

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO

"ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA PRECAUTORIA O CAUTELAR
DE INTERVECIÓN EN LA EMPRESA MERCANTIL POR LA POSIBLE COMISIÓN DE DELITOS
TRIBUTARIOS"

TESIS DE POSGRADO

JOSÉ GIOVANNI CHINCHILLA GUERRERO
CARNET 53469-95

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, OCTUBRE DE 2018
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO

"ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA PRECAUTORIA O CAUTELAR
DE INTERVECIÓN EN LA EMPRESA MERCANTIL POR LA POSIBLE COMISIÓN DE DELITOS
TRIBUTARIOS"

TESIS DE POSGRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

JOSÉ GIOVANNI CHINCHILLA GUERRERO

PREVIO A CONFERÍRSELE

EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CORPORATIVO

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, OCTUBRE DE 2018
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
DR. LUIS FERNANDO CORDÓN MORALES

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
DRA. CYNTHIA MARIELA SALAZAR MUÑOZ
MGTR. GUSTAVO GIOVANNI MOLINA AYALA
MGTR. JULIO ROBERTO SAAVEDRA PINETTA

Guatemala, 25 de junio de 2018

Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente

Apreciables Miembros del Consejo:

Por este medio, me dirijo a ustedes saludándolos cordialmente y para hacer de su conocimiento que fui nombrado por el Consejo de Facultad como Asesor de la tesis de Maestría en Derecho Corporativo del Licenciado José Giovanni Chinchilla Guerrero, en el tema *"Efectos de la Aplicación de la Medida Precautoria o Cautelar de Intervención en la Empresa Mercantil por la posible comisión de Delitos Tributarios"*.

Al respecto, me permito manifestar que procedí a la revisión del referido trabajo, brindando la asesoría que estimé adecuada a lo largo de la fase de investigación, en la cual el Licenciado Chinchilla Guerrero incorporó sus aportes propios, análisis y apreciaciones, por lo que considero que el trabajo se llevó a cabo de forma adecuada, constituyéndose en un aporte que será de provecho.

El trabajo realizado reúne los requisitos que establece la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales para una tesis de Maestría por lo que me permito dar mi **DICTAMEN FAVORABLE** con relación a la investigación realizada, en virtud de que se cumplió con la normativa contenida en el instructivo de mérito, y la investigación, a mi criterio, está lista para ser sometida a la evaluación final.

Sin otro particular y agradeciéndoles la tarea encomendada, me suscribo,



Doctor Luis Fernando Córdón Morales
Asesor

Guatemala, 30 de octubre de 2018

Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente

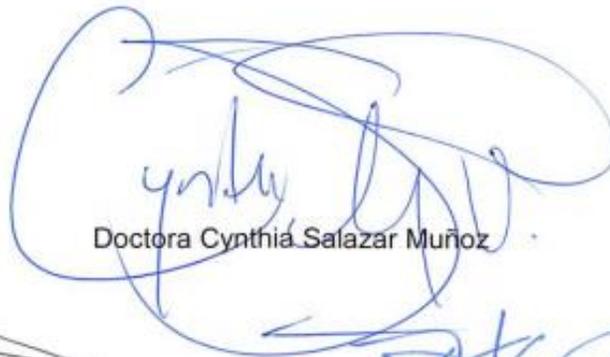
Apreciables Miembros del Consejo:

Por este medio, nos dirigimos a ustedes saludándolos cordialmente y a la vez para exponerles que fuimos nombrados por el Consejo de la Facultad para conformar el Tribunal para practicar el examen de defensa privada de tesis de Maestría en Derecho Corporativo del Licenciado José Giovanni Chinchilla Guerrero.

Por recomendación de la terna examinadora, el título del trabajo de investigación fue modificado y ahora se titula "Análisis de la idoneidad de la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención en la empresa mercantil por la posible comisión de delitos tributarios", entre otras recomendaciones que fueron dadas.

Con relación a ello y dado que el alumno cumplió con efectuar las correcciones solicitadas como resultado de la práctica del examen referido y dentro del plazo señalado para el efecto, nos permitimos manifestar que se ha procedido a la revisión del trabajo, estableciendo que el mismo reúne los requisitos que establece la normativa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, además de satisfacer las recomendaciones efectuadas, por lo que damos nuestra APROBACIÓN con relación a la investigación realizada y la pertinencia de emitir la consecuente ORDEN DE IMPRESIÓN.

Sin otro particular y agradeciéndoles altamente la tarea que nos ha sido encomendada, nos suscribimos de ustedes atentamente,



Doctora Cynthia Salazar Muñoz



Magister Gustavo Giovanni Molina Ayala



Magister Julio Roberto Saavedra Pinetta



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071940-2018

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado del estudiante JOSÉ GIOVANNI CHINCHILLA GUERRERO, Carnet 53469-95 en la carrera MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07631-2018 de fecha 30 de octubre de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA PRECAUTORIA O CAUTELAR DE INTERVECIÓN EN LA EMPRESA MERCANTIL POR LA POSIBLE COMISIÓN DE DELITOS TRIBUTARIOS"

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER EN DERECHO CORPORATIVO.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 30 días del mes de octubre del año 2018.

LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Responsabilidad: El Autor es el único responsable de los contenidos y conclusiones de la presente tesis

DEDICATORIA

A Jesucristo y a la Virgen del Rosario; por sus múltiples bendiciones.

A José Eleázar y Ana María; por ellos estoy aquí.

A Jacqueline, Ana Gabriela y José Giovanni; por ellos sigo aquí.

RESUMEN

En época reciente, la medida cautelar de intervención judicial ha sido requerida por la autoridad tributaria guatemalteca en los procesos iniciados por la posible comisión de delitos tributarios. Al respecto, la presente investigación jurídico-descriptiva, analiza la idoneidad de la aplicación de esta medida cautelar en estos procesos, tomando en cuenta que, conforme el Código Procesal Penal, para asegurar la reparación digna, la víctima o el agraviado está facultado para solicitar medidas cautelares en cualquier momento del proceso penal.

Al respecto, surge la cuestión si es idóneo aplicar una medida cautelar como la intervención judicial, en la cual la función del interventor designado es tomar el control de la caja y reservar fondos para un pago, al que, según el estado del proceso penal, no ha sido condenado el supuesto deudor (contribuyente), por lo que el monto adeudado no se encuentra firme.

INDICE

Introducción.....	1
Capítulo 1. Las medidas precautorias o cautelares	4
1.1 Consideraciones generales.....	4
1.2 Las medidas precautorias o cautelares en la doctrina.....	4
1.3 Naturaleza jurídica de la medidas precautorias o cautelares.....	9
1.4 Regulación legal de las medidas precautorias o cautelares.....	11
1.5 Principios aplicables a las medidas precautorias o cautelares.....	14
1.6 Características de las medidas precautorias o cautelares.....	16
1.7 Tipos de medidas precautorias o cautelares patrimoniales.....	17
1.7.1 El embargo precautorio.....	17
1.7.2 El secuestro judicial.....	19
1.7.3 La intervención judicial.....	21
Capítulo 2. La Medida Precautoria o Cautelar de Intervención de Empresa Mercantil.....	23
2.1 La empresa mercantil.....	23
2.2 Clases de empresas mercantiles.....	26
2.3 Elementos de la empresa mercantil.....	29
2.4 El establecimiento mercantil.....	30
2.5 La medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil.....	32
2.6 Casos de aplicación de la medida precautorias o cautelar de intervención de empresas mercantiles en un proceso penal, a requerimiento de la Superintendencia de Administración Tributaria.....	37
2.6.1 Caso Aceros de Guatemala, Sociedad Anónima.....	37
2.6.2 Otros Casos.....	39

2.6.3 Comentarios Finales.....	43
Capítulo 3. Idoneidad de la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de la empresa mercantil por la posible comisión de delitos tributarios.....	44
3.1 Aspectos financieros que tomar en cuenta en la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil en procesos penales tributarios.....	44
3.2 Efectos económicos que tomar en cuenta en la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil en procesos penales tributarios.....	50
3.3 Efectos jurídicos de la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil en procesos penales tributarios.....	55
3.3.1 Los delitos tributarios en la legislación guatemalteca.....	56
3.3.2 El proceso penal, las garantías y principios constitucionales.....	61
3.3.3 Posible vulneración de garantías constitucionales como efectos jurídicos de la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil.....	65
Capítulo 4. Análisis y Discusión de Resultados.....	70
4.1 Método utilizado.....	70
4.2 Instrumento y Unidades de análisis utilizados.....	72
4.3 Resultados Obtenidos.....	73
4.4 Cuadros de Cotejo.....	74
Conclusiones	80
Recomendaciones.....	81
Bibliografía.....	82
Anexo.....	87

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza ciertos derechos a sus habitantes, entre los que se encuentran el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de presunción de inocencia; los cuales se aplican sin distinción a todas las partes intervinientes de un proceso. El proceso penal, por supuesto, no escapa a la aplicación de estos principios.

En efecto, estas garantías se constituyen en una forma de control que el legislador constitucional previó en la sustanciación de todos los procesos, incluso el proceso penal.

En el caso de las medidas precautorias o cautelares, la doctrina las ha dispuesto como aquellas herramientas legales accesorias a un proceso principal, aplicables a procesos de distinta naturaleza, por medio de las cuales se garantiza la eficacia de una resolución judicial, asegurando bienes presentes que, por situaciones ajenas al devenir del tiempo, al momento de emitirse pronunciamientos judiciales definitivos, podrían ya no existir objetivamente, dejando desprovisto de protección a quien asistiere el derecho reclamado oportunamente.

El Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, es el cuerpo normativo que más ampliamente regula la materia de medidas cautelares. Incluso otros cuerpos legales como el Código Procesal Penal y el Código de Comercio, refiere a su aplicación supletoria en esta materia.

En el caso del Código Procesal Penal, la figura de la reparación digna, contenida en el artículo 124, establece que la víctima tiene derecho a la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, incluyendo la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delincuente. Este artículo regula que la víctima puede solicitar al Juez o Tribunal que corresponda, que se adopten medidas cautelares que permitan el aseguramiento de bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación que en su momento se decida.

Recientemente, según las noticias aparecidas en medios periodísticos, la Superintendencia de Administración Tributaria y el Ministerio Público requirieron y obtuvieron de distintos órganos jurisdiccionales, como medidas cautelares, el

otorgamiento de la intervención judicial sobre empresas propiedad de contribuyentes denunciados por delitos tributarios.

Así surgió la pregunta de esta investigación, ¿es idónea la aplicación de la medida cautelar de intervención de empresas mercantiles en los procesos penales iniciados por la Superintendencia de Administración Tributaria por la posible comisión de delitos tributarios?

Para el efecto, se estableció la necesidad de realizar una investigación jurídico-descriptiva que permitiera establecer la idoneidad de la aplicación de la medida cautelar de intervención judicial en los procesos penales tributarios, como objetivo general; en tanto que para dar respuesta a los objetivos específicos trazados se hizo una investigación doctrinaria relacionada con las medidas cautelares, en general y la medida cautelar de intervención judicial, en particular; además se examinó la aplicación de las medidas cautelares en la legislación procesal civil, mercantil y penal, finalizando con el análisis de la no idoneidad de la aplicación de la medida cautelar de intervención de la medida cautelar de intervención de empresas en los procesos penales tributarios.

Los elementos de estudio analizados surgieron del examen realizado a la legislación nacional aplicable en las materias jurídicas relacionadas con la investigación, tales como empresa mercantil, delito tributario, medidas cautelares y la intervención judicial, analizando a través de un cuadro de cotejo los pronunciamientos que la Corte de Constitucionalidad ha emitido en sentencias relacionadas con medidas precautorias solicitadas por la Superintendencia de Administración Tributaria.

Respecto a los alcances y límites, la investigación se desarrolló en el territorio de Guatemala, examinando las notas periodísticas que describieron las situaciones en las que se aplicaron las medidas cautelares o precautorias de intervención judicial a distintas empresas y se analizó la legislación aplicable, tal es el caso de la Constitución Política de la República, Código Tributario, Código de Comercio, Código Procesal Civil y Mercantil y Código Procesal Penal, específicamente en cuanto a la institución de la medida cautelar en forma general y la intervención judicial, en forma específica.

Con relación al aporte, la investigación realizada pretende establecer si la aplicación de la medida cautelar o precautoria de intervención judicial es idónea o no, dentro de los procesos penales iniciados por denuncias presentadas por la Superintendencia de Administración Tributaria, por la posible comisión de delitos tributarios.

CAPÍTULO 1

LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O CAUTELARES

1.1 Consideraciones generales

Las medidas precautorias o cautelares se presentan como aquellas herramientas legales que le permiten asegurar un derecho o un bien, susceptible de un litigio futuro, para evitar su pérdida por el transcurso del tiempo o por el cambio de las circunstancias vigentes al inicio de la medida.

Hugo Alsina, al tratar el tema expone: *“Desde que se interpone la demanda hasta que se dicta la sentencia, media un espacio de tiempo cuyas consecuencias no deben ser soportadas por quién tenía razón para litigar, sino por quien infundadamente sostuvo una pretensión contraria. Por eso el juez al pronunciar su fallo debe colocarse al momento de la iniciación del juicio, por lo cual la sentencia es siempre declarativa y tiene efecto retroactivo”*¹.

En la legislación guatemalteca no existe una definición de medida precautoria o cautelar, por lo que se debe acudir a la doctrina para empezar a trazar algunos elementos que permitan esbozar una definición de este instituto jurídicos.

1.2 Las medidas precautorias o cautelares en la doctrina

Es en el ámbito del Derecho Procesal Civil en el que el estudio de las medidas precautorias o cautelares ha alcanzado mayor grado de desarrollo legislativo y de doctrina. Por ello es que se debe acudir a esta rama del Derecho para poder establecer un planteamiento con respecto a esta figura.

En un proceso judicial, no es suficiente evitar que el transcurso del tiempo se convierta en una situación capaz de influir decisivamente en la emisión de una sentencia, que pueda afectar la eficiencia de ésta. Con el transcurso del tiempo, puede ocurrir que el objeto de un litigio pueda desaparecer, perdiendo su original valor o bien mudando su naturaleza a otra distinta, por lo que en estos casos una

¹ Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda edición, 1962, Tomo V, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. Pág. 354

sentencia, cuando así convenga al vencedor de un proceso, no podría resarcir en el derecho reclamado.

Estas circunstancias, que en un momento dado pueden afectar un resarcimiento acorde a la petición del vencedor de un proceso judicial, pueden tener mucha importancia, en el caso de los medios de prueba. En efecto, si en el desenvolvimiento de un proceso judicial una de las partes no puede acceder a un medio de prueba que tuvo existencia al inicio del mismo y que luego desaparece o cambia de su naturaleza original, al momento que el juez debió someterla a examen, puede tener consecuencias perjudiciales para la parte que necesitaba servirse de ese medio para probar alguna de sus pretensiones originales, lo cual puede afectar de gran medida el contenido de una sentencia.

A decir de la Doctora Carmen Uriol Egido, *“el primero intento de elaboración de un concepto de medida precautoria o cautelar surge en la doctrina procesal alemana de finales del siglo XIX, sin embargo, es la doctrina italiana la que, desde comienzos del siglo XX, construye paulatinamente un concepto autónomo de institución cautelar”*.²

Continúa manifestando la Doctora Uriol Egido, que *“no conviene perder de vista que toda teoría general de las medidas precautorias o cautelares responde a una construcción doctrinal que se ha ido formando en el tiempo y que ha tomado como referencia la existencia de un proceso y la duración inevitable del mismo, que podrá, en ocasiones permitir al demandado impedir la total o parcial efectividad de los derechos que pudieran corresponder al actor, con el consiguiente perjuicio de su derecho a una tutela judicial efectiva”*.³

El jurista italiano Piero Calamandrei, expresa que *“parece obvio considerar que el respeto a las normas procedimentales por parte de quien quiere hacer valer su derecho no puede perjudicarle, de ahí la necesidad de articular una serie de medidas dirigidas a tutelar sus derechos de una manera cautelar ante la eventual*

² Uriol Egido, Carmen. Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria en los procedimientos de aplicación del tributo. Tesis Doctoral. Universidad de Oviedo. España. 2012. Pág.124

³ Uriol Egido, Carmen. Op. Cit. Pág. 125

*imposibilidad de que en el futuro, aun habiéndose reconocido su derecho, el mismo pudiese no hacerse efectivo, por lo que la tutela cautelar se inserta dentro de la garantía jurisdiccional de las normas jurídicas, asegurándola de modo anticipado”.*⁴

Para Manuel Ortells Ramos, en su obra “Las medidas cautelares”, considera que “la razón de ser de la existencia de las medidas cautelares es doble. De un lado, el hecho de que una resolución con eficacia no puede obtenerse sin más inmediatamente después de ser pedida, puesto que la realización de todo proceso exige tiempo, y entre el momento en que debió producirse la satisfacción y el momento en que efectivamente se produce mediante la sentencia y, en su caso, mediante la ejecución forzosa, implica, ya de por sí, que el proceso no cumple, con perfección ideal, su función de realización del Derecho. Otra razón de ser es la de evitar que, en este tiempo de demora, el demandado realice actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción que la sentencia vaya a conceder al actor. De este modo el actor no tendría, ni siquiera una satisfacción tardía, lo que sin duda es más grave. Por ello, la tutela cautelar es el instrumento jurídico-procesal que tiene por función evitar tal circunstancia”.

Ramiro Podetti afirma que “las medidas cautelares in genere, están comprendidas dentro de los fines primordiales de la jurisdicción, como derecho-deber del estado, aunque pueda verse en algunas de ellas una preponderancia de la finalidad pública sobre los fines privados. Mediante ellas, el poder jurisdiccional satisface el interés particular de asegurar un derecho aún no declarado, pero con mayor o menor intensidad, según la especie de medida cautelar, satisface el interés general y público de asegurar la paz en la convivencia social y evitar la pérdida o desvalorización de los bienes económicos.”⁶

Los autores Andrés De la Oliva Santos, Luis Díez-Picazo Jiménez y Jaime Vegas Torres, exponentes de la doctrina española, definen las medidas precautorias o

⁴ Calamandrei, Piero. Derecho Procesal Civil I. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I. Editorial Librería del Foro. Buenos Aires, Argentina. 1996. Pág. 134.

⁵ Ortells Ramos, Manuel. Las medidas cautelares. Editorial La Ley. Madrid. 2000. Pág. 35.

⁶ Podetti, Ramiro. Tratado de las medidas cautelares. 2ª edición. Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1955. Pág. 85.

cautelares como: *“el remedio arbitrado por el Derecho para conjugar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo”*.⁷

A su vez, otro autor español, Vicente Gimeno Sendra, define al instituto jurídico sujeto de estudio como: *“medios o instrumentos legales de prevención de las contingencias que provocan las dilaciones del proceso, solicitadas para asegurar la efectividad de la pretensión deducida para prevenir el evento de que, siendo estimada en la resolución judicial que pone fin al proceso, hayan desaparecido los bienes del deudor sobre los que haya de realizarse el derecho del acreedor”*⁸

La jurisprudencia española, tomada por la Doctora Uriol Egido, define las medidas cautelares como: *“aquella medida precautoria establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda recaer en el proceso principal. A esta definición llegó el Tribunal Supremo español en sentencia emitida con fecha 16 de septiembre de 2009”*.⁹

Ugo Roco expresa que *“las medidas precautorias son aquel tipo de proceso que tiene como finalidad cautelar una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza sin que importe el hecho de que la finalidad cautelar se presente como objeto principal al cual se dirija la actividad jurisdiccional, o se presente ocaso como un momento o una fase incidental, en otra forma de actuación del derecho y particularmente de declaración de certeza o de condena”*.¹⁰

La Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares, suscrita por Guatemala el 5 de agosto de 1979 y ratificada el 27 de octubre de 1988, define las medidas precautorias como: *“El procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de*

⁷ De la Oliva Santos A., Díez-Picazo Jiménez, L. y Vegas Torres, J. Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales. Editorial Universitaria Ramón Areces. 3ª edición. Madrid. 2005. Página 385.

⁸ Gimeno Sendra, Vicente. Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales. 5ª edición. Madrid. Editorial Colex. 2014. Página 38.

⁹ Uriol Egido, Carmen. Op. Cit. Pág. 128

¹⁰ Roco, Ugo. Tratado de derecho procesal civil. Editorial Temis. Bogotá. 1977. Pág. 8

*los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a reparación civil”.*¹¹

A su vez, Hernando Devis Echandía, las define como “*el derecho de iniciar un procedimiento para que se adopten las medidas judiciales necesarias para el aseguramiento de la satisfacción de un derecho material, o para su defensa*”.¹²

Entre las múltiples clasificaciones que establece la doctrina para las medidas precautorias o cautelares, y para interés de este estudio, se centrará en la que realiza la Doctora Uriol Egido, en personales y reales o patrimoniales. En el caso de las medidas cautelares personales “*son las que recaen sobre la persona del vencido o de quien se vaya a reclamar un derecho en un proceso. En materia civil se encuentra el arraigo, en tanto que, en materia penal, se establece la prisión preventiva o en su caso la libertad condicional. Ahora bien, en el caso de las medidas cautelares reales o patrimoniales, las mismas pretenden asegurar las responsabilidades pecuniarias que se deriven de una sentencia o bien para asegurar un derecho que se ejercerá posteriormente. Estas medidas precautorias reales recaen precisamente sobre los bienes objeto de litigios y pueden ser el embargo, secuestro, intervención judicial, entre otros*”.¹³

Tomando en consideración las definiciones dadas por los autores citados anteriormente, las medidas cautelares se consideran como aquellos procesos accesorios que la ley prevé, a través de los cuales se puede garantizar la eficacia de una resolución judicial, por medio del aseguramiento de bienes o de obligaciones específicas en procesos de distinta naturaleza.

