendido como la actividad lucrativa que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva, intermediando directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza, se encuentra especialmente reconocido y protegido por el artículo 43 de la Constitución Política de la República, el cual preceptúa que el mismo puede ejercerse libremente, salvo -reza la norma- las limitaciones que por motivos



sociales o de interés nacional impongan las leyes. Como puede apreciarse, este precepto formula una reserva en lo relativo a que sólo mediante leyes -dictadas por el Congreso de la República- puede restringirse la actividad de comercio...”.

En otras palabras, lo que el máximo órgano en materia constitucional en Guatemala ha sentenciado, se convierte en un refuerzo para que rija en el país lo que comúnmente se conoce como ley de libre mercado, en la cual no se establecen limitaciones a la comercialización, salvo por supuesto las que puedan determinar las leyes relacionadas, es decir que, en el territorio de la República rige la ley de la libre oferta y la demanda.

Es entonces cuando vemos la importancia del origen del derecho mercantil, en su propia codificación, puesto que la ley mercantil siempre deviene de lo empírico, de lo fáctico, de las prácticas comerciales que preceden al concepto teórico; en cambio, el derecho civil postula exigencias de una profunda cohesión en la sistematización de los conceptos más generales, mientras que el derecho mercantil tiende a ser internacional. La existencia de los títulos de crédito por ejemplo, solo pueden funcionar dentro de un derecho flexible, rápido y poco formalista como lo es el derecho mercantil.

### **2.3. Características del derecho mercantil**

Tal como se apuntó con anterioridad, el derecho mercantil tiene sus propias características, las cuales lo diferencian de otras áreas del derecho y lo separa del área civil principalmente, siendo éstas:



a) Poco formalista

Los negocios se completan con simples formalidades a excepción de las sociedades anónimas y los fideicomisos por ejemplo.

b) Rapidez

El comerciante debe comerciar en gran cantidad y para ello se requiere siempre de una rapidez, tanto en el intercambio como en la forma de negociar.

c) Adaptabilidad

El derecho mercantil debe adaptarse a los cambios que surgen día a día, puesto que la actividad humana es cambiante, por ello las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente debiendo adaptarse a los eventos reales, es decir, a momento social.

d) Tiende a ser internacional

La producción de bienes y servicios no solo es para un Estado, sino influye, la participación interna y externa en dicho movimiento de varios países con sus propias normas, así como la participación de agentes internacionales para darle movimiento al tráfico mercantil sin ninguna limitación, más que la propia ley.



#### e) Seguridad jurídica

Basada en la misma necesidad que la negociación mercantil debe estar sujeta al principio de verdad sabida y buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior pueda desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

### **2.4. Principios del derecho mercantil**

Al derecho mercantil debe estar sujeto a principios que fijan los parámetros necesarios para su actuación y de los que se deben mencionar:

- a) Buena fe
- b) Verdad sabida
- c) Toda prestación se presume onerosa
- d) Intención de lucro
- e) Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación

### **2.5. Fuentes del derecho mercantil**

Tal como se trato el tema en el capítulo anterior, la palabra fuente significa origen, fenómeno de donde viene, por lo que están son:

- a) La costumbre



- b) La jurisprudencia
- c) La ley
- d) La doctrina
- e) El contrato



## CAPÍTULO III

### 3. Las sociedades mercantiles

Cuando se analiza el tema de las sociedades mercantiles, se observa que la tarea es más ardua de lo que a simple vista parece, ya que las modalidades si bien pueden llegar a parecerse, en todas las legislaciones mundiales existen aspectos que son propios de cada una de ellas, por ende, se debe de hacer un enfoque práctico, sistemático y sustancioso de las sociedades mercantiles que operan en Guatemala.

Así se encuentra que las sociedades mercantiles en Guatemala son: “Las conformadas por un grupo de personas, que adquieren personalidad jurídica y que mediante un contrato convienen en crear un patrimonio común, con el objetivo de realizar actos eminentemente lucrativos, con responsabilidad frente a terceros y con el fin primordial de repartir entre sus socios tanto las utilidades como las pérdidas obtenidas.”<sup>22</sup>

Los elementos básicos y fundamentales que dejan establecido que es una sociedad mercantil en Guatemala los presenta la autora supra citada, y lo hace de una manera muy sobria y de fácil comprensión y análisis, ya que para que la sociedad mercantil cobre vigencia y nazca a la vida debe de cumplir con los requisitos señalados, ello aunado a los requisitos registrales y formalidades de ley.

---

<sup>22</sup> Chúa Ávila, Karla Benedicta. **Análisis jurídico y doctrinario de la escisión de las sociedades mercantiles y la falta de regulación en nuestra legislación.** Pág. 41



“En una definición comercial, la compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industrias, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pueda corresponder y soportar asimismo las pérdidas en su caso”.<sup>23</sup>

Siguiendo la cita de Manuel Ossorio y entendiendo a la sociedad mercantil desde un punto de vista técnico jurídico, estas se deben de entender como aquellos entes que son creados estrictamente por medio de un acto voluntario colectivo de un grupo de personas con ese fin específico en aras de un interés común y con el fin de obtener ganancias o un fin lucrativo para poder compartirlo.

### **3.1. Regulación legal de las sociedades mercantiles en Guatemala**

La regulación legal de todas las sociedades mercantiles que pueden funcionar en Guatemala se encuentra normado por el Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual contiene el Código de Comercio, cabe resaltar sobre este aspecto que como suele suceder en casi todos los cuerpos normativos que se encuentran vigentes en el país, el Código de Comercio no da una definición específica de qué son las sociedades mercantiles, sin embargo, puede tomarse el referente para crear una definición que contenga las características del mismo y su objeto específico, que lo separa y lo diferencia de las otras áreas del derecho, haciéndolo único y dándole la importancia necesaria para tal efecto.

---

<sup>23</sup> **Op. Cit.** Pág. 903



### 3.2. Definición legal

Al realizar la definición legal se debe acudir al Artículo 14 de dicho cuerpo legal, el cual preceptúa que: “La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados. Para la constitución de sociedades, la persona o personas que comparezcan como socios fundadores, deberán hacerlo por sí o en representación de otro, debiendo en este caso, acreditar tal calidad en la forma legal. Queda prohibida la comparecencia como gestor de negocios.”

Pese a lo que refiere el Código Mercantil, se debe recurrir al espíritu mismo del derecho civil, que establece a través del Decreto Ley 106 en su Artículo 1728 que “la sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividir las ganancias.”

