

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

TESIS

**“ANALISIS DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS
CONTENIDAS DENTRO DEL CODIGO TRIBUTARIO
(DECRETO 6-91 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA)”**

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

EDDY GIOVANNI ORELLANA DONIS

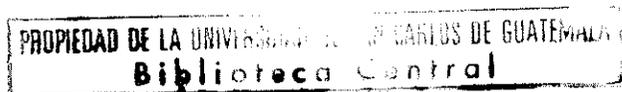
Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, MAYO DE 1995



04
T (3021)

019

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

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
OCAL I	Lic. Luis César López Permouth
OCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
OCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
OCAL IV	Br. Edgar Orlando Najarro Vásquez
OCAL V	Br. Carlos Leonel Rodríguez Flores
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	
en funciones)	Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
EXAMINADOR	Lic. Hugo Roberto Jauregui
EXAMINADOR	Lic. José Roberto Mena Izeppi
EXAMINADOR	Lic. Cesar Rolando Solares Salazar
SECRETARIO	Lic. Oscar Edmundo Bolaños Parada

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



257-95

Guatemala, 17 de abril de 1,995.

Senor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.

SECRETARIA
SECRETARIA

25 MAYO 1995

RECIBIDO

Hora: 10 Minutos
OFICIAL

Senor Decano:

De la manera mas cordial me dirijo a usted con el objeto indicarle que de conformidad con el nombramiento como asesor de tesis del Bachiller Edy Giovanni Orellana Donis recaído en mi persona, procedí a prestar asesoría a dicha persona, quien analizó algunos puntos importantes dentro del trabajo de tesis titulado "ANALISIS DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS CONTENIDAS DENTRO DEL CODIGO TRIBUTARIO (DECRETO 6-91 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA".

En el trabajo presentado se tocaron aspectos importantes del Derecho Tributario, cuyo campo es todavía árido en nuestro país, y que poco a poco va cobrando importancia; así mismo, el trabajo aludido reúne los requisitos necesarios para su aprobación.

Atentamente,

Erwin Iván Romero Morales
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Erwin Iván Romero Morales.
Oficina: 8 avenida 13-76 zona 1.
Telefono y Fax: 82-3-15.



1509-95

Guatemala, 10 de Mayo de 1,995.

SEÑOR DECANO:
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.
SU DESPACHO.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

11 MAY 1995

RECEBIDO
16 1995
OFICIAL

SEÑOR DECANO:

Con las muestras de mis más altas consideraciones, para el cargo que usted tan dignamente ha sabido desempeñar, le manifiesto que de conformidad con el nombramiento encomendado a mi persona para revisar el trabajo de tesis del Bachiller Eddy Giovanni Orellana Donis, se logró determinar en forma significativa, aspectos importantísimos y de amplia discusión dentro del foro guatemalteco, que servirán de base para analizar en forma muy especial las medidas de garantía y precautorias contenidas en el Código Tributario en vigencia.

El trabajo denominado "ANALISIS DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS CONTENIDAS EN EL CODIGO TRIBUTARIO (Decreto 6-91 del Congreso de la República)", reúne a mi modo de parecer y de conformidad con el reglamento respectivo todos los requisitos para su aprobación.

No está demás indicarle, Señor Decano, que el Bachiller Orellana Donis, investigó el tema tratado de una manera muy completa, así mismo tomó en cuenta algunas sugerencias propuestas que fueron incluidas en el mismo.

Me suscribo de usted, deferentemente,

JLM
Lic. Jorge Leonel Bruno Gutiérrez.
Colegiado número 3941

Jorge Leonel Bruno Gutiérrez
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

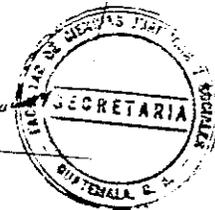


FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universidad, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, mayo doce, de mil novecientos noventicinco.---

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis del Bachiller EDDY GIOVANNI
ORELLANA DONIS intitulado "ANALISIS DE LAS MEDIDAS DE GA-
RANTIA Y PRECAUTORIAS CONTENIDAS EN EL CODIGO TRIBUTARIO
(Decreto 6-91 del Congreso de la República)". Artículo 22,
del Reglamento para Exámenes Técnico Profesional y Público
de Tesis. -----



DEDICO ESTE ACTO

A DIOS NUESTRO SEÑOR: QUIEN EN TODO MOMENTO ME HA DADO
FORTALEZA Y GRACIAS A MI FE EN
EL, HE PODIDO LLEGAR A ESTE DIA.

A MI MADRE: COMO UN HOMENAJE A SU ESFUERZO Y
COMO AGRADECIMIENTO A SUS
SACRIFICIOS.

A MI ESPOSA: POR SU PACIENCIA Y COMPRESION.

A MIS HIJOS: COMO UN EJEMPLO DE PERSEVERANCIA,
SACRIFICIO Y DISCIPLINA, BASE
PARA LOGRAR EL EXITO.

A MIS HERMANOS: CON CARINO, RESPETO Y GRATITUD.

A LA TRICENTENARIA FORJADORA DE PROFESIONALES UTILES
UNIVERSIDAD DE SAN A LA PATRIA.
CARLOS DE GUATEMALA:

A LA FACULTAD DE DONDE ME HE PODIDO REALIZAR COMO
CIENCIAS JURIDICAS Y PERSONA, COMO HOMBRE Y COMO
SOCIALES: PROFESIONAL.

A MIS CATEDRATICOS: GRACIAS A SUS CONOCIMIENTOS. HOY
HE PODIDO CULMINAR MI CARRERA.

A MIS COMPAÑEROS Y
AMIGOS:

GRACIAS POR SU AMISTAD Y NUNCA
OLVIDARE LOS MOMENTOS VIVIDOS.

ESPECIALMENTE:

AL LICENCIADO OTTO RENE ARENAS
POR SU AMISTAD Y APOYO.

A MI PATRIA
GUATEMALA:

GRACIAS POR HABERME PERMITIDO
NACER EN ESTA BELLA TIERRA.

A TODAS AQUELLAS PERSONAS, QUE HOY SE ALEGRAN DE QUE CONCLUYA
MI CARRERA UNIVERSITARIA Y A USTED EN ESPECIAL QUE ESTA HOY
PRESENTE.

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

1.- ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA	1
1.2.- DEFINICION DE DERECHO CIVIL.....	3
1.3.- ORIGEN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.....	4
1.4.- PROCESO Y PROCEDIMIENTO.....	6
1.5.- RELACIONES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL CON OTRAS DISCIPLINAS	6
1.6.- DEFINICION DE DERECHO PROCESLA CIVIL	8
1.7.- SURGIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS .	9
1.8.- ORIGEN DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS	11
1.9.- CODIGIFICACION EN GUATEMALA DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS	14
2.- CONCEPTO Y DENOMINACION DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS	18
2.1.- LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS COMO ACCIONES O DE MERO ASEGURAMIENTO	19
3.- CONCEPTO Y DENOMINACION DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES	21
4.- CLASES DE MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS	24
4.1.- MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS SEGUN EL OBJETO - SOBRE EL CUAL SE DECRETAN	30

CAPITULO II.

1.- LAS MEDIDAS DE GARANTIA REGULADAS EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL	35
--	----

2.-	LA GARANTIA Y CONTRAGARANTIA DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS REGULADAS EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL	48
2.1.-	LA GARANTIA	48
2.2.-	CONTRAGARANTIA	50

CAPITULO III.

1.-	EL DERECHO TRIBUTARIO ADMINISTRATIVO	52
1.1.-	EL DERECHO TRIBUTARIO ADMINISTRATIVO Y SU ATONOMIA ...	53
1.2.-	DIVISION DE LA ACTIVIDAD TRIBUTARIA ADMINISTRATIVA ...	54
1.3.-	PROCEDIMIENTO TRIBUNTARIO - ADMINISTRATIVO	56
2.-	DERECHO ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO O LITIGIOSO	58
2.1.-	PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DETERMINACION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA POR LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA	58
2.2.-	PROCEDIMIENTO DE RESTITUCION	61
3.-	DAR POR AGOTADA LA VIA ADMINISTRATIVA	61
3.1.-	RECURSOS ADMINISTRATIVOS DENTRO DEL DERECHO TRIBUTARIO	63
3.2.-	NATURALEZA JURIDICA DE LOS RECURSOS TRIBUTARIO ADMINISTRATIVO	64
4.-	RECURSOS TRIBUTARIO ADMINISTRATIVOS EN EL CODIGO TRIBUTARIO GUATEMALTECO	66
4.1.-	RECURSO DE REVOCATORIA	66
4.2.-	RECURSO DE REPOSICION	69
4.3.-	ENMIENDA Y NULIDAD	71
4.4.-	SILENCIO ADMINISTRATIVO	72
5.-	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	74
5.1.-	CONCEPTO	75
5.2.-	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO EN NUESTRA LE --	

GISLACION	77
5.3.- RECURSO DE CASACION	79
CAPITULO IV.	
1.- MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS CONTENIDAS EN EL -- CODIGO TRIBUTARIO	81
2.- LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS EN EL PROCEDI - MIENTO ECONOMICO COACTIVO	82
2.1.- DEFINICION DEL PROCEDIMIENTO ECONOMICO COACTIVO	83
2.2.- FASES DEL PROCEDIMIENTO ECONOMICO COACTIVO	84
2.3.- EL EMBARGO PRECAUTORIO TRIBUTARIO	91
2.4.- ANOTACION DE LA DEMANDA TRIBUTARIA	94
2.5.- EL SECUESTRO TRIBUTARIO	96
2.6.- LA INTERVENCION TRIBUTARIA	98
2.7.- PROVIDENCIAS DE URGENCIA	100
2.8.- LIMITACION DE LA MEDIDA DE ARRAIGO PERSONAL CONTENIDA EN EL CODIGO TRIBUTARIO	101
3.- MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS SOLICITADAS POR LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA COMO AYUDA A LA DETERMINA - CION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA	104
3.1.- RESISTENCIA TRIBUTARIA	105
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	110
BIBLIOGRAFIA	112

ANEXO I.

ANALISIS DE UN EXPEDIENTE EN MATERIA TRIBUTARIA EN - DONDE SE SOLICITAN MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS	116
---	-----

ANEXO II.

MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS SOLICITADAS ANTE - TRES JUZGADOS DE DIFERENTE COMPETENCIA	124
---	-----

ANEXO III.

ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ECONOMICO COACTIVO EN PRIME- RA INSTANCIA	131
ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ECONOMICO COACTIVO EN SEGUN- DA INSTANCIA	133

SECRETARÍA DE ECONOMÍA
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

INTRODUCCION.

El Derecho es un campo tan fértil, tan amplio, de constante renovación y transformación social, por lo cual nos lleva al camino de la investigación y al estudio constante, para poder entender los cambios objetivos de su evolución y estar siempre a la vanguardia, para ser personas con un conocimiento total de sus instituciones, áreas, disciplinas, etc.

Todo profesional del derecho se ve en la obligación de aportar algo nuevo para las futuras generaciones, y en ese afán he tratado de dar mi granito de arena con la presente investigación realizada con mis mayores esfuerzos, esperando contribuir en mínima parte al desarrollo del Derecho con el presente trabajo de tesis.

Hablar de las Medidas de Garantía y Precautorias dentro del Derecho Tributario Administrativo, es un tema interesante, ya que las mismas se desarrollan juntamente con la evolución del Derecho Civil, desde sus orígenes hasta nuestros días.

Las Medidas de Garantía en nuestra legislación Tributaria, nos refiere al Código Procesal Civil y Mercantil Vigente, dejando abierta la posibilidad de acudir a otros cuerpos legales, que hablan someramente de algunas Medidas de Garantía y Precautorias que se pueden decretar en situaciones especiales.

El Derecho Tributario en Guatemala es muy novedoso y a la vez muy poco investigado y hoy día se puede hablar que es una rama del Derecho que se encuentra en un campo bastante árido e infértil, por no contar hasta el momento suficiente bibliografía nacional, que

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

sirva como material de apoyo y de consulta a los estudiantes de la carrera de Derecho en nuestras universidades.

Siendo las Medidas de Garantía y Precautorias figuras nuevas dentro del Código Tributario (Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala), y el Código Tributario de reciente implementación en Guatemala, ya que su vigencia data de escasos dos años y medio, pues por medio del artículo 1 del Decreto 47-91 del Congreso de la República, se pospuso ésta al dos de octubre de mil novecientos noventa y dos. Era necesario e imperante que existiera teoría a cerca de los aspectos más importantes que se regulan en materia tributaria sobre las Medidas de Garantía y Precautorias y la forma de como deben de solicitarse, decretarse y que efectos tienen en su aplicación, tanto, en el uso por los contribuyentes o por los particulares como por la Administración Tributaria.

Dentro de las principales funciones del Ministerio de Finanzas Públicas, se encuentran las de cobrar, recaudar, controlar, fiscalizar y administrar los impuestos e ingresos que deba percibir el Gobierno de la República, de conformidad con la ley y dentro de otras promover las acciones judiciales necesarias que se originen por adeudos al fisco, dictar las medidas para prevenir, o en su caso, seguir las averiguaciones necesarias para comprobar los hechos y actos contra el fisco y presentar las denuncias correspondientes a los trinunales de justicia.

En consecuencia, en el presente trabajo se hace un desgloce de todo el procedimiento, desde su inicio, trámite y resolución, así como en los diferentes campos en que se puede dar su aplicación y que se culmina con el análisis de dos expedientes reales, con nombres

ficticios, de como se aplican estas Medidas de Garantía y Precautorias dentro de la Administración Tributaria.

La tesis se ha dividido en cuatro capítulos, el PRIMERO que trata de los antecedentes de las Medidas de Garantía y Precautorias, concepto, denominación y clases de Medidas de Garantía y Precautorias. El SEGUNDO que trata de las Medidas de Garantía y Precautorias, reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil, y de la Garantía y Contragarantía. El TERCERO que trata de aspectos sobre Derecho Administrativo y Tributarios, así como de los procedimientos Tributario-Administrativos. El CUARTO que habla acerca de las Medidas de Garantía y Precautorias en el Código Tributario y en el procedimiento Económico Coactivo Tributario, así como en aquellos casos en que la contabilidad se lleva en el sistema de computación y las Medidas de Urgencia que permiten a la Administración Tributaria el acceso a los libros de Compras y Ventas del contribuyente.

Por último trata de las conclusiones y recomendaciones respectivas, que son el reflejo de las ideas obtenidas a lo largo de la investigación realizada.

EL AUTOR.

CAPITULO I

1- ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS.

Es importante analizar que el desarrollo del derecho tiene que ver con los antecedentes del tema a tratar, o sea las MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS, ya que el Derecho Civil como origen es la Madre de algunas de las ramas del Derecho; como punto de partida al entrar al estudio o investigación de todo tema relacionado con el Derecho en General, tenemos que mencionar el Origen de este iniciando con el surgimiento del Derecho Civil; y posteriormente el Origen Del Derecho Procesal.

El Derecho en la antigüedad obedeció a una concepción unitaria y de aplicación general. Todo esto se atribuye a su sencillez y a lo reducido del campo de acción. Es evidente que al principio, cuando se habla de cuerpos legales nunca se hizo una división del Derecho en varias materias Jurídicas. Fué en Roma en donde se tiene la primera influencia y donde se dieron los factores que decidieron los aspectos para que el Derecho evolucionara. Y es así que se habla en Roma de el Digesto y de la Instituta y se hace una distinción entre Derecho Público y Derecho Privado; La Instituta habla que el Derecho Público es el Derecho del Estado y que el Derecho Privado es el Derecho que afecta la utilidad de los individuos.

Debemos tener claro la importancia que tiene en nuestro estudio e investigación los conceptos antes mencionados; y es así que Instituta, es un tratado que se agregó a la obra compiladora del Digesto o Pandectas, copiación en 50 libros, obra de una comisión de juristas nombrada por el Emperador Romano Justiniano en los años 482

al 565, D.C. Siendo esta una distinción no precisamente una división de las normas legales; era más que todo una concepción resultante de la organización del Estado Romano.

En la Edad Media, cuando da principio el desbordamiento de la idea unitaria del derecho. Surge el derecho Canónico y nace por ser inaplicables las normas contenidas en los textos romanos, aún dominantes, dando origen a nuevas normas del derecho político, se inicia el florecimiento del comercio medioeval dando vida propia a las disposiciones mercantiles y en consecuencia se inicia la ramificación de los ordenamientos legales en materias que después se fueron especializando y que más tarde fueron agrupadas dentro de las primitivas denominaciones de Derecho Público y Derecho Privado.

La clásica distinción entre derecho público y derecho privado, admitida en un principio con toda sencillez, provoca más tarde abundantes estudios doctrinarios. El hecho de que en el contenido y en la aplicación de las normas legales no alcance a distinguirse con claridad qué atañe solamente al interés del Estado y qué nada más al interés de los particulares, pone de relieve la magnitud del problema. Por ejemplo, las disposiciones legales que regulan el nombre son, en un aspecto, de carácter privado y la obligación del registro del nombre, de carácter público.

1.1- ORIGEN DEL DERECHO CIVIL.

La expresión Derecho Civil, a parte de hacer referencia a una rama muy importante del derecho, no logra la deseada y necesaria precisión terminológica. Siendo que Derecho es una expresión genérica y la expresión Civil la específica. Sin embargo una y otra, unidas, no sintetizan el contenido de esa disciplina, de ahí que es necesario e

importante conocer el origen histórico de el Derecho Civil.

Del Derecho Romano viene la denominación DERECHO CIVIL, llamado IUS CIVILE, esta acepción se da con JUSTINIANO, y se identificó como el Derecho de la Ciudad, de los ciudadanos romanos, contraponiéndolo al llamado IUS GENTIUM, o sea el derecho común a todos los pueblos, en relación a Roma. Es así como el Derecho Civil fué en un tiempo, el derecho de todo el pueblo romano, comprendiendo lo público y lo privado, lo que pierde importancia en el año 212 de la era cristiana, al promulgar CARACALLA el edicto que otorgó la ciudadanía romana a todos los pueblos habitantes del Imperio.

En la Edad Media, la expresión IUS CIVILE, ya no significa el derecho de una ciudad, de un pueblo, significa nada más Derecho Romano y cuya influencia es notoria en toda esa época hasta llegar a ser derecho común de cada pueblo; hasta que las singularidades nacionales se imponen y propician la creación, aunque sea lentamente, de los derechos propios.

En la Edad Moderna, ya bastante avanzada, el derecho civil deja de comprender lo público y lo privado en sentido unitario, separándose paulativamente las ramas que en fechas más o menos recientes constituyeron el derecho público, hasta quedar el Derecho Civil como derecho esencialmente Privado, en especial al iniciarse la corriente doctrinaria que sirvió de base al movimiento codificador, exponente, en cierta forma de la total declinación del derecho romano, ante el avance de los derechos nacionales, de cada nación.(1)

1.2. DEFINICION DE DERECHO CIVIL.

Existen muchos tratadistas que han tratado de definir lo que es Derecho Civil, más sin embargo no es una tarea fácil el hacerlo, ya

(1) VEASE: Castan Tobeñas, José (Instituto Reus, Madrid, 1941) T.I
Pag. 7.-

que hay que analizar muchos aspectos importantes, pero no siendo en este momento materia de estudio o de investigación en el presente trabajo, voy a citar definiciones ya concebidas por algunos autores, después de que estos ya se dedicaron a realizar un estudio profundo de todos los aspectos en que incidieron para concluir en sus definiciones.

DE DIEGO. (2) Lo define como: "El conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal sujeto de derecho, y miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social".

SANCHEZ ROMAN. (3) Hace una definición clásica y es la siguiente: "Es el conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia, y los que existen entre los individuos de una sociedad para la protección de intereses particulares".

1.3.-ORIGEN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.

Es en la legislación española en donde encontramos un principio de separación, porque en el FUERO JUZGO, en el Fuero Viejo de Castilla y en las Leyes de Partidas, ya existen capítulos especiales. En la ordenanza francesa de 1667 adquiere perfiles propios hasta que se dicta el Código de Procedimiento Civil Francés de 1806, que constituyó la guía para las legislaciones europeas y la fuente de las nuestras.

Actualmente la autonomía del Derecho Procesal es reconocida y sus particularidades pueden estudiarse, institucionalmente, como aplicables a las diferentes ramas del Derecho, ya sea civil, penal,

(2) Citado por Castan Tobeñas, Op Cit. Pag. 20.-
(3) Citado por Castan Tobeñas, Op Cit. Pag. 21.-

administrativo, etc. aunque la naturaleza de las normas materiales da significación propia al tipo de proceso que debe corresponder con dichas ramas.

El Estado moderno tiene fundamentalmente la tarea de determinar el ordenamiento jurídico a través de una legislación adecuada y conforme al progreso social, pero tiene también la ineludible obligación de mantenerlo en vigencia, de tal manera que realmente norme la actividad y conducta de los miembros de la comunidad. Esta finalidad se logra mediante el establecimiento de un buen sistema Judicial, además de la creación de ciertos órganos específicos de control o de seguridad. Complementa la actividad Estatal, la satisfacción de las necesidades colectivas que se obtiene con el concurso de sus órganos ejecutivos .

El Derecho Procesal sirve de medio o de instrumento para la aplicación de las normas de fondo, que son las que definen los derechos y las obligaciones. Se insiste también en su carácter formal, por contraposición al Derecho material, porque las normas procesales establecen la manera de ejercitar aquellos derechos y de cumplir las obligaciones. Las normas de carácter procesal no se agotan siempre en meros moldes de procedimientos o trámites y a ello se debe y obedece que sea diferente la ubicación de las normas procesales en los diversos cuerpos legales, porque lo que las distingue es la función que están llamadas a desempeñar y su no inclusión en los códigos de fondo procesales. Es por eso que se habla de Derecho Procesal Formal, que regula los actos de procedimiento de las partes y el Tribunal; y Derecho Procesal Material indica los requisitos, condiciones y demás efectos de los actos procesales.

1.4.- PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

Es importante dentro de la investigación, que se indique que existe diferencia entre lo que es Proceso y Procedimiento.

Procedimiento no es lo mismo que proceso, hay relación entre sí, pero eso no significa que estemos hablando de lo mismo ya que Procedimiento según el autor ALSINA (4). "Es el conjunto de formalidades a que deben de someterse el Juez y las partes en la tramitación de un proceso". Todas estas formalidades varían según sea la clase de procedimientos de que se trate, ya sea penal, civil, administrativo, etc. Y aún dentro un mismo tipo de proceso, podemos encontrar varios procedimientos, como sucede en el de cognición o de conocimiento, cuyo prototipo es el llamado entre nosotros, juicio ordinario.

Proceso es todo el recorrido, son todas las etapas que se tienen que agotar para llegar hasta llegar a obtener una sentencia o resolución o simplemente la obtención de un fin.

1.5.- RELACIONES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL CON OTRAS DISCIPLINAS.

No puede desconocerse la evolución que ha tenido el Proceso, su carácter público, y su naturaleza tiene que derivar forzosamente del carácter de la función jurisdiccional del Estado. En el conflicto de intereses privados, la hegemonía de la parte, en el proceso, sobre la libertad de actuación del juez, aún imprime cierta tonalidad privativa al proceso, pero la tendencia de los códigos procesales modernos es indudablemente la de aumentar los poderes de los órganos jurisdiccionales.

La principal relación de la disciplina procesal es con el Derecho constitucional, ya que es en éste donde se legislan los principios

(4) Citado por Castan Tobeñas, Op Cit. Pag. 40.-

fundamentales de la defensa en juicio y por consiguiente las garantías del contradictorio, al menos en el sistema legal guatemalteco. Además, ahí encontramos las bases de nuestro sistema judicial y de algunos importantes recursos.

Otra disciplina que tiene mucha relación con el derecho procesal es el Derecho Administrativo, y en nuestro estudio es importante resaltar la relación existente entre estas dos disciplinas, ya que iniciando con el Derecho civil, luego pasar al Derecho Procesal Civil para llegar al Derecho Administrativo, que es donde voy a desarrollar el tema a investigar de las Medidas de Garantía y Precautorias, debido a que estas medidas se dan dentro del Código Tributario Guatemalteco y es materia administrativa.

Con el Derecho Administrativo tiene una relación inmediata, por la circunstancia de que los órganos administrativos, al resolver los conflictos derivados de las relaciones de derecho público, ejercen facultades jurisdiccionales. En el sistema legal guatemalteco es importante recordar la ley de lo Contencioso Administrativo y su régimen especial.