¹¹ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, adoptada en Montevideo Uruguay de fecha 8 de mayo de 1979 dentro de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

¹² Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso. Biblioteca Jurídica Dike. Tomo I. 13ª Edición. Bogotá. 1994. Pág. 205.

¹³ Uriol Egido, Carmen. Op. Cit. Págs. 133 y 134

1.3 Naturaleza jurídica de las medidas precautorias o cautelares

Para la Doctora Carmen Uriol Egido, bien puede afirmarse que *“el fin de las medidas precautorias o cautelares sigue siendo el mismo: garantizar la eficacia de un proceso o de un procedimiento principal al que sirven. Para esto están, y para esto aparecen en los actuales ordenamientos jurídicos”*.¹⁴

A criterio de Calamandrei, *“la tutela cautelar surge de la posibilidad que exista un daño y se ejemplifica con la condena a futuro en proceso seguido en contra de un inquilino que no entregue el bien inmueble arrendado, el día del vencimiento del contrato respectivo, en virtud que esa situación puede ocurrir. Para hablar de cautela debe existir un peligro real y efectivo”*.¹⁵

Hugo Alsina manifiesta que *“en la acción precautoria forma parte de la teoría general de las acciones procesales, constituyéndose en un derecho autónomo que compete tanto al actor como al demandado y aún a terceros. Este derecho puede ser ejercitado en forma independiente o por la vía de los incidentes –previa o posterior al inicio de la acción principal- y al que se le pueden aplicar las condiciones generales para el ejercicio y admisión de cualquier acción procesal, debiendo reunir los requisitos y elementos de las mismas. No obstante, las medidas precautorias muestran una naturaleza especial ya que deben tener ciertos elementos que las fundamentan: a) debe existir o por lo menos evidenciarse la existencia de un derecho, en virtud que existen dos pretensiones opuestas, de quien afirma y quien lo niega; y ambos pueden salir vencedores en un litigio. Será el juez el que determinará a quien asiste el derecho y será hasta en esa instancia que puede hablarse sobre bases ciertas; sin embargo, existen situaciones en que las presunciones que fundamentan las pretensiones procesales de la parte que la reclama revisten elementos que permiten al juez acoger estas pretensiones en forma provisional; por eso es suficiente en tal supuesto la invocación de un derecho justificado prima facie; es decir, que el juez procede aquí con conocimiento sumario.*

¹⁴ Uriol Egido, Carmen. Op. Cit. Pág. 126

¹⁵ Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de Las providencias cautelares. Traducción de Santiago Santis Melado. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1945. Pág. 155

*En algunos casos, la ley únicamente requiere la posibilidad de existencia de un perjuicio y no exige, una justificación. La determinación del daño, muchas veces queda a criterio del juez, sin embargo, en otros, ha sido el propio legislador, quien lo ha precisado. En los casos que el daño sea inminente, queda a criterio del juez”.*¹⁶

De lo anterior se puede establecer que estas medidas han dejado de ser consideradas como un medio que asegure el resultado de un proceso de ejecución, nuestra legislación también las regula como una herramienta jurídica para conservar medios de prueba. Pueden ser incoadas tanto como un proceso separado, como un accesorio de un juicio de ejecución o un juicio de conocimiento. En el caso de iniciarse como un proceso separado, la legislación requiere que posteriormente se inicie el proceso que pretendía asegurar el resultado o conservar el medio de prueba.

La existencia de una medida precautoria resulta siendo provisional, pues dependerá de los acontecimientos que se susciten en el proceso principal para determinar o no su continuidad. En el caso de las medidas cautelares que pretenden la conservación de una prueba, sirven hasta que el juez dicta su sentencia; en tanto que las que aseguran una cosa litigiosa, su función permanece hasta el momento del cumplimiento de la sentencia en que se condene al vencido en el juicio correspondiente.

Otra situación que debe resaltarse es que las medidas cautelares, de conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, se dictan sin necesidad de escuchar a la otra parte, sin que por ello se violente el principio de bilateralidad que debe guardar el proceso. En estos casos, la parte contraria podrá discutir la procedencia o no de la medida dictada y su extensión, una vez esta sea cumplida. Recuérdese que, en los casos de ser dictada, el juez ha valorado a conciencia la existencia de un derecho y que se hace necesario asegurarlo.

¹⁶ Alsina, Hugo. Op. Cit. Pág. 357

1.4 Regulación legal de las medidas precautorias o cautelares

En la legislación guatemalteca vigente, específicamente el Código Procesal Civil y Mercantil, contenido en el Decreto Ley 107 se regula el procedimiento de aplicación de las Providencias Cautelares, estipuladas en el Libro Quinto, Título Primero, las cuales dentro de su tramitación, deben ser decretadas de oficio o a instancia de parte, según se establezca en cada caso particular, sin que se haya establecido un trámite especial para las mismas, con lo cual se ha privilegiado la simpleza y que su otorgamiento se lleve a cabo lo más pronto posible. Sin embargo, es de hacer notar que la legislación procesal civil requiere el otorgamiento de una medida de garantía suficiente, a criterio del Juez, sin la que no podría ejecutarse la providencia cautelar requerida.

La Corte de Constitucionalidad, con relación a las medidas precautorias o cautelares, ha sostenido: “... *las medidas cautelares son concebidas como instrumentos que permiten asegurar el derecho y la eficacia de la justicia y garantizar a las partes el cumplimiento efectivo y tangible de la futura sentencia definitiva, en caso sea reconocido el derecho de quien solicitó la medida cautelar. Como providencia cautelar, el embargo en su acepción procesal se denomina preventivo cuanto tiene por finalidad asegurar los bienes durante la tramitación del juicio. Obviamente, ese aseguramiento se perfecciona cuando la medida decretada por el juzgador es debidamente inscrita en los registros, o bien cuando producto de la decisión judicial, además se nombra como depositario a la persona en cuyo poder estén bienes del demandado y se restrinja o limite la libre disposición de los mismos...*” Sentencia del 28 de marzo de 2012, Expediente 4113-2011.

En forma general las medidas reguladas por el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil son las siguientes:

- 1) Arraigo (regulado en el artículo 523 del Código Procesal Civil y Mercantil y Decreto 15-71 del Congreso de la República), el cual refiere que cuando se ausente u oculte una persona en contra de quien se debe entablar o ya se haya entablado una demanda, se le asiente o establezca en el lugar en que

debe seguirse el proceso. Para los efectos de su aplicación, regularmente es la República de Guatemala.

- 2) Interdictos de obra nueva y peligrosa (regulados en los artículos 249 al 252 del Código Procesal Civil y Mercantil). Los interdictos son procesos judiciales que tienen, entre otros objetivos, reclamaciones por algún daño que pueda causarse. Según el Código Procesal Civil y Mercantil, únicamente proceden sobre bienes inmuebles. En estos procesos, los jueces competentes pueden otorgar cualquier medida precautoria que sea necesaria.
- 3) Anotación de la Litis (regulados en el artículo 526 Código Procesal Civil y Mercantil). Consiste en la anotación de la demanda relacionada con la declaración, constitución, modificación o extinción de un derecho real sobre bien inmueble, en la inscripción registral de éste.
- 4) Embargo Preventivo (regulados en el artículo 527 Código Procesal Civil y Mercantil). Regula que podrá decretarse en forma precautoria, el embargo de bienes que sean suficientes o alcance a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas.
- 5) Secuestro (regulado en el artículo 528 Código Procesal Civil y Mercantil). Esta medida precautoria consiste en el desprendimiento del bien que se trate, de manos del deudor, para que sea entregada en calidad de depósito a un tercero, que tendrá prohibición de servirse del mismo.
- 6) Intervención Judicial (regulados en el artículo 529 Código Procesal Civil y Mercantil). Esta medida se refiere al gravamen que recae sobre establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, propiedad de un deudor. El Juez que ordene la intervención deberá fijar las facultades del interventor, limitándose estrictamente a lo indispensable para asegurar el derecho del acreedor y permitir la continuidad de la operación comercial.

7) Providencias de Urgencia (regulados en el artículo 530 Código Procesal Civil y Mercantil). Sin estar nominadas expresamente, el Código Procesal Civil y Mercantil establece que quien tenga fundado motivo para considerar que en tanto pueda hacer valer un derecho a través de los procesos establecidos, este derecho pueda verse perjudicado, puede pedir por escrito a un Juez las providencias de urgencia que se crean más idóneas para asegurar los efectos de la decisión sobre el fondo del asunto que se presente oportunamente.

Por su parte, el Código de Comercio, en el artículo 661, establece el embargo, pero como una variante de la intervención de la empresa mercantil. Para el efecto regula que la orden embargo contra el titular de una empresa mercantil solamente podrá recaer sobre la empresa en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos, lo cual deberá hacerse a través de un nombramiento de un interventor que tendrá a su cargo los gastos ordinarios o imprescindibles de la empresa y la obligación de conservar los remanentes a disposición del Juez que decretó la medida. También puede embargarse el dinero, los créditos o mercancías, en tanto no se perjudique la marcha normal de la empresa.

El Código Tributario, a su vez, establece la facultad que tiene la Administración Tributaria de solicitar Medidas Precautorias, en forma parecida a las Providencias de Urgencia reguladas en el artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil, pues regula que los juzgados de lo económico-coactivo, a solicitud de la Administración Tributaria, pueden dictar las medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar los intereses del fisco en la oportuna percepción de los tributos, intereses y multas, así también podrán decretarse para la debida verificación y fiscalización que le manda la ley a esta institución, cuando exista resistencia, defraudación o riesgo en la percepción de los tributos, intereses y multas.

Finalmente, la regulación de las Medidas Cautelares en el artículo 124 del Código Procesal Penal, en el numeral 4 establece que en el Derecho a la reparación digna, la víctima o el agraviado podrán solicitar al Juez o Tribunal competente la adopción

de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación.

De lo anterior, se establece que en la legislación guatemalteca, las medidas cautelares se constituyen en la herramienta legal que permite a las partes de un litigio asegurar la satisfacción de un derecho, sea personal o patrimonial, y evitar su pérdida por el transcurso normal del tiempo, resguardando también su derecho de defensa, constituyéndose en accesorias al juicio principal.

En el caso de las medidas cautelares o precautorias en un proceso penal, las mismas se piden dentro del propio proceso principal y no en forma independiente al mismo.

1.5 Principios aplicables a las medidas cautelares

Jeny Escobar Alzate considera que en materia de medidas cautelares debe aplicarse el principio de equilibrio procesal, toda vez que se trata de la defensa de todos los derechos subjetivos de las personas que acuden a la jurisdicción en demanda de justicia y seguridad y no solo del demandante, sino también del demandado, en virtud de que no tienen el alcance de vulnerar el derecho del debido proceso, de ahí la garantía de proporcionalidad y razonabilidad de las cautelas.¹⁷

La misma autora, citando jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, aporta lo siguiente: *“Los más importantes principios que rigen la práctica de medidas cautelares, para efecto de garantizar un justo término de equidad en el proceso. Estos son: el periculum in mora y el fumus boni iuris, los cuales deben aparecer de forma concurrente para asegurar la proporcionalidad y congruencia de la medida. El primero, periculum in mora, tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra*

¹⁷ Escobar Alzate, Jeny. Nociones básicas del Derecho Procesal Civil en el Código General del Proceso. Universidad de Ibagué. Colombia. 2014. Pág. 271.

*menoscabo durante la sustanciación del proceso. El segundo, fumus boni iuris, aduce a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal. Estos dos principios, asegura la doctrina, deben operar de manera concurrente, al punto que la falta de uno de estos elementos, debe dar lugar a que: i. se rechace la medida cautelar o ii. se otorgue la medida pero de manera limitada. Por ejemplo, si el valor de la causa en juicio ejecutivo es proporcionalmente mínimo a la solvencia del demandado, la medida carecerá de periculum in mora, caso en el cual no habrá necesidad de hacer juicio alguno sobre el principio fumus boni iuris, pues de plano resulta innecesaria la medida. (Corte Constitucional Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez)”.*¹⁸

En cuanto al principio de *periculum in mora*, las autoras Amalia Montes Reyes y María Jesús Molina Caballero, enuncian que el peligro por la mora procesal lo constituye el riesgo a obtener una sentencia que, por el transcurso del tiempo desde que se inició el proceso hasta que terminó con pronunciamiento a favor del demandante, quede carente de efectividad. Son muy diferentes los riesgos que pueden impedir o dificultar la efectividad de la sentencia estimatoria; así, sin ánimo de ser exhaustivos, se puede señalar como situación que supone un riesgo, en cuanto a la posterior ejecución de la sentencia en general, la insolvencia del demandado (en la ejecución dineraria) o, en particular, la desaparición de la cosa mueble objeto del litigio que conllevaría a una ejecución dineraria compensatoria. Para la adopción de la medida cautelar es necesario que el solicitante alegue y pruebe el concreto peligro que amenaza la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, de tal modo que, si no existe tal riesgo, no cabe la adopción de la medida cautelar solicitada por el demandante.¹⁹

En cuanto al principio *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, las mismas autoras manifiestan que desde el momento en que las medidas cautelares suponen un perjuicio para el demandado, por cuanto implican una injerencia en el patrimonio

¹⁸ Escobar Alzate, Jeny. Op. Cit. Pág. 271

¹⁹ Montes Reyes, Amalia y Molina Caballero, María de Jesús. Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil. 5ª Edición. Madrid. Difusora Larousse – Editorial Tecnos. 2014. Pág. 538

del deudor, sólo se permitirá su adopción cuando el demandante o solicitante acredite la existencia de un derecho. Se trata de acreditar su pretensión sin llegar a exigirse una prueba plena puesto que ésta requeriría la práctica de la prueba, lo que llevaría a duplicar la fase probatoria. Lo que se exige al solicitante de una medida cautelar es que acredite de forma provisional e indiciaria la relación jurídica sobre cuya base solicita la medida cautelar, de tal manera que el órgano jurisdiccional pueda realizar un juicio de verosimilitud sobre el fundamento de su solicitud.²⁰

1.6 Características de las medidas precautorias o cautelares

Jorge Forero Silva²¹ presenta las siguientes características de las medidas cautelares:

1. *“Se cumplen de forma inmediata. Incluso antes de notificada la providencia que los decreta, la cual constituye una excepción a la regla general, al disponerse sin oír a la parte contraria de quien las solicitó por la urgencia de la garantía.*
2. *Instrumentales. Generadas como consecuencia de un proceso judicial, con algunas excepciones como el caso de las cautelares anticipatorias. Se constituyen en puente para lograr un resultado y son el instrumento de eficacia de la sentencia. Tienen una relación de servicio respecto del proceso al cual se subordina, dependiendo del objeto litigioso que en él se ventila.*
3. *Taxativas. La naturaleza de la acción da la pauta para establecer si se tiene derecho o no a una medida cautelar, ya sean nominadas o innominadas; en uno y otro caso debe haber autorización legal para su decreto.*
4. *Provisionales. No tienen carácter de cosa juzgada, no es por tanto su esencia. La provisionalidad supone que la efectividad de la justicia cautelar tiene una limitación en el tiempo y se extinguen cuando actúe el derecho de un modo definitivo, o sea cuando el proceso termine, con algunas excepciones.*

²⁰ Montes Reyes, Amalia y Molina Caballero, María de Jesús. Op. Cit. Pág. 538

²¹ Forero Silva, Jorge. Especialización de Derecho Civil. Universidad de Ibagué, Colombia. 2013. Pág. 11

5. *Mutables. Por su carácter provisional se decretan, de conformidad con las circunstancias concretas que las justifican, pero pueden cesar sus efectos cuando esas circunstancias dejen de ser determinantes; por su flexibilidad se pueden ampliar, modificar o levantar. La variabilidad y revocabilidad son consecuencias de algo no definitivo.*
6. *Proporcionalidad. Se establece una regla proporcional de la medida, desde su injerencia mínima en la reparación o satisfacción, hasta la sustitución por caución. Se adopta la medida menos gravosa, si los objetivos de cautela lo permiten.*
7. *Requieren petición de parte. De modo general, la cautela debe ser rogada, con excepción de algunos procesos de familia cuando se trata de proteger a los incapaces.*
8. *Apariencia de buen derecho. Es decir, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia.*
9. *Oportunidad. Lاپso dentro del cual puede solicitar la práctica de una medida cautelar; algunas se pueden presentar antes o desde la demanda y otras, una vez proferida la sentencia.”*

1.7 tipos de medidas precautorias o cautelares patrimoniales

En párrafos anteriores se hizo una descripción de la regulación legal de las medidas cautelares en Guatemala. Allí se determinaron las distintas medidas cautelares que de conformidad con el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil, se establecen.

En el presente apartado se ampliará un poco lo relacionado a las medidas precautorias que recaen sobre bienes, es decir las que tienen naturaleza patrimonial y que para efectos del presente estudio son las que interesan.

1.7.1 El embargo precautorio

Hugo Alsina, refiere que este tipo de medida cautelar persigue la inmovilización del bien para que un acreedor pueda hacer efectivo su crédito, una vez el mismo le sea

reconocido por sentencia válidamente emitida; en tanto el embargo precautorio se encuentre vigente, el deudor se ve imposibilitado para ceder, vender, traspasar o cualquier otra forma de disposición de los bienes embargados.²²

El embargo precautorio procede ser solicitado en toda clase de juicios, sea en materia civil, mercantil, laboral, penal, de familia, entre otros. Para ello deberá cumplirse con los requisitos que establece la ley, entre ellos que el acreedor deberá fundar su pretensión en un título suficiente y señalar los bienes sobre los que recaerá la medida, entre otros.

Al momento de decretar un embargo precautorio, un juez no determina la calidad personal del demandado ni del demandante, únicamente se toman en cuenta los elementos relacionados con el bien o bienes sujetos al embargo, ya que se trata de una medida precautoria que afecta la propiedad de los bienes. Es importante manifestar que, si dentro de un proceso judicial se ha denegado la solicitud de embargo precautorio efectuada por un acreedor, no significa que más adelante dentro de la sustanciación del mismo proceso pueda volver a requerirse al juez dictar dicha medida.

Eduardo Pallares²³ describe que el juez al decretar la medida precautoria emite un “auto de embargo” que se caracteriza por contener un mandamiento que impone obligaciones no solo a la persona que va a ser embargada, sino que también a las que, de algún modo, pueden oponerse a la diligencia respectiva o facilitar su ejecución. Este auto puede ser provisional, cuando se dictan las providencias precautorias en los juicios ejecutivos, de lanzamiento, hipotecarios, según corresponda y son provisionales, precisamente porque están sujetos a que la situación se resuelva en una sentencia. También puede ser definitivo, cuando se dicta en la vía de apremio, con el objeto de ejecutar las sentencias que han alcanzado la autoridad de la cosa juzgada, los convenios judiciales, los laudos arbitrales, las transacciones, etc.

²² Alsina, Hugo. Op. Cit. Pág. 450

²³ Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S. A. 2ª Edición. México D.F. 1965. Págs.501, 508-509.

Continúa manifestando Pallares que el embargo precautorio persigue sujetar los bienes embargados a la jurisdicción del juez que lo ordena y, por lo tanto, otros jueces no podrían ejercer su imperio sobre dicho bien, en caso de otras reclamaciones. En todo caso, no debe confundirse el embargo preventivo dictado antes del inicio de un juicio ordinario del que se dicta con ocasión de la promoción de un juicio de ejecución.

Los bienes que se embargan, derivado de un juicio de ejecución, están destinados a ser despojados de la propiedad del deudor, al ser vendidos en una subasta pública, producto de la cual servirá para pagar al acreedor. Por su parte, los bienes sujetos a embargo precautorio en un juicio ordinario que esté pronto a iniciarse, persiguen asegurar a quien lo promueve que en caso ser la sentencia dictada en su favor, existirán los bienes suficientes para que luego pueda llevarse a cabo la ejecución de la sentencia que recaiga sobre este proceso ordinario.

A criterio de Amalia Montes Reyes y María Jesús Molina Caballero el embargo preventivo consiste en la afección de bienes del deudor suficientes para lograr la efectividad de la sentencia. Se trata de una afección anticipada, puesto que el proceso todavía no ha comenzado o acaba de comenzar, como regla general, y también se trata de una afección provisional, puesto que dependerá del contenido de la sentencia. Se trata, en definitiva, como en cualquier embargo, de la afección de los bienes del deudor a la satisfacción del crédito, aunque éstos pudieran ser enajenados.²⁴

1.7.2 El secuestro judicial

El secuestro judicial es una medida precautoria que se utiliza para sustraer del dominio de los particulares, un bien mueble que es objeto de litigio entre partes, en un proceso que se esté llevando a cabo. El bien pasa a la posesión efectiva de un

²⁴ Montes Reyes, Amalia y Molina Caballero, María Jesús. Op. Cit. Pág. 540

depositario, quien tiene prohibición de servirse de la cosa y siempre bajo el control judicial, en tanto se dilucida la situación del bien.²⁵

Al dictarse el secuestro judicial se pretende que el bien sobre el cual las partes mantienen una controversia cambie de manos por decisión de las partes contendientes y que posteriormente no pueda hacerse efectivo el derecho que una sentencia reconozca al acreedor, una vez terminado el proceso judicial iniciado.²⁶

Algunos autores comparan la figura del secuestro judicial con el de un “depósito obligatorio”. También es asimilado a la figura del embargo. En todo caso dependerá de los elementos que establezcan cada legislación que lo regule. Sin embargo, en el caso del embargo, la diferencia consiste en que los bienes embargados pueden ser utilizados para satisfacer la deuda reclamada, en tanto que, en el secuestro judicial, los bienes son objeto del conflicto y no necesariamente un instrumento que servirá para pagar los créditos. ²⁷

El dominio del bien no es alterado por el secuestro judicial, no obstante, sí se afecta, en virtud que el propietario no podrá ejercer ninguna enajenación ni constituir derechos reales sobre el mismo. El juez ordena que la posesión pase a un tercero que tiene las calidades depositario y quien regularmente no puede utilizar para sí mismo el bien secuestrado, siempre bajo el control jurisdiccional.