Lo anterior, infiere que en el derecho civil debe existir la voluntad de las partes para obligarse, poniendo en común bienes y dividiéndose las ganancias de acuerdo a la actividad económica que se realice, puesto que es su fin, el ánimo de lucro, razón por la cual la norma buscaba y adaptada en el derecho mercantil, con sus propias características nos da la pauta básica de la definición y lo que presupone aún mejor lo que se persigue al diferenciarla de las otras áreas del derecho, haciéndola de forma particular, sobresaliente respecto a las demás.



El espíritu del legislador en este articulado es un tanto escueto, aunque debe decirse que lo que aparentemente se trata de plasmar es una especie de axioma no sobre la conceptualización del término, sino que en que ámbito de aplicación se debe de aplicar y el contenido intrínseco que deberán de cumplir las personas interesadas en constituirse bajo cualquier forma de organización mercantil que se establezca en Guatemala.

Siendo éstas, las que determina el Artículo 10 del mismo cuerpo legal, de la forma siguiente: "Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes:

- 1o. La sociedad colectiva.
- 2o. La sociedad en comandita simple.
- 3o. La sociedad de responsabilidad limitada.
- 4o. La sociedad anónima
- 5o. La sociedad en comandita por acciones."

Es interesante entonces analizar como la normativa legal en Guatemala establece y reconoce cinco formas substanciales de asociación, derecho que tiene toda persona, media vez la misma sea con fines lícitos, y bajo los preceptos que las normas legales, pueda dictar, siendo estas las principales; sin embargo, las reformas al Código de Comercio de Guatemala, hay llevado al reconocimiento de una sociedad más, que es la Sociedad de emprendimiento.



Resulta importante destacar, que esta sociedad puede nacer de forma unitaria y es más, carece de un sentido propio en cuanto, a la definición propia del sentido mismo de la palabra sociedad, ya que hubiere sido mejor, darle auge al comerciante de emprendimiento y no a una sociedad unitaria.

Sin embargo, pese a existir diferentes sociedades mercantiles reconocidas en la ley, en esta investigación, se analizará primordialmente la sociedad anónima, por ser básica con el fin que se persigue, sin menoscabar claro, la importancia que tienen las demás para el derecho.

### **3.3. La sociedad anónima**

La sociedad anónima es: "Simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera, que no tiene razón social ni se designa por el nombre de los socios, aunque ello pueda hacerse, añadiéndose la expresión sociedad anónima o sus iniciales S.A.

Los socios responden únicamente por la cuota determinada que hayan suscrito y que está representada por títulos denominados acciones (v.), que pueden tener distintas características.

La administración y fiscalización estarán respectivamente a cargo de uno o más directores y síndicos, nombrados por la asamblea general. Para determinados



aspectos, las sociedades anónimas están sometidas a la fiscalización de la autoridad estatal.”<sup>24</sup>

Rastreando los antecedentes remotos de la sociedad anónima en el país, se encuentra que: “En Guatemala, la sociedad anónima, obtuvo consagración legislativa en el Código de Comercio de 1877, el cual tomó la definición del Código de Chile y reguló a este tipo de sociedad partiendo de las disposiciones establecidas para la sociedad colectiva y ocupándose únicamente de los aspectos particulares de la anónima...”<sup>25</sup>

De hecho, al desarrollar la retrospectiva con la cita anterior, es menester insistir en que ya a partir de esa fecha, es decir en 1877, hasta los días presentes, la consagración de la sociedad anónima como la forma predilecta de asociarse solamente se ha reafirmado, esto obedece a un sinnúmero de factores, entre los cuales se destaca la versatilidad de la misma, la facilidad para su constitución, el campo de acción que no tiene límite, es relativamente accesible casi para cualquier persona que posea cierto capital.

Durante largo tiempo guarda su secretividad y entra en funcionamiento casi de manera inmediata una vez ha pasada su fase registral, de allí pues se desprende parte de su gran éxito, el cual se complementa con la representación de su capital por medio de acciones.

---

<sup>24</sup> **Ibíd**, Pág. 903

<sup>25</sup> Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 166

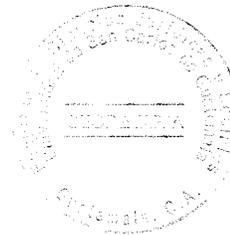


### 3.4. Características de la sociedad anónima

Como se viene dando a entender, la sociedad anónima ha demostrado ser la más exitosa de todas las formas societarias en materia mercantil que pueda existir, por lo menos ello se aplica para el caso de Guatemala, sin embargo, esto que es su fortaleza, también puede ser su debilidad, tal y como se analizará más adelante.

La sociedad anónima se caracteriza por muchos aspectos, entre los cuales se destacan los siguientes de conformidad a lo expresado por Edmundo Vásquez Martínez:

- a) “Es una sociedad capitalista, constituida *intuito pecunie* porque en ella lo importante es lo que cada socio aporta a la sociedad y no sus características personales. Fuera del aporte, los socios no se obligan a dar a la sociedad ninguna actividad.
- b) Es una sociedad por acciones, pues por ley tiene el capital dividido y representado por acciones. El hecho de que el capital se divida en su totalidad en acciones, significa no sólo que el aporte se represente por un título, sino que la acción confiere a su titular la condición de socio
- c) Es una sociedad con limitación de la responsabilidad de los socios al monto de los aportes realizados o prometidos.



- d) Es una sociedad administrada por personas de nombramiento revocable.
- e) Es una sociedad gobernada por los accionistas reunidos en Asamblea. La sociedad anónima se rige democráticamente, no sólo por el hecho de que su órgano supremo sea la Asamblea General, sino por la igualdad de derechos y el régimen de mayorías que impone la ley.
- f) Es una sociedad de denominación libre, puesto que la ley permite que se identifique con una denominación que puede formarse libremente y sólo se requiere la designación del objeto de la empresa si la denominación incluye el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos.”<sup>26</sup>

De la cita anterior se extrae entonces que las sociedades anónimas son capitalistas, no buscan el aporte personal de los socios sino básicamente su capital, siendo una sociedad accionada, cada accionista tendrá tanta representación como acciones tenga en su poder.

La responsabilidad es limitada, pues los socios solamente deben de responder por el número de acciones adquiridas y su administración solamente recae en representaciones, lo que busca la independencia e injerencia de los socios.