Con el Derecho Procesal penal, ALSINA. (5) Sostiene que desde el punto de vista lógico, en nada defiere el proceso de conocimiento que sigue un juez para la aplicación de una disposición del código Civil, del que sigue otro Juez para la aplicación de una disposición del código Penal. Sin embargo, advierte que hay características especiales que los diferencian, señalando la de los medios que dispone el Juez en lo penal para la investigación de los hechos y lo relativo a la apreciación de las pruebas.

Aún cuando el proceso penal es autónomo, por ministerio de las disposiciones de nuestro código de Procedimientos Penales, las

(5) Citado por Castan Tobeñas, Op cit. Pag. 50.-

relaciones entre el proceso penal y el civil son sumamente estrechas, porque ejercitada sólo la acción penal se entenderá utilizada también la acción civil, a no ser que el ofendido o perjudicado la renunciare, o la reservare expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio penal. Esta disposición legal da origen, desde luego, a la aplicación de las disposiciones civiles por el juez penal, en una serie de situaciones no muy clarificadas por nuestra práctica judicial.

También en materia del derecho administrativo, tenemos que aplicar supletoriamente normas del derecho Procesal Civil y Mercantil como algunas normas contempladas en el Código Penal y Procesal Penal guatemalteco, ya que en materia tributaria y con la implantación de la figura nueva del delito Fiscal hace que se tenga una mayor relación y en forma armoniosa para una mejor aplicación de la justicia.(6)

1.6.- DEFINICION DE DERECHO PROCESAL CIVIL.

EDUARDO COUTURE. Precisa que "el Derecho Procesal Civil es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil".(7).

DEVIS ECHANDIA. Dice: " El Derecho Procesal Civil, puede definirse como la rama del Derecho que estudia el conjunto de normas que fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo, lo mismo que las facultades, derechos, cargos y deberes relacionados con éste y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los

(6) VEASE: Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil d Guatemala. Universidad Rafael Landivar, Guatemala, 1973.-
(7) Eduardo J. Couture. Fundamentos Del Derecho Procesal Civil Editorial Depalma, Buenos Aires, 1962, 3era. Edición, Pag. 3.-

funcionarios encargados de ejercerla".(8).

1.7.- SURGIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS.

Surgen en principio como Actos Prejudiciales, ya que existe el criterio de que pueden decretarse antes de iniciado el juicio. Ello es sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento jurisdiccional se puedan plantear y obtener, mediante procedimiento incidental en algunos casos.

La justificación de Las Medidas de Garantía y Precautorias la barrunta DEMETRIO SODI (9) nos dá la respuesta según su criterio y dice "La ley, con el objeto de no hacer circunstancias que permitan fundar la materia objeto del litigio, permite la práctica de diligencias preparatorias, autorizadas ya, desde las leyes antiguas españolas." Más adelante agrega: "Las Diligencias Precautorias sólo pueden dictarse: I. Para impedir que una persona se ausente del lugar donde ha de ser o ha sido demandada, sin dejar apoderado instruido y expensado que conteste el juicio y lo siga hasta su terminación; II. para impedir que un deudor eluda sus obligaciones o el resultado del juicio que se ha promovido o se intente promover en su contra."

Las palabras "Medidas de Garantía y Precautorias" en una de sus acepciones gramaticales alude a la disposición o prevención tomada por alguien frente a una situación dada. En un típico significado forense se refiere a la resolución tomada por el Juez. Y en el significado procesal se alude a la determinación tomada por el juzgador frente a alguna gestión de los particulares o frente a una situación en la que está facultado para operar oficiosamente.

Lo precautorio es lo que se hace como medida de prevención, para evitar un daño o peligro. El interesado que promueve ante el órgano

8) Hernando Devis Echandía, Nociones Generales de Derecho Procesal civil, Ediciones Aguilar, Madrid, 1966, Pag. 4.-

9) Procedimientos Federales. Mexico, 1912, Pags. 133-134.-

jurisdiccional una providencia precautoria y en nuestro sistema denominada providencia cautelar, pretende una resolución para prevenir, para precaver, para evitar un daño o peligro, en los casos, con el procedimiento, y con los requisitos establecidos legalmente.

Bajo la denominación de "Medidas de Garantía" el maestro EDUARDO PALLARES (10) nos indica que son " Las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo".

La expresión "Providencia" nos indica el Maestro RAFAEL DE PINA (11) que es el "Decreto Judicial". Acerca de las Providencias Precautorias nos indica que son las "Resoluciones Judiciales destinadas a garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en un proceso, tales como el arraigo y el secuestro de bienes".

Habiendo analizado estas premisas, se concluye que el origen de estas medidas, se dan en un momento del desarrollo del Proceso civil, para garantizar y ligar al proceso a los sujetos procesales, ya sea, por medio de su patrimonio o por medio personal. Estas medidas estan constituidas por todo un cúmulo de actos procesales que van desde la solicitud del interesado apegada a la ley, las pruebas ofrecidas, admitidas y desahogadas para satisfacer las exigencias legales, el otorgamiento de la garantía correspondiente, la determinación del órgano jurisdiccional, que puede ser o no favorable y la ejecución de la medida de garantía y precautoria respectiva, con la oportunidad posterior del afectado de defenderse en contra de la medida precautoria. También se trata de una institución jurídica que engloba varias relaciones jurídicas unificadas con vista a la finalidad común de garantizar los resultados materiales del juicio

(10) Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, Mexico, 1978. Pags. 526-527.-

(11) Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A. Mexico, 1965. Pag. 240.-

para que el cumplimiento o ejecución del fallo por el demandado no sea adverso.

1.8.- ORIGEN DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS.

Es la ley la fuente de apoyo del origen de las Medidas de Garantía y Precautorias, lo cual vamos a fundamentar en un espacio especial y analizandolo en forma más concreta.

En este momento es importante resaltar aspectos que contribuyen al origen de estas medidas las que siempre se derivan de nuestro procedimiento civil y son las siguientes:

- a) Temor de ausencia u ocultamiento de una persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;
- b) Temor de ocultamiento o dilapidación de bienes, en los que debe ejercitarse una acción real;
- c) Temor de ocultamiento o enajenación de bienes, cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia;
- d) Temor al desplazamiento de la persona física, ya que no debe de ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del juicio.

Es común en los casos de procedencia de las Medidas de Garantía y Precautorias, el temor del sujeto que solicita la diligencia siendo él un elemento que haya tomado en cuenta el legislador para dar surgimiento a estas figuras procesales. El temor es un sentimiento humano, de inquietud ante un posible peligro o daño; Ese sentimiento puede ser subjetivo o bien objetivo, por estar apoyado en elementos de prueba que fundan el temor. El recelo no debe ser imaginario, ha

de ser objetivo, al grado de que lo fundado de ese temor, permita que el juzgador decrete una Medida de Garantía y Precautoria para asegurar los resultados del juicio.

Todo lo anterior mencionado son aspectos que se toman en cuenta para determinar la necesidad de emplear medidas que puedan asegurar que los sujetos deben de estar ligados al proceso y es por eso que las Medidas de Garantía y Precautorias están dirigidas en contra del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, al demandado presente o futuro, al que la ley le denomina deudor pero, también pueden comprender a los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos, tal y como lo determinan los Códigos en materia Procesal Civil. Es por eso que en el origen de las Medidas de Garantía y Precautorias, el legislador tomó en cuenta los siguientes aspectos: para eliminar subjetividades en el temor de ausencia u ocultamiento de la persona; o en el temor de ocultamiento, dilapidación o enajenación de bienes, debe existir un apoyo a la solicitud de La Medida de Garantía y Precautoria.

Tal respaldo ha de estar en la prueba de la objetividad de ese temor y es así como nace la norma que va a legislar estas Medidas " El que pida La Medida de Garantía y Precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita"... "La prueba Puede consistir en documento o en testigos idóneos, que serán por lo menos tres". (13)

No obstante, esta regla sufre la excepción de arraigo que se decreta con la simple solicitud si ya ha sido presentado la demanda. en efecto dice la norma, que si el arraigo de una persona para que conteste en juicio, se pide al tiempo de entablar la demanda, bastará la petición del actor para que se haga al demandado la

(13) Arellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S.A. 2da. Edición, Mexico, 1987, Pag. 112.-

correspondiente notificación; y en este caso, la medida se reducirá a prevenir al demandado que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder a las resultas del juicio.

Citando a otros autores.(14) CALAMANDREI, PIERO: opina que " La Medida de Garantía y Precautoria nace de la relación entre dos términos: por una parte, de la necesidad de que, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo; y, por otra parte, de la falta de aptitud del proceso ordinario para crear, sin retardo, la medida definitiva." El citado procesalista italiano dice que " La Medida de Garantía y Precautoria surge como la anticipación provisoria de ciertos efectos de la medida definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar el retardo de la misma".

BRISEÑO SIERRA: aclara, con razón, " Que la Medida de Garantía y Precautoria, no busca la posibilidad de hacer efectiva una sentencia cuyo contenido se ignora cuando aquello se dicta, sino que busca evitar que no se pueda hacer efectiva por ciertas razones o hechos que la medida elimina. No busca ejecutar la condena sino que tiende a eliminar un obstáculo, cierto o presunto, para hacerla efectiva".

FIX-ZAMUNDIO señala los siguientes elementos comunes de las Medidas de Garantía y Precautorias que dan origen a su existencia:

- 1) Su provisionalidad o provisoriedad, en cuanto que tales medidas, antes o durante un proceso principal, sólo durarán hasta la conclusión de éste;
- 2) Su instrumentalidad o accesoriedad, en cuanto que no constituyen un fin en si mismas, sino nacen al servicio de un proceso principal;
- 3) su sumariedad o celeridad, en cuanto que, por su misma finalidad,

(14) Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil, Colección de Textos Jurídicos, Universidad Autónoma de México, 1980. Pag. 31.-

deben tramitarse y dictarse en plazos muy breves y;
4) su flexibilidad, en razón de que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan.

Se ha tratado a grandes rasgos, el origen y antecedentes de Las Medidas de Garantía y Precautorias, quedando pendiente el desarrollo paulativamente hasta llegar al punto principal, cuando se analice su surgimiento en el Derecho Administrativo, Derecho tributario, Hasta llegar a donde deseo, o sea, hasta analizar estas medidas dentro del Derecho Procesal Administrativo-Tributario, que regula nuestro Código Tributario (Decreto 6-91 del congreso de la República de Guatemala).

1.9.- CODIFICACION EN GUATEMALA DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS.

En Guatemala la labor de codificación se llevó a cabo en el siglo pasado, en el año de 1877. En esa oportunidad se emitió el Código de Procedimiento Civil y Mercantil (CECYM), sancionado por la Asamblea Legislativa el 26 de mayo de 1934.

En el Código de Procedimiento Civil de 1877 se incluyó un párrafo en el libro I, Título IX dedicado a las Medidas de Garantía y Precautorias, entre las cuales se mencionaba específicamente el arraigo, el embargo preventivo y la intervención de bienes, las cuales estaban normadas en el artículo 274.

Esta misma orientación se conservó en el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, que incluyó un Capítulo en el Libro I, Título IV, al cual también llamó providencias precautorias, conservando el arraigo., el embargo y la intervención de bienes; lo contemplaba el artículo 193.

En otras partes de Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, aparecen otras medidas, que pueden calificarse de precautorias y que no figuran en el Capítulo que trata de las mismas.

En cuanto al arraigo, de acuerdo con la legislación anterior y la actual, basta que se haya presentado la demanda para que la medida pueda ordenarse. Si se solicitare previamente, lo cual no ocurre frecuentemente en la práctica, deben llenarse las demás condiciones requeridas para el ejercicio de la acción cautelar, a las cuales ya se ha aludido. Estas condiciones estaban previstas en el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil en el artículo 192, que disponía: "El que pida la providencia precautoria, deberá acreditar el derecho en que se funde y la necesidad de la medida que solicita; y está obligado:

- 1o.) A determinar con claridad y precisión, lo que va a exigir del demandado;
- 2o.) A fijar la cuantía de la acción y ;
- 3o.) A indicar el título de ella. En cuanto al arraigo, bastará haber presentado la demanda".

La justificación de estas medidas no ha dado mayor dificultad en la práctica, ya que el que acude a solicitar una providencia precautoria generalmente cuenta con documentación adecuada para lograrla. No ha ocurrido lo mismo con el acreditamiento de la necesidad de la medida que se solicita, especialmente en lo que toca a la prueba del hecho básico de la presunción de ocultación o dilapidación de bienes, con respecto a la cual es bastante difícil obtener los elementos de convicción que satisfagan al juzgador. Esto ha provocado, que en muchos casos, el proceso cautelar no llene su cometido, porque no entra a funcionar en el momento oportuno en que la parte desea

hacerlo valer.

Por la finalidad que persiguen estas medidas, el juez debe proveer a este tipo de medidas, sin el excesivo rigorismo que algunas veces se exige, en cuanto a la necesidad de la medida y a la prueba del derecho que sirve de base a la petición. La prueba en relación a este último aspecto no tiene carácter de definitiva; bastará con acreditar, como se dijo "prima facie", la existencia del derecho. En cuanto a la necesidad de la medida, debía entenderse que bastaba que racionalmente se justifique, pudiendo actuar el juez, por ello, con base presuncional. Esto se desprendía del sentido de los casos contemplados por el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil en el artículo 189. En el primer caso expresaba que cuando hubiere temor de que se ausentara u ocultara una persona, procedía la medida precautoria de arraigo. En el segundo, cuando hubiere motivo para presumir que se ocultan o dilapidan los bienes, etc., procedía el embargo o la intervención de los bienes.

En el Código Procesal Civil y Mercantil vigente se cambió la orientación referida, en cuanto al extremo de la comprobación de la necesidad de la medida. La comprobación rigurosa que se exigía tanto del derecho en que se funda el solicitante como de la necesidad de la medida, había producido en la práctica la demora en el otorgamiento de tal medida, de manera que, cuando ésta llegaba, ya no era oportuna ni necesaria. En el Código vigente, artículo 531, último párrafo, se establece que el que solicita la medida está obligado a:

- 1o.) A determinar con claridad y precisión lo que va a exigir del demandado;

- 2o.) A fijar la cuantía de la acción, si fuere el caso y

- 3o.) A indicar el título de ella.

El Código Procesal Civil y Mercantil vigente, no solo rompe con ciertas barreras que doctrinariamente se venían dando, sino que también en la estructura formal de la regulación, ya que el título I, del Libro V regula las PROVIDENCIAS CAUTELARES, que no son más que las medidas o resoluciones que proveerán los Jueces u Organos Jurisdiccionales correspondientes, para evitar destrucción, perjuicio o daño a las personas o bienes materiales, así como garantizar las resultas de un juicio inminente. Este título a su vez se divide en dos Capítulos; el primero se refiere a la SEGURIDAD DE LAS PERSONAS, que no es más que la garantía de dar seguridad a las personas, y darles protección en contra de los malos tratos o vejámenes que puedan sufrir, así como de actos que van en contra de la moral, la ley o las buenas costumbres, dándoles facultades en casos de urgencia a cualquier juez para poder decretarla, y otro de los elementos importantes es la intervención obligatoria del Ministerio Público cuando se trate de menores o incapacitados; Y el segundo Capítulo se regula lo relativo a las MEDIDAS DE GARANTIA, en donde encontramos con propiedad reguladas las medidas que tiendan a garantizar y asegurar las resultas de un juicio, ya sea con la presencia física o en representación del deudor, o con la prohibición de poder vender un bien inmueble o mueble mediante el embargo, y de esa cuenta se encuentran dentro de este ámbito de medidas de garantía las siguientes: Arraigo, Anotación de Demanda, Embargo, Secuestro de Bienes, Intervención, y Las Providencias de Urgencia. Esta medidas de acuerdo con nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, se decretan mediante el principio de INAUDITA ALTERA PARS, que significa que toda providencia cautelar queda bajo la responsabilidad del que pide, sin notificación previa a la otra parte.

2.- CONCEPTO Y DENOMINACION DE LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS.

Los tratadistas modernos entienden por Medidas de Garantía y Precautorias, las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo. Están sujetas a los siguientes principios:

- a) La Medida de Garantía y Precautoria se funda en una acción autónoma que otorga la ley y que es independiente de la existencia o inexistencia del derecho subjetivo que tiende a proteger la medida; en otras palabras, ésta no deriva de él;
- b) Se dictan siempre con el carácter de provisionales y están sujetas a lo que resuelva la sentencia definitiva que se pronuncia en el juicio donde aquéllas se llevan a cabo;
- c) Excepcionalmente dan lugar a juicio autónomo como en los interdictos, pero aún en estos casos tienen carácter de provisionales;
- d) Pueden promoverse antes de que se inicie el juicio en el que se haga valer el derecho subjetivo que tiende a proteger la medida, o durante la tramitación del mismo;
- e) Las Medidas de Garantía y Precautorias, son según nuestra ley, las siguientes: Embargos Precautorios, Arraigo, Depósito de personas, Interdictos tanto respecto de bienes inmuebles como de personas y en este último caso cuando se trata de acciones del estado civil; las medidas provisionales que se dictan en los juicios sucesorios para impedir que se oculten o dilapiden los bienes dejados por el difunto,

también son necesarias estas medidas en los casos de juicios de quiebra, en los juicios de divorcio y en los casos relativos a ausentes y guarda de menores y expósitos, etcétera;

f) Para que se dicte una Medida de Garantía y Precautoria, la persona que pretende obtenerla debe probar la necesidad de la medida y el derecho para que se le conceda, además de garantizar el pago de los daños y perjuicios para el caso de que se declare improcedente;

e) La doctrina relativa a las Medidas de Garantía y Precautorias debe de complementarse con el estudio de cada una de sus especies, en los vocablos respectivos, y no hay que olvidar que siempre se otorgan sin perjuicio de tercero y dando a la persona contra la cual se dictan, la facultad de pedir su levantamiento. (15)

2.1.- LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS COMO ACCIONES PREVENTIVAS O DE MERO ASEGURAMIENTO.

2.1.1.- CONCEPTO DE ACCION PROCESAL.

Es muy importante conocer qué es Acción cuando se habla de algún tema jurídico, maxime si es un tema procesal, ya que existe mucha confusión dentro de las personas. Vamos a establecer sus caracteres, su desenvolvimiento a través del proceso y sus clases.

La Doctrina tradicional, ligaba la idea de acción con la de lesión de un derecho; es decir, la consideraba potencialmente contenida en el derecho subjetivo, que se ponía en movimiento por obligada reacción cuando era desconocido o violado. A lo sumo se llegaba a conceder que la acción era un derecho nuevo; pero como el conocimiento de éste se hacía depender de la lesión o de la violación, si se llegaba a

15) Pallares, Eduardo: Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, Mexico, 1978.

establecer un distingo entre acción y pretensión, no se delimitaba, con precisos contornos.

La rectificación del concepto clásico de la acción procesal, como institución autónoma, fué obra, ante todo, de un proceso lógico, confirmado después por las enseñanzas de la historia y la renovación de los estudios de derecho público. Se puede concluir que acción desde el punto de vista del Derecho Procesal, es el derecho mismo de ejercitar una pretensión, y pedir en juicio o en proceso lo que a uno se le debe, ante un Organo Jurisdiccional.

2.1.2.- CARACTERES DE LA ACCION Y SU SIMILITUD CON LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS.

Los caracteres de la Acción están íntimamente ligada con las Medidas de Garantía y Precautorias, porque aún siendo la acción autónoma, la circunstancia de que la tutela jurídica se demande para la protección de un interés público o privado, patrimonial o no patrimonial, trasciende a sus caracteres. Por eso aunque la Acción es transmisible, en la generalidad de los casos, hay algunos en que la transmisión se prohíbe porque no protege un interés patrimonial, lo cual ocurre en la acción atribuida al donante, como personalísima, no se trasmite a sus herederos. Es así que se deduce que las Medidas de Garantía y Precautorias en determinado momento, dependiendo de lo que protegen se puede encontrar similitud a la acción procesal o en el caso en que existan personas que compartan este criterio se debe de aceptar que si hay relación entre ellas, como se demuestra con las llamadas "Acciones Preventivas o de Mero Aseguramiento", que persiguen una finalidad meramente CAUTELAR, sin trascendencia sobre la declaración de voluntad de la ley, que es función que se realiza a

través de las acciones de conocimiento. En el derecho español son acciones de esta clase las que enderezan a obtener el embargo preventivo, el aseguramiento de bienes litigiosos, los interdictales en los casos de obra nueva y de obra ruinosas y las de aseguramiento a que se alude en la misma ley. (16) En forma personal considero que para el ejercicio de una medida de aseguramiento o cautelar, es necesario el impulso procesal respectivo, el cual se da por medio de la acción ante el órgano Jurisdiccional respectivo.

3.- CONCEPTO Y DENOMINACION DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES.

La doctrina ha tratado de estudiar los distintos tipos de providencias cautelares o interinas, intentando formar un grupo sistemático de las mismas, bien bajo el perfil de la acción (acción asegurativa o cautelar); bien bajo el perfil del proceso (proceso cautelar), o bien finalmente, bajo el perfil de la providencia en si misma (providencia cautelar), que se diferencia por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales.

El Estado, por medio de una de sus funciones fundamentales: La Jurisdiccional, actualiza y vivifica la voluntad de la ley a través del proceso dividiéndose este en dos, una La Cognición y la otra La Ejecución.

Esta división del proceso tiene su razón de ser por la forma variada que en la realidad social se presentan los bienes jurídicos que la propia norma protege. Es así como en un primer plano se puede dar el caso de una situación de incertidumbre en la que de momento no sabemos si aquella voluntad de ley corresponde a una persona o corresponde a otra, y siendo que ante el actual desarrollo de civilización alcanzado por la humanidad a los contendientes de aquel

5) De La Plaza, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. 3era. edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Pag. 120.-

derecho controvertido les está prohibido acudir a la autodefensa para la resolución de la controversia, el interesado acudirá a la jurisdicción por medio del vehículo del juicio de cognición; o bien si se da el caso de que ya exista la prueba preconstituida, a través de la ejecución forzada. De tal suerte, pues, que la tutela jurídica se orienta a la actualización y vigencia de la voluntad de la norma y este objetivo se logra, bien a través del proceso de cognición, bien por medio de la ejecución forzosa, los cuales llevan en si mismos como fin, el proveimiento último que represente en sí, la voluntad contenida en la norma, pero para llegar a la finalidad es forzoso recorrer un camino (procedimiento), que por la índole de la acción debatida podrá ser de cognición, sumario de cognición o bien de ejecución, y el recorrido de aquél representará por imperativo lógico la utilización del tiempo necesario durante el cual pueden variar ciertas situaciones de hecho o de derecho y que en definitiva puedan hacer total o parcialmente nugatorio el resultado práctico de la función cognocitiva o ejecutiva del proceso, y ante una situación como la indicada surge una nueva figura con personalidad propia y definida, siendo ésta: La Medida o Providencia Cautelar, que viene a garantizar y asegurar el resultado práctico de los procesos indicados.(17)

(CARNELUTTI, FRANCISCO). Externa opinión con respecto al tema y dice: "La consecución de las finalidades hasta ahora reseñadas bajo los nombres de jurisdicción y de ejecución, si bien sirve, dentro de lo posible, para la composición del litigio, implica un costo considerable. Este costo debe ser desde ahora atentamente valorado, sobre todo en orden al tiempo. La duración del proceso es uno de sus

(17) TESIS del Licenciado Luis Alfonso Monzón. Para optar al título de Abogado y Notario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Social USAC. 1963. Pag 15.-

defectos humanos, que aún cuando quepa perfeccionar la regulación del mismo, no podrán jamás ser eliminados del todo. Aunque, como suele decirse, la justicia puede ser rápida, entre el comienzo y el fin del proceso, tanto jurisdiccional como ejecutivo, media necesariamente un período de tiempo durante el que continúa el litigio, con todos los daños que de él derivan. No ha de extrañar, por tanto que la prevención de esos daños haya determinado medidas encaminadas a un arreglo provisional de la situación de que ha brotado o de que está para surgir el litigio, y ello, antes de que el proceso jurisdiccional o el ejecutivo comiencen o mientras recorren su iter. De ese modo, junto a la jurisdicción y a la ejecución se presenta la prevención (de los daños del litigio), como una tercera finalidad del proceso. Por lo general, se suele hablar, más que de PREVENCIÓN, de ASEGURAMIENTO de los derechos (RECTIUS, de las pretensiones). La denominación por mí escogida, que no se extraña al lenguaje legal (el código procesal Penal, da el nombre de detención preventiva a su más típica medida cautelar). Me parece más exacta, puesto que el concepto fundamental no es tanto el de asegurar un interés a alguien, como el prevenir los daños del litigio, que ni el proceso jurisdiccional ni el ejecutivo son aptos para eliminar, a causa de su duración, sobre todo. (18).