El secuestro judicial concluye una vez es dictada la resolución que pone fin al proceso judicial iniciado, o bien por un auto emitido antes de la finalización del mismo, cuando el juez ha establecido que no es necesario que la medida continúe vigente.

Denominando al secuestro judicial como “Depósito de cosa mueble”, Amalia Montes Reyes y María Jesús Molina Caballero establecen que si la pretensión consiste en la entrega de una cosa mueble que se encuentra en posesión del demandado se solicitará al juez, como medida cautelar, que ordene el depósito de dicho bien para

²⁵ Figueroa Yáñez, Gonzalo. Código civil y leyes complementarias. Universidad Diego Portales, Chile. 2º Edición. 2002. Pág. 155

²⁶ Gimeno Sendra, Vicente. Op. Cit. Pág. 45

²⁷ Redenti, Enrico. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, Argentina, 1957. Pág. 254

evitar que la posible sentencia de condena a entregarla sea imposible de cumplir porque el demandado la transmita o porque la haga desaparecer.²⁸

Juan Agustín Castellón Munita, en su Diccionario de derecho procesal civil, el secuestro judicial es el depósito de la cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor²⁹.

1.7.3 La intervención judicial

El autor guatemalteco Mario Efraín Nájera Farfán³⁰, con relación a la Intervención Judicial, también llamada “embargo con carácter de intervención”, manifiesta lo siguiente: *“cuando el secuestro recae sobre inmuebles rústicos o urbanos, establecimientos industriales, comerciales o agrícolas, un condominio o una sociedad, se le da por la ley, el nombre de intervención y de depositario interventor o solo interventor, a la persona a quien se confía la guarda y administración de los mismos. El interventor no es un simple depositario. Así se le denomina porque sus funciones son las de un verdadero administrador que está bajo la jurisdicción del Juez, pero bajo la fiscalización del propietario de los bienes intervenidos. Es decir, porque interviene directamente en la custodia, gobierno y dirección de los negocios afectados por la medida. Y deben hacerlo en forma que sea compatible con los intereses y derechos del propietario porque de lo contrario, se perdería el equilibrio o principio de igualdad de parte por el que se rige el proceso. Es de suponerse que quien promueve una demanda es porque se ha visto en la necesidad de hacerlo como consecuencia de la conducta observada por la persona de quien se pretende el derecho. Pero si racional es el suponerlo, no significa que el demandante tenga la razón ni excluye que la demanda pueda ser infundada, injusta o temeraria. Ello indica que toda providencia precautoria no debe tener más alcances que los que sean necesarios para garantizar o asegurar la efectividad de lo que en sentencia se*

²⁸ Montes Reyes, Amalia y Molina Caballero, María Jesús. Op. Cit. Pág. 541

²⁹ Castellón Munita, Juan Agustín. Diccionario de derecho procesal civil. Santiago de Chile. Editorial Jurídica La Ley. 2004. Pág. 179

³⁰Nájera Farfán, Mario Efraín. Derecho Procesal Civil Práctico (El juicio ordinario), Editorial Serviprensa Centroamericana. Guatemala. 1981. Págs. 69-72

resuelve. A este propósito obedece el artículo 529 según el cual, en el auto en que se disponga la intervención, el Juez deberá fijar las facultades del interventor limitándolas “a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho del acreedor o del condueño, permitiendo en todo lo posible la continuidad de la explotación”.

Amalia Montes Reyes y María Jesús Molina Caballero, establecen que en caso de solicitar la entrega de bienes productivos (establecimientos industriales o comerciales o fincas rústicas, por ejemplo), con la medida cautelar hay que asegurar, precisamente, que se va a mantener dicha productividad. Para garantizarla el demandante puede solicitar, por un lado, la intervención judicial y, por otro, la administración judicial. Con la primera, el demandante controla los actos de administración que sobre los bienes productivos realice el demandado. Con la administración judicial, el demandado pierde la administración del bien productivo, que pasa a manos de un administrador.³¹

En virtud que la figura de la Intervención Judicial es la que ocupa el análisis primordial de este estudio, no se ahondará en este apartado su examen, lo que se llevará a cabo más exhaustivamente, en el siguiente capítulo de esta tesis.

Una vez analizada la doctrina y la legislación guatemalteca aplicable al tema de las medidas cautelares, se concluye que la regulación de esta figura procesal permite a quien busca asegurar un derecho o un bien, con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial a futuro, tenga un fin satisfactorio a su pretensión y evitar con ello la pérdida del derecho o bien que pueda ser sujeto del litigio.

³¹ Montes Reyes, Amalia y Molina Caballero, María Jesús. Ob. Cit. Pág. 541

CAPÍTULO 2

LA MEDIDA PRECAUTORIA O CAUTELAR DE INTERVENCIÓN DE EMPRESA MERCANTIL

2.1 La empresa mercantil

José Narváez García, manifiesta que, *“empresa proviene de la expresión latina in prehensa, cuya connotación es toma o conquista. Parece tener antecedentes en el derecho estatutario de las ciudades italianas. Históricamente cuando apareció una organización con capacidad para incrementar la producción, mediante la coordinación de los factores productivos en la fabricación de determinados bienes o la prestación de ciertos servicios, surgió un fenómeno económico con proyecciones sociales que cautivó el interés de economistas, juristas y sociólogos; y la comprobación de que convergen elementos humanos y materiales para ofrecer bienes y servicios al mercado no en forma de actos aislados sino en masa, se determinó que el derecho mercantil se ocuparía de su estudio. La empresa se mencionó en el Código de Comercio de Napoleón, entre los actos de comercio”*³²

Mario Bauche Garciadiego, expresa que la organización profesional de varios elementos dispersos destinados a una actividad económica, en la que algunos hombres aportan capital, otros trabajos, y otros más, dirección, que se dirige a la efectiva producción o al intercambio oportuno y adecuado de bienes o de servicios para el mercado; continúa enunciando que es un bien mueble que produce beneficios sociales.³³

Rodrigo Uría, concluye que la mayoría de las conceptualizaciones existentes respecto al término “empresa”, tienen contextualizaciones económicas, lo que no sucede en el ámbito jurídico, por lo que reviste importancia que se haga una distinción entre la parte subjetiva y la parte objetiva de la empresa, separando las actividades de la persona que organiza la empresa, de los medios instrumentales puestos al servicio de la actividad iniciada. Este autor también es del criterio que

³² Narváez García, José Ignacio. La empresa y el establecimiento. Legis Ediciones, S.A., Colombia. 1ª Edición. 2002. Pág. 1.

³³ Bauche Garciadiego, Mario. La empresa. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1977. Pág.16.

debe existir separación entre los conceptos de establecimiento, negocio, casa comercial y empresa, propiamente dicha. Para este autor, la empresa *“calificada en sentido jurídico mercantil es el ejercicio profesional de una actividad económica organizada, con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios. Concepto suficientemente amplio para comprender tanto a la gran empresa, desarrollada con poderosos medios instrumentales, como a la pequeña empresa, poco menos que reducida a mera actividad del empresario”*.³⁴

A decir de Guillermo Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno, *“para la Economía la empresa es una organización de capital en sentido amplio y trabajo destinada a la producción de bienes y servicios para el mercado, con la finalidad de generar unos resultados económicos. En abierto contraste, nuestro Derecho privado no había considerado ni regulado la empresa en forma unitaria, y la doctrina mercantil no ha consensuado un concepto jurídico de empresa, aunque sí ha generado numerosas propuestas y teorías.”*³⁵

Siguiendo con Jiménez Sánchez y Díaz Moreno, *“la mayoría de las propuestas doctrinales han tratado encuadrar a la empresa en los moldes jurídicos preexistentes, recurriendo en ocasiones a categorías del Derecho de personas, lo que conduce a la regulación de la empresa como un sujeto de Derecho, como es característico del Derecho de la competencia; en otras se acude al Derecho de cosas, tomando a la empresa como patrimonio, como universalidad de cosas y de derechos, o como bien inmaterial. A este sentido, consideran los citados autores, que el objetivo constante ha sido la tutela de la unidad básica de la empresa, presente en la realidad social y económica y requerida de preservación en su ordenación jurídica. No obstante, lo anterior, estas propuestas doctrinales, según Jiménez Sánchez y Díaz Moreno, adolecen de una comprensión parcial e incompleta de la realidad institucional, social, económica y jurídica de la empresa,*

³⁴ Uria, Rodrigo. Derecho Mercantil. Imprenta Aguirre. 4º edición. Madrid, España. 1964. Págs. 29 y 30.

³⁵ Jiménez Sánchez, Guillermo J., y Díaz Moreno, Alberto, eds. Lecciones de Derecho Mercantil (19a. ed.) Madrid, España. Difusora Larousse - Editorial Tecnos, 2016. Pág. lxxv

sin dejar de mencionar que ninguna de estas conceptualizaciones había sido reconocida en forma expresa y clara por el Derecho positivo español”³⁶.

El jurista guatemalteco Edmundo Vásquez Martínez, brinda un concepto económico de empresa mercantil indicando que es *“aquella organización de factores de producción que tienden a producir mercancías o a la prestación de servicios destinados a la concurrencia en el mercado guiada por el deseo de lucro.”³⁷*

Laureano Gutiérrez Falla exterioriza que a *“la economía le interesa la empresa en base a la actividad del empresario, quien, utilizando su capacidad organizadora lleva a cabo una función creativa de riquezas”³⁸*

Vásquez Martínez, también brinda un concepto social de “empresa” al regular que *“se consideró como un lugar en donde el capital predominaba sobre el trabajo, luego se consideró una organización en la que el poder económico se ejercía a través de ella. Entonces el dirigente ya no sólo es el capitalista sino el que organiza, dirige, administra, coordina y mantiene la organización de la empresa hasta convertirse en una institución política”³⁹*

De las anteriores líneas se desprende la dificultad que ha existido en la doctrina de elaborar un concepto jurídico de “empresa”, no obstante que el Código de Comercio guatemalteco contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, en el artículo 655 definió la empresa como *“el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como un bien mueble.”*

La definición que proporciona el Código de Comercio guatemalteco aporta un nuevo elemento que debe ser analizado: la posibilidad de considerar a la empresa como un objeto susceptible de tráfico.

³⁶ Jiménez Sánchez, Guillermo J., and Díaz Moreno, Alberto. Ob. Cit. Pág. lxxvii.

³⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. Instituciones de Derecho Mercantil. Serviprensa Centroamericana. Guatemala. 1978. Pag. 248.

³⁸ Gutiérrez Falla Laureano. Derecho Mercantil. La empresa. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1985. Pag. 13

³⁹ Vásquez Martínez. Op.Cit. Pag. 249

Manuel Broseta Pont, expresa que *“la empresa es una organización de capital y de trabajo utilizados instrumentalmente por el empresario para realizar una actividad económica para el mercado, que posee un valor superior al que resulta de la suma de los valores de sus elementos integrantes. No puede extrañar que la empresa se frecuentemente transmitida inter vivos y por mortis causa”*⁴⁰.

Según manifiesta Laureano Gutiérrez Falla, *“la empresa como cosa mercantil, formada por un bien económicamente complejo, se puede comprar o vender como unidad, por un solo acto, no siendo necesario realizar la compraventa sobre cada uno de sus elementos”*.

La concepción dada a la empresa por los autores anteriormente citados, permite entender a esta figura como una “universalidad”, lo que así es reconocido por el Código de Comercio guatemalteco que le otorga el carácter de “bien mueble”; lo cual no ocurre con la legislación española, la que según indica Joaquín Garrigues, *“al transmitirse la empresa mercantil no se efectúa como un objeto individual al que se le aplican reglas especiales y unitarias relativas a la misma, sino como un conjunto de cosas, derechos y relaciones, cuya transferencia está sometida a reglas y procedimientos particulares”*⁴¹.

2.2 Clases de empresas mercantiles

De la legislación mercantil guatemalteca vigente, se desprenden clases de empresas mercantiles, las cuales, a criterio del autor del presente trabajo, tienen relación con la propiedad de ésta y también con la forma contractual y finalidad con la que se constituyen: Empresa individual; Empresa propiedad de una sociedad; Empresa en copropiedad y Empresa en participación.

⁴⁰ Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos. Madrid, 1994. Pag. 106

⁴¹ Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. pag. 195

- **Empresa Individual:**

Se constituye en la empresa que es propiedad de una persona individual, física o natural; atendiendo a esto, el numeral 2) del artículo 4 del Código de Comercio establece que se considera como una “Cosa mercantil” a la empresa y sus elementos y por lo tanto susceptible de ser propiedad de una persona.

El dueño de una empresa mercantil debe, necesariamente, ser un comerciante. El artículo 2 del Código de Comercio regula que son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios; la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios; la banca, seguros y fianzas y las auxiliares de las anteriores.

Edmundo Vásquez Martínez define como empresario al *“sujeto que ejecuta una actividad (producción o transformación para el cambio o intermediación en la circulación de bienes y servicios), en nombre propio, por profesión, con finalidad de lucro y mediante una organización adecuada”*⁴².

- **Empresa propiedad de una Sociedad:**

El artículo 3 del Código de Comercio guatemalteco, establece que las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto, constituyéndose por lo tanto en Comerciantes Sociales.

Derivado al reconocimiento de tal calidad, les permite la adquisición de bienes, para poder llevar a cabo una actividad lucrativa a través de ellos o los adquiera a través de esa actividad⁴³.

En este tipo de organizaciones mercantiles, debe hacerse una diferenciación entre la empresa, la sociedad y el socio. En efecto, el socio es la persona que se reúne con uno o varios pares, a efecto de emprender conjuntamente la obtención de un objetivo. Por su parte, la sociedad se constituye como esa agrupación de personas

⁴² Vásquez Martínez. Ob.Cit. Pag. 51

⁴³ Vásquez Martínez. Ob.Cit. Pag. 67

producto de la reunión de los socios; en tanto que la empresa mercantil, es la organización utilizada para la realización del objetivo común de los socios, para lo cual se constituyeron en sociedad.

Por lo tanto, la empresa se constituye en el instrumento, representado en los medios de producción y bienes debidamente organizados, que permite a la sociedad ofrecer al público, los bienes y servicios, con ánimo de lucro.

- **Empresa en Copropiedad**

Una empresa puede ser propiedad de dos o más personas sin necesidad de constituirse en una sociedad. Para este efecto, pueden aplicarse lo que regulan los artículos 485 al 504 del Código Civil. De conformidad con el artículo 485 del Código Civil guatemalteco, hay copropiedad cuando un bien o un derecho pertenece proindiviso a varias personas.

La copropiedad se distingue de la sociedad y radica en que aquella se representa como una titularidad pro indivisa entre varias personas de un bien; mientras que la sociedad, busca el beneficio económico; es decir, el lucro. La primera regularmente carece de la solemnidad de una escritura pública y mucho menos de su inscripción registral, lo cual si goza la segunda.

- **Empresa en Contrato de Participación**

Los artículos 861 y 862 del Código de Comercio establecen que, por el contrato de participación, un comerciante que se denomina gestor se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes, que le aportan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma; no estará sujeto a formalidad alguna ni a registro; no dará nacimiento a una persona jurídica y, por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él.

Según el artículo 863 del Código de Comercio, el gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes; por lo que

corresponderá al gestor la obligación de inscribirse ante el Registro Mercantil como comerciante.

2.3 Elementos de la empresa mercantil

Según la definición legal dada por el artículo 655 del Código de Comercio, la empresa mercantil está conformada por “elementos materiales y valores incorpóreos” coordinados para ofrecer al público, bienes y servicios.

Estos elementos materiales y valores incorpóreos (elementos inmateriales), son, a decir de Luis Eduardo Paredes Sánchez y Oliver Meade Hervert los siguientes:

- **“Elementos Materiales:**
 - a) *Bienes muebles.*
 - b) *Bienes inmuebles”.*

- **“Elementos Inmateriales:**
 - a) *Clientela: Es el conjunto de personas que son consumidores o prestatarias de los bienes o servicios que produce o presta la empresa.*
 - b) *Avío: Es un concepto muy general, pero implica el conocimiento de la clientela, la regla del servicio, el conocimiento de los gustos del cliente, los productos de los proveedores, en pocas palabras, el know-how.*
 - c) *Derecho al arrendamiento: Si el local que emplea la empresa no pertenece a su dueño, entonces dentro de los elementos que la integran habrán de considerarse los derechos que se tengan sobre aquél, en virtud de contratos de arrendamiento o similares.*
 - d) *Propiedad industrial: Consiste en derechos intelectuales que implican creaciones de ese orden que son protegidas por el ordenamiento legal.*
 - e) *Personal: Es el conjunto de personas que se encuentran subordinadas al empresario y, por tanto, dentro de este elemento hemos de*

*considerar el conjunto de derechos que se derivan de las múltiples relaciones laborales que se generen en una empresa”.*⁴⁴

2.4 El establecimiento mercantil

Anabella del Pilar Chaclán Calvo, en su tesis denominada “La Empresa y el Establecimiento Mercantil”⁴⁵ define el Establecimiento Mercantil como *“el lugar o local donde se ubica o tiene su sede la empresa, el lugar en donde los comerciantes o empresarios llevan a cabo sus actividades; y el cual es destinado a la explotación mercantil del objeto de la empresa, ya sea que presten servicios o construyan o modifiquen materias primas. El mismo es de suma importancia, ya que este constituye la forma en la cual se presentan al público y pueden ejercer su fin principal. Además del establecimiento principal el empresario puede instalar establecimientos secundarios, llamados sucursales. Es importante también destacar que para el desarrollo de las actividades de la empresa en algunos casos no es necesario el establecimiento, por ejemplo, los vendedores ambulantes. El lugar geográfico en el cual la empresa instala su establecimiento es de suma importancia, ya que este determina el movimiento y los clientes potenciales con los cuales pueda contar.”*

Fernando Sánchez Calero aduce que *“el negocio o establecimiento se concibe como un conjunto de bienes organizados por el empresario, y no simplemente como un bien inmaterial. Considera que el negocio o empresa en su sentido objetivo es un conjunto de bienes, que, aun conservando su individualidad, crea una unidad por la función económica a la que están destinados y que el establecimiento es una unidad formada por el conjunto organizado de bienes en el que el elemento inmaterial es el vínculo fundamental aglutinante de los elementos que lo integran”.*⁴⁶

⁴⁴ Paredes Sánchez, Luis Eduardo y Meade Hervert, Oliver. Derecho Mercantil: Parte General y Sociedades. México, D. F. Grupo Editorial Patria, 2014. Pág. 43

⁴⁵ Chaclán Calvo, Anabella del Pilar. La Empresa y el Establecimiento Mercantil. Tesis de grado. Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 2010. Pág. 29

⁴⁶ Sánchez Calero, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales Unidas, 1995. Pág. 193

A criterio de José Ignacio Narváez García, *“los elementos del establecimiento mercantil son signos distintivos y demás derechos de propiedad industrial, las mercancías, los créditos, el mobiliario e instalaciones, el derecho de arrendamiento, la clientela y la fama comercial, dependiendo de la actividad a la que se dedique la empresa”*⁴⁷.

Según Rodrigo Uría, *“los establecimientos, en general, suelen agrupar bienes muebles e inmuebles, corporales e incorpóreas, consumibles y no consumibles, derechos reales y de crédito, de propiedad industrial y comercial y los servicios del personal que presta su trabajo, a las órdenes del empresario o de sus representantes, servicios a los que también se les asigna un valor patrimonial. Determina este autor que estos elementos se encuentran unidos para el cumplimiento de un fin económico y no pueden actuar separadamente, lo cual de ninguna manera implica que pierdan su propia autonomía, siendo susceptibles de ser separados del establecimiento y sustituidos, a criterio del propietario, por otros de igual o mejor calidad”*.⁴⁸

Joaquín Rodríguez Rodríguez, expresa que el establecimiento mercantil es *“el asiento material de la empresa; el lugar geográfico en el que permanentemente se desenvuelven sus negocios, por lo que, se producen los siguientes efectos:*

- i. Determina el lugar de inscripción en el Registro Público de Comercio,*
- ii. Realización de la publicidad de apertura, funcionamiento y cierre de establecimiento,*
- iii. La competencia judicial común,*
- iv. Declaración de quiebra y suspensión de pagos; y,*
- v. Lugar de cumplimiento de las obligaciones”*⁴⁹

⁴⁷ Narváez García, José Ignacio. Ob. Cit. Pág. 113

⁴⁸ Uría, Rodrigo. Ob. Cit. Págs. 35 y 36

⁴⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. México. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 415.

2.5 La medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil

Según lo analizado en el Capítulo I del presente trabajo, se regulan varias modalidades de medidas cautelares en la legislación guatemalteca; todas con el objeto de asegurar un derecho o un bien sobre el que se ejercerá una acción judicial posteriormente.