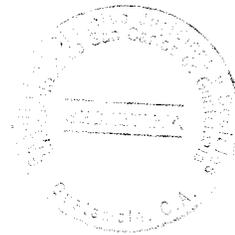
Es un tipo de sociedad gobernada por los accionistas reunidos en Asamblea, la cual es el máximo órgano y busca la imparcialidad y el beneficio de los socios, lo que la hace

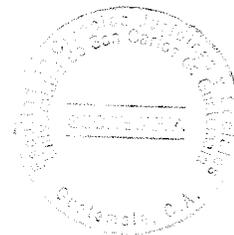
---

<sup>26</sup> **Ibid.** Págs. 168-170



una sociedad de denominación libre, puesto que como busca obtener ganancias el mercadeo y comercialización depende de aspectos como su denominación y nombre para darse a conocer.





## CAPÍTULO IV

### 4. Entidades fuera de plaza u offshore

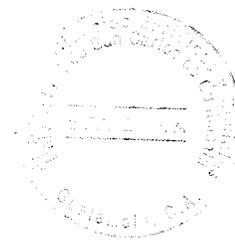
Las entidades fuera de plaza, también conocidas como offshore por sus siglas en inglés, son instituciones que han surgido por la factibilidad y facilidad que presenta el derecho mercantil, así como por la necesidad o instinto de invertir y aumentar de manera práctica el capital de los accionistas e inversionistas, quienes siempre están en busca de aspectos como ese.

Así que de las mismas se señala que: “Son las técnicas financieras contables que tienen por meta generar y transferir partidas de gastos a fin de disminuir los impuestos a pagar”.<sup>27</sup>

En este sentido, el autor de manera más que atinada da a entender que una entidad fuera de plaza a pesar de su simplicidad aparente, no solamente se limita a transferir partidas y procurar la disminución de los impuestos, sino que la misma resulta atractiva, porque apareja para los inversionistas ciertos beneficios, entre los cuales se pueden encontrar, el acceso a mercados extranjeros, el poder actuar bajo diversos panoramas y legislaciones, la multiplicidad de inversiones, y muchos otras, tal y como será analizado posteriormente.

---

<sup>27</sup> Bueso de Ligorria, Claudia María. **La importancia de los centros financieros offshore y la traducción jurada dentro del ámbito jurídico y del comercio internacional.** Pág. 4.



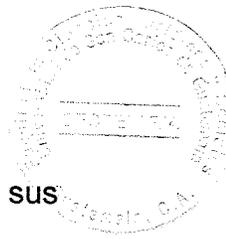
#### **4.1. De la aceptación de las entidades fuera de plaza**

La percepción que se puede tener sobre este tipo de entidades puede ser muy diversa, ello dependiendo de la perspectiva que tenga cada persona, pero de manera fundamental de acuerdo a la legislación aplicable de cada Estado y de la apertura económica y financiera.

En Guatemala el funcionamiento de las entidades fuera de plaza u off shore si se encuentra debidamente regulado, ello a través del Artículo 112 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, contenida en el Decreto 19-2002 del Congreso de la República, el cual establece que: “Se entenderá por entidades fuera de plaza o entidades off shore, para los efectos de esta Ley, aquellas entidades dedicadas principalmente a la intermediación financiera, constituidas o registradas bajo leyes de un país extranjero, que realizan sus actividades principalmente fuera de dicho país.”

Debe decirse entonces que, como una especie de excepción a la regla, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, a excepción de la mayoría de leyes en Guatemala, si presenta una definición, caso rarísimo que se de en el país, el cual tiende a no establecer definiciones sobre temas legales, sino que suele centrarse sobre el sentido de la norma.

Ello significa pues que, las off shore o entidades fuera de plaza no son ilegales, ni actúan al marco de la ley en Guatemala, y que se presentan como una alternativa



viable para que los inversionistas puedan desarrollar de una manera alterna sus inversiones o captación de capitales.

Otro aspecto importante que presentan éstas es la intermediación financiera, la cual encuentra su acepción en el interior del artículo 3 de la misma Ley de Bancos y Grupos Financieros, de la forma siguiente:

“Intermediación financiera, 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.”

Esta misma actividad que también es desarrollada por bancos y cooperativas en Guatemala, no debe de tender a confundirse con las actividades de las entidades fuera de plaza, dado que las mismas si bien pueden y están facultadas para la realización de la intermediación financiera, también cuentan con algunas limitaciones para ello.

Lo anterior, presupone que si fuera lo contrario serían prácticamente los bancos que operarían en Guatemala sin una autorización como tal y sin cumplir los requisitos que la ley les impone a los mismos.



#### **4.2. De la participación de los bancos y cooperativas en Guatemala**

Esta misma actividad que también es desarrollada por los bancos y las cooperativas debidamente autorizadas para funcionar y ejercer labores en Guatemala, por ninguna razón o motivo debe de confundirse con las actividades propias de las entidades fuera de plaza.

Derivado que las mismas, es decir, las entidades fuera de plaza, si bien se encuentran facultadas para la realización de la intermediación financiera, con algunas limitantes, ya que, contrario sensu, serían prácticamente especies similares a los bancos y las cooperativas, pero operarían en el territorio nacional de manera paralela; es decir, que, tal y como lo establecen los preceptos jurídicos en Guatemala relacionados al funcionamiento de bancos y grupos financieros, consagrados en su respectiva ley de la materia, solamente los bancos y las cooperativas se encuentran debidamente facultadas para desarrollar ciertos actos, lo cual les convierte en sociedades anónimas de carácter especial, todo lo cual, es ajeno y no está facultada una entidad fuera de plaza para poder realizarlo.

#### **4.3. Requisitos legales para su funcionamiento en Guatemala**

Los requisitos legales para que una entidad fuera de plaza u off shore pueda operar en Guatemala, se encuentran establecidas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros,



sobre todo en los Artículos del 112 al 114, aunque el artículo 112 ya fue abordado previamente, se encuentra que:

“Artículo 113 Reformado por el artículo 20 del Decreto Número 26-2012 del Congreso de la República. Requisitos para su funcionamiento. “Para operar en Guatemala, las entidades fuera de plaza o entidades off shore deberán obtener la autorización de funcionamiento de la Junta Monetaria, previo dictamen de la Superintendencia de Bancos, declarar que forman parte de un grupo financiero de Guatemala, y acreditar el cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Que incondicional e irrevocablemente acepta en forma escrita quedar sujeta a la supervisión consolidada de la Superintendencia de Bancos de Guatemala, en los términos señalados en el artículo 28 y a la legislación contra el lavado de dinero u otros activos y para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo;
- b) Que presente toda la información que le sea requerida por la Superintendencia de Bancos y por el Banco de Guatemala, la cual podrá ser verificada en cualquier momento por la Superintendencia de Bancos. La información sobre sus operaciones activas y contingentes deberá ser presentada en forma detallada. La información sobre las operaciones pasivas deberá ser presentada en forma agregada y sin revelar la identidad de los depositantes o inversionistas;



- c) Que acredite ante la Superintendencia de Bancos de Guatemala, que autorizó a las autoridades supervisoras de su país de origen para realizar intercambio de información referente a ella;
- d) Que las autoridades supervisoras bancarias de su país de origen apliquen estándares prudenciales internacionales, al menos tan exigentes como los vigentes en Guatemala, relativos, entre otros, a requerimientos mínimos patrimoniales y de liquidez.