Para poder dar una definición acertada es importante conocer antes qué es: a) Tutela Cautelar y b) Urgencia.

La primera se refiere a que la providencia recaída en el juicio o expediente respectivo, la misma tiende a que la situación del afectado no se haga más grave o prácticamente nugatorio su derecho, por el retardo de una providencia definitiva que ordena la reparación de su derecho lesionado.

) Carnelutti, Francisco. Sistemas de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Argentina. Unión Topográfica, Editora Hispanoamericana. Tomo I. Pag.243.-

La Urgencia, es otro de los elementos cuyo análisis nos permitirá arribar al núcleo de las providencias cautelares, y así podemos decir que si la providencia o resolución no se dicta con la rapidez que el caso amerita, la demora en proferirla se traducirá en daño efectivo para la persona favorecida por la ley, o se agravará el daño ya ocurrido, de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida. La expresión de "Providencias de Urgencia", se encuentra plasmada en varias disposiciones de nuestro ordenamiento positivo vigente.(19)

4.- CLASES DE MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS.

Nadie puede puntualizar con exactitud una clasificación de las Medidas de Garantía y Precautorias, tampoco hay una posición unánime en la doctrina respecto a la clasificación de los institutos cautelares, aunque ya al haberlas codificado se hace una nominación más precisa de ellas, dependiendo de las legislaciones de los Estados que las utilizan en sus procesos con mayor frecuencia y aceptación. Todo esto va concatenado a la necesidad de implantarlas dependiendo qué recurso o medios tiene una persona para prevenir una serie de consecuencias o de riesgos que puedan lesionar su patrimonio, su integridad moral, su personalidad, etc., porque realmente la gama de recursos debería de ser ilimitada, es decir, no estar fijada en preceptos legales que contuvieran medidas concretas más que en casos determinados, sino en disposiciones generales que garantizaran en forma plena la función preventiva del derecho o de la jurisdicción. La Sociedad aqueja males, los que tienen que ser objeto de prevención, pero para eso esta la función que realizan los órganos

(19) Giuseppe Chiovenda. Instituciones de Derecho Procesal Civil Tomo I. pag. 48. Condenas de Futuro, Madrid, Editorial Revista Derecho Privado.

jurisdiccionales en la aplicación de justicia y velar por la seguridad de toda una sociedad, ansiosa y necesitada de que se aplique justicia con celeridad, y no permitir que las personas que infringen la ley no sean objeto de una sanción, ya sea que dicha sanción recaiga en su persona o sobre su patrimonio, pero que el alcance de la ley sea en forma rápida, inmediata y justa, es aquí en donde se dá lo imprescindible de hacer una clasificación acorde a la necesidad de esa sociedad que clama por justicia.

El procedimiento preventivo que se utiliza en los países angloamericanos, se hace a través de la jurisdicción de equidad por las medidas llamadas de INJUNCTION, que conminan, bajo sanciones graves por desobediencia, a la abstención de determinada conducta ilícita. Opera bajo el principio de que donde no puede llegar a la medida legal llega la equidad.

Lo que se ha llamado Injunction, se refiere al procedimiento de la jurisdicción de una corte de Equidad. Algunas veces este tipo de medida se traduce en órdenes prohibitivas para continuar en determinada actitud que se considera ilícita. En otros casos se traduce en órdenes positivas llamadas Mandatory Injunctions, para ejecutar determinado acto. Ejemplo de la primera ocurre cuando una empresa desde el lugar en que esta situada causa perjuicio a los vecinos por la producción de humo o excesivo ruido. Ejemplo de la segunda, cuando una persona empalma ilícitamente una construcción en propiedad ajena, y la Corte le ordena remover la construcción. en ambos casos la Corte libra la orden, bajo apercibimiento de prisión por desacato en caso de no cumplirse dicha orden. (20).

El proceso preventivo o cautelar (o de aseguramiento), llena un cometido singular dentro de la función de prevención de consecuencias

0) VEASE: Birke Shartel. Our Legal Sistem and How It operates, Michigan, 1951.-

perjudiciales, que posiblemente surgirán en un futuro inmediato de no ponerse en juego una Medida de Garantía y Precautoria.

Es así que hoy en día muchos autores y doctos en materia de derecho no se aventuran en hacer una diferenciación exacta de todas estas medidas, ya sea: proveimientos, medidas precautorias o asegurativas; no hay uniformidad ni siquiera en el nombre, puesto que se alude también a medidas precautorias, medidas de garantía, etc. Tampoco la hay en lo que respecta a su clasificación.

CALAMANDREI: nos da una clasificación y nos la muestra en cuatro grupos.

A- Medidas instructorias anticipadas, que tienen en cuenta un posible futuro proceso de cognición, y por ello, tratan de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, que serán utilizadas en aquel proceso en el momento oportuno. Aquí se incluyen todas las hipótesis de conservación de la prueba;

B- Medidas dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada, entre las cuales destaca como importante la figura del secuestro;

C- Medidas mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, entre las cuales se incluyen las denuncias de obra nueva y de daño temido, alimentos, providencias de urgencia o temporales;

D- Medidas que imponen por parte del Juez una caución, la cual debe prestar el interesado como condición para obtener una ulterior providencia Judicial.(21)

MANUEL DE LA PLAZA: (22) nos da una clasificación más sencilla debido a que estas medidas según su criterio tienden esencialmente a dos

(21) Calamandrei, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Trad. De Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945

(22) De La Plaza, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. Vol. II Pag. 44, Editorial Rev de D. Madrid.

cosas, la primera a "mantener un estado de hecho o de derecho"; y la segunda "a prevenir las repercusiones de la demora en el pronunciamiento de la resolución". Estos dos aspectos que persigue estas medidas nos llevan a preguntarnos cuántas clases de medidas conocemos. Fundamentalmente, De La Plaza acepta dos tipos los cuales han sido estudiados por Carnelutti: el conservativo y el innovativo. El primero de ellos, se refiere al mantenimiento de un estado de hecho o de derecho mientras que viene la resolución definitiva; y el segundo, a asegurar los resultados de un proceso ulterior de cognición o ejecución.

Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, nos da la clasificación legal y aceptada en Guatemala; es así que en el Libro Quinto, Alternativas Comunes a todos los Procesos, Título I, Providencias Cautelares que a su vez se dividen en 2 Capítulos, el primero regula La Seguridad de Las Personas y el segundo Las Medidas de Garantía, entre las cuales encontramos las siguientes :

Artículo 523. ARARIGO.

Artículo 526. ANOTACION DE LA DEMANDA.

Artículo 527. EMBARGO.

Artículo 528. SECUESTRO.

Artículo 529. INTERVENCION.

Artículo 530. PROVIDENCIAS DE URGENCIA.

Además se refiere a lo que se llama Garantía y Contragarantía, artículo 531 y 533, respectivamente; así como el embargo se encuentra en los artículos 301 al 311 del mismo cuerpo legal.

De igual manera la Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas, (Decreto número 1126 del Congreso de la República), regula

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

lo relativo a las medidas de garantía en una forma muy somera ya que en su artículo 90 disponía lo siguiente: "En todo lo referente a embargo y remate, se procederá de conformidad con el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil"; así mismo el artículo 107 del mismo cuerpo legal regula: "En lo que no se oponga a la presente ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Civil, de Enjuiciamiento Civil y Mercantil y de la Ley Constitutiva del Organismo Judicial". Si analizamos determinadamente los artículos citados se puede evidenciar que la regulación de las medidas de garantía son por demás muy someras y escuetas remitiendo directamente a la aplicación y regulación que tiene el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, hoy Código Procesal Civil y Mercantil, que desarrolla en una forma más apropiada dichas medidas.

En el Código Tributario Guatemalteco, en el Título V, Capítulo III, Artículo 170. Se refiere a Procedencia de las Medidas de Garantía y Precautorias, lo que creo conveniente citar textualmente.

"La administración Tributaria, podrá solicitar las medidas de garantía y precautorias que establece la ley, cuando exista riesgo para la percepción de tributos, intereses, recargos y multas, excepto el arraigo personal. La existencia del riesgo deberá ser fundamentado por la Administración tributaria. A solicitud del afectado por las medidas de garantía, el juez podrá limitarlas a ciertos y determinados bienes o créditos ofrecidos por el mismo".

Es importante resaltar algunos aspectos con respecto a este artículo, que por el momento solo los tocaré, debido a que es nuestro tema principal y deberá ser analizado en Capítulo aparte. Pero, es importante resaltar en este momento, cuando hace referencia a que

"podrá solicitar las medidas de garantía y precautorias que establece la ley". A criterio muy particular aquí existe lo que en doctrina se llama una ley o norma incompleta ya que debe buscarse en otra su complemento; debe entenderse que cuando se refiere el mencionado artículo "que establece la ley" se refiere al Código Procesal Civil Y Mercantil, aplicándose supletoriamente, de conformidad con el artículo 185 del Código Tributario.

Es importante, entonces, resaltar que nuestro Código Tributario, no hace una clasificación expresa de las Medidas de Garantía y Precautorias, lo que se debe de entender que es una clasificación tácita, y que se debe de interpretar cuando se refiere a la "Ley" que supletoriamente se encuentran reguladas en otra ley que si las denomina.

Atendiendo a lo antes expuesto, se interpreta que, el Código Tributario debe de complementarse, en lo que respecta a Las Medidas de Garantía y Precautorias, con lo que dispone el Código Procesal Civil y Mercantil en el Libro V, Título I, Capítulo II.

Es de hacer notar una característica esencial, que el Código Procesal Civil y Mercantil regula el ejercicio de la Acción ante un órgano Jurisdiccional en Materia de Providencias Cautelares, corresponde a la parte que se sienta amenazada de un daño inminente o pretende evitar un perjuicio en su persona o bienes tanto muebles como inmuebles puede ser cualquiera de las partes; Mientras que la Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas, y el Código Tributario Corresponde únicamente a el Estado en la primera Ley, y en la segunda a la Administración Tributaria, el ejercicio de la acción de las Medidas de Garantía y Precautorias.

4.1.- MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS, SEGUN EL OBJETO SOBRE EL CUAL SE DECRETAN.

Las Medidas de Garantía y Precautorias, van encaminadas siempre que se solicitan a prevenir un daño o perjuicio inminente, cuando existe una amenaza, o para garantizar las resultas del Juicio, y en ese sentido la doctrina hace una clasificación muy específica, de acuerdo al objeto sobre el cual recaigan las mismas, pudiendo recaer sobre una persona, sobre bien mueble, o sobre cantidad de dinero.

A- GARANTIA PERSONAL.

Es aquella la cual busca, que la institución de la medida asegure que una persona no se ausente del lugar en que deba seguirse el proceso, o bien evitar su ocultamiento.

Esta Medida recae directamente sobre una persona en particular, siempre y cuando sea sujeto procesal, vinculado a el esclarecimiento de un asunto litigioso, en el cual se debe de exigir que no se ausente de la jurisdicción del órgano competente

Es así que se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, tomando en cuenta este aspecto: " Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba de seguirse el proceso. El Arraigo de los que estén bajo patria potestad, tutela o guarda, o al cuidado de otra persona, solicitado por sus representantes legales, se decretará sin necesidad de garantía, siendo competente cualquier juez; y producirá como único efecto, mantener la situación legal en que se encuentre el menor o incapaz". Es esta norma planteada de esta

manera un ejemplo de lo que es una garantía personal, o sea que nos interesa que quede claro que esta Medida recae siempre sobre una persona, sobre un sujeto procesal.

El Arraigo como figura procesal, se encuentra también desarrollado con toda propiedad en el Decreto número 15-71 del Congreso de la República de Guatemala.

B- GARANTIA REAL.

Es aquella que tiene como contenido bienes muebles o inmuebles, con la dualidad que al respecto significan la Prenda y la Hipoteca. Aunque evidencia jurídica y económica frente a las ventajas de esta seguridad para el acreedor encontrando en la mayor expresión en la sentencia de Pomponio, inserta en el Digesto Romano. " Plus Cautioris in est quam in persona", (más caución hay en las cosas que en las personas).

Todo lo anterior nos lleva a que esta Garantía recae sobre el patrimonio de una persona, de un sujeto procesal, quien en forma comparada, grava su patrimonio, lo da en prenda o en hipoteca, para garantizar que no se apartará del proceso. Su patrimonio se constituyen garantía de su persona, y volviendo a la creencia romana, que las cosas prestan mayor garantía que la propia persona; Las personas al verse lesionadas en su patrimonio, se comprometen a no ausentarse del juicio hasta que no se aclare la situación jurídica, hasta que la cosa litigiosa no se desvanezca, ya sea que se aclare la situación jurídica por medio de hacer valer su derecho, pero comparecer en el juicio hasta el final, esta sería la forma de librar el gravámen que se anotó a el bien objeto de la garantía.

Tiene como finalidad concreta limitar, en mayor o menor grado, las

facultades de disposición del titular de la totalidad o de parte de un patrimonio, o simplemente la de determinados bienes, con el designio de que no se fustre el resultado de un proceso, y garantiza las resultas del mismo.

Tiene también la particularidad de crear una nueva situación jurídica, modificando la anterior situación del afectado, respecto de determinados bienes.

Es el embargo, el que más se puede manifestar como un claro ejemplo de esta medida de Garantía Real, y es en la norma legal donde se plasma en una forma más concreta, la que queda así: " Podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, para cuyo efecto son aplicables los artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución".

La norma establece el derecho a pedir el embargo precautorio, remitiendo al proceso de ejecución lo relativo a la forma de practicar el embargo, con el objeto de no incurrir en repeticiones innecesarias.

Lo anterior nos resume, que siempre que se hable de Garantía Real, se habla de bienes, ya sea muebles o inmuebles y en estos casos se afecta el patrimonio del sujeto procesal y no a la persona.

C- GARANTIA FIDUCIARIA.

CABANELLAS, define este vocablo de la manera siguiente: Lo que se dice, se hace, se encarga o se da por confianza// Relativo a la Fianza.

Y de esta definición nosotros podemos afirmar que es el tipo de Garantía constituída para asegurar el cumplimiento de otra principal,

siendo esta la subsidiaria, como obligación contraída por un tercero, el deudor o responsable, mientras se denomina fiador, quien por él se compromete.

Hablando de la fianza, es la garantía dada por el contratante para asegurar el exacto cumplimiento de la obligación, o sea que en el proceso se garantiza el exacto cumplimiento de la obligación de estar ligado a el mismo hasta su finalización.

En las partidas expresaban que "Era la obligación que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe, o cumplirá las condiciones de algún contrato"; así como "La convención por el cual un tercero toma sobre si el cumplimiento de una obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que contrató.

Para que se dé esta situación existe una condición fundamental y primordial . que exista una obligación principal y la otra pase a ser la accesoria.

La naturaleza civilista caracteriza a esta Garantía como pecuniaria o patrimonial, o sea que recae también sobre derechos Reales, como garantía de una obligación, pero prestada por una tercera persona, ajena al asunto principal, en el caso de insolvencia de un deudor con sus consecuencias jurídicas, derivadas de una actitud o acción u omisión preestablecida.

Es importante resaltar que no es simple garantía eventual, sino que configura plena seguridad cuando concreta mediante el depósito de dinero, (Dineraria), con la entrega que caracteriza a la prenda o con el rigor registral de la hipoteca, (No Dineraria).

A esto obedeció, que en la nueva regulación que se introdujo en el Código Procesal Civil en los artículos 523 al 525. En el artículo 523 se establece que " Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba de seguirse el proceso. El arraigo de los que estén bajo patria potestad, tutela o guarda, o al cuidado de otra persona, solicitado por sus representantes legales, se decretará sin necesidad de garantía, siendo competente cualquier juez; y producirá como único efecto, mantener la situación legal en que se encuentre el menor o incapaz".

Esta norma regula lo relativo al temor justificado de ausencia de la parte contra la que se iniciará una demanda, siendo éste de carácter justificativo que obligue al juez a decretar tal medida.

El artículo 524, nos habla a cerca de los efectos del Arraigo y literalmente dice así " Al decretar el arraigo el juez prevendrá al demandado que no se ausente del lugar en que se sigue o haya de seguirse el proceso, sin dejar apoderado que haya aceptado expresamente el Mandato y con facultades suficientes para la prosecución y fenecimiento del proceso en su caso, sin llenar los requisitos del párrafo siguiente. En los procesos sobre alimentos, será necesario que el demandado cancele o deposite el monto de los alimentos, atrasados que sean exigibles legalmente y garantice el cumplimiento de la obligación por el tiempo que el juez determine, según las circunstancias. En los procesos por deudas provenientes de hospedaje, alimentación o compras de mercaderías al crédito, el demandado deberá prestar garantía por el monto de la demanda. También

deberá prestar esa garantía el demandado que hubiere librado un cheque sin tener fondos disponibles o que dispusiere de ellos antes de que transcurra el plazo para que el cheque librado sea presentado al cobro. Apersonado en el proceso el mandatario; presentada la garantía a satisfacción del juez en los casos a que se refiere el párrafo anterior, y cumplido en su caso lo relativo a alimentos atrasados, se levantará el arraigo sin más trámite. Si el mandatario constituido se ausentare de la República o se imposibilitare para comparecer en juicio, el juez sin formar artículo nombrará un defensor judicial del demandado. Tanto el mandatario constituido como el defensor judicial, tendrán en todo caso, por ministerio de la ley, todas las facultades necesarias para llevar a término el proceso de que se trate. El juez de oficio y en forma inmediata, comunicará el arraigo a las autoridades de migración y de policía, así como a las dependencias que estime conveniente, para impedir la fuga del arraigo. En igual forma se comunicará el levantamiento del arraigo". Esta norma se propuso en esta forma por la comisión que elaboró el Proyecto, para evitar el caso frecuente que ocurre en la práctica, de que con el objeto de eludir el arraigo se constituían apoderados que después resultaban insolventes.

Aún cuando esta norma ha sido muy discutida por las limitaciones que impone a la libertad de locomoción, sin embargo, en nuestro medio ha sido necesario conservarla para lograr la efectividad de las acciones judiciales. Lo que ha servido de base para mantenerla es que la propia Constitución de la República permite la restricción de la libertad de locomoción cuando la ley así lo dispone.

Las personas de origen extranjero se veían afectadas por la medida, y fué así que la ley previó al decretar el arraigo que la persona

dejara en el lugar persona apoderada que haya aceptado expresamente el mandato y con facultades suficientes para la prosecución y fenecimiento del proceso. Esto hace que la persona no se vea afectada y pueda ausentarse del lugar y siempre ligado al proceso; El arraigo como tal se encuentra desarrollado con mayor propiedad, desde el punto de vista de los requisitos en el Decreto número 15-71 del Congreso de la República de Guatemala, cuerpo legal que algunos han dado en llamarlo la Ley de Arraigo.

B.- ANOTACION DE LA DEMANDA.

Esta es una medida que está contemplada en el artículo 626 del Código Procesal Civil Mercantil, que literalmente dice: " Cuando se discute, la declaración, constitución, modificación ó extinción de algún derecho real sobre inmuebles, podrá el actor pedir la anotación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. Igualmente podrá pedirse la anotación de la demanda sobre bienes muebles cuando existan organizados los registros respectivos. Efectuada la anotación, no perjudicará al solicitante cualquier enajenación o gravamen que el demandado hiciere sobre los mencionados bienes".

Gracias a que existe un Registro de la Propiedad bien organizado, no presenta ningún problema esta medida con relación a los inmuebles y los muebles identificables ya que conforme a nuestro sistema la anotación de demanda no impide la enajenación o gravamen del inmueble o derecho real y así lo dice claramente el artículo 1163 del Código Civil: "Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán enajenarse o gravarse, pero sin perjuicio del derecho de aquel a cuyo favor se haya hecho la anotación". Hay que resaltar también en este

aspecto algo muy importante que está regulado en el artículo 112 del Código Procesal Civil en donde los actos de enajenación o gravamen de bienes anotados quedan afectos a una acción de anulabilidad; y el citado artículo en el inciso lo., literal e), dice que uno de los efectos del emplazamiento consiste en: "Hacer anulables la enajenación o gravámenes constituidos sobre la cosa objeto del proceso, con posterioridad al emplazamiento. Tratándose de bienes inmuebles, este efecto sólo se producirá si se hubiese anotado la demanda en el registro de la Propiedad".

Con respecto a bienes muebles, la medida de anotación de demanda deberá ser contemplada conforme lo estipula el artículo 1,214 del código Civil (artículo 96 del Decreto Ley número 218) que literalmente dice así: "La inscripción de un bien mueble identificable se hará en libro especial a la presentación de la escritura o documento legalizado o copia legalizada de los mismos en que conste la transferencia de dominio y con los requisitos que además establezca el reglamento del Registro".

C.- EL EMBARGO.

Según el autor Manuel de la Plaza (23) "Tiene como finalidad concreta la de limitar, en mayor o menor grado, las facultades de disposición del titular de la totalidad o de parte de un patrimonio, o simplemente, la de determinados bienes, con el designio de que no se fustre el resultado de un proceso de cognición o de ejecución".

En el Código Procesal Civil y Mercantil se encuentra regulado en el artículo 527 que literalmente dice así: "Podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, para cuyo efecto son aplicables

3) De La Plaza Manuel. Derecho Procesal Civil Español. Vol II. ra. Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

los artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución".

Es notorio que la norma nos refiere al proceso de ejecución, a la hora de pedir el embargo, con el objeto de que no suene repetitivo, es así que tenemos que ir al apartado específico para analizar en mejor forma este aspecto.

El Libro III, Título I, Capítulo II, en el artículo 297 del Código Procesal Civil y Mercantil, nos habla del Embargo: (Mandamiento de Ejecución). "Promovida la vía de apremio, el juez calificará el título en que se funde, y si lo considerase suficiente, despachará mandamiento de ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes, en su caso. No será necesario el requerimiento ni el embargo si la obligación estuviere garantizada con prenda o hipoteca. En estos casos, se ordenará se notifique la ejecución, señalándose día y hora para el remate de conformidad con el artículo 313". (este artículo se refiere al Remate, específicamente a la orden de remate).

El artículo 298, nos habla de un ejecutor, el cual deberá ser designado por el juez, para que haga el requerimiento y embargo o secuestro, en su caso. Este ejecutor va a requerir de pago al deudor, lo que se hará constar en razón puesta en el mandamiento. si no se hiciera el pago procederá el ejecutor a practicar el embargo.

El artículo 299, nos habla en el caso de ausencia del deudor, y dice si el deudor no fuere habido se podrá hacer el requerimiento y embargo por cédula; y si no se supiere el paradero del deudor se podrá hacer por medio del diario oficial, y surtirán sus efectos desde el día siguiente a su publicación.

El artículo 301, Nos habla nuevamente del Embargo y dice así: "El acreedor tiene derecho a designar los bienes en que haya de practicarse el embargo, pero el ejecutor no embargará sino aquellos que, a su juicio, sean suficientes para cubrir la suma por la que se decretó el embargo más un diez por ciento para liquidación de costas".

Es importante también señalar que efectos tiene el embargo y uno de ellos es que se tiene prohibición de enajenar la cosa embargada, según lo regula el artículo 303; También es necesario nombrar un depositario de los bienes embargados a la persona que designe el acreedor, detallando los bienes lo más exactamente posible, a reserva de practicar inventario formal, si fuere procedente. Lo anterior regulado en el artículo 305.

El artículo 306, nos refiere a los bienes que por mandato legal son inembargables, lo cual es importante resaltar y enumerarlos a continuación: "No podrán ser objeto de embargo los siguientes bienes: 1o.- Los ejidos de los pueblos y las parcelas concedidas por la administración pública a los particulares, si la concesión lo prohíbe; 2o.- Las sumas debidas a los contratistas de obras públicas, con excepción de las reclamaciones de los trabajadores de la obra o de los que hayan suministrado materiales para ella; pero si podrá embargarse la suma que deba de pagarse al contratista después de concluida la obra; 3o.- La totalidad de salarios o sueldos y de honorarios, salvo sobre los porcentajes autorizados por leyes especiales y, en su defecto por el Código de trabajo; 4o.- Las pensiones alimenticias presentes y futuras; 5o.- Los muebles y los vestidos del deudor y de su familia, si no fueren superfluos u objetos de lujo, a juicio del juez; ni las provisiones para la

subsistencia durante un mes; 6o.- Los libros, útiles e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que el deudor esté dedicado; 7o.- Los derechos cuyo ejercicio es meramente personal como los de uso, habitación y usufructo, pero no los frutos de éste; 8o.- Las pensiones, montepíos o jubilaciones menores de cien quetzales al mes que el Estado acuerde y las pensiones o indemnizaciones en favor de inválidos; 9o.- Los derechos que se originen de los seguros de vida, o de daños y accidentes en las personas; 10.- Los sepulcros o mausoleos; y 11.- los bienes exceptuados por leyes especiales. Para los casos en que sea aplicable, pueden ser embargados los bienes a que se refieren los incisos anteriores, cuando la ejecución provenga de la adquisición de ellos".