La medida cautelar de intervención guarda semejanza con otras medidas, tal es el caso del embargo preventivo de bienes, el secuestro judicial o en menor medida, con la anotación preventiva de demanda, la cual a criterio de varios tratadistas muchas veces sirve para complementar.

El artículo 34 del Código Procesal Civil y Mercantil estipula la figura de los Depositarios, de la siguiente manera: *“La conservación y administración de los bienes embargados o secuestrados se confiará a un depositario, salvo que la ley disponga otra cosa”*.

Por su parte, en el artículo 37 del mismo cuerpo legal se regula la figura de los Interventores, a quienes les da el carácter de depositarios, de la siguiente forma: *“El depositario de fincas rústicas o urbanas, de establecimientos industriales o comerciales, o de propiedades agrícolas, tendrá el carácter de interventor y no podrá interrumpir las operaciones de la empresa respectiva; tendrá la facultad de dirigir dichas operaciones, autorizará los gastos ordinarios del negocio, depositará el valor de los productos en un establecimiento de crédito y llevará cuenta comprobada de la administración. Podrá también nombrar o remover al personal, con autorización del juez. Según los casos, el juez decidirá si las personas que han tenido la administración conserven su cargo, parcial o totalmente, bajo la sola fiscalización del interventor”*.

Posteriormente en el artículo 529 relacionado con la Intervención, el Código Procesal Civil regula: *“Cuando las medidas ‘de garantía recaigan sobre establecimientos o ‘propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, podrá decretarse la intervención de los negocios. Podrá decretarse asimismo la intervención, en los casos de condominio o sociedad, a los efectos de evitar que los frutos puedan ser aprovechados indebidamente por un condueño en perjuicio de los*

demás. El auto que disponga la intervención fijará las facultades del interventor, las que se limitarán a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho del acreedor o del condueño, permitiendo en todo lo posible la continuidad de la explotación. Asegurado el derecho del acreedor, se decretará de inmediato el cese de la intervención.”

Al continuar el análisis de la legislación guatemalteco atinente a esta medida, se establece que, en material mercantil, el artículo 661 del Código de Comercio establece: *“Embargo. La orden de embargo contra el titular de una empresa mercantil sólo podrá recaer sobre ésta en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos, mediante el nombramiento de un interventor que se hará cargo de la caja para cubrir los gastos ordinarios o imprescindibles de la empresa, y conservar el remanente a disposición de la autoridad que ordenó el embargo. No obstante, podrán embargarse el dinero, los créditos o las mercaderías en cuanto no se perjudique la marcha normal de la empresa mercantil.”*

El artículo 661 del Código de Comercio debe aplicarse a todo lo relacionado a material mercantil, derivado de lo dispuesto en el artículo VI de las Disposiciones Derogatorias y Modificadorias del citado Código que regula: *“El embargo o intervención de empresas y establecimientos mercantiles se sujetará a lo establecido en el artículo 661 de este Código, por lo que en estos casos no tendrá aplicación el artículo 37 del Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.”*

Las disposiciones del Código de Comercio utilizan el término “embargo” que recae sobre la empresa mercantil, con lo cual puede pensarse que se trata de una mezcla o un híbrido entre las figuras del “embargo” y la “intervención” que establecen el Código Procesal Civil y Mercantil y establece claramente que el interventor únicamente tendrá a su cargo la caja de la empresa, para cubrir los gastos ordinarios o imprescindibles y conservar el remanente a disposición de la autoridad que ordenó el embargo, por lo que tiene prohibición de inmiscuirse en asuntos distintos a los regulados, teniendo incluso responsabilidad personal si así lo hiciere.

Héctor Quiroga Cubillos⁵⁰ define la figura del “embargo”, como una afectación de bienes a un proceso con diferentes finalidades, según la clase de proceso principal que se adelante, lo que proporcionará al juez los medios necesarios para la eficaz ejecución de la sentencia.

Por su parte, la intervención puede tener la misma función de constituirse en una medida cautelar, únicamente que la misma recae sobre la empresa mercantil, con la finalidad de asegurar que los ingresos económicos que produzca la citada empresa vayan a cubrir la deuda que se reclama y con el objeto de que esta empresa no vea afectado su patrimonio, en perjuicio del acreedor.

La diferencia entre embargo e intervención consiste en que el fin de ésta última no es rematar el bien mueble (la empresa se reputa como tal según el Código de Comercio), en todo caso el interventor se dedica a recibir las ganancias que obtenga la empresa, haciéndose cargo de los gastos que sean necesarios e imprescindibles y el remanente, ponerlo a disposición del Tribunal que haya ordenado la medida. No está de más mencionar que este remanente iría a cubrir el pago de lo adeudado y que dio origen a decretar la medida.

Hugo Alsina expresa: *“cuando la cosa demandada o sobre la cual ha de hacerse efectiva la medida precautoria decretada es un inmueble, basta la anotación de embargo en el Registro de la Propiedad, o la inhibición del deudor, o la anotación de la litis y para evitar que el demandado oculte, disimule, enajene o destruya bienes o productos sin que el acreedor se entere, es que la ley acuerda la medida precautoria por la cual el juez interviene los bienes del demandado, para administrar la cosa objeto del litigio”*.⁵¹

Juan Montero Aroca y Mauro Chacón Corado, manifiestan *“que la intervención ocurre por el caso que la anotación preventiva de la demanda es insuficiente para asegurar las resultas del proceso, pues es una medida cautelar que depende de una inscripción registral para que tenga efectos contra terceros y por lo tanto no*

⁵⁰ Quiroga Cubillos, Héctor Enrique. Procesos y medidas cautelares. 2ª Edición. Okey Impresores, Bogotá. 1991. Pág. 55

⁵¹ Alsina, Hugo. Ob. Cit.

*asegura que el bien mantenga su valor en base a una determinada productividad. También expresan los citados autores que el embargo, tampoco es suficiente para mantener el valor del bien, por lo que con el producto de la venta se satisface el crédito del demandante de forma incompleta, conviniendo que es más productivo acudir a la intervención judicial”.*⁵²

La persona nombrada para actuar como interventor se dedicará a llevar la caja y cubrir el pago de los gastos ordinarios e imprescindibles, depositando el resultado de las ganancias en alguna institución bancaria, a disposición del Tribunal que haya ordenado la medida cautelar de intervención; es entendido entonces, que la administración la sigue llevando el propietario o bien los administradores designados por éste.

El Código de Comercio en el artículo VI de las Disposiciones Derogatorias y Modificatorias, establece que el embargo o intervención de empresas y establecimientos mercantiles se sujetará a lo establecido en el artículo 661 de dicho código, por lo que no se aplicará lo regulado en el artículo 37 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La medida precautoria o cautelar de intervención no está encaminada obtener una garantía de la empresa misma como un bien mueble; sino que pretende mantener el rendimiento de la misma a efecto siga produciendo resultados positivos que le permita seguir existiendo para proveer un trabajo digno a quienes laboran en ella, cumplir con el adeudo que dio lugar a su otorgamiento y si es posible, continuar creando ganancias para el deudor, tomando en cuenta que muchas veces es su medio de subsistencia.

Sin embargo, en temas de naturaleza mercantil, civil, laboral e incluso económico coactiva, no resulta sorprendente la solicitud de aplicación de medidas cautelares como el embargo de bienes, cuentas bancarias o la intervención de empresas mercantiles propiedad de los deudores, pues es un proceso lógico y necesario para

⁵² Montero Aroca, Juan; Chacón Corado, Mauro. Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco. Tomo I. 1ª edición. Editorial Magna Terra. Guatemala. 1999. Pag. 31

obtener el pago de adeudos que se sustentan en documentos públicos o privados; tal es el caso de sentencias, títulos ejecutivos, etc.

No obstante lo anterior, en el caso del sustanciamiento de procesos penales tributarios, los jueces contralores de la investigación han accedido al requerimiento formulado por el Ministerio Público y la Superintendencia de Administración Tributaria, para aplicar la medida cautelar de intervención de empresas mercantiles, con el objeto de asegurar la reparación digna, de conformidad con el artículo 124 del Código Procesal Penal, sin tomar en cuenta que en estos procesos, aún no se ha llegado a una decisión definitiva a través de la emisión de una sentencia condenatoria en la que se haya inculcado al contribuyente al pago de una cantidad específica en concepto de impuestos defraudados y tampoco existe una resolución administrativa, emitida por la propia Superintendencia de Administración Tributaria, en la que los supuestos adeudos tributarios, sean líquidos y exigibles.

Como se mencionó anteriormente, lo contrario ocurre en los procesos civiles, mercantiles, laborales e inclusive de lo económico coactivo, en los que al demandado ya le fue demostrada la obligación que debió cumplir, a través de un proceso judicial anterior en el que se debió observar el principio del debido proceso y que al ser vencido, ya existe un pronunciamiento, tanto administrativo como judicial en el que se determinó una cantidad monetaria a través de una liquidación, por lo que ante la negativa a efectuar el pago al que haya sido condenado, pueden recaer sobre los bienes propiedad del deudor las medidas cautelares procedentes y que sean requeridas por la parte acreedora. En estos casos, es legítimo que el acreedor pueda acceder al otorgamiento de una medida cautelar de intervención sobre una empresa mercantil y obtener el pago de su deuda.

No obstante, en la práctica de los procesos penales iniciados por la Administración Tributaria, tanto esta dependencia como el Ministerio Público acuden ante Juez competente, a solicitar la aplicación de la medida cautelar de intervención de empresas mercantiles, con el sólo objeto que sirva como una medida de presión para obtener el pago de los montos supuestamente defraudados por parte de los contribuyentes, quienes al ser decretada la medida y tomado posesión el

interventor, ven un fuerte obstáculo en el desenvolvimiento del curso normal de sus negocios, sin contar la incomodidad que causa el nombramiento de una persona totalmente extraña a su empresa, por lo que optan por pagar el supuesto adeudo tributario, acogiéndose a alguna medida desjudicializadora del Código Procesal Penal que impone, entre otros requisitos, aceptar la comisión del ilícito, lo cual se hace por la presión conlleva la intervención y que a esas alturas del proceso penal puede ser que no haya sido debidamente comprobado o, en el peor de los casos, ni siquiera haya sido cometida por el contribuyente, lo que implica una manipulación de la voluntad del denunciado.

2.6 Casos de aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de empresas mercantiles en un proceso penal, a requerimiento de la superintendencia de administración tributaria

Derivado que no fue posible acceder a las resoluciones de los Tribunales de Primera Instancia del Ramo Penal en las que se decretaron las medidas cautelares de intervención de empresas mercantiles, a requerimiento de la Superintendencia de Administración Tributaria por la posible comisión de los delitos de defraudación tributaria o caso especial de defraudación tributaria, se realizó una búsqueda en internet para establecer la información que algunos medios de comunicación publicaron respecto de uno de los casos más paradigmáticos que fueron de dominio público.

2.6.1 Caso Aceros de Guatemala, Sociedad Anónima

Según nota informativa publicada por el Periódico con fecha 6 de mayo de 2016⁵³:

“La Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), en conjunto con el Ministerio Público (MP), solicitó al Juzgado Séptimo de Instancia Penal la

⁵³ <https://elperiodico.com.gt/nacion/2016/05/06/sat-interviene-aceros-de-guatemala-por-defraudacion/> Consultado el 21 de mayo de 2018.

intervención de la sociedad anónima Aceros de Guatemala y el arraigo del representante de la empresa y de dos socios por el delito de defraudación.

El juez del Juzgado Séptimo de Instancia Penal, Adrián Rodríguez, aceptó designar a Rolando de Jesús Oliva Alonzo como interventor de la empresa. La SAT hizo una propuesta de la persona 'idónea' que tomaría posesión de todo el dinero y las transacciones que realiza la empresa.

“El MP en conjunto con la SAT y la PGN solicitó hoy (ayer) en una audiencia las medidas precautorias. En ese tipo de delitos la ley nos faculta en cuanto a la intervención para que fiscalice el actuar de la empresa y que se pueda asegurar los fondos para un futuro pago de los impuestos defraudados”, dijo el fiscal.”

Posteriormente, el diario Prensa Libre en publicación efectuada el 9 de mayo de 2016⁵⁴, publicó:

“El Superintendente de Administración Tributaria, Juan Francisco Solórzano, en compañía de Iván Velásquez, jefe de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (Cicig) y de la fiscal general Thelma Aldana, informaron ayer que el fisco recibió un pago de Q782.9 millones de la empresa Aceros de Guatemala, que fue intervenida el jueves último por un caso de evasión.

El monto es tal que la brecha fiscal —impuestos programados que no han sido cobrados en el año— se podría cerrar en mayo, por dicho ingreso a las arcas fiscales.

El funcionario expuso que este es el monto más alto que ha recibido la SAT por concepto de reparos, multas e intereses, y afirmó que busca enviar un mensaje a aquellas empresas o personas que han cometido evasión.

La ley indica que además de la cantidad evadida se aplica el 100% de multa, más el cobro de intereses. En este caso, la cantidad evadida era de Q270 millones por hacer simulaciones en la compra de chatarra a proveedores inexistentes y con inconsistencias.

⁵⁴ <http://www.prensalibre.com/economia/sat-aseguro-que-cobro-y-reposicion-de-impuestos-elevaria-recaudacion> Consultado el 21 de mayo de 2018.

En menos de 24 horas, AG hizo el pago al órgano recaudador. La transacción se hizo a las 12.30 horas del pasado viernes, en 23 formularios 0-811, por medio del Banco Industrial (BI), en los cuales AG consignó el pago de impuestos, mora, multas e intereses anuales.

BI informó el viernes a la SAT de la operación, por lo que el dinero se depositó inmediatamente en la cuenta del fondo común en el Banco de Guatemala, para que el Ministerio de Finanzas pueda usar ese dinero.”

2.6.2 Otros casos

- **Protección Total, Sociedad Anónima**

De acuerdo con la publicación efectuada por el diario Prensa Libre el 6 de abril de 2018⁵⁵, la Superintendencia de Administración Tributaria realizó la intervención de la entidad Protección Total, Sociedad Anónima, derivado de denuncias interpuestas por posible defraudación tributaria y caso especial de defraudación tributaria. La nota expresa:

“La empresa Protección Total S.A. fue intervenida por un juzgado a solicitud de la Intendencia Jurídica de la SAT por la razón que en la auditoría practicada del 1 de enero al 31 de diciembre de 2013 de su ejercicio fiscal presentó documentos para obtener el beneficio simulación de prestación de servicios por parte de los proveedores relacionados.

Buscaban con esos documentos hacer la deducción fiscal, pero en la auditoría de la SAT no les corresponden esas deducciones, el objetivo era pagar menos impuestos de los que corresponden, en perjuicio de la Administración Tributaria.

El juez autorizó el 19 de enero la intervención que también incluye un embargo precautorio de cuentas bancarias a nombre de la empresa y arraigo a los representantes legales.

⁵⁵ <http://www.prensalibre.com/economia/sat-interviene-empresa-por-posible-defraudacion-tributaria>
Consultado el 24 de mayo de 2018.

La denuncia fue presentada en abril de 2017, luego de una auditoría por verificación de disminución del rubro capital, en la que se revisó el período fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre, de los impuestos al Valor Agregado y Sobre la Renta.

La medida fue decretada por el Juzgado de primera instancia penal en materia tributaria y aduanera de municipio y departamento de Guatemala, luego de agotados todos los procesos administrativos.

Las acciones legales incluyen ejecución de embargo con carácter de intervención, embargo precautorio de cuentas bancarias y arraigo para los representantes legales.”

- **Empresa de Seguridad Particular Élite, Sociedad Anónima**

Nuevamente Prensa Libre, publicó el 19 de abril de 2018⁵⁶ la noticia de la intervención de la empresa mercantil de la entidad Empresa de Seguridad Particular Elite, Sociedad Anónima, en los siguientes términos:

“En menos de 15 días, el Juzgado de Primera Instancia Penal en Materia Tributaria y Aduanera del departamento de Guatemala ordenó la intervención de una empresa de seguridad, por inconsistencias fiscales.

La Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) solicitó al juzgado la intervención de la Empresa de Seguridad Particular Elite, Sociedad Anónima, ubicada en la 13 avenida, 24-71, zona 5 de la capital.

La acción se da “en seguimiento a las acciones legales interpuestas por posible defraudación tributaria y caso especial de defraudación tributaria”, según un comunicado que emitió ayer el órgano recaudador.

“La empresa imputada, se presume, realizó la simulación de prestación de servicios y compras por parte de proveedores relacionados, con el fin de obtener deducciones

⁵⁶ <http://www.prensalibre.com/economia/superintendencia-de-administracion-tributaria-sat-interviene-otra-empresa-de-seguridad> Consultado el 24 de mayo de 2018.

fiscales que no le correspondían, en perjuicio de la Administración Tributaria”, detalla el boletín oficial.

Además de la intervención, el Juzgado ordenó el arraigo del representante legal de la entidad y el embargo precautorio de 12 vehículos.

Se supo que el monto defraudado por la empresa intervenida es de Q4.7 millones, de los cuales Q1.4 millones corresponden al Impuesto al Valor Agregado (IVA) y Q3.3 millones al Impuesto Sobre la Renta (ISR).

- **Farmacias Galeno, Sociedad Anónima**

Nuevamente Prensa Libre, informó el 5 de mayo de 2016⁵⁷ la intervención de la entidad Farmacias Galeno, manifestando lo siguiente:

“La empresa Farmacias Galeno está intervenida debido a un caso de defraudación por un monto mayor de Q5 millones, informó este jueves el jefe de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), Juan Francisco Solórzano Foppa.

“Ya está intervenida. También tenía una deuda millonaria en temas de impuestos y tomamos la decisión de intervenir, ya está ahí el interventor y ha seguido funcionando sus operaciones”, declaró.

El funcionario explicó que “estamos recuperando los millones que fueron defraudados y hasta que no paguen el último centavo no nos iremos de ahí”.

Solórzano Foppa manifestó que no podía dar una cifra exacta del adeudo que dicha empresa tiene con el Estado.

“Esta medida está en pie desde hace tres semanas. Son varios millones. Superan los Q5 millones, es un dato que se proporcionará más adelante”, aclaró.

⁵⁷ <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/sat-interviene-farmacias-galeno> Consultado el 24 de mayo de 2018.

Afirmó que la SAT está trabajando en conjunto con la Fiscalía de Delitos Económicos, del Ministerio Público (MP), para hacer lo mismo con otras compañías.”

- **DCI, Sociedad Anónima**

En la página WEB de Canal Antigua, el 12 de diciembre de 2017⁵⁸ se comunicó la intervención de la entidad DCI, Sociedad Anónima (parte del grupo Walmart Guatemala) así:

“La Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) y el Ministerio Público (MP) intervinieron las operaciones de la empresa DCI, S. A. ubicada en la colonia Nueva Monserrat, Mixco.

Para realizar la acción, se montó un operativo en las oficinas de la entidad, por orden del Juzgado Octavo de Instancia Penal.

Se trata de medidas precautorias que derivan de las sospechas de que la entidad haya incurrido en acciones delictivas. Con anterioridad se realizó el embargo de cuentas bancarias y arraigos.

Los cargos que habría cometido la entidad son defraudación tributaria y casos especiales de defraudación tributaria.

Se presume que se trata de una empresa de cartón la cual habría vendido facturas a otras entidades. Los documentos habrían sido utilizados para simular gastos y reducir el pago de impuestos.

Agentes de la Policía Nacional Civil (PNC) también participaron en el operativo, para verificar la seguridad perimetral.

El Juzgado decretó un embargo con carácter de intervención, con lo cual se nombraría una persona que controle la caja chica de la entidad.

⁵⁸ <https://canalantigua.tv/empresa-facturas-intervenida-sat-mp/> Consultado el 24 de mayo de 2018.

Las investigaciones detallan que se detectaron anomalías durante las auditorías realizadas a la empresa, en el 2012.

La SAT denunció la sospecha de hechos delictivos cometidos por DCI, S. A. entre mayo y agosto del 2015.

La Fiscalía determinó que DCI, S. A. habría defraudado por lo menos Q36 millones 332 mil 892.37 al Estado en concepto de impuestos.”

2.6.3 Comentarios finales

De las informaciones periodísticas anteriores, llama la atención que en el caso de la entidad Aceros de Guatemala, Sociedad Anónima, quien afirma el monto defraudado es el Fiscal del Ministerio Público a cargo de la investigación, ni siquiera es el representante de la Superintendencia de Administración Tributaria, entidad encargada de conformidad con la legislación tributaria aplicable para determinar o no, la existencia de una obligación tributaria. Tampoco deja de sorprender que la fecha en que la entidad Aceros de Guatemala, Sociedad Anónima efectuó el pago de los montos supuestamente defraudados al Fisco, en una fecha muy próxima a la que decretaron la medida precautoria o cautelar de intervención.

En todos los casos, las notas periodísticas afirman categóricamente que los adeudos tributarios existen, cuando los procesos penales no han concluido con una sentencia (en este caso debiera ser condenatoria para poder manifestar la existencia de estos adeudos tributarios).

Lo anteriormente manifestado, hace totalmente evidente que la medida precautoria de intervención de la empresa mercantil fue decretada en base a presunciones, tomando en cuenta que no existió un pronunciamiento judicial definitivo para su otorgamiento y tampoco una resolución administrativa emitida por la autoridad tributaria que estableciera un monto líquido y exigible que debía ser satisfecho por la entidad contribuyente denunciada.