De no ser así, se sujetará a las normas prudenciales y de liquidez que fije la Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia de Bancos para estas entidades, y que podrán ser las mismas o el equivalente, en su caso, de las aplicadas a los bancos domiciliados en Guatemala;

- e) Que comunique por escrito a sus depositantes, que los depósitos que éstos realicen no están cubiertos por el Fondo para la Protección del Ahorro y que el régimen legal aplicable a tales depósitos y otros pasivos será el del país en que se constituyó o registró la entidad fuera de plaza o la entidad off shore; y,
- f) Que tanto el valor de apertura de cada una de las cuentas de depósito como el saldo promedio mensual de las mismas, no sea menor a diez mil Dólares (US\$10,000.00) de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra moneda. En caso la cuenta registre un saldo promedio inferior al establecido,



durante dos (2) meses consecutivos, la misma deberá ser cancelada, debiendo informárselo al depositante.”

En tal virtud, y dada la importancia que reviste el contenido del articulado anterior, se hace el siguiente análisis de cada una de las literales contenidas en el mismo, de la forma siguiente:

En la literal a), el legislador guatemalteco buscó la manera, que estas entidades fuera de plaza, no se convirtieran de manera indirecta en especies de bancos o sucursales que permitiesen la promoción de formas delictivas, y de manera especial, no se pudiesen patrocinar o resguardar ganancias o fondos para promover y realizar actividades, tales como el terrorismo, independientemente que las mismas no se lleven a cabo en Guatemala o contra Guatemala.

Seguidamente, en la literal b), se encuentra la obligatoriedad para las entidades fuera de plaza en presentar en cualquier tiempo y cuando le sea requerido, cualquier tipo de información concerniente a sus operaciones, independientemente que esta imposición sea realizada por la Superintendencia de Bancos o por el Banco de Guatemala, no obstante, la limitación que se tiene en este sentido estriba en que la mayoría de la información que manejan estas entidades, obviamente se encuentra fuera del territorio nacional, lo cual puede generar un tanto de opacidad al momento de realizar dicho requerimiento.



Es por esa misma razón que, en la siguiente literal, es decir, en la literal c), el legislador incluyó la obligatoriedad de que la entidad fuera de plaza acredite ante la Superintendencia de Bancos de Guatemala, que debidamente autorizó a las entidades supervisoras de su país de origen para realizar intercambio de información referente a ella con las autoridades de Guatemala, cuando ello se requiera, por supuesto que ello siempre respetando la soberanía y las leyes de ambas naciones.

Por su parte, se encuentra que, en la literal d), las entidades fuera de plaza deberán de demostrar y acreditar de manera fehaciente que, las autoridades supervisoras bancarias de su país de origen, aplican estándares internacionales de funcionamiento, y si no se apegan a los mismos o por lo menos no se considere de esa manera en Guatemala, deben de apegarse como mínimo a requerimientos patrimoniales y demostrar una debida liquidez.

En la literal e), se encuentra un aspecto sumamente importante, y es que la entidad fuera de plaza que opere en Guatemala debe informar por escrito a sus usuarios y depositarios, que sus operaciones y depósitos no están cubiertos por el Fondo para la Protección del Ahorro, mejor conocido en Guatemala como FOPA y que el régimen legal aplicable a sus depósitos y operaciones, se aplica el del país en que se constituyó o registró la entidad fuera de plaza, por ello es que, algunas veces estas atractivas tasas de interés y ofrecimientos resultan muy seductores para las personas, pero a la vez son sumamente peligrosos y riesgosos.



Finalmente, en la literal f), se debe de analizar que, se establece la exigibilidad de una cantidad de dinero en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica o su equivalente a la moneda local, y la lógica de dicha reglamentación obedece a evitar la proliferación de usuarios de bajo perfil y baja capacidad económica, pero de manera especial a evitar el uso de estas entidades para actividades contrarias a la ley.

Otro requisito indispensable para el funcionamiento de las entidades fuera de plaza en Guatemala, se encuentra contenido en el Artículo 114 del mismo cuerpo normativo, de la manera siguiente:

“Artículo 114. Reformado por el artículo 21 del Decreto Número 26-2012 del Congreso de la República. Revocatoria de autorización de funcionamiento de las entidades fuera de plaza o entidades off shore.

“La Junta Monetaria, previo informe de la Superintendencia de Bancos, y observando el debido proceso, deberá revocar la autorización de funcionamiento de las entidades fuera de plaza o entidades off shore, cuando ocurra uno o más de los casos siguientes:

- a) Incumplan uno o más requisitos a que se refiere el Artículo 113;
- b) La entidad sea condenada en sentencia firme, dentro o fuera de la República de Guatemala, por los delitos de lavado de dinero u otros activos, de financiamiento del



terrorismo u otros delitos vigentes en el país, y que a juicio de la Superintendencia de Bancos ameriten tal medida;

- c) Se compruebe que el o los solicitantes presentaron información o documentación falsa en su solicitud de autorización para operar en Guatemala;
- d) Por intervención, disolución, liquidación o quiebra de la entidad fuera de plaza o entidad off shore o la cancelación de su licencia por parte de las autoridades competentes del país donde se encuentre legalmente constituido;
- e) Cuando deje de formar parte de un grupo financiero o cuando se disuelva el mismo;
- f) Cuando la deficiencia patrimonial sea mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio requerido de la entidad fuera de plaza; y,
- g) Por otras razones debidamente fundamentadas en informe de la Superintendencia de Bancos.

A partir de la fecha de revocatoria, las entidades fuera de plaza o entidades off shore dispondrán de un plazo de seis (6) meses para el cierre de sus operaciones en Guatemala, el cual podrá ser prorrogado por la Junta Monetaria a solicitud de la Superintendencia de Bancos.”