La ley nos habla de embargo de sueldos, de anotación de embargo, de ampliación de embargo, reducción de embargo, sustitución de bienes embargados, en los artículos 307, 308, 309, 310, 311, todos estos artículos y los citados con anterioridad del Código Procesal Civil y Mercantil.

Luego se procederá a la tasación de los bienes embargados, esto con el objeto de si se diera la necesidad de rematar dichos bienes, se procederá a la venta de los bienes embargados, anunciándose tres veces, por lo menos, en el diario Oficial y en otro de mayor circulación, además, se anunciará la venta por edictos fijados en los estrados del Tribunal y, si fuere el caso, en el juzgado Menor de la Población a que corresponda el bien que se subasta, durante un término no menor de quince días. El término para el remate es de

quince días, por lo menos, y no mayor de treinta días. Lo anterior regulado en los artículos 312 y 313, del Código Procesal Civil y Mercantil.

D.- EL SECUESTRO.

Se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el artículo 528, el que dice así: "El secuestro se cumplirá mediante el desapoderamiento de la cosa de manos del deudor, para ser entregada en depósito a un particular o a una institución legalmente reconocida, con prohibición de servirse en ambos casos de la misma. En igual forma se procederá cuando se demande la propiedad de bienes muebles, semovientes, derechos o acciones, o que se constituya, modifique o extinga cualquier derecho sobre los mismos".

Nótese que se dá cierta similitud con el depósito común, pero hay tanto en doctrina como dentro de la norma mucha diferencia y esta es que el depósito común versa sobre cosa determinada a la que pretendemos tener derecho y se limita a establecer provisionalmente una situación posesoria que puede ser de interés para los fines del litigio; el secuestro recae sobre cosa mueble cierta y determinada en donde la posesión del mismo es predominante frente al derecho de propiedad que podría discutirse. No recae sobre cosa a la que en especie pretendemos inicialmente tener derecho, sino que constituye una garantía patrimonial, que nos asegura, la satisfacción de unas responsabilidades que pretendemos exigir. (24).

Es importante señalar, que hay casos específicos dentro del Código Procesal Civil y Mercantil, que mencionan la Medida de Garantía y Precautoria del Secuestro, como por ejemplo; En la Exhibición de bienes muebles y de semovientes, lo cual está regulado en el artículo

4) De La Plaza, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. Vol. II
ra. Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

101 de dicho Código, el cual expresa "Si una vez decretada la exhibición de bienes muebles y semovientes, el obligado no cumpliera con exhibirlos en el término que se le fije, el juez ordenará el secuestro de los mismos, nombrando depositario. Si el secuestro no pudiere hacerse efectivo por ocultación o destrucción, el juez fijará provisionalmente los daños y perjuicios, pudiendo el solicitante pedir que se trabe embargo preventivo sobre otros bienes del requerido".

Otro ejemplo es en las obligaciones de Dar, el Código menciona una hipótesis de secuestro judicial, en estos términos: "Cuando la ejecución recaiga sobre cosa cierta y determinada o en especie, si hecho el requerimiento de entrega el ejecutado no cumple, se pondrá en secuestro judicial, resolviéndose en sentencia si procede la entrega definitiva. Si la cosa ya no existe, o no pudiere secuestrarse, se embargarán bienes que cubran su valor fijado por el ejecutante y por los daños y perjuicios, pudiendo ser estimada provisionalmente por el juez la cantidad equivalente a los daños y perjuicios. El ejecutante y el ejecutado podrán oponerse a los valores prefijados y rendir las pruebas que juzguen convenientes, por el procedimiento de los incidentes".

Hay que mencionar que el secuestro tiene una finalidad cautelar, enfocado de dos formas, una convencional y la otra judicial. Ambas persiguen sustraer de las facultades de disposición de una de ambas partes, determinado bien. En el primero, ello obedece a un acto de voluntad de los contendientes; en el segundo, se produce por mandato de la autoridad judicial, pero generalmente el término secuestro judicial se utiliza para denominar al ordenado por autoridad y órgano jurisdiccional competente.

E.- INTERVENCION.

Esta norma fué tomada del Proyecto Couture (25). Se estimó conveniente para fijar los límites a que debe de circunscribirse la intervención como medida precautoria, y evitar así los abusos a que pueda llegarse, solicitando intervenciones intempestivas y a veces no justificadas.

En el Código Procesal Civil y Mercantil está regulado en el artículo 529, el cual dice así: "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, para los efectos de evitar que los frutos puedan ser aprovechados indevidamente 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".

Es importante resaltar la relación que existe entre esta norma y lo relativo a los auxiliares del juez, así como lo relativo a los diversos aspectos que puedan presentarse en el desarrollo del depósito o de la intervención y específicamente con los artículos del Código Procesal Civil y Mercantil; 34, (Depositarios), 35, (responsabilidad de los depositarios), 36, (derecho del propietario), 37, (interventores), 38, (venta de bienes en depósito), 39, (gravamen y cierre de negocio), 40, (valores en custodia), 41, (renuncia), 42, (remuneración), y 43, (tramitación).

5) Couture J. Eduardo. Proyecto de Código de Procedimiento Civil. posición de Motivos. Ediciones Arayú. Buenos Aires.

La figura procesal de la intervención a veces entra en confusión con el embargo ya que el Código de Comercio regula en el artículo 661 el embargo con carácter de intervención, que no es ni más ni menos que la disposición del manejo de dinero o circulante del comerciante o empresa y el control de los ingresos de la misma.

F.- PROVIDENCIAS DE URGENCIA.

Esta medida se hace necesaria, porque no es posible prever todas las situaciones que puedan presentarse en materia de providencias cautelares. El juez tendrá que usar de su buen criterio, según los casos y circunstancias. Sin embargo, la aplicación de esta norma no se sustrae a la disposición general que obliga a la constitución previa de garantía para la adopción de Medidas Cautelares, salvo los que el Código permite que baste la presentación de la demanda para que el juez las ordene.

Es indudable que esta norma, de alcances tan amplios, viene a atribuir al juez un poder cautelar general que no se circunscribe a los institutos cautelares hasta ahora enumerados, sino también a otros que puedan figurar diseminados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

El artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil, regula lo relativo a esta medida la que dice así: "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, pueda 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".

CALAMANDREI, (26) hace referencia y se preguntaba: Si debía reconocerse un poder de esa naturaleza a un juez; y en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso. Plantea la necesidad de la existencia de un poder semejante a través de un curioso caso. Dice Calamandrei: "Un caso singularísimo que se presentó en Francia hace algunos años, puede acreditar, mejor que cualquier razonamiento abstracto, la importancia práctica del problema. El propietario de un centro de recreo nocturno en París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas; y el pintor, con objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podía presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrara la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica". En este caso se

i) Calamandrei, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Trad. S. Santis M. Buenos Aires, Editorial A. Argentina.

pregunta Calamandrei cuál habría sido la solución desde el punto de vista de los procedimientos cautelares entonces vigentes en Italia. En igual forma podríamos hacerlo nosotros en relación a nuestra legislación Procesal, gracias a la inclusión de las providencias de urgencia a que hemos hecho referencia en lo antes expuesto.(27).

2.- LA GARANTIA Y CONTRAGARANTIA DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS REGULADAS EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.

2.1.- LA GARANTIA.

Según EDUARDO PALLARES, (28) Define Garantías Judiciales: " Son las que exige la Ley, que se otorguen en determinados casos para garantizar el pago de los daños y perjuicios que puedan resultar de las medidas de seguridad o de carácter coactivo que el juez autorice, a pedimento de una de las partes, y en contra de la otra. Por ejemplo; tratándose de una providencia precautoria, sólo podrá decretarse el embargo de determinados bienes, si la persona que solicita la providencia, constituya una garantía de que pagará los daños y perjuicios que produzca el embargo si es declarado improcedente. Como este ejemplo, pudieran presentarse otros análogos".

En el Código Procesal Civil y Mercantil, está regulado en el artículo 531, el que dice así: "De toda providencia precautoria queda responsable el que la pide. Por consiguiente, son de su cargo las costas, los daños y perjuicios que se causen, y no será ejecutada tal providencia si el interesado no presenta garantía suficiente, a juicio del juez que conozca del asunto. Esta garantía, cuando la

(27) Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil de Guatemala. T I. Talleres Gráficos del Centro de Reproducciones de la Universi Rafael Landívar. Guatemala, C.A. 1973.

(28) Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Cív Editorial Porrúa. S.A. 11a. Edición, Mexico. 1978.

acción que va a intentarse fuera por valor determinado, no bajará del diez por ciento de dicho valor; cuando fuere por cantidad indeterminada, el juez fijará el monto de la garantía, según la importancia del litigio. Para el efecto de la fijación de la garantía, el que solicite una medida precautoria está obligado : 1o.- A determinar con claridad y precisión lo que va a exigir del demandado; 2o.- A fijar la cuantía de la acción, si fuere el caso; y 3o.- A indicar el título de ella".

Más adelante existe una norma que nos indica en que casos no es necesario prestar esa garantía, y es así que el artículo 532 nos enumera en que casos se dá esta situación y citamos literalmente la norma en cuestión: "Cuando la medida precautoria no se solicita previamente, sino al interponer la demanda, no será necesario constituir garantía en el caso del arraigo, anotación de demanda e intervención judicial. Tampoco será necesaria la constitución previa de garantía cuando en la demanda se solicite el embargo o secuestro de bienes, si la ley autoriza específicamente esa medida en relación al bien discutido; o si la demanda se funda en prueba documental que, a juicio del juez, autorice dictar providencia precautoria. Sin embargo, en los casos de anotación de demanda, intervención judicial, embargo o secuestro, que no se originen de un proceso de ejecución, el demandado tiene derecho a pedir que el actor presente garantía suficiente, a juicio del juez, para cubrir los daños y perjuicios que se le irroguen si fuere absoluto. Si la garantía no se presta en el término y monto señalados por el juez, la medida precautoria dictada se levantará. Para los efectos del párrafo anterior, el término para constituir la garantía no será menos de cinco días.

2.2.- CONTRAGARANTIA.

Esta norma faculta al demandado para que en los casos en que proceda una medida cautelar, pueda prestar garantía, es más o menos similar aunque sólo como referencia cito el siguiente ejemplo, en los casos en que se presenta una demanda y el demandado tiene la facultad al contestar esa demanda y a proponer la reconvencción, todo lo anterior entre comillas, ya que son cosas muy distintas, pero en el caso en que se haya decretado una medida cautelar en su contra, la contragarantía significa que el demandado puede prestar garantía suficiente a juicio del juez, que cubra la demanda, intereses y costas, para evitar la medida precautoria o para obtener su inmediato levantamiento; el trámite de esta petición debe hacerse en la Vía de los Incidentes. Y esa garantía puede ser: Constituir una Hipoteca, prenda o fianza.

Con una excepción, y la misma norma nos la señala cuando nos dice salvo lo dispuesto en el artículo 524 para el arraigo y en su último párrafo, esa misma norma faculta para que el demandado pueda proceder conforme lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo trescientos, el cual dice así: " Asimismo, puede el deudor hacer levantar el embargo, consignando dentro del mismo proceso, la cantidad reclamada, más un diez por ciento para liquidación de costas, reservándose el derecho de oponerse a la ejecución. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que si la cantidad consignada no fuere suficiente para cubrir la deuda principal, intereses y costas, según liquidación, se practique embargo por lo que falte". y al hablar de consignación es importante citar los artículos del Código Civil que regulan este aspecto, los cuales son los siguientes del 1,408 al 1,415 que hablan de lo que es Pago por Consignación y

luego ir al Código Procesal Civil y Mercantil en los artículos 568 al 571 que también nos habla de consignación, pero con respecto al trámite procesal.

El artículo 533 del Código Procesal Civil y Mercantil, reformado por el Decreto Ley número 309, es el que norma lo relativo a la Contragarantía y literalmente dice así: "En cualquier caso en que proceda una medida cautelar, salvo lo dispuesto en el artículo 524 para el arraigo, el demandado tiene derecho a constituir garantía suficiente a juicio del juez, que cubra la demanda, intereses y costas, para evitar la medida precautoria o para obtener su inmediato levantamiento. La petición se tramitará en forma de incidente. La garantía podrá consistir en hipoteca, prenda o fianza; y una vez formalizada la garantía, la medida precautoria se levantará. Puede también el demandado proceder conforme a lo preceptuado en el párrafo 2o. del artículo 300.

Es importante resaltar que nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, regula varios aspectos más, y uno de ellos es que el que obtenga la providencia precautoria queda obligado a pagar daños y perjuicios en los casos siguientes: 1o.- si no entabla la demanda dentro del término legal; 2o.- Si la providencia fuera revocada; y 3o.-Si se declara improcedente la demanda.

Es contra esto último en mención, lo que protege la Contragarantía a favor del demandado; por lo que el demandado debe de hacer uso de este derecho que la ley le da, por si se diere cualquiera de estos aspectos antes mencionados.

CAPITULO III

1.- EL DERECHO TRIBUTARIO ADMINISTRATIVO.

El capítulo anterior, ha sido de vital importancia para poder desarrollar los capítulos que puedan surgir a partir de este momento, ya que en él se tocaron aspectos generales, pero que se deben conocer obligadamente, para poder entender todo lo relativo a la actividad financiera del Estado y la obligación que tiene el particular de contribuir con el pago de sus impuestos, para el desarrollo del país.

Se puede decir que ha sido el arranque de la carrera tributaria, que se ha dividido en una parte sustantiva y otra procesal. Es un camino que hay que recorrer, y en ese camino vamos solventando varios obstáculos para poder llegar al fin de la misma.

Al estudiar el derecho tributario sustantivo, es el sujeto pasivo quien da nacimiento a la obligación fiscal cuando realiza hechos generadores que, al quedar encuadrados dentro de una hipótesis prevista en la ley tributaria originan obligaciones sustantivas consistentes en el pago de impuestos, derechos o contribuciones especiales.

Por otra parte, existe la posibilidad de que el sujeto pasivo de la obligación fiscal no haga del conocimiento del fisco la existencia de tal hecho porque no presentó la declaración correspondiente, o bien aún cuando lo hubiere presentado, no ha manifestado el hecho generador tal como se dio en la realidad, a fin de pagar tributos en menor cantidad. De cualquier forma, en ambos casos el Estado se

encuentra en posibilidad de llevar a cabo el procedimiento de determinación y liquidación del tributo.

El Estado no puede esperar que todos los contribuyentes manifiesten de buena fe los hechos generadores que dan nacimiento a obligaciones a su cargo, sino que, y en vista de su necesidad de obtener ingresos para llevar a cabo sus fines, desarrolla una actividad de investigación mediante sus órganos administrativos, con el fin de ir determinando los hechos generadores que no se hubieren dado a conocer.

Los procedimientos que el Estado pone en marcha y que en última instancia culminan con el pago del tributo son establecidos y regulados por el derecho tributario administrativo.

1.1- EL DERECHO TRIBUTARIO ADMINISTRATIVO Y SU AUTONOMIA.

El derecho tributario administrativo regula la actividad administrativa tributaria del Estado, realizada con el objeto de que los gobernados no se sustraigan del cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Tal actividad es diversa de las relaciones tributarias establecidas por el derecho tributario sustantivo, ya que éstas tienen un carácter singular y transitorio que hace que se extingan en el momento en que se lleva a cabo el pago de la prestación fiscal. El derecho administrativo tributario regula actividades y relaciones que tienen una duración que se prolonga en el tiempo, por ejemplo, la obligación de llevar contabilidad y de guardar comprobantes fiscales por el término de cinco años.

Es así que se debe aceptar, la existencia de un derecho tributario administrativo con autonomía, de modo que procederé a llevar a cabo

un análisis de las diversas obligaciones e instituciones propias del derecho tributario administrativo; siempre en una manera general, por ser nuestro objetivo de estudio, las Medidas de Garantía y Precautorias dentro del Código Tributario.

Antes de entrar a su estudio vale la pena señalar que existen diferencias notables entre éste y el derecho tributario sustantivo, las que se pueden apreciar con base en la diversa naturaleza de las obligaciones que surgen a cargo de los contribuyentes. Así, en las relaciones tributarias sustantivas existe a cargo del sujeto pasivo la obligación de dar, es decir, entregar una cantidad de dinero o especie por concepto del tributo como contenido obligaciones de hacer, de no hacer o de tolerar. Por ejemplo, una obligación de hacer sería la de presentar la declaración anual de impuesto sobre la renta a cargo de las empresas; una obligación de no hacer sería la de abstenerse de introducir al país mercancía extranjera cuya importancia esté prohibida; finalmente, una obligación de tolerar sería aquella a cargo de los contribuyentes de permitir que las autoridades fiscales lleven a cabo visitas domiciliarias en sus establecimientos o inclusive, en sus domicilios particulares.

1.2.- DIVISION DE LA ACTIVIDAD TRIBUTARIA ADMINISTRATIVA. (29)

Para establecer en forma clara y objetiva, las políticas tributarias que le permitan al Estado alcanzar con mayor eficiencia los fines que tiene encomendados se debe de dividir la actividad tributaria administrativa en las siguientes formas :

a) PLANEACION: En esta fase se establecen los métodos necesarios

19) Quintana Valvatierra, Jesus.- Rojas Yañez. Derecho Tributario Mexicano. Editorial Trillas. S.A. de C.V. Mexico, Argentina, España, Colombia, Puerto Rico, Venezuela. 1era. Edición, 1988. 371 pags.

que permitirán llegar a la forma de decisiones necesarias para alcanzar los objetivos de recaudación;

b) FUNCION DE ESTUDIO, PLANEACION Y EVALUACION: En ella se formulan planes y programas con el fin de alcanzar los objetivos fijados por la dependencia de ingresos, comparándolos con los resultados obtenidos en ejercicios anteriores;

c) FUNCION DE DECISION: Una vez establecidas las políticas fiscales por seguir, las autoridades tributarias administrativas tendrán que elegir entre las distintas alternativas que se le presenten;

d) ELABORACION DE REGLAMENTOS Y ANTEPROYECTOS DE LEY: A través de esta actividad, las autoridades tributarias proponen las reformas a las leyes fiscales que consideran necesarias para el mejor desarrollo de su actividad;

e) FASE DE EJECUCION: Está referida a la ejecución de los planes y programas previamente establecidos para la administración tributaria;

f) IDENTIFICACION Y REGISTRO DE CAUSANTES: En este momento del proceso se busca inscribir en el patrón de contribuyentes a los causantes que tengan a su cargo una obligación fiscal;

g) RECAUDACION: En esta fase las autoridades administrativas llevan a cabo el cobro de los tributos (impuestos, derechos y contribuciones especiales) y sus accesorios;

h) ADMINISTRACION DE LOS IMPUESTOS Y OTROS INGRESOS CORRIENTES: Se efectúa a través de la interpretación de las leyes fiscales, así como de la aplicación de las políticas fiscales;

i) FISCALIZACION: Es la actividad consistente en la revisión de declaraciones y la práctica de visitas domiciliarias, en fin todas

las actividades que tiendan a comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales;

j) **CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:** Esta fase está referida a las defensas del contribuyente. Incluye tanto los recursos como el proceso contencioso-administrativo;

k) **INFORMATICO:** Se desarrolla con el fin de proporcionar la información a la dependencia encargada de los ingresos para coadyuvar a una adecuada toma de decisiones;

l) **ORIENTACION Y SERVICIOS AL CONTRIBUYENTE:** Esta actividad se realiza con el fin de fomentar las relaciones entre el fisco y los contribuyentes, proporcionando a éstos la orientación necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

1.3.- PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIO-ADMINISTRATIVOS.

Es importante señalar que la doctrina, menciona que existen varios procedimientos que integran el derecho tributario administrativo, los que tratan de explicar los autores QUINTANA VALVATIERRA y ROJAS YAÑES. (30). y que describo a continuación:

a) **PROCEDIMIENTOS PREPARATORIOS DE CONTROL Y FISCALIZACION:** Consisten en un conjunto de actos realizados por la administración pública tributaria con el fin de llevar a cabo un control en cuanto a la realización de hechos generados de obligaciones fiscales, así como en el ejercicio de procedimientos de fiscalización de las actividades de los contribuyentes, a efecto de determinar también la realización de hechos generadores y, principalmente, evitar el incumplimiento de las obligaciones fiscales a su cargo.

b) **PROCEDIMIENTOS DE DETERMINACION:** Por medio de estos actos el

(30) Quintana Valvatierra, Jesus.- Rojas Yañez, Jorge. Op. Cit.

fisco determinará la realización de hechos generadores, revisando la documentación contable de contribuyentes, las declaraciones presentadas, las actas de visitas levantadas en el domicilio fiscal de los mismos, y los dictámenes sobre los estados financieros de las empresas formulados por contadores públicos, mediante las cuales efectuará la determinación y liquidación de las obligaciones tributarias a cargo de los sujetos pasivos por adeudo propio o ajeno.

c) PROCEDIMIENTOS DE DEVOLUCION Y EXTINCION DEL CREDITO FISCAL: Está compuesto por una serie de actos tendientes a la extinción de la obligación tributaria, por conducto de los medios previstos en las leyes, como el pago, la prescripción, la caducidad, la compensación y la devolución de pagos efectuados en exceso.

d) PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION FORZOSA: Consisten en el conjunto de actos que realiza la administración pública con el fin de obtener el cobro de los créditos fiscales adeudados por los contribuyentes. Tales actos se inician con el requerimiento de pago al deudor principal, y concluyen con el remate de los bienes embargados y la aplicación del producto de la enajenación en favor del fisco en general.

e) PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACION: Están referidos a las defensas legales que el contribuyente puede hacer valer en contra de las resoluciones administrativas que afecten sus intereses, así como en contra de los procedimientos de comunicación de las mismas y el procedimiento de ejecución forzosa.

2.- DERECHO TRIBUTARIO ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO O LITIGIOSO.

Nuestra legislación guatemalteca, específicamente el Código tributario, es el encargado de normar el aspecto contencioso, esto se da cuando aparece lo que se llama Litis, o sea que hay contradicción. El contribuyente incumple la obligación tributaria y pasa a ser sujeto pasivo; y el Estado pasa a ser sujeto activo, cuando por la vía judicial reclama y hace valer su derecho constitucional de exigir al contribuyente que cumpla con su obligación tributaria, se inicia con un procedimiento de determinación del impuesto, prosigue el procedimiento administrativo contencioso para finalizar en el contencioso judicial que comprende el contencioso administrativo y el económico coactivo.

2.1- PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DETERMINACION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA POR LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA.

Cuando la Administración Tributaria deba requerir el cumplimiento de la obligación tributaria y el contribuyente o responsable no cumple, se procederá a realizar la determinación de oficio.

Si el requerido cumple con la obligación, pero la misma fuere motivo de objeción o ajustes por la Administración Tributaria, se conferirá audiencia al obligado, según lo dispuesto en la ley, en el entendido de que al finalizar el procedimiento, se le abonarán los importes pagados.

La Administración Tributaria verificará las declaraciones, determinaciones y documentos de pago de impuestos y si procediere, formulará los ajustes que correspondan, los notificará al

contribuyente o responsable y precisará los fundamentos de hecho y de derecho.

Al notificar al contribuyente se le dará audiencia, a efecto de que formule descargos y ofrezca los medios de prueba que justifiquen su oposición y defensa.

Si al evacuar la audiencia se solicitare apertura a prueba se estará a lo dispuesto a lo que regula la ley.

Si el contribuyente o responsable no evacuare la audiencia, se dictará la resolución correspondiente que determine el tributo, intereses, recargos y multas; y al estar firme la resolución, en ambos casos se procederá a exigir el pago.

Mientras no se haya notificado la resolución al contribuyente, será admisible la evacuación de la audiencia.

Se haya o no evacuado la audiencia, de oficio o a petición de parte, la Administración Tributaria podrá dictar resolución para mejor resolver conforme la ley. Concluido el procedimiento se dictará resolución.

Como podemos observar es un pequeño procedimiento, que únicamente sirve para determinar el impuesto, y la ley obliga a la Administración Tributaria que lo realice de oficio. Todo el procedimiento anteriormente descrito en forma resumida, está regulado en la Sección Cuarta del Capítulo Quinto del Código Tributario de los artículos 145 al 150.

2.1.1.- REQUISITOS DE LA RESOLUCION DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DETERMINACION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA.