CAPÍTULO 3

IDONEIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA PRECAUTORIA O CAUTELAR DE INTERVENCIÓN DE LA EMPRESA MERCANTIL POR LA POSIBLE COMISIÓN DE DELITOS TRIBUTARIOS

Como se ha establecido en el presente trabajo, la empresa mercantil puede ser analizada desde el punto de vista financiero, económico y jurídico. Algunos autores citados definen la figura de “empresa” como una organización profesional de elementos dispersos, destinados a una actividad económica con el fin de actuar en el mercado de bienes y servicios.

La aplicación de una medida cautelar de intervención de la empresa mercantil es siempre derivada de la existencia de un proceso judicial, en el que un Tribunal competente, emite dicha medida, existiendo un título o documento suficiente que la legitime.

Por lo tanto, la implementación de esta medida, materializada a través del nombramiento de un “interventor” con las calidades suficientes para tomar posesión, entre otros, de la caja de una empresa mercantil, a todas luces resulta en una distorsión de la normal actividad de la misma y de su buena marcha, para lo cual deben analizarse aspectos financieros y económicos para la empresa.

3.1 Aspectos financieros que tomar en cuenta en la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil en procesos penales tributarios

Fernando Gómez-Bezares expresa que *“toda empresa humana necesita recursos para su realización. El éxito o fracaso de muchas de ellas no se puede dissociar de la abundancia o escasez de medios a la hora de llevarlas a cabo. Expresa el autor que no puede olvidarse que no sólo es importante la cantidad y calidad de los recursos puestos a disposición del emprendedor, sino también la pericia demostrada en su utilización.”*⁵⁹

⁵⁹ Gómez-Bezares, Fernando. Elementos de finanzas corporativas: inversión y financiación en la empresa. Bilbao, España: Editorial Desclée de Brouwer, 2012. Pág. 21

Por otra parte, también analiza que el beneficio que esperan los accionistas en todo emprendimiento empresarial es la retribución del capital. La búsqueda del máximo beneficio es una buena guía para la gestión en la empresa y para una eficiente asignación de los recursos en la economía⁶⁰.

Al respecto, Gómez-Bezales detalla que *“la empresa es, entre otras muchas cosas, un sistema de flujos de fondos. Los fondos llegan a la empresa, se invierten, generan nuevos fondos, etc. La función financiera pretende planificar y controlar esa circulación, y así tendrá que intervenir en la práctica totalidad de las decisiones empresariales. Cualquier iniciativa que afecte al flujo de fondos ha de ser estudiada por dicha función. Habrá así decisiones específicamente financieras, aquellas que tienen como fin afectar al flujo; es el caso de «pedir un crédito», lo que provocará un flujo de entrada –inflow–, de la misma manera que lo hace una «ampliación de capital». También hemos de considerar específicamente financieras las operaciones de inversión, consistentes en la aplicación de esos fondos en activos; es decir, en la compra de activos. Finalmente tendremos la operación de devolución de fondos –outflow–, como es el caso de liquidación de la sociedad o, a una menor escala, el reparto del dividendo. Estas operaciones son típicamente financieras, lo que no quiere decir que sean competencia exclusiva de la dirección financiera; por el contrario, muchas veces, dada su trascendencia, necesitarán el respaldo de los máximos responsables de la organización.”*⁶¹

Paúl Lira Briceño, puntualiza que *“las finanzas son un conjunto de principios y modelos que nos permite gestionar, eficientemente, el dinero de una organización (y el personal también) a lo largo del tiempo y bajo condiciones de incertidumbre, con el fin último de generar valor para los accionistas”*⁶².

Pedro Hernán Sepúlveda Gutiérrez, enuncia que *“los recursos financieros tienen siempre su origen en el mercado financiero. Algunas veces este origen es indirecto como, por ejemplo, cuando la empresa ya está funcionando y autogenera recursos*

⁶⁰ Gómez-Bezales, Fernando. Ob. Cit. Pág. 28

⁶¹ Gómez-Bezales, Fernando. Ob. Cit. Pág. 51

⁶² Lira Briceño, Paúl. Apuntes de finanzas operativas: lo básico para saber operar una empresa financieramente. Lima, Perú. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). 2016. Pág. 13

*a través de su propia actividad. Existen dos fuentes de origen de fondos: a) Fuentes internas. B) Fuentes externas. Las fuentes internas se componen básicamente de la generación de «cashflow» que proviene de la actividad de la empresa. Parte de ese cash flow está constituido por los beneficios obtenidos de la operación del negocio y serán reinvertidos o no en función de varios factores, entre otros, las condiciones del mercado financiero que facilitará la decisión de distribuir dividendos o reinvertir en la empresa. Las fuentes externas están constituidas por los accionistas, Bancos, Cajas, intermediarios financieros, proveedores, etc. El flujo comienza en las fuentes externas, en los accionistas, proveedores, después en los Bancos, etc., que de alguna forma hacen una inversión en la empresa a cambio de obtener un retorno en plusvalías, dividendos, beneficios o ingresos financieros. Estos capitales son invertidos en Activos y en financiar las operaciones de la empresa”.*⁶³

Menciona Pedro Hernán Sepúlveda Gutiérrez que *“la autofinanciación proviene de fuentes internas, y está relacionada con la actividad de la empresa. Es el resultado financiero que se produce a lo largo de la actividad. Es decir, la diferencia entre los cobros corrientes y los pagos corrientes de la actividad. Es, en definitiva, la financiación generada por la propia actividad de la empresa y se puede expresar en términos simples como el «cash flow»*⁶⁴.

Paúl Lira Briceño proporciona ciertos elementos que guían la actividad financiera de las empresas:

- *“Las empresas con fines de lucro existen para generar riqueza a sus accionistas.*
- *Los accionistas se hacen más ricos, sí y sólo sí, el precio de sus acciones aumenta.*
- *El precio de las acciones aumentará, siempre y cuando la empresa cree valor.*

⁶³ Sepúlveda Gutiérrez, Pedro Hernán. ¿Qué debo saber de finanzas para crear mi propia empresa? Barcelona, España: Editorial Marcombo, 1992. Págs. 10 y 11

⁶⁴ Sepúlveda Gutiérrez, Pedro Hernán. Ob. Cit. Pág. 11

- *Crear valor, desde el punto de vista financiero, es obtener un retorno mayor al mínimo que los accionistas exigen por los fondos invertidos en la empresa.*⁶⁵

Se debe entender entonces que la empresa, desde el punto de vista financiero, está creada para proveer ingresos a sus propietarios y para ello debe gestionarse la actividad empresarial encaminada a obtener la mayor cantidad de fondos que aumenten la tesorería.

Gómez Bezares expresa que: *“además existen otras decisiones que, no siendo específicamente financieras, afectan al flujo de fondos; es el caso de la firma de un convenio colectivo, del cambio de proveedor o de modificaciones en la política de ventas. Cualquiera de estas decisiones, en cuanto afecte al flujo de fondos, ha de ser estudiada en sus aspectos financieros”*⁶⁶.

El autor mexicano Arturo Morales Castro, expresa que *“lo más importante en la administración de la tesorería es determinar cuánto dinero debe estar invertido y permita cumplir con los compromisos de la empresa sin representar un monto demasiado oneroso, porque en la medida que mantenga un monto alto implica un costo de oportunidad para la empresa”*⁶⁷.

A criterio del mismo autor, *“la administración de la tesorería debe tener por objeto manejar adecuadamente el efectivo en caja y bancos para pagar normalmente los pasivos y erogaciones imprevistas, así como reducir el riesgo de una crisis de liquidez, para lo cual debe establecer la cantidad de dinero necesaria que permita cumplir con las obligaciones sin que sea excesivo de modo que el saldo conlleve a saldos innecesarios”*⁶⁸.

Continúa expresando Arturo Morales Castro, que *“es preciso mantener efectivo en caja y bancos a fin de realizar las operaciones siguientes:*

⁶⁵ Lira Briceño, Paúl. Ob. Cit. Pág. 13

⁶⁶ Gómez-Bezares, Fernando. Ob. Cit. Pág. 51

⁶⁷ Morales Castro, Arturo. Finanzas. México, D.F., MX: Grupo Editorial Patria, 2014. Pág. 63

⁶⁸ Morales Castro, Arturo. Ob. Cit. Pág. 63

1. *Normales: compra de inventario o de artículos estacionales, pago de nóminas y servicios que utiliza la empresa para la realización de su actividad.*
2. *De precaución: urgencias o contingencias como huelgas, paros, incendios, campañas imprevistas de publicidad, entre otras.*
3. *De especulación: aprovechar oportunidades de compras baratas o por rebajas o descuentos por gran volumen, única oportunidad de compra de productos, entre otros.*
4. *Saldos compensatorios: es el monto exigido como mínimo en las cuentas bancarias de cheques para ofrecer el servicio bancario, este saldo lo manejan los bancos en su administración para obtener beneficios, normalmente pagan rendimientos bajos; el monto depende del banco y de las condiciones de los mercados financieros”.*⁶⁹

En palabras del mismo autor, las razones por las cuales se mantiene efectivo en las cuentas de tesorería de toda empresa son:

- a) *“Facilita la operación de la empresa: la mayor parte de las operaciones de las empresas exigen la realización de cobros y pagos. Si la empresa tiene utilidades, los cobros siempre serán por un importe superior al total de pagos a que está obligada la empresa y si se logrará una perfecta sincronización entre el cobro y los pagos. En la práctica esta sincronización es difícil de lograr y es por eso que las tesorerías de las empresas tienen la necesidad de mantener saldos elevados de dinero para equilibrar los desfases entre ingresos y egresos.*
- b) *Cumplimiento de pagos importantes: son pagos que se conocen de antemano pero que no son periódicos y representan gran cuantía; es decir, superiores a los ingresos proporcionados por las operaciones corrientes; tal es el caso de pagos del principal de pasivos a medida que se vencen; pagos de impuestos, de dividendos o de gratificaciones al personal; compra de nuevo equipo o reparaciones importantes en la planta.*
- c) *Riesgo de iliquidez: la liquidez es la cantidad de efectivo que mantiene una empresa para el cumplimiento de sus operaciones, hablar de iliquidez es hablar*

⁶⁹ Morales Castro, Arturo. Finanzas. México, D.F., MX: Grupo Editorial Patria, 2014. Pág. 63

de falta de dinero para cumplir con los compromisos que tienen las organizaciones. Existen pagos que definitivamente requieren de efectivo o cuando menos disponer de saldo en la chequera para liquidarlos, como el caso de pago de servicios básicos que consume la empresa como el servicio de energía eléctrica, agua y teléfono, que no necesariamente se deben mantener en inversiones, porque pueden ocasionar problemas y generar una imagen negativa entre los empleados y los clientes en el caso de no pagar oportunamente, pues se crea la reputación de que no se dispone para el pago de servicios básicos e indispensables, situación motivada por la iliquidez de la empresa.

- d) Aprovechamiento de oportunidades: existen empresas que por su actividad, su mercado, su entorno, la temporada, el clima o la moda tienen oportunidades especiales de obtener utilidades extraordinarias o adicionales si en un momento dado, pueden disponer de recursos en efectivo para aprovecharlas; por ejemplo, por la baja de precios en materias primas generalmente escasas, posible cierre de fronteras a importaciones de insumos que se necesitan, mayores descuentos por pronto pago a proveedores en compras de alto volumen, aprovechar la compra de maquinaria o equipo a precios especiales, adquirir las acciones de una empresa competidora con lo cual se elimina la competencia y se dispone de los mercados de manera exclusiva, adelantar una adquisición en divisas extranjeras cuando se prevé una devaluación.*

El beneficio se obtiene por la decisión de mantener relativamente inactiva en tesorería una cifra con miras a posibles compras o inversiones en situaciones ventajosas, cuyo rendimiento superará ampliamente la falta de rendimiento perdido por la inmovilización de los recursos en la cuenta de efectivo.

- e) Sostener una imagen de liquidez ante bancos y otros acreedores: los bancos miden la cantidad de recursos monetarios que los clientes mantienen en sus saldos de tesorería con relación a sus pasivos, dicho índice es considerado como una medida de cobertura de la deuda, a medida que este indicador es más amplio el riesgo de pago de la empresa al banco es menor y, por el contrario, cuando las cantidades de recursos monetarios en la tesorería disminuyen con*

*relación a las deudas aumenta el riesgo de no pago a las instituciones financieras”.*⁷⁰

De lo expuesto anteriormente, se puede inferir que la implementación de una medida cautelar de intervención sobre la empresa mercantil puede afectar a la empresa dándose los siguientes resultados:

1. Posible desabastecimiento de los inventarios que comercializa la empresa.
2. Riesgo de impuntualidad en el pago de las nóminas y pagos de servicios básicos que utiliza la empresa en la realización de su actividad mercantil.
3. Riesgo de iliquidez por la mala gestión de las finanzas.
4. Afectación de la imagen de la empresa ante los bancos y entidades financieras, por posible incumplimiento de pagos de obligaciones financieras.

Una situación que ejemplifica un posible perjuicio financiero que puede afectar a las empresas sobre las que recae la medida cautelar de embargo con carácter de intervención, lo constituyen los préstamos bancarios. A este respecto, en los contratos bancarios, regularmente estas instituciones financieras consignan como una causal para dar por vencido el plazo de cumplimiento de éste en forma anticipada, el hecho que el deudor sea objeto de esta medida cautelar, lo cual evidentemente constituiría un fuerte obstáculo en la consecución de los objetivos que se planteó originalmente la administración al contratar esa u otras líneas crediticias.

3.2 Aspectos económicos que tomar en cuenta en la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil en procesos penales tributarios

Pedro Hernán Sepúlveda Gutiérrez, especifica que: *“en las operaciones que la empresa realiza con el mercado de bienes y servicios se establece una relación que, cuantitativamente, se puede expresar a través de los ingresos percibidos por la empresa a cambio de los bienes entregados o de los servicios prestados al*

⁷⁰ Morales Castro, Arturo. Ob. Cit. Págs. 64 y 65

mercado. Los hechos económicos que se originan en la relación con el mercado producen ingresos y gastos. Los ingresos y los gastos de la actividad económica no significan necesariamente movimiento de dinero en efectivo, sino simplemente una relación en que se intercambian unos derechos. La empresa se «obliga» a entregar un producto o servicio y por esta razón adquiere un «derecho» a percibir un ingreso que en su momento deberá transformarse en un «cobro» en efectivo. Los gastos son los consumos o la parte utilizada de los recursos necesarios para producir los ingresos. La información económica debe permitir conocer el resultado económico.»⁷¹

Soriano Llobera, Juan Manuel, García Pellicer, María Carmen y Torrents Arevalo, Juan Antonio explican que *“la etimología de la palabra economía se remonta al griego (oikos = patrimonio o casa; nomos = regla), concibiéndose como un conjunto de reglas para el gobierno del patrimonio familiar”.*⁷²

Alicia Bolívar Cruz, María de la Cruz Déniz Déniz y Desiderio J. García Almeida, definen a la economía como *“la ciencia que estudia la asignación más conveniente de los recursos escasos de una sociedad para la obtención de un conjunto ordenado de objetivos”*⁷³. A criterio de estos autores, *“el análisis económico tiene lugar bajo dos enfoques: el microeconómico y el macroeconómico. La microeconomía es la rama de la economía que estudia la conducta de los agentes individuales (mercados, empresas, etc.), mientras que la macroeconomía analiza el funcionamiento global de la economía, estudiando los comportamientos agregados o globales”*.⁷⁴

Siguiendo con lo indicado por los autores citados, *“dentro del sistema capitalista, el mercado es una institución básica, constituido por un grupo de vendedores (oferentes) y compradores (demandantes) de un determinado bien o servicio. En el*

⁷¹ Sepúlveda Gutiérrez, Pedro Hernán. Ob. Cit. Págs. 13 y 14

⁷² Soriano Llobera, Juan Manuel, García Pellicer, María Carmen, and Torrents Arevalo, Juan Antonio. Economía de la empresa. Barcelona, ES: Universitat Politècnica de Catalunya, 2012. Pág. 7

⁷³ Bolívar Cruz, Alicia, Déniz Déniz, María de la Cruz y García Almeida, Desiderio J. Economía y dirección de empresas. Las Palmas de Gran Canaria, España. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Servicio de Publicaciones y Difusión Científica, 2014. Pág. 13

⁷⁴ Bolívar Cruz, Alicia, Déniz Déniz, María de la Cruz y García Almeida, Desiderio J. Ob. Cit. Pág. 14

mercado los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto y los vendedores la oferta. Por lo tanto, cuando se habla de mercado en la ciencia económica, no debe hacerse referencia a un lugar físico, sino a las interrelaciones que existen entre vendedores y compradores” ⁷⁵. Continúan manifestando Alicia Bolívar Cruz, María de la Cruz Déniz Déniz y Desiderio J. García Almeida, que *“la demanda recoge los deseos de los compradores sobre la adquisición de un determinado bien o servicio. Los factores que determinan la demanda de un bien son su precio, los precios de los bienes relacionados con él (tanto sustitutivos como complementarios), el nivel de ingresos (o renta) de los compradores, así como sus gustos y expectativas. Por otra parte, la oferta comprende las cantidades que los vendedores quieren y pueden vender y viene determinada por el precio del producto, los precios de los recursos necesarios para producirlos, la tecnología y las expectativas, entre otros”*.⁷⁶

Eduardo Bueno Campos, Ignacio Cruz Roche y Juan José Durán expresan que *“se pueden señalar como elementos constitutivos de la empresa los siguientes:*

- *El grupo humano o personas*
- *Los bienes económicos.*
- *Los elementos inmateriales”*⁷⁷.

Manifiestan los autores citados que *“dentro del grupo humano podemos distinguir a los propietarios del capital o socios, los administradores o directivos y los trabajadores o empleados. Por su parte, los bienes económicos pueden ser duraderos y no duraderos, atendiendo a su vinculación con el ciclo productivo, por cuanto que los duraderos permanecen en la empresa a lo largo de varios ciclos productivos (edificios, maquinarias, vehículos, etc.); en tanto que los no duraderos, son los que son consumidos en el ciclo productivo (tal es el caso de las materias primas, envases, combustible, etc.). Por su parte, los elementos inmateriales son el conjunto de elementos que confieren a la empresa el valor superior a la mera suma*

⁷⁵ Bolívar Cruz, Alicia, Déniz Déniz, María de la Cruz y García Almeida, Desiderio J. Ob. Cit. Pág. 15

⁷⁶ Bolívar Cruz, Alicia, Déniz Déniz, María de la Cruz y García Almeida, Desiderio J. Ob. Cit. Pág. 15

⁷⁷ Bueno Campos, Eduardo; Cruz Roche, Ignacio y Durán, Juan José. Economía de la Empresa. Análisis de las decisiones empresariales. Editorial Pirámide, Madrid, España, 1989. Pág. 159

de sus elementos humanos y materiales, tal es el caso de la organización, los objetivos y metas, la cultura empresarial, el know how y las relaciones de la empresa con clientes, proveedores, entidades financieras, etc.”⁷⁸

En cuanto a la administración o dirección de las empresas, Alicia Bolívar Cruz, María de la Cruz Déniz Déniz y Desiderio J. García Almeida, expresan que *“se ocupa de coordinar e integrar al conjunto de factores productivos que configuran la empresa y, especialmente, a las personas que trabajan en ella, quienes se constituyen en su principal activo. La naturaleza del trabajo directivo es conseguir una actuación conjunta de las personas que componen la organización, proporcionándoles objetivos y valores comunes, una estructura y una coordinación adecuadas y la continua orientación que necesitan para responder ante los cambios, además de revisar y detectar posibles aspectos a corregir”⁷⁹.*

Francisco José González Domínguez y Juan Domingo Ganaza Vargas mencionan que *“un directivo es aquella persona de la organización que desempeña las funciones administrativas, planificando, organizando, dirigiendo y controlando las tareas que han de ejecutarse por los miembros de la empresa. De la definición que dan estos autores se colige que la actividad principal de cualquier directivo consiste en planificar, organizar, dirigir y controlar el trabajo de otras personas”⁸⁰.*

Siguiendo la línea de Alicia Bolívar Cruz, María de la Cruz Déniz Déniz y Desiderio J. García Almeida, *“la clasificación de los directivos en función de la amplitud o ámbito de las actividades que se realice permite distinguir entre directivos funcionales y de carácter general:*

- *Directivos funcionales. Son responsables de una sola actividad organizativa, estando al frente de una unidad especializada de tipo funcional (por ejemplo: producción, compras, ventas, investigación y desarrollo, etc.).*
- *Directivos de carácter general. Se ocupan de dirigir una unidad en la que trabajan especialistas de las diferentes áreas funcionales. Generalmente son*

⁷⁸ Bueno Campos, Eduardo; Cruz Roche, Ignacio y Durán, Juan José. Ob. Cit. Pág. 159

⁷⁹ Bolívar Cruz, Alicia, Déniz Déniz, María de la Cruz y García Almeida, Desiderio J. Ob. Cit. Pág. 36

⁸⁰ González Domínguez, Francisco José, y Ganaza Vargas, Juan Domingo. Fundamentos de economía de la empresa. Madrid, España. Difusora Larousse - Ediciones Pirámide, 2015. Pág.66

los máximos responsables de una empresa, división, sucursal o filial. Por tanto, son responsables de todo el flujo de trabajo necesario para obtener y comercializar un producto, encargarse de un territorio determinado, etc.”⁸¹

Francisco José González Domínguez y Juan Domingo Ganaza Vargas expresan que *“los directivos desempeñan ciertos roles dentro de la organización, tales como roles interpersonales, roles informativos y roles decisionales. Los roles interpersonales hacen referencia al enorme volumen de actividad de los directivos que se produce en contacto con otras personas, tanto dentro como fuera de la organización, en su carácter de cabeza visible, como imagen de la organización; en su calidad líder, ya que la motivación de los empleados a sus órdenes es una de sus actividades esenciales; también se convierte en un enlace, ya que en sus relaciones sociales y profesionales, el directivo se encarga de establecer una red amplia de contactos y de fuentes de información, tanto internas como externas. En este papel compete a los directivos diseñar los canales de comunicación e información que pueden ser usados en el futuro. Los roles informativos se relacionan con el trabajo directivo que se refiere a la recolección y transmisión de información y datos. Para estos efectos, el directivo se convierte en un monitor en el que se dedica a la búsqueda y recolección activa de información, tanto del interior como del exterior de la empresa; en un difusor, cuando se dedica a transmitir la información dentro de la empresa; y en portavoz, cuando transmiten esta información al exterior de la empresa. En cuanto a los roles decisionales, los mismos están relacionados con la participación de los directivos en la toma de decisiones de la empresa. En estos casos el administrador es emprendedor, cuando el directivo toma la iniciativa en la toma de decisiones y obtiene oportunidades para la empresa; es un gestor de anomalías, cuando analiza y soluciona problemas; asignador de recursos, en los casos en que el directivo determina cómo han de asignarse los recursos disponibles a las distintas actividades, unidades o puestos; y es negociador, cuando planifica y controla los procesos de negociación en que se ve inmersa la empresa, tanto internos como externos.”⁸²*

⁸¹ Bolívar Cruz, Alicia, Déniz Déniz, María de la Cruz y García Almeida, Desiderio J. Ob. Cit. Pág. 40

⁸² González Domínguez, Francisco José, y Ganaza Vargas, Juan Domingo. Págs. 67 y 68.