De manera similar y análoga al análisis que se realizó del Artículo 113, del anterior articulado, es decir, del 114 se desarrolla el análisis siguiente:



En la literal a), se faculta a la Junta Monetaria a revocar la autorización de funcionamiento de las entidades fuera de plaza, si se incumple con algunos de los requisitos contenidos en el Artículo 113 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, en la literal b), también a la Junta Monetaria se faculta a revocar la autorización de funcionamiento cuando la entidad fuera de plaza sea condenada por los delitos de lavado de dinero u otros activos, financiamiento del terrorismo u otros delitos análogos vigentes en el país, independientemente de que estos actos contrarios a la ley sean cometidos o no dentro de territorio de la República de Guatemala.

En tanto que, en la literal c) si la entidad fuera de plaza para operar en el país presentó documentación falsa, alterada o irreal y ello se compruebe debidamente está será revocada si ya está en funciones, y si aún no ha entrado en ellas, se le denegará la autorización.

La literal d), si la entidad fuera de plaza sufre intervención, disolución, liquidación, quiebra o la cancelación de su licencia por parte de las autoridades competentes del país ya no podrá operar en Guatemala.

En tanto, en la literal e) se encuentra que, las entidades fuera de plaza regularmente actúan en unión o cooperación a un grupo financiero y si este se disuelve por cualquiera causa la entidad ya no podrá operar en el país.



La literal f), si se demuestra que la deficiencia patrimonial sea superior al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio requerido de la entidad fuera de plaza, esta será revocada o no podrá funcionar en Guatemala, dado que no cumple con un requerimiento de liquidez que garantice sus operaciones y la protección a los usuarios y depositantes.

Y, por último, en la literal g), se encuentra cualquier otro caso que aunque no se encuentre previsto, si se encuentran razones debidamente fundamentadas en informe de la Superintendencia de Bancos también se podrá revocar la autorización para funcionar en el país.

Así para la observación de los requisitos previamente señalados y de los posibles casos de revocación para las operaciones de las entidades fuera de plaza, se establecen las unidades de riesgo.

Una unidad de riesgo es aquella que tiene por objeto regular los aspectos mínimos que deben observar los bancos, las sociedades financieras, las entidades fuera de plaza o entidades off shore autorizadas por la Junta Monetaria para operar en Guatemala y las empresas especializadas en servicios financieros que formen parte de un grupo financiero, con relación a la administración integral de riesgos.

Las unidades de análisis de riesgo se forman por diversas razones, entre las cuales cabe destacar, las siguientes:



En primer lugar, las Unidades de Administración de Riesgos envían informes sobre el nivel de cumplimiento de las políticas y procedimientos aprobados, incluyendo los límites prudenciales para cada tipo de riesgo, así como evaluar las causas de los incumplimientos que hubiere y proponer al Consejo acciones a adoptar con relación a dichos incumplimientos.

En segundo lugar, proponen al comité políticas, procedimientos y sistemas para la administración integral de riesgos que incluyan niveles de tolerancia, metodologías, herramientas, modelos, límites prudenciales y otros mecanismos de control de la exposición total e individual por tipo de riesgo en las principales líneas de negocio.

Así mismo, cumplen con reportar al comité periódicamente y cuando la situación lo amerite, sobre la exposición total e individual por tipo de riesgo en las principales líneas de negocio, los cambios sustanciales de tales exposiciones, su evolución en el tiempo y el cumplimiento de límites prudenciales, así como proponer al comité las medidas correctivas correspondientes.





## CAPÍTULO V

### **5. Paraísos fiscales y la vulneración legal por medio de la utilización de las entidades fuera de plaza**

Tanto la sociedad fuera de plaza, como el tema se trata, toman real importancia, puesto que cada uno delimita una parte importante en cuanto a la vulneración del derecho por parte de las personas que conforman este tipo de sociedades y que se ven atraídas por los territorios considerados como paraísos fiscales; por lo mismo, se abordará el siguiente tema.

#### **5.1. Paraísos fiscales**

El tema de los paraísos fiscales, en la última década ha adquirido dimensiones más importantes, sobre todo porque la temática de la corrupción en Latinoamérica se ha ido descubriendo poco a poco, y la necesidad de rastrear los capitales, sobre todo los provenientes del Estado se ha convertido en una labor vital para las diversas políticas estatales.

Sin embargo, este no es el único tema que tiene relación con las controversias que han generado los denominados paraísos fiscales, por ejemplo, en el caso de Guatemala, éstos tienen relevancia por la entrada en vigencia de la Ley de Extinción de Dominio, ello tal y como se analizará posteriormente.



Por tanto, previo a entrar en la materia en cuestión, se tiene que tener la suficiente claridad y entendimiento de que es o que comprende un denominado paraíso fiscal, así se encuentra que:

“Un “Paraíso Fiscal” puede ser un país, un territorio, una determinada región o también una actividad económica que se busca privilegiar frente al resto, con la finalidad de captar fuertes inversiones, constituir sociedades, acoger personas físicas con grandes capitales, etc. Dicho de otro modo, los paraísos fiscales son aquellos sitios que atraen a los inversores extranjeros por el trato fiscal favorable que reciben. Conforme se puede apreciar, el término “paraíso fiscal” admite múltiples posibilidades, por ello es recomendable utilizar el término “países o zonas de baja tributación”.<sup>28</sup>

Entonces se encuentra que de conformidad con la anterior cita, un paraíso fiscal se constituye en un territorio o un Estado que tiende a aplicar o instituir un régimen tributario sumamente favorable a las personas, empresas y entidades que no tiene su residencia habitual o el giro de sus operaciones en este para establecer determinados efectos legales en el mismo, sobre todo cuando éstos otorgan determinadas ventajas, tales como: exención total o una reducción significativa en el pago de los impuestos, así como el mantenimiento o sostenimiento del denominado secreto bancario, entre muchos otros aspectos, dándole un espacio preferente debido al capital que estas aportan, no importando el origen del capital ni mucho menos su legalidad.

---

<sup>28</sup> Chávez Chávez, José Luis. **Los paraísos fiscales y su impacto global en América Latina**. Pág. 3



## 5.2. Características de los paraísos fiscales

Algunas de sus características son:

- a) “La confidencialidad, el secreto y el anonimato en que se desarrollan la titularidad y los movimientos de las cuentas bancarias, las transacciones de todo tipo, la titularidad de las acciones de las sociedades domiciliadas en el mismo, etc. amparadas todas ellas en el secreto bancario, comercial, administrativo y registral.”<sup>29</sup>

Existen diversas acciones que han intentado de una u otra manera promover la transparencia en el manejo de las cuentas que se tienen en Guatemala, no obstante, y pese a los esfuerzos, el uso de los denominados paraísos fiscales, aún sigue siendo uno de los puntos en los cuales se puede manejar el anonimato y la secretividad del manejo de las cuentas, lo cual puede ser utilizado para tener dinero proveniente de cualquier fuente.