El artículo 150 del Código Tributario, regula estos requisitos, los cuales voy a enumerar textualmente: "La resolución deberá contener como mínimo los siguientes requisitos:

- 1.- Número de la resolución e identificación del expediente.
 - 2.- Lugar y fecha.
 - 3.- Apellidos y nombres completos, razón social o denominación legal del contribuyente o responsable y en su caso, del representante legal y su número de de identificación tributaria (NIT), domicilio fiscal del contribuyente o responsable, si estos extremos constataren en el expediente.
 - 4.- Indicación del tributo y del período de imposición correspondiente, si fuere el caso.
 - 5.- Consideración de los hechos expuestos y pruebas aportadas.
 - 6.- Los elementos de juicio utilizados para determinar la obligación tributaria.
 - 7.- La especificación de las sumas exigibles por tributos, intereses, multas y recargos, según el caso.
 - 8.- En su caso, determinación del crédito que resulte a favor del contribuyente o responsable, ordenando que se acredite o devuelva conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de este código.
 - 9.- Consideración de los dictámenes emitidos, y de los fundamentos de hechos y de derecho de la resolución.
 - 10.- La firma del funcionario que la emita.
- Si al dictarse la resolución se cometieren errores de carácter formal, podrán corregirse de oficio por la Administración Tributaria.

La resolución corregida deberá notificarse al contribuyente o responsable y a las demás partes, si las hubiere.

Si la resolución emitida adolece de falta de alguno de los requisitos enumerados, podría ser anulable por la parte afectada de conformidad con el artículo 160 del Código Tributario.

2.2.- PROCEDIMIENTO DE RESTITUCION.

Otro procedimiento que precede al procedimiento litigioso es el Procedimiento de Restitución, el que consiste en que los contribuyentes o los responsables, podrán reclamar ante la Administración Tributaria, la restitución de lo pagado en exceso o indebidamente por tributos, intereses, multas y recargos.

De no existir controversia, la Administración Tributaria, sin procedimiento previo, resolverá la reclamación y devolverá o acreditará lo pagado en exceso o indebidamente, o en la forma establecida en el artículo 99 del Código Tributario.

Si la reclamación diera lugar a controversia, ésta se tramitará de conformidad con el procedimiento especial de determinación de la obligación tributaria por la administración.

Queda prohibida y es ilícita toda forma de doble o múltiple tributación.

Todo lo anterior está regulado en un solo artículo, que es el 153 del Código Tributario.

3.- DAR POR AGOTADA LA VIA ADMINISTRATIVA.

Como hemos visto antes, la actividad financiera del Estado consta de tres etapas: la obtención de sus ingresos, la

administración de los mismos y su posterior erogación. Dentro del procedimiento de obtención de ingresos tiene importancia fundamental la comunicación a los particulares de las resoluciones administrativas de naturaleza fiscal.

Una vez que ha sido determinada y liquidada una obligación fiscal, a través de la autoridad tributaria del Estado hará la comunicación al contribuyente, a fin de requerirlo del pago del crédito fiscal (obligación de dar).

El Estado también puede llevar a cabo la comunicación de resoluciones diversas, que no impliquen el surgimiento de un crédito fiscal pero que conlleven el cumplimiento de obligaciones de hacer o de permitir, a las cuales se hizo referencia con anterioridad en los capítulos que anteceden a este.

En ocasiones, las comunicaciones a que nos hemos referido no se practican con las formalidades establecidas por los distintos ordenamientos de naturaleza adjetiva. Por lo tanto, con el objeto de tutelar las garantías constitucionales de legalidad, la misma ley ha previsto distintas defensas jurídicas en favor de los particulares.

La administración siempre debe ajustar sus actos a las normas jurídicas que regulen su actividad, sin embargo, en ocasiones no cumple con esos requisitos, ya sea por inexacta aplicación de la ley, ya por su indebida interpretación o, incluso, por arbitrariedad. Ante esta realidad ha sido necesario crear medios idóneos de defensa que estén al alcance del particular afectado. A dichos medios se les conoce como recursos administrativos.

3.1.- RECURSOS ADMINISTRATIVOS DENTRO DEL DERECHO TRIBUTARIO.

La doctrina ha emitido diversas definiciones del recurso administrativo. Andrés Serra Rojas. (31). Afirma: "El recurso administrativo constituye un medio legal de que dispone el particular afectado, para impugnar un acto administrativo ante la propia autoridad que lo dictó, el superior jerárquico u otro órgano administrativo, para que lo revoque, anule o reforme ".

GABINO FRAGA. (32) Lo define así: "El recurso administrativo constituye un medio legal de que dispone el particular afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado, para obtener, en los términos legales, de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme, en caso de encontrar comprobada la ilegalidad o la inoportunidad del mismo".

Con base en las definiciones anteriores, es posible concluir que el recurso administrativo es el medio de impugnación a través del cual el particular que considere afectada su esfera jurídica por un acto de molestia, puede solicitar ante la propia autoridad que emitió el acto, o de superior jerárquico, la revisión de la resolución que le depare perjuicio. Dicho de otra manera, el recurso administrativo constituye un medio de defensa del que dispone el particular, cuando ve afectados sus intereses o sus derechos a raíz de un acto autoritario emitido por la administración pública. Este recurso permite que se actualicen las garantías de seguridad jurídica y de legalidad, lo que provoca, además, que la propia autoridad

(31) Serra Rojas, Andres. Derecho Administrativo. Editorial Porrú S.A. Mexico. 1977. Pags. 477-478.-

(32) Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa S. Mexico 1981. Pags. 435-436.-

administrativa que emitió dicho acto, o su superior jerárquico, lo revoque, modifique o deje sin efecto dicho acto administrativo.

3.2.- NATURALEZA JURIDICA DE LOS RECURSOS TRIBUTARIO ADMINISTRATIVOS.

Acerca de la naturaleza jurídica del recurso administrativo, la doctrina ha elaborado dos corrientes contrapuestas. Una de ellas sostiene que el recurso en cuestión es un acto administrativo de naturaleza jurisdiccional, mientras que la otra afirma que constituye un acto esencialmente administrativo.

El autor ANDRES SERRA ROJAS (33) Afirma que la naturaleza es administrativa por las siguientes razones:

a) No existe controversia entre la administración y el particular recurrente sino una mera revisión de un acto administrativo de la propia autoridad administrativa o de un superior jerárquico, que la obliga a emitir un nuevo acto administrativo, no una sentencia, o a ratificar el anterior. De modo que se diferencia de la impugnación administrativa que demanda, además del particular y la administración, la presencia del juzgador.

b) Los recursos administrativos no necesariamente deben inspirarse en procedimientos semejantes a los judiciales. Es típico de la administración encontrar sus propios y originales caminos para desenvolverse, de manera que los problemas jurídicos se complican cuando se confunden las jurisdicciones.

c) La irrevocabilidad de las resoluciones administrativas que ponen fin a un recurso es propia de numerosos actos administrativos. La ley es la que determina la naturaleza del acto administrativo y la

(33) Serra Rojas, Andres. Op. Cit.

que, finalmente, debe resolver su estructura definitiva.

Por su parte GABINO FRAGA.(34). Considera que en el estudio de la naturaleza del recurso administrativo surge una cuestión: si la autoridad administrativa que lo resuelve, al hacerlo ejecuta un acto jurisdiccional o un acto administrativo. Y señala que pueden señalarse varias razones a favor de la primera opción.

De una manera muy particular y en sentido propio considero que para comenzar, existe una controversia entre el particular y la administración que ha realizado el acto, de modo que esta última tiene que poner fin a dicha controversia, decidiendo si el acto recurrido constituye o no una violación a la ley.

En segundo lugar, el recurso está organizado en las leyes con un procedimiento semejante al judicial, pues en él se establecen formalidades especiales para iniciarlo, términos de prueba, etc.

En forma particular, mi opinión es que la naturaleza jurídica del recurso administrativo es esencialmente un acto administrativo y no un acto jurisdiccional, ya que en el acto administrativo no se dicta una sentencia, ni esa resolución es dictada por el titular de un órgano jurisdiccional, sino que por una autoridad administrativa, además como ya se señaló en capítulo anterior, jurisdicción sólo ejerce la Corte Suprema de Justicia, a través de los órganos jurisdiccionales; y actos administrativos compete únicamente al ejecutivo, a través de la Administración Pública. Todo lo anterior fundamentado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

(34) Fraga, Gabino. Op. Cit.

4.- RECURSOS TRIBUTARIO ADMINISTRATIVOS EN EL CODIGO TRIBUTARIO GUATEMALTECO.

Dentro de nuestra legislación y en particular en materia Tributaria, existen diversos recursos administrativos que pueden hacerse valer en contra de la determinación de un tributo y sus accesorios.

Así, en el Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, dentro de la fase oficiosa del procedimiento administrativo se establecen los siguientes recursos.

4.1.- RECURSO DE REVOCATORIA.

En el artículo 154 del Código Tributario, está regulado el recurso de Revocatoria, el cual dice así: "Las resoluciones de la Administración Tributaria pueden ser revocadas de oficio, siempre que no estén consentidas por los interesados, o a instancia de parte.

En este último caso, el recurso se interpondrá por escrito por el contribuyente o responsable, o por su representante legal, ante el funcionario que dictó la resolución o practicó la rectificación a que se refiere el último párrafo del artículo 150, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contando a partir del día siguiente al de la última notificación.

Si del escrito que se presente, se desprende la inconformidad o impugnación de la resolución, se tramitará como revocatoria, aunque no se mencione expresamente este vocablo.

El funcionario ante quien se interponga el recurso, se limitará a conceder o denegar el trámite del mismo. Si lo concede no podrá seguir conociendo del expediente y se concretará a elevar las

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

actuaciones al Ministerio de Finanzas Públicas, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles. Si lo deniega, deberá razonar el rechazo.

El Ministerio de Finanzas Públicas resolverá confirmando, modificando, revocando o anulando la resolución recurrida, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de elevado a su consideración el recurso.

El memorial de interposición del recurso, deberá llenar los requisitos establecidos en el artículo 122 de este código". (Primera solicitud).

El artículo a que hace referencia, o sea el 122 del Código Tributario, regula lo relativo a los requisitos que debe llenar el primer escrito, y dice literalmente así: "La primera solicitud que se presente ante la Administración Tributaria deberá contener:

1. Designación de la autoridad, funcionario o dependencia a que se dirija. Si la solicitud se dirigió a funcionario, autoridad o dependencia que no tiene competencia para conocer del asunto planteado, de oficio y a la mayor brevedad posible la cursará a donde corresponda, bajo su responsabilidad. El traslado deberá notificarse al solicitante.
2. Nombres y apellidos completos del solicitante, indicación de ser mayor de edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio y lugar para recibir notificaciones. Cuando el solicitante no actúe en nombre propio, deberá acreditar su personería.
3. Relación de los hechos a que se refiere la petición.
4. Peticiones que se formulen.
5. Lugar y fecha.
6. Firma del solicitante.

Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará otra persona a su cargo.

En las solicitudes posteriores, no es necesario consignar los datos de identidad del solicitante, salvo sus nombres y apellidos completos.

La omisión de cualquiera de los requisitos, no será motivo para rechazar la solicitud. En este caso, la Administración Tributaria concederá un plazo de quince (15) días hábiles al solicitante para subsanar dichas omisiones".

El artículo 155 del Código Tributario, nos habla acerca de que : Cuando la Administración Tributaria deniegue el trámite del recurso, de revocatoria, la parte que se tenga por agraviada podrá ocurrir al Ministerio de Finanzas Públicas, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes al de la notificación de la denegatoria, pidiendo se le conceda el recurso de revocatoria". En este artículo surge la figura de ocurso administrativo, que recurrir al Órgano Superior para que ordene el trámite del Recurso interpuesto, de acuerdo a las Garantías Constitucionales del Debido Proceso.

El trámite y la resolución, se encuentran en el artículo 156 del Código Tributario, el que textualmente dice así: "El Ministerio de Finanzas Públicas, remitirá el recurso a la dependencia que denegó el trámite de la revocatoria, para que informe dentro del perentorio plazo de cinco (5) días hábiles. Solamente cuando la autoridad jerárquica superior lo estime indispensable, se pedirá el expediente original.

Si se declara sin lugar el recurso, se impondrá al recurrente una multa de sesenta quetzales (Q60.00) y se ordenará se archiven las

diligencias del mismo".

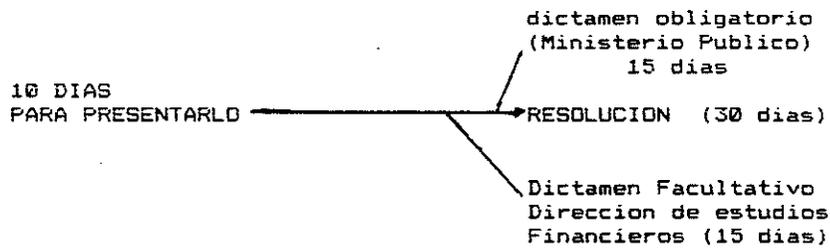
4.2.- RECURSO DE REPOSICION.

Este recurso procede contra las resoluciones originarias del Ministerio de Finanzas Públicas, puede interponerse recurso de reposición, el que se tramitará dentro de los plazos y en la forma establecida para el recurso de revocatoria, en lo que fuere aplicable.

La diferencia entre el recurso de revocatoria y el de reposición, es que en el primero la autoridad debe de elevar al Ministerio de Finanzas Públicas para que sea el Ministro el que conozca y resuelva, mientras que el segundo, se presenta ante el Ministerio de Finanzas Públicas, y este mismo conoce y resuelve, de las resoluciones que emanan directamente de éste órgano

Siguiendo con el trámite de los recursos, el Ministerio de Finanzas Públicas, al recibir las actuaciones que motivaron el recurso de revocatoria, o a la presentación del recurso de reposición, primero recabará dictamen de la Dirección de Estudios Financieros, (esta Dirección en la actualidad fué suprimida del Reglamento de la ley del Ministerio de Finanzas Públicas), si lo estima conveniente. Este dictamen deberá rendirse dentro del plazo de quince (15) días hábiles. Luego, en todos los casos, dará audiencia al Ministerio Público, por quince (15) días hábiles y una vez conferida la misma, no podrá pedirse dictamen a la Dirección referida aunque no se hubiere emitido el dictamen pedido o evacuado la audiencia concedida, el Ministerio resolverá el recurso respectivo, rechazando, revocando,

RECURSO DE RESPOSICION



modificando, confirmando o anulando la resolución recurrida.

Nótese que se dan dos tipos de dictámenes, uno que es facultativo, o sea el que se pide a la Dirección de Estudios Financieros; y el otro que es obligatorio o vinculante y este último es el que se pide al Ministerio Público.

4.3.- ENMIENDA Y NULIDAD.

También puede darse la Enmienda y Nulidad. La Administración Tributaria o la autoridad superior jerárquica, de oficio o a petición de parte, podrá:

1. Enmendar el trámite, dejando sin efecto lo actuado, cuando se hubiere incurrido en defectos u omisiones de procedimiento.
2. Declarar la nulidad de actuaciones cuando se advierta vicio sustancial en ellas.

En cualquiera de ambos casos, podrá resolverse la enmienda o la nulidad de la totalidad o de parte de una resolución o actuación.

En ningún caso se afectará la eficacia de las pruebas legalmente rendidas.

Para los efectos que regula el Código Tributario, se entenderá que existe vicio sustancial, cuando se violen garantías constitucionales, disposiciones legales o formalidades esenciales del expediente o cuando se cometa error en la determinación de la obligación tributaria, multas, recargos o intereses.

La enmienda o nulidad será procedente en cualquier estado en que se encuentre el proceso administrativo. Sin embargo, si ya se hubiere dictado la resolución ministerial, únicamente se procederá a petición del contribuyente y mientras no se hubiere interpuesto el recurso

Contencioso-Administrativo. No se podrá enmendar o anular el procedimiento, si ya se hubiere interpuesto dicho recurso o se hubiere acudido a la vía económico coactiva.

Todo lo anterior expuesto, se encuentra regulado en los artículos 155 al 160 del Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala.

Se concluye que se ha agotado la Vía Administrativa, cuando el particular, ha interpuesto los recursos administrativos descritos con anterioridad, los cuales son los medios idóneos de impugnación que proceden en Materia Tributaria Administrativa, que estan regulados en el Código Tributario.

4.4.- SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Otra forma de agotar la Vía Administrativa, es cuando se da lo que se llama Silencio Administrativo, el cual surge, cuando ha transcurrido el plazo de un mes, contado a partir de la fecha en que las actuaciones se encuentran en estado de resolver, con ello se agota la instancia administrativa y por resuelto desfavorablemente el recurso de revocatoria o reposición, para el solo efecto de que el interesado pueda interponer recurso Contencioso Administrativo.

Es optativo para el interesado, en este caso, interponer el Recurso Contencioso Administrativo. En consecuencia, podrá esperar a que se dicte la resolución que corresponda y luego interponer dicho recurso de acuerdo con la ley que lo rige. Así lo regula este aspecto el artículo 157 del Código Tributario.

El artículo citado con anterioridad, se apoya también con el artículo

So. de la Ley de Contencioso Administrativo; el cual dice literalmente así: "Transcurrido el mes sin que el Ministerio haya proferido su resolución se tendrá para el efecto de usar el recurso de lo contencioso-administrativo, por agotada la vía gubernativa y por resuelto desfavorablemente, en la misma, el asunto que motivó la revocatoria".

Dar por agotada la Vía Administrativa, significa que todo lo que se tenía que hacer dentro de la administración pública se ha agotado y corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes dirimir cualquier controversia que se derive de un acto administrativo, lo cual tendrá que ser resuelto por una orden o resolución judicial.

Algunos procesalistas en materia tributaria en Guatemala, indican que no es conveniente acusar el Silencio Administrativo e irse a la Vía Jurisdiccional por medio del Recurso Contencioso Administrativo, porque con ello no tendrían como impugnar una resolución administrativa inexistente, estando con ello en desventaja ante la Administración tributaria. Por otro lado se considera técnico acudir previo al Recurso Contencioso Administrativo, a la vía del Amparo de conformidad con el artículo 10 literales f) y h) que dicen: "Procedencia del Amparo. La procedencia del Amparo se extiende a toda situación que sea susceptible de riesgo, amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las Leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado. Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos:.....f) Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltas en el término que la ley establece o de no haber tal término, en el de treinta días una vez agotado

el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite;.....) En los asuntos de órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio puedan ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan." Así mismo se acude al amparo en virtud que se haya violado el artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al pasar el término de treinta días sin que se resuelva el Recurso Administrativo que se trate. Una vez resuelta la solicitud del Amparo interpuesto, el Organo Jurisdiccional fija un plazo para que la Administración emita su resolución bajo apercibimiento de iniciar proceso por desobediencia si no lo hiciere y la imposición de la multa respectiva. Este procedimiento si bien es cierto es un poco escabroso es más seguro para el contribuyente que puede impugnar con mayor propiedad la resolución administrativa por medio del Recurso Contencioso Administrativo.

5.- CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Ya se ha señalado que el legislador ha establecido en favor de los gobernados los recursos administrativos como medio de defensa ante los actos de la Administración Pública que afecten su esfera jurídica.

Cuando en la fase Administrativa la autoridad que conozca del recurso administrativo confirma la validez de la determinación y liquidación

de un Tributo o de los accesorios del mismo, el contribuyente podrá interponer ante el Tribunal competente, el Recurso Contencioso Administrativo.

Se puede adelantar a groso modo, para determinar la naturaleza jurídica del Contencioso Administrativo, qué actividades realiza el órgano juzgador en este campo. Así vemos que la actividad jurisdiccional es llevada a cabo a través de procesos; por lo tanto es preciso delimitar tanto los conceptos de proceso así como los de procedimiento para llegar a la conclusión deseada.

Ya analizados los conceptos antes mencionados se puede deducir que toda instancia seguida ante un juez o tribunal sobre una diferencia entre dos o más partes, se le llama proceso; es decir que por medio de un conjunto de actos jurídicos coordinados, se busca la satisfacción de una pretensión planteada.(35)

El procedimiento, por el contrario, constituye "un conjunto de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de la ley en general a un caso concreto controvertido, para solucionarlo o dirimirlo". (36)

Es importante recalcar sobre este asunto, ya que hay muchas personas que no hacen ninguna diferencia entre proceso y procedimiento.

5.1.- CONCEPTO..

Hay muchas formas de llamarlo, algunos lo llaman procedimiento contencioso administrativo; otros utilizan la expresión justicia administrativa, o simplemente señalan que es un recurso.

Nuestra legislación guatemalteca le denomina Recurso de lo Contencioso Administrativo, aunque procesalmente se trate de un

(35) Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. 2da. Edición, Editori: Editriale. P. Madrid. 1961.-

(36) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso 2da. Edición: Textos Universitarios. UNAM. Mexico 1979. Pag. 120.-

proceso formal.

El Proceso se ventila ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, está integrado por una serie de actos que, dentro de él, deben cumplirse para llegar a su fin, y a los que deben someterse tanto las partes como el juzgador.

Dicho proceso es contencioso porque se origina como consecuencia de la controversia que se suscita entre particulares y la administración pública, respecto de la legalidad de un acto de esta última.

DOLORES HEDUAN VIRUES. (37). Sostiene que: " Lo contencioso administrativo implica atribuir a un tribunal dentro del poder judicial, verdadera jurisdicción para dirimir conflictos entre los particulares y los órganos del Poder Ejecutivo... Lo contencioso administrativo... constituye así una de las dos vías de autocontrol de la legalidad de los actos administrativos, que precisa de la delegación absoluta de una porción de la soberanía interior del Poder Público, en ejercicio de la cual el Tribunal puede sentenciar libremente".

Las definiciones transcritas, concluyen en que el proceso contencioso administrativo es aquel por virtud del cual los particulares y la Administración Tributaria, acuden ante los órganos jurisdiccionales previamente establecidos a controvertir la legalidad de los actos de esta última.

(37) Heduan Virues, Dolores. Carta Década Del Tribunal Fiscal De La Federación. Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Mexico. 1977. Pag. 55.-

5.2.- EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO EN NUESTRA LEGISLACION.

En materia Tributaria se encuentra legislado el Recurso de lo Contencioso Administrativo en el artículo 161 al 170 del Código Tributario.

Procede contra las resoluciones de los recursos de revocatoria y de reposición dictadas por el Ministerio de Finanzas Públicas, el cual se interpondrá ante la sala que corresponda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; dentro del plazo de noventa (90) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha en que se hizo la última notificación de la resolución del recurso de revocatoria o de reposición, en su caso

Con respecto al procedimiento, será aplicable lo perceptuado en la ley de lo Contencioso Administrativo, en todo lo que se relaciona con el procedimiento, en cuanto no contraríe las disposiciones del Código Tributario.

En la Ley de lo Contencioso Administrativo, se encuentra regulado el Recurso de lo Contencioso Administrativo de los artículos 9o. hasta el 41 que habla de la sentencia.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentra regulado este aspecto en el artículo 221, que literalmente dice así: En el epígrafe "TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO". y su contenido es : " Su función es de contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones

administrativas.

Para ocurrir a este Tribunal, no será necesario ningún pago o caución previa. Sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al fisco se demoró en virtud del recurso.

Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación".

Dentro del Contencioso Administrativo Tributario se incluyeron normas modernas que pretenden dar una dinámica más efectiva al trámite del mismo ante el Organo Jurisdiccional respectivo, tomando en cuenta que hasta antes de la vigencia del Código Tributario el impulso procesal se regía por el principio dispositivo de las partes, o sea que todo acto procesal debía de ser impulsado por las partes y específicamente la carga de la misma estaba en mayor proporción en contra de la recurrente, y es por eso que se contemplaba en el artículo 21 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Decreto Presidencial 1881) que cuando trascurrieran más de tres meses sin que la parte recurrente promoviera su acción, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo a solicitud de parte podía declarar el abandono del recurso. En ese sentido el Código Tributario incluye en el artículo 163 la figura de la oficiosidad indicando además que no procederá la caducidad de la instancia del recurso instaurado, extinguiendo con ello la figura procesal del Abandono dentro del Recurso Contencioso Administrativo. Asimismo se contempla como otra norma moderna la acumulación del Recurso Contencioso Administrativo al tenor del artículo 166 del Código Tributario.

5.3.- RECURSO DE CASACION.