Algunos aspectos económicos que pueden recaer sobre una empresa mercantil, luego de la aplicación de la medida cautelar de intervención encontramos:

1. Alteración del mercado ante la distorsión en el normal desenvolvimiento de un agente individual.
2. Transformación de las relaciones mercantiles entre la empresa y los proveedores y los clientes.
3. La fama mercantil de las empresas puede verse seriamente dañadas al momento que un proveedor o un cliente tienen conocimiento que la empresa se encuentra intervenida.

3.3 Efectos jurídicos de la aplicación de la medida precautoria o cautelar de intervención de empresa mercantil en procesos penales tributarios

El presente trabajo se centra en la aplicación de la medida cautelar de intervención de la empresa mercantil en los casos en que la Superintendencia de Administración Tributaria ha solicitado el inicio de acciones penales en contra de algunos contribuyentes, por la posible comisión de ilícitos de naturaleza tributaria; por lo que es evidente que la aplicación de esta medida precautoria o cautelar tiene efectos jurídicos.

En efecto, durante la tramitación de un proceso penal, el Ministerio Público a requerimiento de la Superintendencia de Administración Tributaria, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 124 del Código Procesal Penal, el cual establece: *“Artículo 124. Derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas: (...) 4. No obstante lo anterior, en cualquier*

momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación. (...)”

No obstante, en el caso de procesos penales instaurados por la posible comisión de ilícitos tributarios, la solicitud de aplicación de la medida cautelar de intervención de la empresa mercantil, que formula el Ministerio Público a instancias de la Superintendencia de Administración Tributaria como agraviada, se realiza cuando el contribuyente encartado muchas veces no ha sido ni siquiera escuchado en primera declaración dentro del proceso penal, por lo que a criterio del autor del presente trabajo, pueden vulnerarse derechos constitucionales al momento de decretar la medida cautelar, sobre todo tomando en cuenta que la naturaleza de la misma es el aseguramiento de un derecho o de un bien, dentro de un proceso judicial ya iniciado.

3.3.1 Los delitos tributarios en la legislación guatemalteca

La doctrina considera que los delitos tributarios están inmersos en el llamado Derecho Penal Económico, *“entendido este último stricto sensu como aquel conjunto de normas jurídico-penales que tienen como finalidad la protección del sistema económico estatal”*⁸³

Resulta evidente que, en estos delitos, la intención del legislador es sancionar aquellas conductas que lesionan intereses colectivos, por encima de intereses individuales.

El artículo 69 del Código Tributario guatemalteco estipula que *“Toda acción u omisión que implique violación de normas tributarias de índole sustancial o formal, constituye infracción que sancionará la Administración Tributaria, en tanto no constituya delito o falta sancionados conforme a la legislación penal”*.

⁸³ Colina Ramírez, Edgar Iván. La defraudación tributaria en el código penal español: análisis jurídico-dogmático del Art. 305 CP. J.M. Bosch Editor, Barcelona, España 2009. Pág. 27

De la definición anterior se extrae que las infracciones administrativas serán del conocimiento de la Administración Tributaria, en tanto que a las infracciones penales, corresponderá la aplicación de la normativa específica, en este caso, el Código Penal.

El Código Penal guatemalteco, establece en el Título X, De los Delitos contra la Economía Nacional, el Comercio, la Industria y el Régimen Tributario, Capítulo IV los Delitos Contra el Régimen Tributario, artículos 358 “A” al 358 “D”, siendo los siguientes:

“Artículo 358 “A”. Defraudación Tributaria. Comete delito de defraudación tributaria quien, mediante simulación, ocultación, maniobra, ardid, o cualquier otra forma de engaño, induzca a error a la administración tributaria en la determinación o el pago de la obligación tributaria, de manera que produzca detrimento o menoscabo en la recaudación impositiva.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a seis años, que graduará el Juez con relación a la gravedad del caso, y multa equivalente al impuesto omitido.

Si el delito fuere cometido por persona extranjera se le impondrá, además de las penas a que se hubiere hecho acreedora, la pena de expulsión del territorio nacional, que se ejecutará inmediatamente que haya cumplido aquellas.”

“Artículo 358 “B” Casos Especiales de Defraudación Tributaria. Incurrirá en las sanciones señaladas en el artículo anterior:

1. Quien utilice mercancías, objetos o productos beneficiados por exenciones o franquicias, para fines distintos de los establecidos en la ley que conceda la exención o franquicia, sin haber cubierto los impuestos que serían aplicables a las mercancías, objetos o productos beneficiados.

2. Quien comercialice clandestinamente mercancías evadiendo el control fiscal o el pago de tributos. Se entiende que actúa en forma clandestina quien teniendo o no establecimiento abierto al público ejerce actividades

comerciales y no tenga patente de comercio; o teniéndola no lleve los libros de contabilidad que requieren el Código de Comercio y la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

3. Quien falsifique, adultere o destruya sellos, marchamos, precintos, timbres u otros medios de control tributario; así como quien teniendo a su cargo dichos medios de control tributario, les dé un uso indebido o permita que otros lo hagan.

4. Quien destruya, altere u oculte las características de las mercancías, u omita la indicación de su destino o procedencia.

5. Quien hiciera en todo o en parte una factura o documento falso, que no está autorizado por la Administración Tributaria, con el ánimo de afectar la determinación o el pago de los tributos.

6. Quien lleve doble o múltiple contabilidad para afectar negativamente la determinación o el pago de tributos.

7. Quien falsifique en los formularios, recibos u otros medios para comprobar el pago de tributos, los sellos o las marcas de operaciones de las cajas receptoras de los bancos del sistema, de otros entes autorizados para recaudar tributos o de las cajas receptoras de la Administración Tributaria.

8. Quien altere o destruya los mecanismos de control fiscal, colocados en máquinas registradoras o timbradoras, los sellos fiscales y similares. Si este delito fuere cometido por empleados o representantes legales de una persona jurídica, buscando beneficio para ésta, además de las sanciones aplicables a los participantes del delito, se impondrá, a la persona jurídica, una multa equivalente al monto del impuesto omitido. Si se produce reincidencia, se sancionará a la persona jurídica con la cancelación definitiva de la patente de comercio.

9. El contribuyente del Impuesto al Valor Agregado que, en beneficio propio o de tercero, no declare la totalidad o parte del impuesto que cargó a sus clientes en la venta de bienes o la prestación de servicios gravados, que le

corresponde enterar a la Administración Tributaria después de haber restado el correspondiente crédito fiscal.

10. El contribuyente que, para simular la adquisición de bienes o servicios, falsifica facturas, las obtiene de otro contribuyente, o supone la existencia de otro contribuyente que las extiende, para aparentar gastos que no hizo realmente, con el propósito de desvirtuar sus rentas obtenidas y evadir disminuir la tasa impositiva que le tocaría cubrir, o para incrementar fraudulentamente su crédito fiscal; y el contribuyente que las extiende.

11. Quien, para simular la adquisición de bienes o mercancías de cualquier naturaleza o acreditar la propiedad de los mismos, cuya procedencia sea de carácter ilícito o de contrabando, falsifique facturas, utilice facturas falsificadas, obtenga facturas de un tercero, o simule la existencia de un contribuyente.

12. Quien emita, facilite o proporcione facturas a un tercero para simular la adquisición de bienes o mercancías de cualquier naturaleza, o acreditar la propiedad de los mismos, cuya procedencia sea de carácter ilícito o de contrabando.”

“Artículo 358 “C” Apropiación indebida de tributos. Comete el delito de apropiación indebida de tributos quien actuando en calidad de agente de percepción o de retención, en beneficio propio, de una empresa o de tercero, no entere a la Administración Tributaria la totalidad o parte de los impuestos percibidos o retenidos, después de transcurrido el plazo establecido por las leyes tributarias específicas para enterarlos.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a seis años, que graduará el Juez con relación a la gravedad del caso, y multa equivalente al impuesto apropiado.

Si el delito fuere cometido por directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o representantes legales de una persona jurídica, en beneficio de ésta, además de la sanción aplicable a los responsables, se impondrá a la persona jurídica una multa equivalente al monto del impuesto

no enterado, y se le apercibirá que en caso de reincidencia se ordenará la cancelación de la patente de comercio en forma definitiva.

Si el delito fuere cometido por persona extranjera se le impondrá, además de las penas a que se hubiere hecho acreedora, la pena de expulsión del territorio nacional, que se ejecutará inmediatamente que haya cumplido aquellas.”

“Artículo 358 “D” Resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria: Comete el delito de resistencia a la acción fiscalizadora de la Administración Tributaria quien, después de haber sido requerido por dicha Administración, con intervención de juez competente, impida las actuaciones y diligencias necesarias para la fiscalización y determinación de su obligación, se niegue a proporcionar libros, registros u otros documentos contables necesarios para establecer la base imponible de los tributos; o impida el acceso al sistema de cómputo en lo relativo al registro de sus operaciones contables.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de uno a seis años y multa equivalente al uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del contribuyente, durante el período mensual, trimestral o anual que se revise.

Si este delito fuere cometido por empleados o representantes legales de una persona jurídica, buscando beneficio para ésta, además de las sanciones aplicables a los participantes del delito, se impondrá a la persona jurídica una multa equivalente al monto del impuesto omitido. Si se produce reincidencia, se sancionará a la persona jurídica con la cancelación definitiva de la patente de comercio.

Si el delito fuere cometido por persona extranjera se le impondrá, además de las penas a que se hubiere hecho acreedora, la pena de expulsión del territorio nacional, que se ejecutará inmediatamente que haya cumplido aquellas.”

En el caso del Delito de Defraudación tributaria, el legislador guatemalteco previó que quien mediante simulación, ocultación, maniobra, ardid o cualquier otra forma

de engaño, haga caer en error a la Administración Tributaria en la determinación o el pago de tributos; en tanto que en los Casos especiales de defraudación tributaria se regulan conductas más específicas que, al ser analizadas específicamente, también se establece que sancionan la utilización de artificios con ánimo de falsear la forma en que se determinan las obligaciones tributarias de un contribuyente, con el correspondiente aprovechamiento pecuniario beneficioso para el denunciado.

Lo mismo ocurre con el delito de Apropiación indebida de tributos, el que sanciona a quien aprovechando que percibió o retuvo impuestos de un tercero, no los entera dentro del plazo que la ley establece, obteniendo un beneficio propio o de otra persona, causando con ello un detrimento en la recaudación impositiva.

Por su parte, el delito de Resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria castiga la negativa de colaboración de un contribuyente a permitir que la autoridad tributaria realice su función de fiscalización y determinación tributaria, negando el acceso a sus libros, registros y demás documentos contables, necesarios para la determinación de la base imponible de los tributos o impida el acceso a los sistemas de cómputo que resguarden y controlen sus operaciones contables.

Una vez detectada la comisión de cualquiera de estos hechos o conductas, la Administración Tributaria, de conformidad con lo regulado en los artículos 70 y 90 del Código Tributario, debe ponerlos en conocimiento de las autoridades respectivas (Ministerio Público y Organismo Judicial) para el inicio del Proceso Penal respectivo, renunciando a seguir conociendo por la vía administrativa.

3.3.2 El proceso penal, las garantías y principios constitucionales

Rafael De Pina Vara, define el proceso como el *“conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo*

*y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante la decisión del juez competente*⁸⁴.

El artículo 5 del Código Procesal Penal guatemalteco establece que el proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma. La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos

Derivado de lo anterior, una definición del proceso penal para efectos del presente estudio es el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con el fin de averiguar la participación del sindicado, la emisión de una sentencia y su ejecución.

Eugenio Florián manifiesta que *“el objeto fundamental del proceso penal es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera como delito y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se le atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la ley penal”*⁸⁵.

De la lectura de los artículos 5 y 309 del Código Procesal Penal guatemalteco se extrae que el fin del proceso penal es la averiguación del hecho delictivo, las circunstancias bajo las cuales éste pudo ser cometido y el grado de participación del encartado. El artículo 5 del Código Procesal Penal reconoce el derecho de la tutela judicial efectiva también para el sindicado, por lo que es fundamental la observancia a las garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Al respecto, José Mynor Par Usen, establece que *“estos principios o también llamados garantías constitucionales son aquellos medios técnicos-jurídicos,*

⁸⁴ De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México, D. F., 12ª Edición. 1984. Pág. 403

⁸⁵ Florián, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. Librería Bosch. Barcelona, España. 1934. Pág. 49

orientados a proteger las disposiciones constitucionales cuando éstas son infringidas, reintegrando el orden jurídico violado”⁸⁶.

Los principios o garantías constitucionales que deben ser observados dentro del proceso penal y que son de interés del presente estudio, son los siguientes:

- Derecho al debido proceso: también denominado en la doctrina como “juicio previo”, es aquél principio que establece que no puede aplicarse la fuerza penal del Estado a una persona, si antes no se ha llevado a cabo un juicio, a través del cual el sindicado no haya tenido la oportunidad de defenderse, en el que no se le haya tratado como inocente, mientras su culpabilidad no haya sido demostrada y haya sido declarado culpable por un tribunal previamente establecido. El mismo se encuentra regulado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República y en el artículo 4, segundo párrafo de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido el criterio que *“...Tal garantía consiste en la observancia por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que entraña el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas. Se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de*

⁸⁶ Par Usen, José Mynor. El Juicio oral en el Derecho Procesal Penal guatemalteco. Editorial Serviprensa. Guatemala. 2000. Pág. 24

impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso...” Gaceta No. 54, Expediente 105-1999, página No. 49, Sentencia: 16-12-99.

- Derecho de defensa: la defensa de la persona es uno de los derechos fundamentales que debe ser privilegiado en todo sistema penal moderno de cualquier Estado de Derecho. Tanto la Constitución Política de la República, artículo 12, como la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 8, literal d), establecen que todo acusado tiene derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. La Corte de Constitucionalidad, respecto a esta garantía ha resuelto: “...*Esta disposición constitucional garantiza el derecho de defensa y establece el derecho de audiencia, da oportunidad que surja el contradictorio necesario y permite el acceso a la jurisdicción que habrá de dirimir o resolver el conflicto de intereses que se hubiere suscitado entre personas determinadas...*” Gaceta No. 61, Expediente No. 551-2001, Sentencia: 19-09-01.
- Derecho de presunción de inocencia: de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Política de la República, toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. En tanto la persona no haya sido declarado culpable, cualquier sindicado debe ser tratado como si no hubiera cometido el delito que se le impute. Sobre esta garantía, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado así: “...*el artículo 14 constitucional reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se impute la comisión de hechos, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta en tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata,*

entonces, de una presunción iuris tantum...” Gaceta No. 47, Expediente No. 1011-1997, página No. 109, Sentencia: 31-03-98.

- Principio de legalidad: el artículo 154 de la Constitución Política de la República, establece que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. La Corte de Constitucionalidad ha sostenido que este principio: *“implica que la actividad de cada uno de los órganos del Estado debe mantenerse dentro del conjunto de atribuciones expresas que le son asignadas por la Constitución y las leyes...”* Gaceta No. 39, Expediente No. 867-1995, página No. 35, Sentencia: 22-02-96.

3.3.3 Posible vulneración de garantías constitucionales como efectos jurídicos de la aplicación de la medida cautelar de intervención de empresa mercantil en procesos penales tributarios

Tal como se citó en anteriores páginas, de conformidad con el artículo 5 del Código Procesal Penal guatemalteco, el proceso penal busca la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, las circunstancias en que se cometió, la participación del encartado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva y su ejecución. La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.

La aplicación a esa tutela judicial efectiva hace que todo sujeto procesal en la sustanciación del proceso penal debe observar, especialmente, la aplicación de las garantías constitucionales descritas en anteriores líneas: debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia.

Sin embargo, a criterio del autor, estas garantías son vulneradas al momento en que un órgano jurisdiccional penal emite una resolución por medio de la cual declara con lugar la solicitud formulada por el Ministerio Público a instancias de la

Superintendencia de Administración Tributaria, dentro de los procesos penales tributarios, para decretar la medida cautelar de intervención de empresa mercantil.

La Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado con respecto al derecho de defensa y al debido proceso, en el siguiente sentido:

“... al examinar el texto constitucional antes transcrito y el contexto del proceso penal guatemalteco, se aprecia que desde que se inicia un proceso penal, el ofendido o agraviado, el Ministerio Público, el imputado, los abogados y mandatarios debidamente designados por los interesados, tienen el derecho de conocer en forma inmediata y sin reserva todo lo que conste en el proceso. Tal acceso inmediato debe entenderse a efectos de que pueda formular las peticiones que estimen pertinentes para la defensa de sus intereses. Fundan la anterior afirmación también los artículos 12 constitucional, 5, 12 y 314 del Código Procesal Penal y 63 de la Ley del Organismo Judicial, que se refieren al derecho de defensa y a la publicidad de los procesos, salvo las reservas establecidas en ley y declaradas por Juez competente. En cuanto a los demás sujetos que pueden intervenir en éste (querellante adhesivo y tercero civilmente demandado), tendrán acceso al expediente a partir de que lo soliciten y el Juez contralor del proceso otorgue su intervención (...) Debe entenderse que el espíritu del artículo 14 constitucional es permitir que la persona señalada de cometer un hecho delictivo tenga acceso al proceso para conocer sobre aquello de lo que se le sindicica y así poder aportar los elementos que desvirtúen su participación y plantear los medios de defensa que considere pertinente. Es en concordancia con el espíritu de ese artículo constitucional, el artículo 71 del Código Procesal Penal: “(...) Los derechos que la Constitución y este Código otorgan al imputado, puede hacerlos valer por sí o por medio de su defensor, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece. Si el sindicado estuviere privado de su libertad, toda autoridad que intervenga en el procedimiento velará para que conozca, inmediateamente, los derechos que las leyes fundamentales del Estado y este Código le conceden (...)” –El resaltado no figura

en el texto original-. De lo anterior se puede concluir que desde el momento en que se presenta un acto introductorio en el que se establezca un sujeto identificado, este tiene derecho a conocer todo lo que obre en el proceso sobre él y plantear los medios de defensa que estime pertinente, sin necesidad de que se haya dictado auto de procesamiento, puesto que con los elementos que puede aportar el imputado podrá demostrar que no existen motivos racionales para creer que participó en la comisión del ilícito que se le imputa, pudiendo así el ente encargado de la persecución penal dirigir sus investigaciones hacia otros aspectos y sujetos, formulando respecto a su investigaciones las peticiones pertinentes al juez contralor (...)” Sentencias de 27 de enero y 1 de marzo, ambas de 2011 y 25 de febrero de 2014, dictadas dentro de los expedientes 2056-2010 y 3929-2010 y 4012-2013, respectivamente.

Derivado de lo anterior, como lo expresa Ramiro de León Carpio *“para que a una persona se le limiten sus derechos o se le condene por algo de que se le acusa, tiene que haber ejercitado su derecho de defensa y por lo tanto haberse cumplido todos esos pasos: primero habérsele citado para manifestarle de qué se le acusa, después haber escuchado cuáles son sus argumentos para defenderse, para ver si acepta o no esa acusación y qué pruebas tiene y aporta en contra de dicha acusación.*

*Y, por último, tiene que ser vencido, es decir, llegar a una conclusión legal de que es cierta la acusación que se le hace y naturalmente todo ello tiene que ser en un proceso legal, o sea, que reúna todas las condiciones que la ley exige...”*⁸⁷

Tomando en cuenta lo anterior, las contravenciones a los derechos constitucionales en el proceso penal ocurren tomando en cuenta los siguientes argumentos:

- Se transgrede el debido proceso porque el contribuyente sobre el que se decreta la medida cautelar aún no ha sido condenado por medio de una sentencia debidamente ejecutoriada y, sin embargo, al decretarse la medida cautelar, lo

⁸⁷ De León Carpio, Ramiro. Catecismo Constitucional. Institución del Procurador de los Derechos Humanos. Guatemala, julio 2016.

obligan a pagar el adeudo tributario que fue denunciado por la Superintendencia de Administración Tributaria.