- b) “Existencia de una ley restrictiva que impide el levantamiento del secreto bancario y de los límites de información (escasa y con nula trascendencia tributaria) que pueden obtenerse de los registros públicos, la propia administración fiscal rechaza cualquier tipo de asistencia mutua y de intercambio de información con otras

---

<sup>29</sup> **Ibid.**

administraciones fiscales estén o no amparadas en convenios para evitar la doble imposición internacional.<sup>30</sup>

Debe de tomarse en cuenta, en primer lugar que, en Guatemala se han realizado algunos esfuerzos para eliminar el secreto bancario, ello tratando sobre todo de respetar preceptos constitucionales y legales, pero que de alguna u otra manera la medida no ha tenido el efecto esperado, y en segundo lugar, las entidades en algunos aspectos suelen no cooperar con otras, siendo el recelo en el manejo de datos, información y documentos parte de la problemática.

c) "Estas jurisdicciones impiden la negociación de cualquier clase de convenio que incluya una cláusula que regule el intercambio de información, siendo éste uno de los indicadores que refleja, frente a la comunidad internacional, la voluntad de estos países de configurarse como una zona de tributación privilegiada."<sup>31</sup>

Bajo el pretexto de mantener incólume la jurisdicción, se suele evitar a toda costa, insertar cláusulas o declaraciones que permitan la facilidad y accesibilidad en el manejo de los datos, y sobre todo en el intercambio de información que permita una más eficiente fiscalización.

d) "Incluso disponiendo de dicha cláusula, en la práctica, estas actuaciones se ven limitadas o anuladas alegando que la realización de las mismas supone desvelar un

---

<sup>30</sup> **Ibíd.**

<sup>31</sup> **Ibíd.**



secreto comercial o industrial, o bien aduciendo razones de práctica administrativa que impiden su aplicación, finalmente pueden optar por dilatar los plazos a la hora de entregar la documentación requerida.<sup>32</sup>

Es importante denotar que, si en algún caso se incluyen cláusulas, convenios o declaraciones en los documentos que crean y modifican las relaciones entre los usuarios y las entidades fuera de plaza, las mismas se manejan de tal forma que prácticamente hacen casi imposible la viabilidad y efectividad de las mismas ante fiscalizaciones y controles.

e) “Hay una ausencia de cualquier norma que limite o controle los movimientos de capitales que tienen su origen o destino en un paraíso fiscal. Esta ausencia de normas restrictivas en materia de control de cambios permite el reciclaje de capitales utilizando como soporte la estructura jurídica y fiscal que ofrece el paraíso fiscal.”<sup>33</sup>

Este punto quizás es uno de los más controvertidos y más difíciles de superar, ello dado que, las entidades fuera de plaza regularmente tienen operaciones en diversos Estados, y al no existir una normativa internacional uniforme que les pueda regular y establecer parámetros y normas de carácter generalizado, pueden actuar de diversas maneras, ello dependiendo de sus intereses y de las normas propias, y de las que les aplican en cada Estado donde tengan operaciones.

---

<sup>32</sup> **ibid.**

<sup>33</sup> **ibid.**



f) "Para que este esquema funcione es necesaria la existencia de una red de comunicaciones, de todo tipo, que favorezca el movimiento de bienes y personas, bienes y servicios, así como la existencia de una infraestructura jurídica, contable y fiscal que permita el acceso a asesores, consejeros y profesionales especialistas en el aprovechamiento de las ventajas que ofrece el paraíso fiscal."<sup>34</sup>

Tal y como se menciona en el punto anterior, para que exista un esquema funcional y eficiente que garantice el efectivo accionar de las entidades fuera de plaza, requiere de toda una reingeniería, que abarcaría aspectos financieros, legales, administrativos y contables, lo cual ya por sí mismo, representa un gran reto, aunado a una predisposición a la colaboración por parte de dichas entidades, para que profesionales expertos en cada tema pudiesen tener acceso.

g) "Incluso en algunos casos se dispone de una infraestructura turística y clima favorable que permite atraer a los inversores de forma económica y como opción de ocio..."<sup>35</sup>

Este último punto, que a primera vista pareciese no tan importante, denota vital importancia, ello dado que, los paraísos fiscales, se encuentran ubicados en muchas ocasiones en territorios tropicales, con clima agradable, infraestructura ad hoc para el turismo y una serie de prerrogativas que se convierten en alicientes adicionales para sus inversores, quienes aprovechan sus viajes no solo para desarrollar negocios y

---

<sup>34</sup> **Ibíd.**

<sup>35</sup> **Ibíd.**



transacciones con las entidades fuera de plaza, sino que también hacen turismo y vacacionan al mismo tiempo, por esa misma razón suelen ser tan llamativas dichas entidades para las personas.

La caracterización de los paraísos fiscales se puede convertir en una lista interminable de aspectos que observan las personas o entidades que deseen tener relación financiera dentro de dichos territorios, las mismas pueden variar dependiendo de la legislación aplicable en cada Estado.

Sin embargo, las personas o entidades buscan ciertas características primigenias para realizar sus inversiones, siendo las principales las anteriormente mencionadas, asimismo, se busca que los territorios o Estados que las albergan no tengan mayores nexos o vínculos con países de primer mundo, o con aquellos que tengan facilidad de acceder a las investigaciones o casos que puedan llamar poderosamente la atención, y se convierten en terrenos perfectos cuando éstos no cuentan con tratados de extradición o de cooperación en materia financiera, fiscal, tributaria, etc.

También se encuentra que; algunos Estados o territorios en los cuales funcionan los paraísos fiscales, ofrecen a sus inversionistas o personas que les confían su capital ciertos beneficios como podrían ser la garantía de sostenimiento de condiciones, traslado inmediato de capitales hacia otros países en casos de emergencia, no persecución, ni investigación de los capitales y las inversiones que se les confien.



### **5.3. Los paraísos fiscales en los periodos del 2012 al 2017**

Como bien se había dado a conocer en el plan de investigación, la misma abarcaría aspectos de temporalidad entre los años del 2012 al 2017, sobre todo porque este es el quinquenio más reciente y del cual se pueden obtener datos más recientes y fidedignos sobre diversos aspectos, entre los cuales se destacan todos los relacionados a las entidades fuera de plaza.