El Recurso de Casación dentro del Contencioso Administrativo tiene sus orígenes en el Decreto número 45-83 del Presidente de la República, de fecha veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y tres, el cual en su artículo primero, párrafo último decía: "Contra las sentencias y autos definitivos que pongan fin al proceso procede el Recurso de Casación". Posteriormente la Constitución Política de la República en mil novecientos ochenta y cinco, incluye el mismo sentido en el artículo 221 que regula en su tercer párrafo: "Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse Recurso de Casación". Y por último el Código Tributario en mil novecientos noventa y uno, incluye la casación como medio de impugnación del Recurso Contencioso Administrativo Tributario en su artículo 169 que dice: "Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, cabe el recurso de Casación. Dicho recurso se interpondrá, admitirá y sustanciará de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil". Es así como se ha ido incorporando al Recurso Contencioso Administrativo el medio de impugnación más técnico de nuestro ordenamiento legal, como lo es el Recurso de Casación.

He tocado a largos rasgos todos estos procedimientos Tributarios Administrativos, ya que son el camino, que me llevan hasta el punto central de mi trabajo, o sea en el lugar en donde se tienen que aplicar las Medidas de Garantía y Precautorias, que regula el Código Tributario.

En este capítulo, en donde se ha analizado El Derecho Administrativo

Tributario, Los Procedimientos Tributarios, La materia Contenciosa y Litigiosa y Los Recursos Administrativos dentro de el Derecho Tributario guatemalteco, servirá como un marco conceptual a el tema central de mi investigación.

CAPITULO IV

1.- MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS CONTENIDAS EN EL CODIGO TRIBUTARIO.

Se encuentra reguladas las Medidas de Garantía y Precautorias, en el Título V, Capítulo III, del Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de La República de Guatemala, en el artículo 170; el que literalmente dice: "Procedencia, La Administración Tributaria, podrá solicitar las medidas de garantía o precautorias que establece la ley, cuando exista riesgo para la percepción de tributos, intereses, recargos y multas, excepto el arraigo personal.

La existencia del riesgo deberá ser fundamentado por la Administración Tributaria.

A solicitud del afectado por las medidas de garantía, el juez podrá limitarlas a ciertos y determinados bienes o créditos ofrecidos por el mismo".

Es muy importante citar el artículo 185 del Código Tributario, en vista que en varios aspectos, que menciona este Código, se tiene que hacer uso supletoriamente de el Código Procesal Civil y Mercantil, el que dice así: Supletoriedad; "En lo que no contraríen las disposiciones de este Código y en todo lo no previsto en esta sección, se aplicarán las normas del Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley del Organismo Judicial".

Ya en Capítulo anterior hice una descripción de cada una de las Medidas de Garantía y Precautorias, de la forma como se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que, tratándose de que esas Medidas de Garantía y Precautorias, son a las

que nos refiere el Código Tributario, y habiendo hecho un análisis de cada una de ellas y su forma de aplicación en materia Procesal Civil; me voy a concretar únicamente a enumerarlas y entrar al tema central de mi trabajo, que es, cómo actúan esas Medidas en Materia Tributaria.

Las medidas de Garantía y Precautorias a que hace referencia la ley, son:

- a) ARRAIGO.
- b) ANOTACION DE DEMANDA.
- c) EMBARGO.
- d) SECUESTRO.
- e) INTERVENCION.
- f) PROVIDENCIAS DE URGENCIA.

En materia Tributaria, se aplican todas las Medidas de Garantía y Precautorias, antes enumeradas, sólo que el artículo 170 del Código Tributario hace una excepción, que es la Medida de Garantía del Arraigo Personal; punto que como ya dije, será de tratar en forma especial, más adelante en el desarrollo de mi trabajo.

2.- LAS MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS EN EL PROCEDIMIENTO ECONOMICO COACTIVO.

En materia Tributaria se pueden aplicar tomando en cuenta que el procedimiento económico coactivo es por medio del cual se efectúa el cobro Judicial a los contribuyentes deudores de algún impuesto o contribución hacia el Estado.

En la ley, se encuentra regulado este Procedimiento, en el Título V,

Capítulo IV, Sección Primera, en los artículos de 171 al 178, del Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República.

Este procedimiento se ha constituido en una verdadera innovación dentro del Derecho Procesal, en virtud de contener un trámite judicial hasta cierto punto nuevo y especial, que lógicamente repercute en beneficios para las personas o entes que en él intervienen, ya que delimita su campo de aplicación en materia tributaria.

2.1.- DEFINICION DEL PROCEDIMIENTO ECONOMICO COACTIVO.

Se debe señalar que uno de los aspectos particularísimos del Derecho Fiscal o Tributario es el procedimiento económico-coactivo y es aquél a través del cual el Estado ejerce su facultad de exigir al contribuyente el cumplimiento forzado de sus obligaciones fiscales y, en su caso, para hacer efectivos los adeudos tributarios exigibles con la necesidad de que intervenga el Poder Judicial a través de los órganos jurisdiccionales para hacer valer el derecho.

No hay necesidad de citar autores, que den una definición doctrinaria, pues nuestra legislación, aunque brevemente nos da una definición legal en el artículo 171 del Código Tributario, la que satisface por su comprensión sencilla, indicando que el Procedimiento Económico Coactivo es: "Un medio por el cual se cobran en forma ejecutiva los adeudos tributarios.

Tiene como características propias: brevedad, oficiosidad y especialidad".

2.2.- FASES DEL PROCEDIMIENTO ECONOMICO COACTIVO.(38)

A- LA DEMANDA: En Materia Económico Coactiva, la Demanda constituye el inicio de la presentación procesal ejercitada por el actor (El Estado o el ente público que corresponda), y aunque existen en la doctrina múltiples como variadas definiciones, la que más se adapta es la de Alsina, quien le define como: "El acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitando del Tribunal de una situación Jurídica". (39) En la Demanda podrán solicitarse las Medidas de Garantía y Precautorias que sean necesarias.

A.1.- REQUISITOS FORMALES: La ley específica de la materia, no establece ningún tipo de exigencias formales para el planteamiento de una demanda en esta vía, pero no obstante esa situación, se deben cumplir con los requisitos que toda demanda debe contener, de conformidad con los artículos 61 y 106 del Código Procesal Civil y Mercantil, aplicandolos supletoriamente.

B.- RESOLUCION DE TRAMITE: Esta resolución de trámite se basa en el artículo 174 del Código Tributario, el cual dice: "Iniciación del procedimiento y audiencia; promovido el juicio ejecutivo el juez calificará el título en que se funde y si lo considerare suficiente y la cantidad que se reclama fuere líquida y exigible, despachará el mandamiento de ejecución y ordenará el requerimiento de pago al obligado y el embargo de bienes en su caso.

En la misma resolución dará audiencia al ejecutado por el plazo de cinco (5) días hábiles para que se oponga o haga valer sus excepciones.

Si se trata de ejecución de sentencia, sólo se admitiran las excepciones nacidas con posterioridad a la misma".

(38) Licenciado Erick E. Córdova Castillo. Procedimiento Económico Coactivo Guatemalteco y su Regulación en el Código Tributario. Tesis para optar al grado de Abogado y Notario. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. 1994.-

(39) Citado por Mario Aguirre Godoy. Derecho Procesal Civil. Op. Cit.

Es en este momento del trámite en que el juez podrá decretar cualquier Medida de Garantía y Precautoria.

El juez en primer término realiza un examen preeliminar sobre la calificación de la demanda, observando si llena los requisitos formales y si el título en que se funda la pretensión es suficiente. Además de oficio debe de establecer si tiene competencia por razón de la materia o territorio para conocer del asunto, bajo pena de nulidad de lo actuado y responsabilidad personal.

Una vez calificada la demanda y el título en que se funda, corresponde al Titular del Tribunal decretar el trámite de la misma, debiendo cumplir con los requisitos que exigen los artículos 141, 142 y 143 de La Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de La República de Guatemala. En esta primera resolución se hace prevención al ejecutado, se ordena se despache mandamiento de ejecución y se requiere de pago, SE DECRETAN MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS, se concede audiencia al demandado por cinco días, y algo muy importante, el reconocimiento de la personería a quien comparece representando al actor, que en estos casos siempre será el Estado o un ente público.

C.- MANDAMIENTO DE EJECUCION: Consiste en el nombramiento de Ejecutor que hace el juez a un notificador o al secretario del tribunal, e incluso puede nombrarse a un Notario, si así lo pide el ejecutante, con base en el artículo 298 del Código Procesal Civil y Mercantil. Su objeto es que se lleve a cabo la diligencia de notificación, requerimiento de pago y decretan cualquier medida de garantía y precautoria.

Luego de despachado el mandamiento de ejecución y decretar las medidas de garantía y precautorias, el Ejecutor se hace presente en

el lugar señalado por el actor y procede a notificar al demandado la primera resolución dictada por el Juez, en la cual se da trámite en la vía económica coactiva a la demanda planteada. Acto seguido el Ejecutor le requerirá de pago al deudor, lo que hará constar por razón puesta a continuación del mandamiento de ejecución.

Alternativamente puede ocurrir que el deudor no fuere habido en la dirección señalada, o no se supiere su paradero. En el primer caso se hará el requerimiento y embargo por cédula, aplicándose las normas relativas a notificaciones. En el segundo caso, se hará el requerimiento y embargo por el Diario Oficial y surtirá sus efectos desde el día siguiente al de la publicación, debiéndose observar lo dispuesto en el Código Civil en los artículos 42 al 62, respecto a los ausentes. Ambas situaciones están reguladas en el artículo 299 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Es oportuno señalar que el Código Tributario en el artículo 174, no regula ampliamente esta fase del procedimiento económico coactivo, que comprende la notificación, requerimiento de pago y orden de decretar las medidas de garantía y precautorias; pero debido a la similitud con el Proceso Ejecutivo común, debe aplicarse lo que para el efecto se dispone en el Código Procesal Civil y Mercantil, en virtud de permitirse la supletoriedad de la ley, como ya indique, en el artículo 185 del Código Tributario.

En el artículo 170, como ya se indicó, se encuentra regulado en el Código Tributario, todo lo relativo a Medidas de Garantía y Precautorias. Se colige, como también ya lo indiqué, que todas las Medidas de Garantía y Precautorias contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, a excepción del Arraigo Personal, son aplicables

en Materia Tributaria y específicamente en el Procedimiento Económico Coactivo y hago la observación de que la existencia de Riesgo que habla dicha norma, en la percepción de tributos, intereses, recargos y multas, debe de ser comprobado fehacientemente por la Administración Tributaria, al momento de solicitarse una Medida de Garantía y Precautoria, y en este caso al presentarse la demanda económico coactivo.

D.- TASACION DE BIENES EMBARGADOS: Esta diligencia consiste en el avalúo que el experto nombrado por el Juez, hace de los bienes embargados, a fin de que con su informe se tenga la base legal para el remate de los mismos en caso de falta de pago por parte del deudor.

La ley no indica el momento procesal en que esta diligencia debe practicarse, sin embargo existe consenso en el sentido de que ésta debe realizarse antes de dictarse la sentencia definitiva, con el propósito de que si los bienes no cubren el monto total de lo reclamado, pueda efectuarse la ampliación del embargo correspondiente, en su caso.

D.1.- ACTITUDES DEL DEMANDADO: El Código Tributario regula que el demandado puede asumir varias actitudes, las que a continuación enumero:

a) PAGO DEL ADEUDO RECLAMADO: En el momento del requerimiento de pago al deudor, éste puede acatarlo y proceder a cancelar la suma reclamada y las costas causadas. En este se deja constancia en el expediente y se entrega al ejecutante la suma satisfecha, dándose por terminado el procedimiento. Aquí en este momento se aplica supletoriamente el artículo 300 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual cito textualmente y dice así: "Si el demandado

pagare la suma reclamada y las costas causadas, se hará constar en los autos, se entregará al ejecutante la suma satisfecha y se dará por terminado el procedimiento.

b) CONSIGNACION CON RESERVA DE OPOSICION: Esta situación no está prevista dentro de las instituciones que conforman el procedimiento económico coactivo en el Código Tributario; sin embargo, haciendo acopio de la supletoriedad de la ley que si está permitida en todo lo no previsto y que no sea contrario a su naturaleza, es procedente aplicar el segundo párrafo del artículo 300 del Código Procesal Civil y Mercantil, citado en inciso anterior, en el cual explica que puede el deudor, evitar o levantar el embargo, consignando dentro del mismo proceso la cantidad reclamada, más un diez por ciento para la liquidación de costas, reservándose el derecho de oponerse a la ejecución, sin perjuicio de que si la cantidad consignada no fuere suficiente para cubrir la deuda principal y costas según liquidación, se practique embargo por lo que falte.

La razón de ser en la consignación con reserva de oposición, consiste en que el demandado no desea verse expuesto a las molestias que el embargo supone, sin que se extinga el juicio por su falta de oposición.

c) INCOMPARECENCIA DE DEMANDADO: El artículo 175 del Código Tributario dice: "Incomparecencia del ejecutado. Si el ejecutado no compareciere a deducir o interponer excepciones, el juez dictará sentencia en la que declarará, según proceda, si ha lugar o no a la ejecución y ordenará el remate de bienes o el pago, en su caso".

Según se deduce del artículo citado, la incomparecencia del ejecutado se interpreta como aceptación del reclamo; por tal razón, una vez se haya vencido el plazo de cinco días concedido para oponerse a la

pretensión, el órgano jurisdiccional dicta la sentencia correspondiente.

En este tipo de procedimiento no se necesita el acuse de rebeldía para que el juez pueda proferir la sentencia, en virtud de que el plazo de cinco días es perentorio e improrrogable. Pero debe observarse, que aunque la incomparecencia del demandado implica tácitamente la aceptación del reclamo; ello no obsta, a que el juez pueda desestimar la demanda aún en esa situación, con base a los amplios poderes que tiene para calificar la validez del título ejecutivo.

d) OPOSICION DE LA DEMANDA: En el artículo 176 del Código Tributario se encuentra la siguiente regulación: "oposición del ejecutado. Si el ejecutado se opusiere, deberá razonar su oposición y si fuere necesario, ofrecer la prueba pertinente. Sin estos requisitos, el juez no le dará trámite a la oposición..."

Se puede deducir que cualquiera oposición que se formule, tendrá que llevar forzosamente aparejada la argumentación de derecho o afirmación de hecho que tienda a desvanecer la pretensión aducida. En el primer supuesto, cuando se opone a la demanda una argumentación de derecho, como éste, no está sujeto a prueba, el juez omite el período de prueba y falla sin más trámite. El segundo de los casos, cuando se apoya en situaciones de hecho que refuten la acción iniciada formal o sustancialmente; es ineludible el ofrecimiento de la prueba pertinente.

Al adoptar entoces el demandado esta actitud, si está obligado a razonar su oposición; ésto con el objeto de evitar que se formulen oposiciones sin ningún fundamento que únicamente tienda a entorpecer la buena marcha del proceso. Esta actitud procesal se puede

clasificar en oposición proponiendo medios de prueba que demuestren la pretensión de la administración tributaria.

E.- PERIODO PROBATORIO: El período probatorio para el caso que haya simple oposición razonada, como para cuando se hayan hecho valer excepciones; es el mismo. Dicha fase procesal se encuentra regulada en el artículo 176 tercer y cuarto párrafos del Código Tributario, el cual dice así: "El juez oirá por cinco (5) días hábiles a la Administración Tributaria y, con su contestación o sin ella, mandará recibir las pruebas por el plazo de diez (10) días hábiles comunes a ambas partes, si lo pidiere alguna de ellas o el juez lo estimare necesario.

En ningún caso se otorgará plazo extraordinario de prueba".

En este caso no se especifica la clase de pruebas admisibles, solo se limita a indicar que si fuere necesario, se debe ofrecer la prueba pertinente. Por lo consiguiente, es oportuno distinguir la pertinencia de la admisibilidad de la prueba.

EDUARDO COUTURE. (40) sostiene que "Prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de prueba. Prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. En cambio, de prueba admisible o inadmisible se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla".

En el procedimiento económico coactivo serán admisibles todos aquellos medios de prueba que conduzcan a destruir la eficacia del título y se fundamenten en prueba documental, ya que dentro del período probatorio, se discutirá un derecho preestablecido.

(40) Couture Eduardo. Proyecto de Código De Procesamiento Civil. Exposición de Motivos. Ediciones Arayú. Buenos Aires.

F.- LA SENTENCIA: El Código Tributario en el artículo 178 determina: "Resolución. Vencido el plazo para oponerse o el de prueba en su caso, el juez se pronunciará sobre la oposición y las excepciones deducidas.

Además, el juez declarará si ha o no lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados, o pago en su caso, de la deuda tributaria y de las costas judiciales.

Respecto al plazo para dictar sentencia, es ineludible la aplicación supletoria del artículo 142 de La Ley del Organismo Judicial, al indicar que las sentencias deben dictarse dentro de los quince días después de la vista; pero como en este proceso no se señala día para la vista, el juez debe resolver dentro de los quince días después de que se termine la tramitación del asunto, es decir a partir de haber finalizado el período probatorio.

En todo Proceso Económico Coactivo, el fin esencial de la sentencia es declarar si ha o no lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados, o trance y pago en su caso de la deuda tributaria y costas judiciales en favor de ejecutante, previa declaración lógica si procede o no la ejecución promovida.

2.3.- EL EMBARGO PRECAUTORIO TRIBUTARIO.

Es una de las medidas más importante en materia Fiscal o Tributaria, Tal y como se ha estudiado, puede ocurrir que se promueva una medida de garantía y precautoria para preparar un juicio, en forma previa, o bien dentro del mismo juicio, pues en tal ocasión continuará preventivamente la medida, en ambos casos tendrá que justificarse la misma y tal justificación debe llenar requisitos indispensables, que obliguen al juzgador a otorgar la

medida solicitada.

LEONARDO PRIETO CASTRO. (41) dice que: " Embargo es poner traba o impedir la disposición del deudor sobre sus cosas por orden del Juez ejecutor. Por el embargo se priva o expropia al deudor de su facultad de disposición". Este autor es sostenedor de la teoría publicista, cuyo principio radica en que se le quitan las facultades de disposición de los bienes al propietario de éstos, aún antes de ser definitivamente determinados por la sentencia.

Es decir pues que de conformidad con la anterior concepción, el ejecutado es despojado de la facultad de disposición de sus bienes en virtud de que el órgano jurisdiccional se los expropia aún antes de ser vendidos por dicho órgano como cuestión del proceso.

Se entiende que el juez al vender en pública subasta el bien embargado, actúa en representación del ejecutado. Propiamente esto no es cierto puesto que el representante de una persona al vender un bien de ésta aún cuando sea para pagar las deudas que hubiere contraído, buscará un precio que le beneficie, obrando en consecuencia, en interés del deudor; en cambio el juez actúa obligado por una acción procedimental, como ejecutor propiamente dicho.

Propiamente considero que la diferencia entre el embargo y el embargo precautorio estriba nada más en que el segundo, o sea el Embargo Preventivo, puede darse en casos con distinto procedimiento y más que todo para circunstancias especiales de seguridad inmediata, porque en sí el fin general será el mismo. Ahora bien, digo que el fin primordial será el mismo porque tiende a reivindicar un derecho lesionado, pero con la diferencia que en el embargo propiamente dicho ya está establecido el derecho para ejecutar el acto y en cambio en el Precautorio está por establecerse y el fin que persigue es que los

(41) Prieto Castro, Leonardo. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Madrid. 1956. Pag. 488.-

bienes no se pierdan por cualquier medida que adopte el deudor para eludir su responsabilidad; pero también debe tomarse en cuenta el caso del Embargo Preventivo, aun ya estando establecido el derecho, pero que dadas las circunstancias se hace necesaria la medida, aún antes de iniciar un Procedimiento Ejecutivo. Generalmente en Guatemala en los Tribunales, se tramitan las diligencias preventivas y cuando el interesado inicia procedimiento Ejecutivo, solamente pide que el embargo preventivo dictado y verificado, se haga definitivo para los efectos de la sentencia en tal tramitación; es decir pues que se ha adelantado no solamente en el aspecto seguridad sino también ha servido para que el mismo demandante tenga oportunidad de señalar nuevos bienes aún antes de llegar a la resolución definitiva.

2.3.1.- EL EMBARGO PREVENTIVO Y LOS EFECTOS QUE PRODUCE.

El objetivo que se persigue con la solicitud de Embargo Preventivo es el de que los bienes estén seguros y a la disposición del juzgador para cuando se dicte la resolución final en relación al procedimiento o juicio iniciado por el demandante. Naturalmente que la acción coercitiva practicada en virtud de la medida de seguridad va asegurar los resultados del juicio y como tal el efecto más especial que ha producido es el de que el cumplimiento de la justicia se está haciendo efectivo. Por otra parte como se ha limitado al propietario de los bienes de la tenencia ilimitada de los mismos, surge aquí los diferentes funcionarios del acto, como son por ejemplo los administradores de bienes o los depositarios. Pero al llegar aquí tendrá que establecerse que son objeto de Embargo Preventivo tanto bienes, muebles como inmuebles y entonces tendrá que hacerse la distinción.

Esta distinción de bienes embargados es más cuanto a la función que van a realizar algunas personas distintas a las partes contendientes, porque tendrá que especificarse a cada quien lo que le corresponde. Si se tratare de bienes inmuebles, una vez hecho el embargo deberá hacerse la anotación en el Registro de la Propiedad Inmueble, para lo cual el juez dictará resolución ordenando por medio de Despacho al Registro.

Ahora cuando se refiere a bienes muebles, tiene que existir un administrador y un depositario, quienes tendrán que intervenir en el juicio como tales y en consecuencia serán otras las formas a seguirse en cuanto a la situación de los bienes.

2.4.- ANOTACION DE LA DEMANDA TRIBUTARIA.

Como ya se afirmó, la anotación de la demanda, consiste en hacer una anotación o asiento Preventivo o Provisional que se practica en el historial de una finca, para dar puesto en él, a una situación jurídica inmobiliaria en litigio o impedida de inmediato acceso a la inscripción; o para dar Medidas de Garantía, caución o seguridad a un acreedor, frente a las facultades dispositivas del deudor, titular de la finca o derecho sobre que se toma la anotación, la que debe de ser emanada por juez competente, girándose un despacho ordenando dicha anotación en el Registro.

Siendo la anotación de demanda en materia tributaria una Garantía o Cautela, para asegurar la solvencia de una acción o derecho ejercitada por la Administración Tributaria.

Surge esta Medida en los casos que no es posible la traba del embargo precautorio, por no reunir el derecho que se trate de ejercitar alguno de los caracteres que la ley señala como indispensables; pero

en tales casos se autoriza otra Medida con el objeto de prever situaciones futuras en que pueda colocarse el demandado, llamada Anotación Preventiva o Anotación de Litis.

Un ejemplo sería, el supuesto en que se promueve una demanda respecto de un inmueble y que es un caso en que no procede el embargo preventivo. El demandado podría burlar la acción del demandante enajenándolo, y una vez en poder de tercero de buena fe, quedaría bien adquirido, con lo que se verían defraudados los intereses del acreedor.

Entonces la Anotación Preventiva, que viene a ser la constancia en el Registro de la Propiedad de la existencia de un juicio que se refiere directamente a ese inmueble, advertirá al tercer adquirente que se trata de un bien litigioso; de manera que él no podrá después alegar su buena fe en el caso de que triunfe el demandante en la acción promovida.

No está demás agregar que en relación a las anotaciones judiciales, no es necesario que previamente se justifique la existencia de un crédito fiscal y el peligro de un daño inminente, sino que normalmente bastará la presentación de la demanda y la solicitud de ella pero esta liberalidad y amplitud de nuestra ley sustantiva la constriñe más adelante y en Aras Al Equilibrio Jurídico De La Justicia, al preceptuar en el artículo 1148 (Reformado por el artículo 30 del Dto. 2010) : "El propietario de un inmueble anotado en virtud de demanda no basada en documentos fehacientes, podrá pedir, en cualquier tiempo, y el Tribunal lo dispondrá así, que el actor garantice ampliamente, a juicio del juez, la responsabilidad en que pudiera incurrir por lo daños y perjuicios que se irroguen al dueño del raíz, si fuere absuelto. La garantía cuando fuere el asunto

por valor determinado, no bajará del diez por ciento ni excederá del veinte por ciento de dicho valor.

Cuando el asunto fuera de valor indeterminado, el juez fijará el monto de la garantía, según la importancia del litigio, pero nunca excederá del valor en que esté declarado el inmueble en la Administración de Rentas, en la fecha de la presentación de la demanda. Si dentro del plazo que el Tribunal señale, el actor no presentare los comprobantes de haber prestado la garantía, se mandará cancelar la anotación y no se podrá rehabilitar ni decretar de nuevo".

El fin primordial de esta Medida es proteger en sus intereses al ejecutante, evitando que el ejecutado hiciera operaciones fraudulentas en relación a aquellos bienes que serán objeto de la traba.