- Se violenta el derecho de defensa en virtud que al decretarse la medida cautelar y obligar el pago de un adeudo tributario, no le permite al contribuyente defenderse apropiadamente, pues no se han llevado a cabo los actos procesales que le permitirían aportar los medios de prueba de descargo que podrían dar un giro a la pretensión del Ministerio Público y de la Superintendencia de Administración Tributaria. Lo anterior, sin tomar en cuenta que muchas veces a las audiencias en las que se decide la aplicación de la medida, ni siquiera se le da participación al sindicado, toda vez que se le da característica de “unilateralidad”; es decir, solamente participa el Ministerio Público en la misma, afectando seriamente a los contribuyentes.
- Se infringe la presunción de inocencia, pues de la mano de las anteriores garantías, no puede considerarse que en ese caso el proceso penal considere como inocente a un contribuyente sobre el que recae una medida cautelar que lo obliga a pagar un adeudo tributario, cuando el órgano jurisdiccional correspondiente no ha emitido un pronunciamiento definitivo respecto a si es o no culpable de la comisión del delito que se le imputa.
- Se vulnera el principio de legalidad, por cuanto que la Superintendencia de Administración Tributaria tiene la facultad administrativa de recaudar impuestos, conforme al Código Tributario y su Ley Orgánica; sin embargo, al momento de detectar una conducta que a su criterio constituya un delito tributario, en aplicación de los artículos 70 y 90 del Código Tributario, debe ponerlo en conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes. Al presentar la denuncia o querrela, la Administración Tributaria renuncia a la posibilidad de exigir el pago de multas o intereses, porque de conformidad con la legislación penal, la recaudación de estos recargos corresponde al Organismo Judicial. Por otra parte, la Administración Tributaria tampoco tiene facultad de requerir la medida precautoria o cautelar intervención de la empresa mercantil, tomando en cuenta que su fundamento principal es el artículo 124 del Código Procesal Penal

que establece la “Reparación Digna”, cuando la Administración Tributaria carece de legitimidad para requerir resarcimiento por la comisión de ilícitos tributarios.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1 Método utilizado

La investigación realizada fue de tipo jurídico-descriptiva en la que se analizó la figura de la intervención judicial de la empresa mercantil desde la óptica de sus efectos jurídicos, económicos y financieros, intentando detallar sus elementos desde el punto de vista del Derecho Penal, del Derecho Civil, del Derecho Mercantil y del Derecho Tributario.

En el Capítulo I se analizó la figura de las medidas cautelares, en forma general y de la medida cautelar de intervención judicial de la empresa mercantil, en forma particular, en la tramitación de los procesos civiles y penales.

Al analizar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares se estableció que no solamente son medidas que buscan garantizar las resultas de un proceso. También son consideradas como herramientas que permiten asegurar medios de prueba que, por una u otra circunstancia, no podrán ser producidos al momento de llevar a cabo los debates o procesos específicos, dejando únicamente al juez la tarea de valoración de dichos probatorios.

Se estudiaron las medidas cautelares que establece la legislación guatemalteca, específicamente el Código Procesal Civil y Mercantil, que es el cuerpo legal al que se refieren todas las normativas que facultan a un acreedor para sustentar su pretensión de obtener el aseguramiento de un derecho.

Por su parte, en el Capítulo II se hizo un estudio de la aplicación de la medida cautelar de intervención, la cual recae específicamente sobre la empresa. Al analizar esta figura, eminentemente mercantil, se estableció que la empresa ha sido contextualizada como una institución eminentemente económica, dejando de lado la argumentación de índole jurídica, ya que no se ha hecho una diferenciación clara entre la persona que organiza la empresa, de los que sirven de instrumento puestos al servicio de la actividad que se iniciará.

En el caso de la medida cautelar de intervención de la empresa mercantil, su naturaleza jurídica es la de asegurar las resultas de un proceso de cobro judicial de un adeudo, fundamentado en un título suficiente que, a criterio de un órgano jurisdiccional le otorgan a un deudor el derecho de reclamarlo en proceso ejecutivo. La finalidad de esta medida cautelar es la de asegurar que los ingresos económicos que produzca la empresa vayan a cubrir el adeudo que se reclama y con el objeto de que ésta vea afectados sus patrimonios, en perjuicio del acreedor.

Se expusieron publicaciones de páginas WEB de periódicos de circulación nacional (Prensa Libre y el Periódico) y de un canal de cable con bastante sintonía a nivel nacional (Canal Antigua), en el que se daban a conocer casos en los que la Superintendencia de Administración Tributaria solicitó y obtuvo de un órgano jurisdiccional, la ejecución de la medida cautelar de intervención de las empresas propiedad de contribuyentes denunciados por los delitos de defraudación tributaria y casos especiales de defraudación tributaria, en los que aún no se había obtenido una sentencia o resolución definitiva dentro del proceso penal respectivo.

El Capítulo III se examinaron los aspectos que, desde el punto de vista financiero, económico, afectan el ámbito de operación de la empresa mercantil por la implementación de una medida cautelar, además de analizar los efectos jurídicos de la aplicación de esta medida, analizando que esta medida cautelar distorsiona su normal desempeño.

La empresa, desde el punto de vista financiero, está creada para proveer ingresos a sus propietarios y para ello debe gestionarse la actividad empresarial encaminada a obtener la mayor cantidad de fondos que aumenten la tesorería. La administración de la tesorería debe tener por objeto manejar adecuadamente el efectivo en caja y bancos para pagar normalmente los pasivos y erogaciones imprevistas, así como reducir el riesgo de una crisis de liquidez.

Por su parte, en el aspecto económico, el desenvolvimiento de una empresa debe analizarse bajo dos enfoques: el microeconómico y el macroeconómico. La microeconomía es la rama de la economía que estudia la conducta de los agentes individuales (mercados, empresas, etc.), mientras que la macroeconomía analiza el

funcionamiento global de la economía, estudiando los comportamientos agregados o globales. La macroeconomía se constituye, en síntesis, en la suma de microeconomías de un mercado en específico.

El mercado es una institución básica, constituido por un grupo de vendedores (oferentes) y compradores (demandantes) de un determinado bien o servicio. En el mercado los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto y los vendedores la oferta.

La administración o dirección de las empresas, tiene como tarea integrar al conjunto de factores productivos que configuran la empresa y, especialmente, a las personas que trabajan en ella. La naturaleza del trabajo directivo es conseguir una actuación conjunta de las personas que componen la organización, proporcionándoles objetivos y valores comunes, una estructura y una coordinación adecuadas y la continua orientación que necesitan para responder ante los cambios.

En cuanto a los efectos jurídicos de la aplicación de la medida cautelar de intervención de la empresa mercantil, en un proceso penal, dichos efectos se analizaron desde el punto de vista de la posible vulneración de derechos constitucionales.

La víctima o agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento penal, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos. La aplicación a esa tutela judicial efectiva hace que todo sujeto procesal en la sustanciación del proceso penal debe observar, especialmente, la aplicación del debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia, establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala.

4.2 Instrumento y unidades de análisis utilizados

Se utilizaron cuadros de cotejo, con las siguientes unidades de análisis:

- Sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad relacionadas con medidas cautelares de intervención de empresas mercantiles.

	UNIDADES DE ANÁLISIS		
INDICADORES	Sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad durante el 2016 y 2017 relacionadas con medidas cautelares de intervención de empresas mercantiles		
Expediente No.			
Acto reclamado			
Agravio que se denuncia			
Análisis de la Corte (Esencia Considerandos)			
Forma de resolver			
Efectos			

Con las unidades de análisis elegidas se consideraron las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad, emitidas en acciones constitucionales de Amparo en las que se examinaron las medidas cautelares de intervención de empresas mercantiles en casos de índole penal-tributario.

4.3 Resultados obtenidos

Se analizaron las sentencias de la Corte de Constitucionalidad emitidas dentro de los siguientes expedientes de acciones constitucionales de Amparo: 65-2005; 398-2007; 519-2005 y 1610-2008; 2687-2009, llegando a las siguientes conclusiones:

- La Corte de Constitucionalidad sustenta que, para el otorgamiento de medidas cautelares a favor de la Superintendencia de Administración Tributaria, es necesario que exista riesgo en la oportuna percepción de tributos, multas e intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del Código Tributario.
- La Corte de Constitucionalidad argumenta que de acuerdo con la legislación procesal penal vigente, la única sujeción a la que el Código Procesal Penal condiciona el otorgamiento de medidas precautorias, es a que en todo lo relacionado con ellas (su otorgamiento, ejecución y levantamiento) se aplique lo

dispuesto en los Códigos Civil, Procesal Civil y Mercantil y demás leyes de la materia.

- La Corte de Constitucionalidad sostiene que el artículo 278 del Código Procesal Penal, en ningún momento condiciona que, para conceder medidas precautorias, deba concurrir la necesaria vinculación que en un proceso penal conlleva el decretar un auto de procesamiento penal contra una persona determinada, lo que no sería aplicable en situaciones como el otorgamiento de medidas precautorias instadas contra el tercero civilmente demandado. Sostiene lo anterior, pues tales medidas, tienen como principal efecto el prevenir.
- La Corte de Constitucionalidad manifiesta que, al otorgar medidas precautorias, el órgano jurisdiccional actúa en el ejercicio de las facultades legales establecidas en la ley (artículos 530 del Código Procesal Civil y Mercantil y 170 del Código Tributario).

4.4 Cuadros de cotejo

Expediente 65-2005 Corte de Constitucionalidad

El acto reclamado fue la resolución que declaró improcedente la solicitud de medida cautelar promovida por la Administración Tributaria en contra del Banco Promotor, Sociedad Anónima.

La Corte de Constitucionalidad analizó que una medida cautelar no implica más que constituir una garantía que sustente una posible resolución favorable; no otorgarla cuando procede, al margen de inobservar la normativa correspondiente, conlleva una desprotección al ente encargado de realizar la recaudación tributaria para el Estado; siendo que existe evidencia manifiesta que el Banco Promotor, se encuentra en crisis financiera, dicho extremo es suficiente para otorgar la medida solicitada. Debe agregarse que el Código Tributario señala en su Artículo 170. Procedencia (*Reformado por el artículo 47 del Decreto 58-96 del Congreso de la República*) ... La Administración Tributaria podrá solicitar todas las medidas de garantía o precautorias que establece la ley, con excepción del arraigo personal, cuando exista resistencia, defraudación o riesgo para la percepción de tributos,

intereses y multas... Y que el Código Procesal Civil y Mercantil, en su artículo 530 determina: (Providencias de urgencia). 'Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores y en otras disposiciones de este Código sobre medidas cautelares, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este Código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo'. En el caso analizado, la Corte de Constitucionalidad estableció que la autoridad impugnada inobservó lo preceptuado en los artículos apuntados, actuando en contravención de lo establecido en el artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella, por lo que la protección constitucional solicitada, en cuanto a ese sentido, debe otorgarse, restaurando al postulante en los derechos que le han sido conculcados.

La Corte de Constitucionalidad resolvió: I) Revocar la sentencia apelada y otorga amparo a la Superintendencia de Administración Tributaria y, en consecuencia: a) la restituye en la situación jurídica afectada; b) deja en suspenso en cuanto a la reclamante la resolución de veintisiete de enero de dos mil cuatro, dictada por la autoridad reclamada, dentro del Proceso Contencioso Administrativo número sesenta y ocho guión dos mil dos, a cargo del oficial primero. II) Para los efectos positivos de este fallo la Sala Segunda de lo Contencioso Administrativo, deberá emitir la resolución que en derecho corresponde congruente con lo considerado en el mismo.

Expediente 398-2007 Corte de Constitucionalidad

El acto reclamado fue la resolución que declaró sin lugar el recurso de reposición planteado por la Superintendencia de Administración Tributaria contra la resolución que a su vez declaró que no había lugar a las solicitudes que formulara en el sentido

de decretar el embargo de cuentas bancarias de ahorro y monetarios que en los bancos del sistema poseyera la entidad Importadora y Exportadora El Oasis, Sociedad Anónima; y de decretar el secuestro de los cabezales identificados en la solicitud correspondiente.

La Corte de Constitucionalidad analizó que el fallo dictado por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente denegando el amparo se encuentra ajustada a derecho ya que la decisión asumida por el Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Escuintla -autoridad impugnada-, al declarar sin lugar el recurso de reposición planteado por la Administración Tributaria postulante contra la resolución que declaró que no había lugar a las solicitudes que formulara en el sentido de: a) decretar el embargo de cuentas bancarias de ahorro y monetarios que en los bancos del sistema poseyera la entidad Importadora y Exportadora El Oasis, Sociedad Anónima; y b) decretar el secuestro de los cabezales identificados en la solicitud correspondiente, por tratarse ésta de una empresa mercantil y por no indicar a quién se le entregarían en calidad de depósito, respectivamente, lo hizo en el ejercicio de las facultades que la ley rectora del acto le otorga (artículo 402 del Código Procesal Penal). De ahí que dicho acto no puede considerarse constitutivo de agravio alguno en la esfera jurídica de la postulante, ya que se emitió dentro de un proceso establecido en la ley, en el cual la postulante tuvo a su disposición y planteó los medios de defensa que consideró pertinentes, habiéndose resuelto las peticiones que formuló en tal sentido.

La Corte de Constitucionalidad resolvió: declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia, confirma la sentencia apelada.

Expediente 519-2005 Corte de Constitucionalidad

El acto reclamado es la resolución por medio de la cual se declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto por la postulante contra la resolución que a su vez declaró improcedente la medida cautelar solicitada por la Superintendencia de

Administración Tributaria en contra de la entidad denominada Servicios Internacionales de Bodegas, Sociedad Anónima.

La Corte de Constitucionalidad analizó que la autoridad responsable actuó en el ejercicio de las facultades legales establecidas en la ley, de consiguiente, al declarar sin lugar el recurso de revocatoria, la autoridad responsable no violó sus derechos. Asimismo, al examinar los motivos que tuvo la autoridad impugnada para rechazar el recurso de reposición interpuesto, se determina que actuó dentro del ámbito de su competencia y atribuciones legales, ejerciéndolas de conformidad con las normas preestablecidas obligatorias para las partes, como para ella misma. Por lo anterior, se advierte que no se faltó al debido proceso ni vulnerado derecho alguno de la accionante, no habiendo agravio que reparar por la vía del amparo, por lo que la Corte de Constitucionalidad denegó la solicitud de la Superintendencia de Administración Tributaria para la obtención de medidas cautelares.

Expediente 1610-2008 Corte de Constitucionalidad

El acto reclamado es el auto por el que la autoridad impugnada declaró sin lugar el recurso de reposición que la postulante interpuso contra la resolución, emitida por la misma autoridad, que rechazó su solicitud de embargo con carácter de intervención de las empresas propiedad de la entidad contribuyente Agrícola Corporativa del País, Sociedad Anónima, contra la que se sigue proceso penal por los delitos de Defraudación tributaria y Caso especial de defraudación tributaria.

La Corte de Constitucionalidad analizó que el artículo 278 del Código Procesal Penal dispone que el embargo de bienes y demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, deben regir por el Código Procesal Civil y Mercantil, también analiza que en los delitos promovidos por la Administración Tributaria, se aplicará lo prescrito en el artículo 170 del Código Tributario y únicamente son recurribles, cuando lo admita la mencionada ley y con el efecto que ella prevé.

Al examinar el expediente, la Corte estableció que la Superintendencia de Administración Tributaria efectuó el requerimiento de embargo, con carácter de

intervención, de las empresas propiedad de la sindicada, fundamentándose en las normas precitadas; asimismo, que impugnó la resolución mediante la cual fue rechazada su pretensión, por medio de recurso de reposición con base en el artículo 402 del Código Procesal Penal.

Denota la Corte, que la Administración Tributaria interpuso un recurso que no era el medio idóneo, desatendiendo lo prescrito en el artículo 278 del Código Procesal Penal que expresamente estipula que el embargo de bienes y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, así como sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, se regirán por el Código Procesal Civil y Mercantil y que sólo serán recurribles, cuando lo admita la mencionada ley y con el efecto que ella prevé. De esa cuenta, la autoridad impugnada, al dictar el acto reclamado, no causó agravio alguno a la accionante.

Derivado de lo anterior, la Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Administración Tributaria, confirmando la sentencia venida en grado.

Expediente 2687-2009 Corte de Constitucionalidad

El acto reclamado es la resolución por la que la autoridad impugnada declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto por la Administración Tributaria contra el auto que declaró improcedente su solicitud de embargo precautorio de bienes.

La Corte de Constitucionalidad analizó que la Superintendencia de Administración Tributaria, desde el momento en que se le tiene como parte procesal puede pedir la imposición de medidas para asegurar los intereses del fisco en la oportuna percepción de los tributos, intereses y multas correspondientes, inclusive está facultada para solicitar medidas de urgencia, para asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia, ello en aplicación de los artículos 132, 134 y 278 del Código Procesal Penal, 170 del Código Tributario y 530 del Código Procesal Civil y Mercantil, pues de acuerdo con la legislación procesal penal vigente, la única sujeción a la que el Código Procesal Penal condiciona el otorgamiento de medidas precautorias, es a que en todo lo relacionado con ellas (su otorgamiento, ejecución

y levantamiento) se aplique lo dispuesto en los Códigos Civil, Procesal Civil y Mercantil y demás leyes de la materia, según se puede colegir de la lectura del artículo 278 del primero de los cuerpos legales citados. Es oportuno indicar que el artículo 278 *Ibidem*, en ningún momento condiciona que, para conceder medidas precautorias, deba concurrir la necesaria vinculación que en un proceso penal conlleva el decretar un auto de procesamiento penal contra una persona determinada, lo que no sería aplicable en situaciones como el otorgamiento de medidas precautorias instadas contra el tercero civilmente demandado. Se sostiene lo anterior, pues tales medidas, por su contenido meramente preventivo, tienen como principal efecto, el prevenir lo que Calamandrei refiere como “La existencia de un peligro o daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva”. (Calamandrei, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, 1945, página 36 y ss), lo que también es aplicable al proceso penal, sobre todo aquellos casos en los que una persona que se dice agraviada por la comisión de un ilícito penal pretende ejercitar en el mismo una acción civil reparadora del daño generado por la comisión de dicho ilícito, lo que cobra mayor relevancia cuando la imputación se hace de comisión de delitos de afectación a la hacienda pública.

Derivado de lo anterior, la Corte de Constitucionalidad resolvió declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia, revoca la sentencia venida en grado y, otorgó el amparo solicitado por la Superintendencia de Administración Tributaria contra el Juez Séptimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala; b) restaura la situación jurídica afectada, dejando sin efecto en cuanto a la postulante, el auto que constituye el acto reclamado; c) para los efectos positivos de este fallo, la autoridad impugnada deberá dictar la resolución que en derecho corresponde, de conformidad con lo considerado; d) se conmina a la referida autoridad a dar exacto cumplimiento a lo resuelto, dentro del plazo de cinco días contados a partir del día en que reciba la ejecutoria de este fallo, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se le impondrá una multa de un mil quetzales (Q1,000.00), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes.

CONCLUSIONES

- Las medidas cautelares son una herramienta legal que permite a las partes de un litigio asegurar la satisfacción de un derecho, personal o patrimonial, constituyéndose en accesorias al juicio principal, debiendo acreditar quien la pide, la necesidad de su otorgamiento y el derecho que le asiste para el efecto.
- La medida precautoria o cautelar de intervención no está encaminada a obtener una garantía de la empresa misma como un bien mueble, sino que pretende mantener el rendimiento de la misma a efecto siga produciendo rendimientos económicos positivos que le permita seguir existiendo para proveer trabajo digno a quienes laboran en ella, cumplir con el adeudo que dio lugar a su otorgamiento y si es posible, continuar creando ganancias para el deudor.
- La aplicación de la medida cautelar de intervención de empresas mercantiles, antes de haberse emitido la sentencia condenatoria, en los procesos penales tributarios, carece de idoneidad, en virtud que en los mismos no se ha llegado a una decisión definitiva en la que se haya inculcado al contribuyente al pago de una cantidad específica en concepto de impuestos defraudados, lo cual puede transgredir las garantías constitucionales del debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia y principio de legalidad.