Así se encuentra en primer lugar que: “Estos limbos fiscales resguardan hasta 24 billones de euros [24 veces el PIB España], según Tax Justice Network (TJN), una organización sin ánimo de lucro dedicada a vigilar los abusos fiscales, que en 2012 publicó un informe (The price of Offshore revisited) sobre la riqueza oculta en estas guardidas. El cálculo de TJN es conservador porque asegura que no recoge el valor de propiedades inmobiliarias, yates y otros bienes no financieros.”<sup>36</sup>

La publicación que se ha citado presenta matices por demás relevantes para la presente investigación, sobre todo porque éstos se centran fundamentalmente en los paraísos fiscales situados en el continente asiático y es que erróneamente se puede llegar a pensar que éstos denominados paraísos solamente son cuestiones propias de los países más pobres y en los en vía de desarrollo tanto de África como de América Latina, y es increíble observar que en lugares como los mencionados en la anterior cita ya se contabilizaban inversiones de hasta 24 veces más grandes que todo el producto interno bruto de España.

---

<sup>36</sup> [www.elpais.com](http://www.elpais.com) (Consultado: 20 de mayo 2018)



También se encuentra que: “El auge del comercio mundial ha alimentado el negocio de los paraísos fiscales pese a la crisis financiera. La riqueza oculta en estos agujeros negros aumentó un 6,1% durante 2012, según datos de la consultora Boston Global Consulting.

Esta organización calcula que la riqueza depositada en los paraísos fiscales crecerá un 30% entre 2012 y 2017. Pronostica, además, que los centros offshore de Asia, como Singapur y Hong Kong, recibirán la mayor parte de la nueva riqueza que se destine a estos refugios de capital.”<sup>37</sup>

Se observa entonces que de conformidad con las citas previas que el negocio de los paraísos fiscales se constituye en un flujo de capital para los Estados que los albergan algo muy importante, de eso se desprende entonces que los mismos, no realicen mayores esfuerzos por eliminar o combatir dichas prácticas, y si se calcula las cifras recibidas solamente por Hong Kong en dichos rubros, ello superaría por cientos de veces el presupuesto general de ingresos y egresos de países como Guatemala.

#### **5.4. Vulneración legal por medio de la utilización de las entidades fuera de plaza u off shore al momento de adquirir acciones en sociedades anónimas**

Las entidades fuera de plaza han tenido un elevado auge, sobre todo en el periodo comprendido entre los años 2012 al 2017, ello se debe a diversas razones, tales como, atractivas tasas de interés, superiores a la de cualquier entidad bancaria o cooperativa,

---

<sup>37</sup> *Ibid.*



asimismo, estas entidades fuera de plaza, entre la diversidad de servicios que prestan, también adquieren en nombre de terceros acciones en sociedades anónimas, ese caso también se da en Guatemala, en donde las acciones al portador han quedado en el pasado y ya no se pueden adquirir, sin embargo, la secretividad y el anonimato aún se pueden mantener en el país, por medio de la utilización de las entidades fuera de plaza, lo cual puede ser utilizado para la adquisición de acciones nominativas en sociedades anónimas, pero no teniendo la certeza jurídica de quien es el verdadero adquirente de las acciones.

### **5.5. Conceptualización**

El Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contiene la Ley de Extinción de Dominio, en su momento modificó el Artículo 108 del Decreto Ley 2-70, Código de Comercio.

Dicha disposición estableció que a partir del día veintiocho de junio del año 2010, todas las acciones al portador debiesen de convertirse a ser acciones nominativas, ello dentro de las sociedades anónimas, esta disposición cuya espiritualidad busca combatir la corrupción, el lavado de dinero, la fuga de capitales, entre otros.

De ello, puede decirse que es pareciese medida atinada, aunque no deja de ser objeto de diversas controversias, teniendo defensores y detractores, de tal cuenta que; entre las vulneraciones que se han tenido, se encuentra que las entidades fuera de plaza u



Off Shore, han encontrado la manera de mantener el anonimato y la secretividad en cuanto a quienes son los verdaderos dueños de las acciones y de donde proviene el capital.

**5.6. Adquisición de acciones en sociedades anónimas como una forma de evadir la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala por parte de las entidades fuera de plaza u off shore**

Debe de mencionarse en primer lugar que el Artículo 71 de la Ley de Extinción de Dominio determinó que: Se reforma el Artículo 108, Acciones Nominativas y al Portador, del Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así:

"Artículo 108. Acciones. Las acciones deberán ser nominativas. Las sociedades anónimas constituidas antes de la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio, cuyo pacto social les faculte a emitir acciones al portador y tengan pendiente la emisión de acciones, deberán realizarla únicamente con acciones nominativas."

El espíritu del legislador en este sentido claramente fue el evitar el blanqueo de capitales, la inmersión en el mundo mercantilista de personas allegadas a la delincuencia y el crimen organizado que buscan aparentar que sus ganancias provienen de hechos y actos lícitos, así como impedir la creación de empresas



fantasmas o denominadas de cartón, para que se pudiera continuar con actividades de dudosa procedencia.

Bajo esta nueva perspectiva, se consideraba que el cambio de acciones al portador a acciones nominativas si bien no era del todo la solución, si se constituiría en una herramienta de suma importancia para el freno de las actividades previamente mencionadas.

Y, de cierto es que es prudente aceptar que; en alguna medida la idea que se plasmó y que posteriormente se llevó a cabo por parte del legislador no era mala, ni cosa por el estilo, de hecho es una medida que para el momento de su promulgación era acorde y sobre todo hasta cierto punto necesaria, dado que por los niveles de inseguridad, violencia y corrupción que se manejan en el país era necesario cerrar los caminos al crimen organizado para que no siguiese utilizando las empresas y entidades guatemaltecas para la continuación y desarrollo de sus nefastas actividades.

### **5.7. De la vulneración legal**

El crimen organizado y la delincuencia organizada guardan muchos rasgos que les caracterizan, uno de ellos es la argucia, la cual se complementa con la astucia, de cierto es que su capacidad para adaptarse y salir adelante es importante, y ante los esfuerzos de los Estados, de sus instituciones, de sus ciudadanos y de todas aquellas medidas que se establecen para combatirles, en un gran número de veces encuentran



los caminos, formas y modos para salir adelante, claro queda que su falta de escrúpulos y el ánimo de delinquir y de obtener ganancias ilícitas y fáciles les conmina a ello.