2.5.- EL SECUESTRO TRIBUTARIO.

Si vamos a la naturaleza de las Medidas de Garantía y Precautorias dentro de la materia tributaria, nos damos cuenta que las mismas tienden a proteger a la administración tributaria, contra el incumplimiento de la obligación tributaria por parte de los particulares, específicamente lo que se llama Periculum In mora, es decir, de los riesgos a que está expuesta toda persona de ver afectado su patrimonio, por la tardanza o iliquidez tributaria. En el trayecto de verificación, el acreedor está sujeto a que el deudor distraiga, oculte, o malbarate los bienes sobre los cuales se hará efectivo un derecho, en el evento de obtener aquél, un fallo favorable y que dichos bienes ya no puedan garantizar el cumplimiento de la obligación; y además hay bienes, que por su desplazamiento, su

naturaleza y su movilidad, hace que las figuras cautelares estudiadas, sean inoperantes para la garantía de los derechos del acreedor.

Es así como el Secuestro viene a llenar a cabalidad esa necesidad, para los fines prácticos de la justicia; y es por eso que el Secuestro tiene como finalidad de Cautela, que precisamente nos ha decidido a examinar sus particularidades bajo aspectos generales que puedan garantizar fehacientemente el cumplimiento futuro de una obligación Tributaria y esto se logra a través de un principio inherente al Secuestro el cual dice así "Injudiciis Nihil Innovetur", que logra el propósito sustrayendo los bienes secuestrados a la libre disposición de los contendientes. (42)

Hay varias formas de Secuestro, y uno de ellos es el Secuestro convencional, el cual consiste cuando las partes convienen en depositar y depositan una cosa litigiosa; y el segundo sería el llamado judicial, que como su nombre lo dice, tiene que ser emanado de una orden judicial.

Resulta así que el Secuestro en materia Tributaria, se constituye en contemplación de un litigio, y persiste, hasta que finalice la controversia judicial, no pudiéndose asimilar de ninguna manera el embargo, del que en muchos casos, puede ser su consecuencia, porque aquél versa sobre cosa determinada a la que se pretende tener derecho y se limita a establecer provisionalmente una situación posesoria que puede ser de interés para los fines del litigio, en cambio el embargo no recae sobre cosa a la que en especie pretendemos inicialmente tener derecho, sino que constituye una garantía patrimonial, que asegura In Genere, la satisfacción de unas responsabilidades que se pretenden exigir.(43)

-
-) De La Plaza, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. Op. Cit. . 44.-
 -) De La Plaza, Manuel. Op. Cit.

2.6.- LA INTERVENCION TRIBUTARIA.

Las resultas del juicio se pueden asegurar con el embargo preventivo, si concurren los requisitos exigidos por la ley, y que cuando se demanda en juicio la obligación Tributaria o la extinción, declaración, modificación y constitución de un derecho, puede obtenerse el mismo resultado mediante la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

Pero fuera de esos hay otros casos en los cuales tales medidas no proceden o serían ineficaces, pues no impediría que el demandado, procediendo de mala fe, sustrajese, enajenase o inutilizase lo que constituye el Principal o casi el Único Valor De La Cosa Litigiosa, haciendo imposible la ejecución de la sentencia firme que ponga término a la controversia.

Se da el supuesto que la garantía patrimonial, consiste en un bosque, cuya principal riqueza es el arbolado, fácil de desaparecer, o de una finca agrícola, cuyos frutos pueden ser sustraídos; o de un establecimiento industrial o comercial, cuyo activo puede ser sustraído, ocultado o también destruído.

En estos supuestos, la anotación de demanda preventiva no vendría a proteger esos bienes fructíferos; y, claro está que el secuestro y el depósito sería la mejor garantía, pero estas medidas resultarían antieconómicas para la Administración Tributaria, ya que también se corre el riesgo de que estos bienes puedan pasar a manos inexpertas que puedan poner en peligro su manejo y administración de los mismos, poniéndose en peligro de Quiebra a las empresas o establecimientos industriales o mercantiles.

Es así como surge la Intervención como medida idónea para estos casos, que atemperando los rigores que el propio secuestro y depósito

implica, viene a garantizar en mejor forma, los derechos de la Administración Tributaria, sin causarle gasto, que mermaría sus ingresos al Estado y además a que los productos de los establecimientos industriales, mercantiles o agrícolas, no se dilapiden o malbaraten.

El depositario de establecimientos industriales, comerciales o de propiedades agrícolas, tendrá el carácter de interventor y no podrá interrumpir las operaciones de la empresa respectiva; tendrá la facultad de fiscalizar dichas operaciones y deberá llevar cuenta comprobada de la administración; recaudará y depositará el valor de los productos en un establecimiento de crédito y autorizará los gastos ordinarios del negocio.

El demandante sólo podrá pedir la intervención en los preceptos que sirvan al Juez para decretar la medida preventiva en los bienes puestos en litigio.

Al referirme a la naturaleza jurisdiccional del proceso cautelar, es requisito básico para el conferimiento de una medida cautelar, y para el caso particular que ahora me ocupa "La Intervención en Materia Tributaria", la presentación de la demanda, si la misma se pide juntamente con aquélla, pero también podrá pedirse por el acreedor, durante la secuela del proceso; asimismo hay que agregar que con la demanda se justificarán los elementos de convicción que sirvan de base dicha medida, no importando la naturaleza pública o privada de los documentos que presente la administración tributaria, ya que el juez en este momento no puede entrar a conocer sobre el fondo del asunto, si lo que se está discutiendo es el incumplimiento de una obligación tributaria por parte del deudor y el extremo citado anterior será tomado como un elemento de prueba del patrimonio

particular, el cual está sujeto a una obligación que se determinará en la sentencia.

Las facultades del interventor, son las que vienen a delinear la fisonomía propia de este instituto, pues a partir del momento en que toma posesión del cargo aquél, se le previene al propietario del establecimiento industrial, agrícola o mercantil, que se abstenga de hacer cualquier operación del giro corriente del negocio, sin previo conocimiento del interventor, pudiéndose éste oponer a aquellas operaciones que sean perjudiciales al buen funcionamiento y desarrollo del negocio.

El demandado continuará en posesión durante la secuencia del proceso y explotando el bien de su propiedad como estime conveniente, siempre que sea de acuerdo a la naturaleza del mismo y el uso y costumbre del país, de manera que no disminuya el valor, y aprovechándose de los frutos naturales, industriales y civiles que produzca, para cubrir sus propias necesidades, y el excedente lo recaudará el interventor, quien lo depositará en una institución de crédito, si se tratare de efectivo.

Es importante señalar que al asegurarse el derecho que reclama la administración tributaria, se decretará de inmediato el cese de la intervención.

2.7.- PROVIDENCIAS DE URGENCIA.

Este aspecto es a lo que recurre de inmediato la administración tributaria, cuando se presenta un caso en que el deudor es renuente al pago de una obligación fiscal, por lo que de inmediato se solicitan las providencias de urgencia, para garantizar el futuro cumplimiento.

Es así que la administración teniendo fundado un derecho, la ley le faculta para hacer valer ese mismo derecho, através de las instituciones que se encuentran reguladas en esa misma ley, ya que el Estado se haya amenazado de un perjuicio inminente e irreparable en algunos casos, ya que deja de cumplir con sus fines por falta de recursos. Puede solicitar ante un juez competente por escrito, las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo de lo que pretende o reclama.

2.8.- LIMITACION DE LA MEDIDA DE ARRAIGO PERSONAL CONTENIDA EN EL CODIGO TRIBUTARIO.

Esta Medida de Garantía y Precautoria, cobra ineficacia en Materia Tributaria, ya que expresamente la señala como excepción. O sea que es la única medida que se encuentra regulada en la ley que no tiene aplicación.

En la práctica esta medida daría una gran seguridad a la administración tributaria para garantizar el pago de la obligación fiscal.

En los tribunales Anglo-sajones: el "COMTEMPT OF COURT" (44) se encuentra muy bien conocida esta institución y se encuentra regulado de la siguiente forma en una de sus normas "El arraigado que quebrante el arraigo o que no comparezca en juicio por sí o por representante, además de la pena que merezca por su inobediencia. será remitido a su costa al lugar de donde se ausentó indebidamente, o se le nombrará defensor judicial para el juicio en que se hubiere decretado el arraigo y para los demás asuntos relacionados con el litigio" y se complementa dicha norma así: Si la fuga se ha

) Citado Por el Licenciado Luis Alfonso Monzón. En su Tesis.
Cit.

consumado, el juez dictará las medidas oportunas para que el prófugo vuelva al lugar de su domicilio fiscal". Cito lo anterior para demostrar la eficacia de una Medida como lo es el Arraigo; si se aceptara por nuestra legislación tributaria daría mayor seguridad que cualquier otra medida de las que acepta el Código Tributario, ya que la mayor parte de personas que incumplen con la obligación fiscal, se dedican a los negocios y por lo tanto necesitan de estar viajando constantemente para realizar asuntos relacionados a su interés industrial y si se vieran afectados por una medida de esta naturaleza tratarían de mantener al día sus asuntos fiscales, para poder disfrutar de la libre locomoción ya sea para negocios o por placer.

Es una medida que la mayoría de legislaciones en América y en el mundo entero utilizan para hacer respetar las resoluciones emanadas de un órgano jurisdiccional, pues de no existir esas prevenciones, la desobediencia de los particulares se cristalizaría como un sistemático desacato a la orden judicial y quedarían en mal predicado los altos designios de la justicia.

El arraigo es una garantía en contra del desacato, en contra del menosprecio al tribunal, en contra de la ofensa e injuria al tribunal, en contra de aquél que se comporta groseramente con el juez, en contra de el que niega al magistrado los medios de colaboración necesarios, en contra del que se niega al cumplimiento de una resolución de un tribunal y en contra del que incumple la obligación tributaria defraudando al fisco.

Con el arraigo, se llega al umbral de las Medidas de Garantía y Precautorias, juntamente con el embargo precautorio, la anotación de demanda, secuestro y la intervención que dan seguridad económica al Estado para percibir sus ingresos y así de esa manera tener recursos

suficientes para satisfacer el bien común de toda una comunidad.

La ley además exige en esta medida que el deudor nombre apoderado suficientemente instruido y expensado; entendiéndose por expensas las costas y sanciones pecuniarias, con el objeto de obtener el levantamiento de la medida, con ello la justicia gana que aunque se logre evadir en una forma el arraigo se deje a una persona que responda en nombre de el deudor y así garantizar las resultas del juicio.

Es por eso que el sentido del arraigo es el siguiente: Consiste en la prevención que se hace al demandado o al que va ser demandado, para que no se ausente del lugar en que se sigue o haya de seguirse un juicio, sin prestar garantía que asegure las resultas de la sentencia y nombre apoderado suficientemente instruido y con cláusula de expensas. Con las diligencias del arraigo se pretendería en Materia Tributaria, impedir que se oculte la persona contra quien haya de enablarse una demanda por incumplir su obligación fiscal y además se aseguraría que en un futuro por temor al arraigo, se continúe cumpliendo con dicha obligación.

El arraigo como medida prejudicial es un verdadero instrumento de justicia, realizando el ideal de la significación económica del litigio, actuando juntamente con el embargo preventivo y las demás Medidas de Garantía y Precautorias, pues se puede notar que es la medida que dá una garantía personal, cuyo objetivo es la inmovilización del individuo, mientras que no cumpla con los requisitos que le impone la ley y asegurando aún más, se debería agregar que se preste una garantía (fianza, hipoteca, prenda, etc.) previo al levantamiento de la medida, para que la admistración tributaria no corra el riesgo de que la prestación a la postre sea

ineficaz.

En discusión del Código Tributario en vigencia, el licenciado Luis Arturo Archila sostenía que con el arraigo como medida de garantía o precautoria, se limitaba no solo la locomoción del cotribuyente sino también su derecho de trabajo, ya que muchos de los contribuyentes, necesitan salir del país a comprar o vender sus productos, por lo tanto dicha medida restringía dicho derecho, y con tales argumentos la comisión de Finanzas del Congreso de la República aceptó la excepción del Arraigo como medida de garantía o precautoria.

3.- MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS SOLICITADAS POR LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA, COMO AYUDA A LA DETERMINACION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA.

El Código Tributario determina en el artículo 98 las atribuciones de la Administración Tributaria, el cual indica: "La Administración Tributaria está obligada a verificar el correcto cumplimiento de las leyes tributarias. En ejercicio de sus funciones actuará conforme a las normas de este Código, a las leyes y reglamentos respectivos, en cuanto a la aplicación, fiscalización, recaudación y control de los tributos." Dicho artículo también regula algunas de las atribuciones, entre las que encontramos, requerir de informes a los contribuyentes, exigir el pago de distintos tributos, requerir de pago y recaudar adeudos tributarios, verificar el contenido de declaraciones juradas, revisar libros, documentos y archivos (en libros o en sistema de computo) de los contribuyentes y agentes de retención y de percepción que se relacionen con el pago de las obligaciones tributarias, o sea que la

Administración Tributaria tiene una amplia gama de atribuciones que tiene que realizar, y es por eso que se hace necesario el apoyo de los distintos órganos jurisdiccionales, apoyada con el artículo en referencia numeral trece (13), párrafo segundo el cual literalmente dice: "Si los contribuyentes o agentes de retención y de percepción opusieren resistencia, deberá pedirse la intervención de juez competente". El contenido de este párrafo es de suma importancia, ya que hace referencia a la figura tributaria de la resistencia, la cual puede ser pacífica y violenta, así también no indica con precisión que órgano jurisdiccional es el competente.

3.1.- RESISTENCIA TRIBUTARIA:

La resistencia tributaria, los grandes tratadistas la definen como la actitud negativa del contribuyente a dejarse fiscalizar, claro esta actitud puede ser violenta o pacífica, si se diera en forma violenta estaríamos frente a una figura eminentemente penal de conformidad con el artículo 409 del Código Penal el cual dice: "Quien se opusiere a la ejecución de un acto legal de funcionario o de la autoridad o sus agentes, mediante violencia será sancionado con prisión de uno a tres años." Es en esta figura que el juez competente sería un juzgado de Primera Instancia del Ramo Penal del Departamento en donde ocurriere dicha violencia, al tenor del artículo 93. párrafo primero del Código Tributario.

El problema se presenta cuando la resistencia a ser fiscalizado es en forma pacífica, porque además de imponerse una multa al contribuyente o responsable a la fiscalización, de cien a mil quetzales, de conformidad con el artículo 93 párrafo primero del Código Tributario,

deberá solicitarse Intervención a Juez competente, pero dicho Código no refiere cual es el Juez, razón por la cual, la Administración Tributaria tuvo que expugnar ante los distintos órganos jurisdiccionales que por su naturaleza pudieren estar vinculados al procedimiento de la determinación de la obligación Tributaria, presentando solicitud escrita ante el Tribunal de Lo Contencioso Administrativo (hoy Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo), Tribunal de Primera Instancia de Cuentas y Juzgado Segundo de lo Económico Coactivo.

CONCLUSIONES.

1.- Las Medidas de Garantía y Precautorias dentro del Código Tributario, garantizan el resultado práctico del Proceso Económico Coactivo, evitando que el contribuyente renuente al cumplimiento de la obligación Tributaria, cumpla aunque sea de una manera forzosa; y garantice ese cumplimiento durante el proceso hasta llegar a una sentencia que declare con lugar o no la obligación que se reclama por La Administración Tributaria.

2.- Las Medidas de Garantía y Precautorias dan tutela inmediata a la Administración Tributaria en primer orden, para iniciar un procedimiento económico coactivo tributario en contra del contribuyente que se niegue a comparecer y comprobar su obligación tributaria; y en segundo orden cuando se utilizan para depurar la determinación de la obligación tributaria.

3.- La necesidad real de alejar el temor de un daño jurídico mayor o prevenirlo, y la acción de contrarestar en el momento oportuno, son elementos predominantes de la Administración Tributaria frente al contribuyente, dentro de las Medidas de Garantía y Precautorias de carácter tributario.

4.- El artículo 170 del Código Tributario, previene el ulterior daño que se causaría a la Administración Tributaria como accinante de un derecho, cuando el contribuyente deje de cumplir con su obligación tributaria, ya que éste es el medio que facilita que el Estado cumpla

con sus fines.

5.- Las Medidas de Garantía y Precautorias al decretarlas el Juez, cuando se trata del procedimiento económico coactivo tributario, no garantizan el asunto principal del mismo, sino únicamente las resultas de éste, ya que de tenerse la certeza sobre la sujeción y la comparecencia por parte del contribuyente al procedimiento, dichas medidas en materia tributaria no tendrían razón de ser.

6.- La clasificación legal que se da de las Medidas de Garantía y Precautorias en Materia Tributaria, depende de la aplicación supletoria que se haga del Código Procesal Civil y Mercantil, de conformidad con el artículo 185 del Código Tributario.

7.- Existe la necesidad de reformar el artículo 170 del Código Tributario, con el objeto de incluir dentro de Las Medidas de Garantía y Precautorias en materia tributaria, la de Arraigo personal, para dar mayor garantía al fisco en su actividad tributaria, ya que el mismo sería un verdadero instrumento procesal al servicio de la justicia, que obligaría al contribuyente a comparecer al procedimiento en forma personal o dejando encargado de sus asuntos a persona autorizada, si fuera a salir del país, con lo cual se tendría certeza de sujeción de las partes ante el órgano jurisdiccional.

8.- Cuando el contribuyente haya cumplido a cabalidad con su obligación tributaria, lo demuestre a través de pruebas fehacientes, dando garantía o en su caso contragarantía, al igual que lo regula el

Código Procesal Civil y Mercantil, para que pueda resarcirse de daños y perjuicios que se le ocasionen en su patrimonio, por razones de haber invertido tiempo y dinero en procedimiento económico coactivo tributario.

9.- En Materia Tributaria se desconocen la mayoría de instituciones que se encuentran reguladas en el Código Tributario; desconociéndose también en este caso específico las Medidas de Garantía y Precautorias dentro del mismo.

Haciendose necesario el estudio a conciencia por parte de los estudiantes de la Carrera de Ciencias Jurídicas en las Universidades del país todo lo relativo a tributos y por ende la obligación del contribuyente de cumplir con la obligación de pagarlos para el buen desarrollo de Guatemala.

RECOMENDACIONES.

- 1.- Es muy importante que el abogado moderno, se actualice en MATERIA TRIBUTARIA, ya que nos encontramos ante un procedimiento Económico Coactivo innovador dentro del Derecho Procesal Tributario, aspecto que dará mucho que hablar de aquí en adelante en Guatemala.

- 2.- Es recomendable que el Colegio de Abogados, programe capacitación, en la cual se informe y analice El Derecho Tributario, su procedimiento y cada una de sus instituciones, tales como Las Medidas de Garantía y Precautorias en Materia Tributaria.

- 3.- Es necesario que el Congreso de La República de Guatemala, haga una revisión al artículo 170 del Código Tributario y se haga una reforma al mismo, incluyendo dentro de las Medidas de Garantía y Precautorias, el Arraigo Personal, para que se le de mayor garantía al fisco en la recaudación de los tributos en caso de incumplimiento de la obligación.

- 4.- Profundizar en las facultades de Derecho de las Universidades del País, en que se recalque el estudio en Materia tributaria, por medio de los cursos de Derecho financiero y Hacienda Pública.

5.- Tener en la carrera de Derecho en las universidades del país, una práctica Procesal Tributaria, en donde se puedan poner a prueba, a través de casos reales o ficticios todas las instituciones que se regulan en el Código Tributario y que esa practica sea supervisada por los catedráticos de la materia.

BIBLIOGRAFIA.

1. AGUIRRE GODOY, MARIO. DERECHO CIVIL. Tomo I Centro de reproducciones Universidad Rafael Landivar. Guatemala, 1986.
2. ALSINA HUGO. TRATADO TEORICO PRACTICO DE DERCHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Tomos I, II. Segunda Edición. Editorial Soc. Anon Editores. Buenos Aires, Argentina. 1,989.
3. ARELLANO GARCIA, CARLOS. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. tercera edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1989.
4. BIELSA, RAFAEL. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomos I, II, III y IV. Quinta Edición, Roque de Palma Editor. Buenos Aires, Argentina. 1,956.
5. BIRKE SHARTEL. OUR LEGAL SISTEM AND HOW IT OPERATES, Michigan. 1951.
6. CALAMANDREI, PIERO. INTRODUCCION AL ESTUDIO SISTEMATICO DE LAS PROVIDENCIAS CAUTELARES. Trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1,945.
7. CASTAN TOBEÑAS, JOSE. DERECHO CIVIL ESPAÑOL. Instituto reus, Madrid. 1,941. T.I pag. 7.
8. CASTILLO GONZALES, JORGE. DERECHO ADMINISTRATIVO. Instituto Nacional de Administración Pública. Guatemala, C.A. 1,990.
9. CARNELUTTI, FRANCISCO. SISTEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Uteha Argentina, Unión Topográfica, Editora Hispano-Américana. Tomo I Pag. 243. Civil
10. COUTURE, EDUARDO. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. 3era. Edición (póstuma). Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1,988.
11. CHACON CORADO, MAURO. LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO CIVIL GUATEMALTECO. Centro Ed. Vile, Guatemala. 1,989.

12. CHICAS CORADO, RAUL. APUNTES DE DERECHO TRIBUTARIO Y LEGISLACION FISCAL. 2da. Edición, Departamento de publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas. USAC. 1,989.
13. CHIOVENDA, GIUSEPPE. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I Pag. Condenas de Futuro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
14. DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. NOCIONES GENERALES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Ediciones Aguilar Madrid. 1.966.
15. DE LA PLAZA, MANUEL. DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL. Vol. II, Editorial Rev. de D. Madrid.
16. GOMEZ LARA, CIPRIANO. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. 2da. Edición. Textos Universitarios. UNAM México. 1979.
17. GUASP, JAIME. DERECHO PROCESAL CIVIL. 2da. Edición, Editorial Editriale. P. Madrid, 1961.
18. GABINO, FRAGA. DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Porrúa, S.A. México 1981.
19. ESCOLA, HECTOR JOSE. COMPENDIO DE DERCHO ADMINISTRATIVO Volumen II. Ediciones Dipalma Buenos Aires, Argentina 1,990.
20. GARCIA OVIEDO, CARLOS Y MARTINEZ USEROS, ENRIQUE. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo II, 10a. Edición. Editorial E.I.S.A. Madrid, 1,966.
21. GIULIANI FONROUGE, CARLOS, DERECHO FINANCIERO. 4a. Edición Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina. 1,987.
22. HEDUAN VIRUES, DOLORES. Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México 1,977.
23. MARGAIN MANAUTOU, EMILIO. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO TRIBUTARIO MEXICANO. 10a. Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1,991.

24. MATUS BENAVENTE, MANUEL. FINANZAS PUBLICAS 3era. Edición, Editorial Jurídica Chile, 1,967.
25. NAJERA FARFAN, MARIO. DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Eros. Guatemala. C.A. 1,970.
26. OVALLE FAVELA, JOSE. DERECHO PROCESAL CIVIL. Colección de Textos Jurídicos UNAM, 1980.
27. PALLARES, EDUARDO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. 4ta. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1,983.
28. QUINTANA VALVATIERRA. DERECHO TRIBUTARIO MEXICANO. Editorial Trillas. S.A. de C.V. México, Argentina, Puerto Rico, España, Colombia, Venezuela. 1981.
29. RODRIGUEZ LOBATO, RAUL. DERECHO FISCAL. 2da. Edición Editorial Harla, México. D.F. 1,986.
30. SERRA ROJAS, ANDRES. DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Porrúa, S.A. México 1,977.
31. VILLEGAS, HECTOR. DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO. 3era. Edición, Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1,984.

DICCIONARIOS.

1. CABANELLAS, GUILLERMO. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. 14a. Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1,979.
2. OSORIO, MANUEL. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS POLITICAS Y SOCIALES. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1984.
3. GRUPO EDITORIAL OCEANO. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO OCEANO. Ediciones Océano, S.A. España 1,990

TESIS.

1. BARRIENTOS MARROQUIN, CONCHA. ESTUDIO JURIDICO DOCTRINARIO DE LA TRIBUTACION. (tesis de graduación profesional de Abogado y Notario, USAC.) Guatemala, 1,980.
2. CORDOVA CASTILLO, ERICK. PROCEDIMIENTO ECONOMICO COACTIVO GUATEMALTECO Y SU REGULACION EN EL CODIGO TRIBUTARIO. (tesis de graduación profesional de Abogado y Notario, USAC.) Guatemala, 1,994.
3. FONSECA PEREZ DE ALVARADO, MARIA EMPERATRIZ. LAS EXCEPCIONES Y SU REGULACION EN EL PROCESO ECONOMICO COACTIVO GUATEMALTECO. (tesis de graduación profesional de Abogado y Notario USAC). Guatemala, 1991.
- 4, MONZON, LUIS ALFONSO. MEDIDAS DE GARANTIA EN EL PROCESO CIVIL GUATEMALTECO. (tesis de graduación profesional de Abogado y Notario, USAC) Guatemala, 1963.