RECOMENDACIONES

- A los Jueces Penales se recomienda asegurarse que, previo a otorgar una medida cautelar, quien la pide acredite fehacientemente la necesidad de su otorgamiento y el derecho que le asiste para ello.
- A los Jueces Penales se sugiere advertir, en todos los casos en que designen interventor judicial, a colaborar en todo momento con la administración de la empresa con el objeto de mantener el rendimiento de la misma a efecto continúe produciendo resultados positivos.
- A los Jueces Penales se sugiere que la medida cautelar de intervención de la empresa mercantil sea decretada en los procesos penales, única y exclusivamente cuando se hubiere emitido la sentencia condenatoria y se haya decretado la reparación digna.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda edición, 1962, Tomo V, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.
2. Bauche Garciadiego, Mario. La empresa. Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 1977.
3. Bolívar Cruz, Alicia, Déniz Déniz, María de la Cruz y García Almeida, Desiderio J. Economía y dirección de empresas. Las Palmas de Gran Canaria, España. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Servicio de Publicaciones y Difusión Científica, 2014.
4. Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos. Madrid, 1994.
5. Bueno Campos, Eduardo; Cruz Roche, Ignacio y Durán, Juan José. Economía de la Empresa. Análisis de las decisiones empresariales. Editorial Pirámide, Madrid, España, 1989.
6. Calamandrei, Piero. Derecho Procesal Civil I. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I. Editorial Librería del Foro. Buenos Aires, Argentina. 1996.
7. Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de Las providencias cautelares. Traducción de Santiago Santis Melado. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1945.
8. Castellón Munita, Juan Agustín. Diccionario de derecho procesal civil. Santiago de Chile. Editorial Jurídica La Ley. 2004.
9. Chaclán Calvo, Anabella del Pilar. La Empresa y el Establecimiento Mercantil. Tesis de grado. Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 2010.
10. Colina Ramírez, Edgar Iván. La Defraudación Tributaria en el Código Penal Español: análisis jurídico-dogmático del Art. 305 CP. J. M. Bosch Editor, Barcelona, España. 2009.
11. De la Oliva Santos A., Díez-Picazo Jiménez, L. y Vegas Torres, J. Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales. Editorial Universitaria Ramón Areces. 3ª edición. Madrid. 2005.

12. De León Carpio, Ramiro. Catecismo Constitucional. Institución del Procurador de los Derechos Humanos. Guatemala, julio 2016.
13. De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México, D. F., 12ª Edición. 1984.
14. Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso. Biblioteca Jurídica Dike. Tomo I. 13ª Edición. Bogotá. 1994.
15. Escobar Alzate, Jeny. Nociones básicas del Derecho Procesal Civil en el Código General del Proceso. Universidad de Ibagué. Colombia. 2014.
16. Figueroa Yáñez, Gonzalo. Código civil y leyes complementarias. Universidad Diego Portales, Chile. 2º Edición. 2002.
17. Florián, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. Librería Bosch. Barcelona, España. 1934.
18. Forero Silva, Jorge. Especialización de Derecho Civil. Universidad de Ibagué, Colombia. 2013.
19. Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.
20. Gimeno Sendra, Vicente. Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales. 5ª edición. Madrid. Editorial Colex. 2014.
21. Gómez-Bezares, Fernando. Elementos de finanzas corporativas: inversión y financiación en la empresa. Bilbao, España: Editorial Desclée de Brouwer, 2012.
22. González Domínguez, Francisco José, y Ganaza Vargas, Juan Domingo. Fundamentos de economía de la empresa. Madrid, España. Difusora Larousse - Ediciones Pirámide, 2015.
23. Gutiérrez Falla Laureano. Derecho Mercantil. La empresa. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1985.
24. Jiménez Sánchez, Guillermo J., y Díaz Moreno, Alberto, eds. Lecciones de Derecho Mercantil (19a. ed.) Madrid, España. Difusora Larousse - Editorial Tecnos, 2016.
25. Lira Briceño, Paúl. Apuntes de finanzas operativas: lo básico para saber operar una empresa financieramente. Lima, Perú. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). 2016.

26. Montero Aroca, Juan; Chacón Corado, Mauro. Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco. Tomo I. 1ª edición. Editorial Magna Terra. Guatemala. 1999.
27. Montes Reyes, Amalia y Molina Caballero, María de Jesús. Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil. 5ª Edición. Madrid. Difusora Larousse – Editorial Tecnos. 2014.
28. Morales Castro, Arturo. Finanzas. México, D.F., MX: Grupo Editorial Patria, 2014.
29. Nájera Farfán, Mario Efraín. Derecho Procesal Civil Práctico (El juicio ordinario), Editorial Serviprensa Centroamericana. Guatemala. 1981.
30. Narváez García, José Ignacio. La empresa y el establecimiento. Legis Ediciones, S.A., Colombia. 1ª Edición. 2002.
31. Ortells Ramos, Manuel. Las medidas cautelares. Editorial La Ley. Madrid. 2000.
32. Par Usen, José Mynor. El Juicio oral en el Derecho Procesal Penal guatemalteco. Editorial Serviprensa. Guatemala. 2000.
33. Paredes Sánchez, Luis Eduardo y Meade Hervert, Oliver. Derecho Mercantil: Parte General y Sociedades. México, D. F. Grupo Editorial Patria, 2014.
34. Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S. A. 2ª Edición. México D.F. 1965.
35. Podetti, Ramiro. Tratado de las medidas cautelares. 2ª edición. Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1955.
36. Quiroga Cubillos, Héctor Enrique. Procesos y medidas cautelares. 2ª Edición. Okey Impresores, Bogotá. 1991.
37. Redenti, Enrico. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, Argentina, 1957.
38. Roco, Ugo. Tratado de derecho procesal civil. Editorial Temis. Bogotá. 1977.
39. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. México. Editorial Porrúa, S.A.
40. Sánchez Calero, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales Unidas, 1995.
41. Sepúlveda Gutiérrez, Pedro Hernán. ¿Qué debo saber de finanzas para crear mi propia empresa? Barcelona, España: Editorial Marcombo, 1992.

42. Soriano Llobera, Juan Manuel, García Pellicer, María Carmen, and Torrents Arevalo, Juan Antonio. Economía de la empresa. Barcelona, ES: Universitat Politècnica de Catalunya, 2012.
43. Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil. Imprenta Aguirre. 4ª Edición. Madrid, España. 1964.
44. Uriol Egido, Carmen. Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria en los procedimientos de aplicación del tributo. Tesis Doctoral. Universidad de Oviedo. España. 2012.
45. Vásquez Martínez, Edmundo. Instituciones de Derecho Mercantil. Serviprensa Centroamericana. Guatemala. 1978.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.
- Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio.
- Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal.
- Decreto 6-91 del Congreso de la República, Código Tributario.
- Decreto 57-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal.
- Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, adoptada en Montevideo Uruguay de fecha 8 de mayo de 1979 dentro de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- <https://elperiodico.com.gt/nacion/2016/05/06/sat-interviene-aceros-de-guatemala-por-defraudacion/> Consultado el 21 de mayo de 2018.
- <http://www.prensalibre.com/economia/sat-aseguro-que-cobro-y-reposicion-de-impuestos-elevaria-recaudacion> Consultado el 21 de mayo de 2018.
- <http://www.prensalibre.com/economia/sat-interviene-empresa-por-posible-defraudacion-tributaria> Consultado el 24 de mayo de 2018.

- <http://www.prensalibre.com/economia/superintendencia-de-administracion-tributaria-sat-interviene-otra-empresa-de-seguridad> Consultado el 24 de mayo de 2018.
- <http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/sat-interviene-farmacias-galeno> Consultado el 24 de mayo de 2018.
- <https://canalantigua.tv/empresa-facturas-intervenida-sat-mp/> Consultado el 24 de mayo de 2018.
- www.cc.gob.gt <http://143.208.58.124/Sentencias/819706.4113-2011.pdf> consultada el 4 de junio de 2018.
- www.cc.gob.gt <http://143.208.58.124/Sentencias/791894.105-99.pdf> consultada el 4 de junio de 2018.
- www.cc.gob.gt <http://143.208.58.124/Sentencias/790890.1011-97.pdf> consultada el 4 de junio de 2018.
- www.cc.gob.gt <http://143.208.58.124/Sentencias/791799.867-95.pdf> consultada el 4 de junio de 2018.
- www.cc.gob.gt <http://143.208.58.124/Sentencias/816106.2056-2010.pdf> consultada el 4 de junio de 2018.
- www.cc.gob.gt <http://143.208.58.124/Sentencias/796973.551-2001.pdf> consultada el 4 de junio de 2018.
- www.cc.gob.gt <http://143.208.58.124/Sentencias/791799.867-95.pdf> consultada el 4 de junio de 2018.

ANEXO

1/2	UNIDADES DE ANÁLISIS		
INDICADORES	Sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad		
Expediente No.	65-2005	398-2007	519-2005
Acto reclamado	Resolución de fecha veintiséis de enero de dos mil cuatro, que declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto por la accionante, contra la resolución que declaró improcedente la solicitud de medida cautelar promovida por la amparista contra el Banco Promotor, Sociedad Anónima.	Resolución del cuatro de septiembre de dos mil seis, dictada por la autoridad impugnada, que declaró sin lugar el recurso de reposición planteado por la Superintendencia de Administración Tributaria contra la resolución que declaró que no había lugar a las solicitudes que formulara en el sentido de decretar el embargo de cuentas bancarias de ahorro y monetarios que en los bancos del sistema poseyera la entidad Importadora y Exportadora El Oasis, Sociedad Anónima; y de decretar el secuestro de los cabezales identificados en la solicitud correspondiente, por tratarse ésta de una empresa mercantil y por no indicar a quién se le entregarían en calidad de depósito, respectivamente; dicha resolución fue dictada dentro del proceso penal incoado contra Importadora y Exportadora El Oasis, Sociedad Anónima, Víctor Leonel Juárez Rubio, Wen Xiang Lou, Francisco Valentín Maza Castellanos,	Resolución de fecha uno de abril del dos mil cuatro, dictada por la autoridad impugnada por medio de la cual declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto por la postulante contra la resolución de siete de mayo del dos mil tres, la cual declaró improcedente la medida cautelar solicitada por la amparista en contra de la entidad denominada Servicios Internacionales de Bodegas, Sociedad Anónima.

		Norby Arely Solís, Victoriano Damián López, Ambrosio Coloch Jerónimo y Amed García Corado, dentro del cual la ahora postulante es querellante adhesiva.	
Agravio que se denuncia	Derecho de defensa y al debido proceso.	Los principios jurídicos de certeza y seguridad jurídicas; así como la obligación que tienen los tribunales de impartir justicia de conformidad con la Constitución y las leyes.	Derecho de defensa, debido proceso e igualdad procesal
Análisis de la Corte (Esencia Considerandos)	<p>“...una medida cautelar no implica más que constituir una garantía que sustente una posible resolución favorable; no otorgarla cuando procede, al margen de inobservar la normativa correspondiente, conlleva una desprotección al ente encargado de realizar la recaudación tributaria para el Estado; siendo que existe evidencia manifiesta que el Banco Promotor, se encuentra en crisis financiera, dicho extremo es suficiente para otorgar la medida solicitada. Debe agregarse que el Código Tributario señala en su Artículo 170. Procedencia <i>(Reformado por el artículo 47 del Decreto 58-96 del Congreso de la República)</i> ... La Administración Tributaria podrá solicitar todas las medidas de garantía o precautorias que</p>	<p>“...se advierte por esta Corte que el fallo de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente denegando el amparo se encuentra ajustada a derecho ya que la decisión asumida por el Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Escuintla -autoridad impugnada-, al declarar sin lugar el recurso de reposición planteado por la ahora postulante contra la resolución que declaró que no había lugar a las solicitudes que formulara en el sentido de: a) decretar el embargo de cuentas bancarias de ahorro y monetarios que en los bancos del sistema poseyera la entidad Importadora y Exportadora El Oasis, Sociedad Anónima; y b) decretar el secuestro de los cabezales identificados en la solicitud correspondiente, por tratarse ésta de una</p>	<p>“la autoridad responsable actuó en el ejercicio de las facultades legales establecidas en la ley rectora del acto impugnado, de consiguiente, al declarar sin lugar el recurso de revocatoria, la autoridad responsable no violó sus derechos. Asimismo, al examinar los motivos que tuvo la autoridad impugnada para rechazar el recurso de reposición interpuesto, se determina que actuó dentro del ámbito de su competencia y atribuciones legales, ejerciéndolas de conformidad con las normas preestablecidas obligatorias para las partes, como para ella misma. Por lo anterior, se advierte que no se ha faltado al debido proceso ni vulnerado derecho alguno de la accionante, no habiendo agravio que reparar por esta vía.”</p>

	<p>establece la ley, con excepción del arraigo personal, cuando exista resistencia, defraudación o riesgo para la percepción de tributos, intereses y multas... Y que el Código Procesal Civil y Mercantil, en su artículo 530 determina: (Providencias de urgencia). 'Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores y en otras disposiciones de este Código sobre medidas cautelares, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este Código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo'. En el caso bajo estudio la autoridad impugnada inobservó lo preceptuado en los artículos apuntados, actuando en contravención de lo establecido en el artículo 154 de la Constitución Política</p>	<p>empresa mercantil y por no indicar a quién se le entregarían en calidad de depósito, respectivamente, lo hizo en el ejercicio de las facultades que la ley rectora del acto le otorga (artículo 402 del Código Procesal Penal). De ahí que dicho acto no puede considerarse constitutivo de agravio alguno en la esfera jurídica de la postulante, ya que se emitió dentro de un proceso establecido en la ley, en el cual la postulante tuvo a su disposición y planteó los medios de defensa que consideró pertinentes, habiéndose resuelto las peticiones que formuló en tal sentido.”</p>	
--	--	--	--

	<p>de la República de Guatemala, pues los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella, esta Corte concluye que la protección constitucional solicitada, en cuanto a ese sentido, también debe otorgarse, restaurando al postulante en los derechos que le han sido conculcados.”</p>		
<p>Forma de resolver</p>	<p>La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas resuelve: I) Revoca la sentencia apelada y otorga amparo a la Superintendencia de Administración Tributaria y, en consecuencia: a) la restituye en la situación jurídica afectada; b) deja en suspenso en cuanto a la reclamante la resolución de veintisiete de enero de dos mil cuatro, dictada por la autoridad reclamada, dentro del Proceso Contencioso Administrativo número sesenta y ocho guión dos mil dos, a cargo del oficial primero. II) Para los efectos positivos de este fallo la Sala Segunda de lo Contencioso Administrativo,</p>	<p>La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Sin lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia, confirma la sentencia apelada.</p>	<p>La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas resuelve: I) Confirma la sentencia apelada.</p>

	deberá emitir la resolución que en derecho corresponde congruente con lo considerado en el mismo, actuación que deberá realizar dentro del plazo de cinco días de que reciba la ejecutoria de esta sentencia, caso contrario cada uno de los magistrados incurrirá en multa de un mil quetzales, sin perjuicio de las demás responsabilidades.		
Efectos	Ordena a la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo emitir la resolución en la que ordene las medidas cautelares requeridas por la Superintendencia de Administración Tributaria.	Deniega la solicitud de la Superintendencia de Administración Tributaria para la obtención de medidas cautelares.	Deniega la solicitud de la Superintendencia de Administración Tributaria para la obtención de medidas cautelares.

2/2	UNIDADES DE ANÁLISIS		
INDICADORES	Sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad		
Expediente No.	1610-2008	2687-2009	
Acto reclamado	Auto del veintiuno de febrero de dos mil ocho, por el que la autoridad impugnada declaró sin lugar el recurso de reposición que la postulante interpuso contra la resolución, emitida por la misma autoridad, que rechazó su solicitud de embargo con carácter de intervención de las empresas propiedad de la entidad	Resolución de veintidós de enero de dos mil nueve, por la que la autoridad impugnada declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto por la postulante contra el auto que declaró improcedente su solicitud de embargo precautorio de bienes.	

	contribuyente Agrícola Corporativa del País, Sociedad Anónima, contra la que se sigue proceso penal por los delitos de Defraudación tributaria y Caso especial de defraudación tributaria.		
Agravio que se denuncia	<p>a) Vulnera el debido proceso, ya que el argumento vertido para declarar sin lugar el recurso de reposición no tiene asidero legal, dado que el hecho de que el contribuyente no esté ligado a proceso, no es argumento suficiente para denegar las medidas precautorias, cuya razón de ser es la prevención de un daño grave e irreparable para los intereses del Estado y evitar que la sindicada se sustraiga del pago de los impuestos a los que por ley está obligada;</p> <p>b) los artículos 278 del Código Procesal Penal y 170 del Código Tributario, conceden la facultad a la Administración Tributaria para solicitar las medidas cautelares que estime necesarias para asegurar los intereses del fisco, disposiciones legales de las que la autoridad impugnada hizo caso omiso; y c) el artículo 534 del Código Procesal Civil y Mercantil, aplicable en el caso de las medidas precautorias, establece que éstas serán dictadas sin escuchar a la parte contra la que se pidan.</p>	Al derecho de defensa y al principio jurídico del debido proceso.	

<p>Análisis de la Corte (Esencia Considerandos)</p>	<p>Dispone el artículo 278 del Código Procesal Penal: <i>“El embargo de bienes y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, se regirán por el Código Procesal Civil y Mercantil. En los delitos promovidos por la Administración Tributaria, se aplicará lo prescrito en el Artículo 170 del Código Tributario. En estos casos será competente el juez de primera instancia o el tribunal que conoce de ellos. Sólo serán recurribles, cuando lo admita la mencionada ley y con el efecto que ella prevé...”</i>. Examinado el expediente que sirve de antecedente a la presente acción, se determina que la postulante efectuó el requerimiento de embargo, con carácter de intervención, de las empresas propiedad de la sindicada, fundamentándose en las normas precitadas; asimismo, que impugnó la resolución mediante la cual fue rechazada su pretensión, mediante recurso de reposición con base en el artículo 402 del Código Procesal Penal. La actitud asumida por la postulante para atacar lo relacionado a la denegatoria de la medida cautelar solicitada, evidencia que interpuso un</p>	<p>La Superintendencia de Administración Tributaria, desde el momento en que se le tiene como parte procesal puede pedir la imposición de medidas para asegurar los intereses del fisco en la oportuna percepción de los tributos, intereses y multas correspondientes, inclusive está facultada para solicitar medidas de urgencia, para asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia, ello en aplicación de los artículos 132, 134 y 278 del Código Procesal Penal, 170 del Código Tributario y 530 del Código Procesal Civil y Mercantil, pues de acuerdo con la legislación procesal penal vigente, la única sujeción a la que el Código Procesal Penal condiciona el otorgamiento de medidas precautorias, es a que en todo lo relacionado con ellas (su otorgamiento, ejecución y levantamiento) se aplique lo dispuesto en los Códigos Civil, Procesal Civil y Mercantil y demás leyes de la materia, según se puede colegir de la lectura del artículo 278 del primero de los cuerpos legales citados.</p> <p>Es oportuno indicar que el artículo 278 <i>Ibidem</i>, en ningún momento condiciona que para conceder medidas precautorias, deba concurrir la necesaria vinculación que en un proceso penal conlleva el decretar un auto de procesamiento penal contra una persona determinada, lo que no</p>	
---	--	--	--

	<p>recurso que no era el medio idóneo para controvertirla, desatendiendo lo prescrito en el artículo 278 del Código Procesal Penal que expresamente estipula que el embargo de bienes y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, así como sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, se regirán por el Código Procesal Civil y Mercantil y que sólo serán recurribles, cuando lo admita la mencionada ley y con el efecto que ella prevé. De esa cuenta, la autoridad impugnada, al dictar el acto reclamado, no causó agravio alguno a la accionante, por cuanto el recurso de reposición contemplado en el Código Procesal Penal no era el medio idóneo, sin que tenga relevancia para el presente asunto el razonamiento justificativo en el que la autoridad impugnada se sustentó para declarar sin lugar la reposición.</p> <p>Por lo considerado, se concluye que el amparo es notoriamente improcedente y, habiendo resuelto en ese mismo sentido el Tribunal <i>a quo</i>, procede confirmar la sentencia apelada, pero por los motivos aquí considerados.</p>	<p>sería aplicable en situaciones como el otorgamiento de medidas precautorias instadas contra el tercero civilmente demandado. Se sostiene lo anterior, pues tales medidas, por su contenido meramente preventivo, tienen como principal efecto, el prevenir lo que Calamandrei refiere como "La existencia de un peligro o daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva". (Calamandrei, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, 1945, página 36 y ss), lo que también es aplicable al proceso penal, sobre todo aquellos casos en los que una persona que se dice agraviada por la comisión de un ilícito penal, pretende ejercitar en el mismo una acción civil reparadora del daño generado por la comisión de dicho ilícito, lo que cobra mayor relevancia cuando la imputación se hace de comisión de delitos de afectación a la hacienda pública.</p>	
--	---	---	--

<p>Forma de resolver</p>	<p>Sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Administración Tributaria y, como consecuencia, confirma la sentencia venida en grado.</p>	<p>l) Con lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia, revoca la sentencia venida en grado y, resolviendo conforme a derecho: a) Otorga el amparo solicitado por la Superintendencia de Administración Tributaria contra el Juez Séptimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala; b) restaura la situación jurídica afectada, dejando sin efecto en cuanto a la postulante, el auto que constituye el acto reclamado; c) para los efectos positivos de este fallo, la autoridad impugnada deberá dictar la resolución que en derecho corresponde, de conformidad con lo considerado; d) se conmina a la referida autoridad a dar exacto cumplimiento a lo resuelto, dentro del plazo de cinco días contados a partir del día en que reciba la ejecutoria de este fallo, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se le impondrá una multa de un mil quetzales (Q1,000.00), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes.</p>	
<p>Efectos</p>	<p>La Corte denegó la solicitud de la Superintendencia de Administración Tributaria, manifestando que se fundamentó en una norma no idónea para el efecto, debiendo aplicarse lo regulado en el Código Procesal</p>	<p>La Corte otorgó el amparo interpuesto por la Superintendencia de Administración Tributaria, puesto que considera que al ser parte procesal puede pedir la imposición de medidas para asegurar sus intereses en la oportuna percepción de los tributos, intereses y</p>	

	Civil y Mercantil y no en el Código Procesal Penal.	multas. Esta facultad incluye la de solicitar medidas de urgencia para asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia.	
--	---	---	--