Y, si se toma en cuenta que la institucionalización de las acciones al portador, lo habían convertido en un mecanismo importante para blanquear capitales y crear las famosas empresas de cartón, la argucia fue combatida de manera atinada por el Estado con la promulgación del mandamiento de convertir las acciones al portador en nominativas.

Sin embargo, y tal y como se mencionó la astucia de los grupos delincuenciales es importante, aunado que dentro de su estructuración también cuentan con profesionales que les orienten y pueden llegar hasta el más alto estrado de corrupción, de ahí pues que la forma de evadir las disposiciones y esfuerzos para combatirles en algunas oportunidades si les rindan frutos.

Y, uno de los caminos para la evasión de la Ley de Extinción de Dominio se encuentra en la posible utilización de las denominadas entidades fuera de plaza u off shore, dado que, uno de los requisitos para la adquisición de acciones o para la constitución de una sociedad es el de proporcionar los datos siguientes:

- a) Nombre completo
- b) Número de Documento Personal de Identificación
- c) Edad



- d) Estado civil
- e) Profesión u oficio
- f) Domicilio

Pese a ello, para la obtención de acciones nominativas se puede actuar de dos formas, una claro es más arriesgada que la otra y es relativamente fácil de rastrear e identificar:

La primera, sería actuar por medio de interpósita persona, es decir, utilizar a un tercero para adquirir en nombre de otra persona acciones, o servir en todo caso de testafarro, sin embargo, en este caso las alarmas se encienden cuando la persona utilizada no tiene forma de demostrar la procedencia de sus inversiones o cuando las mismas no son acordes a sus ingresos lícitos, de ahí pues que el riesgo en ello sea más grande.

La segunda forma, que se puede encontrar entonces, sería la utilización de las entidades fuera de plaza u off shore para la adquisición de las acciones nominativas, máxime si se toma en consideración que las leyes de la República de Guatemala las permiten, no son prohibidas y pueden actuar aún y cuando su centro de operaciones o sede central no se encuentre constituida en el territorio de la República.

Entonces al momento de adquirir acciones o de constituir sociedades anónimas, las mismas proporcionarían los datos de su representación legal, acto que es totalmente lícito y adquieren bien acciones, bien constituyen sociedades, todo ello aparentemente en un clímax de sobriedad y licitud.



Sin embargo, la procedencia de la inversión o del accionista que realmente sea el propietario del capital, puede ser oculto y desconocerse el origen de la misma, la licitud de su procedencia y los fines ulteriores para los cuales se utilizará la ganancia obtenida por medio de la sociedad anónima.

Siendo entonces menester que el legislador se replantee la medida y se pudiese establecer la posibilidad del rastreo de capitales sobre todas aquellas personas individuales o jurídicas, que tengan sus intereses dentro o fuera de Guatemala para poder demostrarse la procedencia de la inversión, dado que las entidades fuera de plaza pueden perfectamente y legalmente adquirir acciones dentro del territorio nacional, otorgando todos los datos de su representante legal, pero pudiendo ocultar los del verdadero inversor.





## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Para esta investigación, es de suma importancia determinar cuál es la problemática encontrada y para efectos de la presente se determinó cuáles son las consecuencias jurídicas, sociales y culturales, de la clara violación a la ley por medio de la utilización de las sociedades off shoure. En aspectos jurídicos es importante conocer la problemática legal que esto representa para la misma sociedad y su impacto en ella.

La base legal de la misma, la constituyen el propio Código de Comercio de Guatemala en cuanto a la forma de creación de las sociedades y más, en el caso de las sociedades anónimas, atendiendo precisamente a la utilización que de ellas hacen las sociedades off shoure; en base a ello, quienes violan la ley por medio de este tipo de sociedades y utilizan los paraísos fiscales, ven una puerta abierta para lograr sus cometidos, donde el crimen organizado no tiene ningún tropiezo por la facilidad con que pueden usar este tipo de sociedades para sus propios fines y lo cual afecta a toda la sociedad entera.

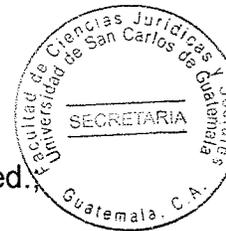
Por lo tanto, la solución a la problemática, la constituye el replanteamiento por parte del legislador para poder incorporar el rastreo del capital en las cuentas de los verdaderos inversionistas a fin de evidenciar con claridad quiénes son en realidad y la forma de utilización del capital, para ello, a fin de concretar reglas claras para quienes utilizan este tipo de sociedades brindado así certeza y seguridad jurídica, deduciendo las responsabilidades a quienes incumplan y regulando su actividad fiscal, impidiéndoles una evasión del pago de impuestos.





## BIBLIOGRAFÍA

- ASCARLLI, Tulio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**. Barcelona, España: (se). Ed. Bosch, 1984.
- BUESO DE LIGORRÍA, Claudia María. **La importancia de los centros financieros offshore y la traducción jurada dentro del ámbito jurídico y del comercio internacional**. (se) Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2004.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta. 1993
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho mercantil**. (s.e.) Ed. Herrero, México 1975
- CHÁVEZ CHÁVEZ, José Luis. **Los paraísos fiscales y su impacto global en América Latina**. (s.e.) Imp. CIMEXUS Vol. IX, No.2, México. 2014
- CHÚA ÁVILA. Karla Benedicta. **Análisis jurídico y doctrinario de la escisión de las sociedades mercantiles y la falta de regulación en nuestra legislación**. (s.e.) Guatemala, 2008.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introducción teórica a la historia del derecho**. (s.e.) Juruá editorial. Universidad Carlos III de Madrid. España, 2012.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. (s.e.) Ed. Heliasta, Argentina, 1989.
- P. CAPPELLINI, **Del derecho romano al derecho moderno**. (s.e.) Ed. Einaudi, Italia. 2003
- REALE, Miguel. **Introducción al derecho**. Quinta edición. Ediciones Pirámide S.A. Madrid 1982
- RECASENS, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1985
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. (s.e.) Ed. Serviprensa Centroamericana. Guatemala, 1978



VILLEGAS, LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3t.; 2da. ed. Ed. Universitaria. Guatemala, 1985.

[www.elpais.com](http://www.elpais.com) (consultado: 20 de mayo de 2018).

[www.wikipedia.org/wiki/Fuentes\\_del\\_derecho](http://www.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_derecho) (consultado: 23 de septiembre de 2018).

### **Legislación:**

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

**Código de Comercio**. Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley de Bancos y Grupos Financieros**. Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

**Ley de Extinción de Dominio**. Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala. 2010.