LEYES.

1. CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.
2. CODIGO TRIBUTARIO, DECRETO 6-91.
3. CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, DECRETO LEY 107.
4. CODIGO CIVIL, DECRETO LEY 106.
5. CODIGO DE COMERCIO, DECRETO 2-70.
6. CODIGO MUNICIPAL, DECRETO 58-88.
7. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL Y CONTRALORIA DE CUENTAS, DECRETO 1126.
8. LEY DE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO, DECRETO 1881.
9. LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL, DECRETO 2-89 Y SUS REFORMAS.
10. LEY DEL MINISTERIO DE FINANZAS PUBLICAS, DECRETO 106-71.
11. LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO, DECRETO 512.

ANEXO I

ANALISIS DE UN EXPEDIENTE EN MATERIA TRIBUTARIA, EN DONDE SE SOLICITAN MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS.

REQUERIMIENTO.

Da inicio con un requerimiento que hace la administración tributaria al particular, el cual debe de llevar un número, luego el número de expediente, la fecha, nombre del contribuyente, su número de identificación tributaria (NIT), dirección.

A continuación se le solicita que presente a la Dirección de Fiscalización del Ministerio de Finanzas Públicas, una serie de documentos, como por ejemplo;

- a) Original y fotocopia de los libros de Compras, Ventas y Mayor General (este último los folios donde esten asentadas las operaciones de I.V.A.) del período comprendido de julio de 1992 a junio de 1993.
- b) Original y fotocopia de las Declaraciones Mensuales del I.V.A. del período comprendido de julio 1992 a junio 1993, con sus anexos.
- c) Original y fotocopia de la Declaración Jurada del Impuesto Sobre la Renta del período comprendido de julio 1992 a junio 1993, con sus anexos.
- d) Original y fotocopia de los Estados Financieros al 30 de junio de 1992 y al 30 de junio de 1993, incluyendo el flujo de efectivo y hoja de trabajo.
- e) Copia de las facturas emitidas durante el período comprendido de julio 1992 a junio 1993.

Luego se hace un fundamento legal el cual es el Artículo 98 del Código Tributario Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, el cual dice que la Administración Tributaria está obligada a verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones

tributarias de los contribuyentes, para lo cual se fijan tres días hábiles cotados a partir del día siguiente a la notificación, para que se presente lo solicitado.

Base Legal: Artículos 1,26,29,30, 37,39 y 40 del decreto 27-92 del Congreso de la República, artículos 27,28,33,34,35 y 36 del Acuerdo Gubernativo número 508-92. Artículos 93,98,100,117 y 147 del Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala.

Luego se traslada a la sección de notificadores para que se notifique. Firma de el supervisor de la Dirección General de Rentas Internas, Departamento de Fiscalización.

Nota: se pueden hacer un máximo de tres REQUERIMIENTOS.

NOTIFICACION.

Se procede a notificar al contribuyente y en el presente caso no se encontró al contribuyente, por lo que el notificador procede a informar al Jefe de la Sección de Notificadores, lo siguiente:

Por este medio le informo que me constituí en el Lote 10 Fracción 2 de la Colonia Paraiso, Villa Nueva, para notificar al contribuyente (nombre del contribuyente), pero me informó la señora Corazón Aquintín, que dicho contribuyente, tiene 5 años de vivir en ese lugar pero que no se le localiza normalmente ahí, por lo que no se pudo notificar.

En el presente caso se hicieron tres requerimientos y hasta la tercera notificación se encontró al contribuyente por lo que se le entregó cédula de notificación dejándole copia de la misma, y firmó de recibido.

SE SOLICITA MEDIDA DE URGENCIA.

La dirección de Asuntos Jurídicos solicita por medio del Sub-Jefe de Fiscalización de la Dirección General de rentas Internas, enviando original del expediente número, del contribuyente, para proceder a gestionar por medio de esta Dirección la obtención de UNA MEDIDA DE EMERGENCIA ordenana por un Juez competente.

Y se traslada al jefe de la Sección Económico Coactivo de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Finanzas Públicas, a efecto que le de cumplimiento con carácter de urgencia a la providencia número, de fecha, del presente año de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Finanzas Públicas.

PROVIDENCIA DE URGENCIA.

El jefe de la Sección Económico-coactivo, de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Finanzas Públicas, solicita por medio de memorial al señor Juez Primero de Lo Economico Coactivo llenando los requisitos que regula el artículo 61 y 106 del Código Procesal Civil y Mercantil, en donde se hace una relación de los hechos, se presentan las pruebas, se fundamenta y se hace la petición de que se decrete la Medida de Garantía y Precautoria que se solicita, en este caso la Providencia de Urgencia y se hace la cita de leyes, número de copias que se acompañan, fecha, firma y el auxilio de abogado.

ENCABEZAMIENTO DEL MEMORIAL.

En este apartado se dirige al juez primero de lo económico coactivo, Se identifica con todos sus datos a el Director General Rentas Internas del Ministerio de Finanzas Públicas, quien debe de

1

e acreditar su representación con el Acta de toma de posesión, la que es extendida por el Secretario General de la Dirección General de Rentas Internas y además debe de adjuntar copia certificada del oficio de esa misma fecha, suscrito por el viceministro de Finanzas Públicas. Luego se indica la Dirección y Procuración de los abogados que le auxilian, se señala lugar para recibir notificaciones La Dirección de asuntos Jurídicos, que se encuentra en el catorceavo nivel del Edificio de dicho Ministerio, ubicado en la octava avenida número veinte guión sesenta y cinco de la zona uno de esta ciudad.

RELACION DE HECHOS.

Como puntos a tratar en este apartado se debe indicar primero; Justificación de la Gestión, en donde se indica que la Dirección General de Renta Internas es el ente encargado del control, recaudación y fiscalización de los impuestos y demás ingresos que perciba el Estado. Impuestos que son imperiosamente necesarios para el sostenimiento del Estado y principalmente para la prestación de servicios tendientes a la realización del bien común de la población. Esta actividad fiscalizadora está fundamentada en la Constitución Política de Guatemala en los artículo 24 párrafo segundo y el inciso d) del artículo 135, así como en las restantes normas que regulan la actividad de la Administración Tributaria, Código Tributario artículo 98 numerales 1,2,3,4,5,10; artículo 100 numerales 1 y 2 y artículo 107 Ley y Reglamento del Ministerio de Finanzas Públicas y el Reglamento Interno de la Dirección General de Rentas Internas.

Segundo: Antecedentes, se indica que como parte de los programas de fiscalización que permanentemente tiene la Dirección General a mi cargo, mismos que tienen por objeto la captación efectiva de los

tributos que que enderecho le corresponden al fisco, en ejercicio de la función fiscalizadora a que me he referido, ha requerido al contribuyente (nombre del mismo) la presentación a esta Dirección General e informar de la documentación de carácter financiero, contable, tributaria, de conformidad con el requerimiento número, de fecha, la que le fué notificada. (aquí se menciona la documentación que se solicita en el requerimiento). No obstante haber sido notificado con las formalidades de ley, este contribuyente no presentó ninguno de los documentos o informes requeridos.

Tercero: De la reiterada negativa del contribuyente en presentar la información requerida. (este aspecto es por que dicho requerimiento se le hizo tres veces).

FUNDAMENTO DE DERECHO.

Aquí se deben de citar y fundamentar lo antes relacionado de la manera siguiente:

El artículo 98 del Código Tributario determina que: "La Administración Tributaria está obligada a verificar el correcto cumplimiento de las leyes tributarias. En ejercicio de sus funciones actuará conforme a las normas de este Código, a las leyes y reglamentos respectivos en cuanto a la aplicación, fiscalización, recaudación y control de tributos".

Así mismo el referido artículo en su numeral trece se refiere a que la Administración Tributaria podrá: "Revisar los libros, documentos, archivos de los contribuyentes y agentes de retención y percepción que se relacionen con el pago de las obligaciones Tributarias..".

Por lo anterior se concluye que la información contable pueda ser

fiscalizada por el ente respectivo, situación que puede llevarse a cabo unicamente por los auditores nombrados debidamente y así recabar la información en forma directa. El último párrafo del numeral trece, del artículo citado, prevee la resistencia del contribuyente a la acción fiscalizadora de la siguiente forma: "Si los contribuyentes o agentes de retención y de percepción opusieren resistencia, deberá pedirse la intervención del Juez competente". En el presente caso el tribunal a su digno cargo, es el órgano competente para conocer del mismo de conformidad con el artículo 171 del Código Tributario el cual determina la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual en su artículo 530 refiere las Providencias de Urgencia y en este caso la facultad que otorga al juzgador para emitir aquellas medidas que tiendan a garantizar los derechos de los afectados que se encuentren no expresamente contenidas en la propia ley, en este caso la figura establecida en el numeral 13 del artículo 98 del Código Tributario. El artículo 29 del Reglamento del Ministerio de Finanzas públicas establece: Corresponde a esta Dirección General de Rentas Internas el control, la recaudación y la fiscalización de los impuestos internos que perciba el Estado, cuya recaudación no esté encomendada por la ley a otras dependencias o Entidades Gubernamentales. Sus atribuciones necesarias para el eficiente control, recaudación y fiscalización de los impuestos...; h) Realizar las gestiones administrativas y judiciales para exigir el pago de los impuestos e ingresos bajo control...; m) Promover los juicios Económicos Coactivos para exigir el pago de los adeudos tributarios; y gestionarlos activamente.

PETICIONES.

En este apartado se hacen las siguientes peticiones:

- a) Que se acepte para su trámite este memorial, formándose el expediente respectivo.
- b) Que se conozca la personería con que se actúa, con base en los documentos que se adjuntan consistentes en la copia certificada del Acuerdo del nombramiento y Certificación del Acta de Toma de posesión, las que se refieren en la parte introductoria del memorial, las cuales se solicitan que sean devueltas, dejándolas en autos certificadas con el pago de las costas y con las formalidades de ley.
- c) Que se tengan como abogados Directores y Procuradores a los profesionales propuestos, y como lugar para recibir notificaciones, el indicado.
- d) Que oportunamente se le notifique al Contribuyente (Nombre), en su domicilio fiscal ubicado en (dirección) Municipio de Villa Nueva, de este departamento, Librándose el despacho al juez menor respectivo.
- e) Que se tengan por ofrecidos y aportados los medios de prueba que se han individualizados en el apartado respectivo.
- f) Que se declare con lugar la presente Providencia de Urgencia promovida por la Dirección General de Rentas Internas y se ordene al Contribuyente (nombre), que permita y proporcione a los Auditores Fiscales que sean nombrados para el efecto, el acceso inmediato a la siguiente información, (se mencionan de nuevo toda la documentación que le fué requerida). Y para el efecto se le indique al contribuyente mencionado que debe permitir el acceso a la documentación referida a los auditores designados inmediatamente despues de notificada la resolución que admite las presentes diligencias de urgencia, debiéndose prevenir al contribuyente

referido, que en caso de desobediencia, se certificará lo conducente a un Tribunal del Ramo Penal, para lo que proceda.

g) Que para el efectivo cumplimiento de lo resuelto por el Juzgador en relación a la presente solicitud se oficie a la Dirección General de la Policía Nacional, a efecto se preste el auxilio necesario a los auditores fiscales nombrados dentro de la fiscalización referida.

h) Que se hagan las demás declaraciones que en derecho correspondan.

f) Que se condene al señor (nombre) al pago de costas procesales.

Lugo viene la Cita de Leyes ya indicada, Copias que se acompañan, lugar y fecha, firma y el Auxilio de los abogados.

Es así como se solicita una Medida de Garantía y Precautoria dentro del ambito Tributario, debiendo de resolver esa medida el juez de forma inmediata para garantizar el cumplimiento de la obligación.

ANEXO II

**MEDIDAS DE GARANTIA Y PRECAUTORIAS SOLICITADAS ANTE TRES JUZGADOS DE
DIFERENTE COMPETENCIA.**

**1.-MEDIDA DE GARANTIA Y PRECAUTORIA SOLICITADA ANTE EL TRIBUNAL DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA.**

La administración Tributaria solicitó una demanda ante la Honorable Sala Primera Del Tribunal De Lo Contencioso Administrativo en contra de La Entidad "Servicios Múltiples de Inversión, S.A." pidiendo la intervención a sus libros de Compras y Ventas que llevan mediante el sistema de computo que según el artículo 37 de La Ley del Impuesto Al Valor Agregado, (Decreto número 27-92 del Congreso de la República) se le habrá autorizado la entidad mencionada la implementación de los libros de Compras y Ventas en forma computarizada, los cuales al tenor del mencionado artículo deberán ser llevados en forma ordenada y estar al día. Ya que como antecedente el ente Fiscalizador habrá nombrado a dos auditores para que se constituyeran al domicilio fiscal de la entidad demandada para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes a los períodos de enero de 1991 a marzo de 1993, quienes se presentaron al domicilio fiscal a realizar su labor de fiscalización, y en virtud de existir sistema computarizado de los libros de Compras y Ventas solicitaron el acceso a los mismos, al Gerente de la Empresa contribuyente, persona que indicó, que efectivamente daría informe sobre los libros computarizados, más no el acceso a dicha información, salvo ORDEN DE JUEZ COMPETENTE. Habiéndose determinado que dicha negativa consiste en una resistencia

a la acción fiscalizadora de la Administración Tributaria, por lo cual se procedió a dejar constancia por medio de Acta y en la que comparece el Gerente y él firma la misma.

El fundamento de la solicitud al sistema de computo como providencia de urgencia es el artículo 98, numeral 13 y 170 del Código Tributario, ya antes relacionado y objeto de este análisis.

Se aportaron los medios de Prueba correspondientes y se hace la petición concreta de Fondo en donde se solicita se permita el acceso a los Libros de Compras y Ventas computarizados de la Entidad demandada. Cita de Ley, copias y firmas

1.1.- RESOLUCION DE LA HONORABLE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (hoy Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

En la parte Considerativa de su resolución se hace la siguiente exposición: El artículo 221 de La Constitución Política de la República de Guatemala, al referirse al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, establece que: "Su función es de Contralor de la Juricidad de la Administración Pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la Administración y de las Entidades Descentralizadas y Autónomas derivadas de contratos y concesiones administrativas...". En consecuencia, de conformidad con la norma legal citada, que es de jerarquía superior en nuestro sistema jurídico, la función del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se encuentra limitada a controlar la función de la administración Pública y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, pero no a controlar la

función de los entes particulares, por lo cual carece de COMPETENCIA para dar la orden que se solicita, debiendo el señor Director General de Rentas Internas ocurrir al juez de lo PENAL, si es que se ha cometido algún delito, o bien sancionar al infractor de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 del Código Tributario. CITA DE LEYES.

Y en el POR TANTO: Esta Sala, con base en lo considerado y en leyes citadas, al resolver, declara: SU INCOMPETENCIA para dar la orden que se solicita por el Director General de Rentas Internas del Ministerio de Finanzas Públicas, debiendo el interesado ocurrir al juez de orden PENAL, si es que se ha cometido un delito, o bien sancionar a la entidad infractora de acuerdo con lo considerado. NOTIFIQUESE.

2.- MEDIDA DE GARANTIA Y PRECAUTORIA SOLICITADA ANTE UN JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE CUENTAS POR LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA.

En el mismo caso citado, la Administración Tributaria recurre a un Juzgado de Primera Instancia de Cuentas del Departamento de Guatemala, para solicitar una Providencia de Urgencia y se dicte una resolución en donde se permita el acceso al sistema de computo en el cual se encuentran los libros de Compras y Ventas, a efecto de que los auditores puedan obtener del mismo la información necesaria, y el movimiento contable, con el único objeto de determinar su obligación tributaria y aquí mismo se solicita que en caso de desobediencia se certifique lo conducente a un juzgado del orden Penal para lo que proceda. Fundamento Legal y Firmas.

2.1- RESOLUCION DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE CUENTAS.

En la parte considerativa dice lo siguiente: Que en el punto quinto de la petición contenida en el memorial antes relacionado, el presentado pide "que se declare con lugar la providencia de urgencia solicitada y se dicte resolución en la cual se ordene que el contribuyente permita el acceso al sistema de computo en el cual se encuentran los libros de Compras y Ventas, a efecto de que los auditores puedan obtener del mismo la información necesaria y el movimiento contable, con el único objeto de determinar su obligación tributaria y que en caso de desobediencia se certifique lo conducente a un Juzgado del orden Penal para lo que proceda". En uno de los apartados de la parte expositiva de dicho memorial el peticionario se refiere al numeral trece del artículo 98 del Código Tributario, en el que la última parte ordena " Si los contribuyentes o agentes de retención y de percepción opusieren resistencia, deberá pedirse la intervención de Juez competente"; el solicitante se refiere también a lo estipulado en el artículo 51 de la Ley del Tribunal y Contraloría de Cuentas, y dice que: "El Tribunal de Cuentas en los asuntos de su competencia puede aplicar Medidas de Apremio que autoriza a los Jueces del orden Común, la ley constitutiva del Organismo Judicial", Nótese que el citado artículo se refiere al Tribunal de Cuentas y no a un Juzgado de Primera Instancia de Cuentas, como es el que resuelve esta petición. De acuerdo con el cuerpo legal antes relacionado en su artículo 43 manda que : "Los Jueces de Cuentas de primer grado conocerán en primera instancia de los juicios de la materia"; de lo cual se colige que, el Juzgado de Primera Instancia a mi cargo, tiene competencia únicamente de conocer en primera

instancia de los Juicios de Cuentas, y de conformidad con el artículo 70 del mismo cuerpo legal, "El juicio de Cuentas tiene por objeto establecer de manera definitiva si el patrimonio nacional o de las instituciones, entidades o empresas sujetas a fiscalización ha sufrido pérdidas en el manejo de su hacienda, la restitución o pago correspondiente en caso de responsabilidad y la imposición de sanciones de acuerdo con la ley"; por lo ya considerado, se arriba a la conclusión de que este Juzgado carece de competencia para resolver la solicitud de mérito, ya que sus funciones están claramente determinadas como ya se indicó en los artículos 43 y 70 de la ley respectiva, y en la misma ley no existe ninguna disposición que lo faculte para ordenar lo que la Dirección General de Rentas Internas del Ministerio de Finanzas pide en el punto quinto de su memorial, Leyes citadas.

POR TANTO: Este Juzgado con base en lo considerado, leyes citadas y lo que para el efecto preceptúan los artículos 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial, al RESOLVER DECLARA: I- Por no Competente este Juzgado, No ha Lugar a dictar la resolución solicitada. II- Notifíquese.

3.- MEDIDA DE GARANTIA Y PRECAUTORIA SOLICITADA ANTE UN JUZGADO DE LO ECONOMICO COACTIVO POR LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA.

En el mismo caso citado, se plantea la solicitud número ciento treinta-noventa y cinco, a cargo del oficial tercero, notificador segundo ante el Juzgado Segundo de lo Económico Coactivo, en busca de un órgano competente para que decrete una Medida de Garantía y Precautoria, para poder tener acceso a los Libros de Compras y Ventas

y se hace la solicitud concreta que es que se permita el acceso al sistema de computo en el cual se encuentran los libros de Compras y Ventas de la empresa demandada, a efecto de que los auditores puedan obtener del mismo la información necesaria, y el movimiento contable, con el único objeto de determinar su obligación tributaria y que en caso de desobediencia se certifique lo conducente a un Juzgado del orden Penal para lo que proceda. Cita de leyes, copias y firmas.

3.1.- RESOLUCION DEL JUZGADO DE LO ECONOMICO COACTIVO.

El Juzgado Segundo de lo Económico Coactivo resuelve de la siguiente manera:

I- Se admite para su trámite la solicitud presentada con los documentos adjuntos; II- Con base en el documento respectivo que se acompaña, se reconoce la personalidad jurídica con que actúa el presentado; III- Se tiene como abogados directores y procuradores a los propuestos y tómesese nota del lugar señalado para recibir notificaciones; IV- Se tienen por presentados los documentos adjuntos; V- Como se solicita se decreta el acceso al sistema de computo en el cual se encuentran los libros de compras y ventas de la citada entidad, a efecto de determinar lo indicado por el promoviente, en caso de desobediencia certifiquese lo conducente a un juzgado del Ramo Penal para lo que proceda, Cita legal, NOTIFIQUESE.

4.- COMENTARIO.

Como se desprende de lo anterior citado, se ve claramente que la Administración Tributaria buscó el Organismo Jurisdiccional Competente,

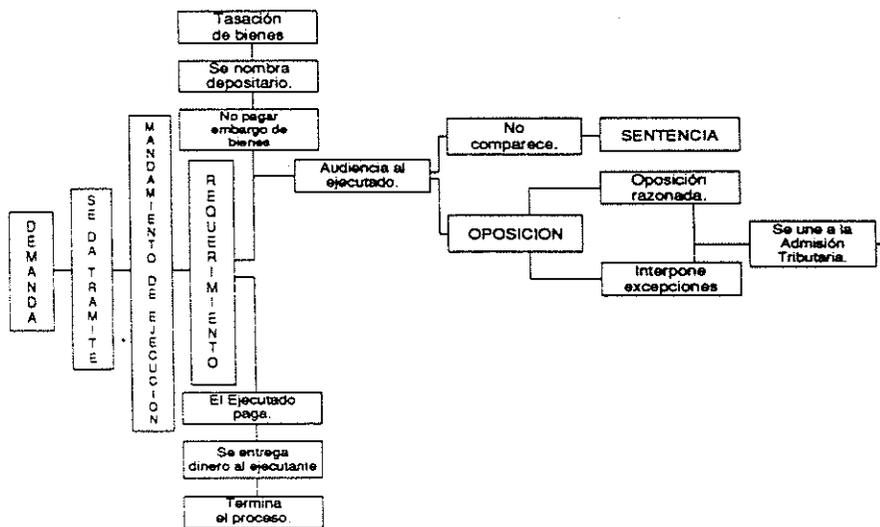
para poder tener acceso al sistema de computo de una empresa que lleva en este sistema los libros de Compras y Ventas, lo más relevante del análisis de este expediente es ver la forma en que actúan las Medidas de Garantía y Precautorias, para garantizarle a la Administración Tributaria que la entidad no va a evadir su obligación tributaria, ya que estas Medidas le dan la seguridad Jurídica de que no se va a desobedecer una orden judicial y que en forma inmediata estas Medidas se pueden decretar y así permitir el acceso al sistema computarizado.

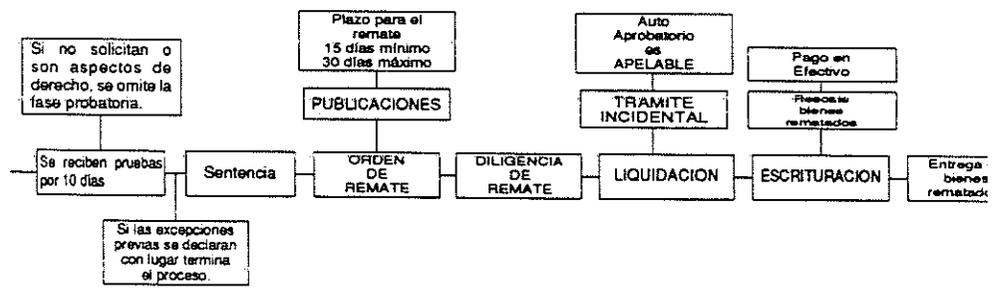
Al final se determinó en forma práctica al igual que otros casos que el Organo Jurisdiccional Competente es un Juzgado de lo Económico Coactivo, para poderle resolver y decretar las Medidas de Garantía y Precautorias que regula la ley en Materia Tributaria.

ANEXO III

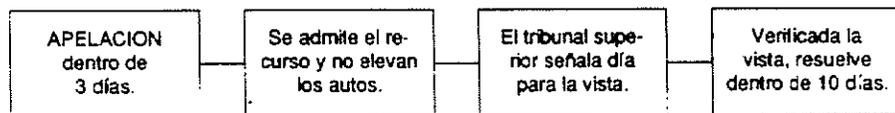


ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ECONOMICO-COACTIVO
EN PRIMERA INSTANCIA





**ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ECONOMICO-COACTIVO
EN SEGUNDA INSTANCIA**



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE LOS AMIGOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central