

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

**Cancelación registral de las compañías en Ecuador:
¿Alcanza la potestad al Superintendente de Compañías
para revocar la resolución que ordena la cancelación de
una compañía cuando aparece que ella ha tenido activos
sobrevenidos y que dicha resolución está inscrita y ha
causado estado?**

José Javier Suasnavas Alarcón

**Juan Pablo Aguilar Andrade, Dr. en Jurisprudencia,
Director**

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, 30 de marzo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

"Cancelación registral de las compañías en Ecuador: ¿Alcanza la potestad al Superintendente de Compañías para revocar la resolución que ordena la cancelación de una compañía cuando aparece que ella ha tenido activos sobrevenidos y que dicha resolución está inscrita y ha causado estado?"

José Javier Suasnavas Alarcón

Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade
Director del Trabajo de Titulación

Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río
Presidente y Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Vladimir Villalba
Lector del Trabajo de Titulación

The image shows three handwritten signatures in blue ink, each written over a horizontal dotted line. The top signature is the most prominent and appears to be the signature of José Javier Suasnavas Alarcón. The middle signature is smaller and less legible. The bottom signature is also smaller and less legible.

Quito, 16 de mayo de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO DEL TRABAJO Cancelación registral de las compañías en Ecuador: ¿Alcanza la potestad al Superintendente de Compañías para revocar la resolución que ordena la cancelación de una compañía cuando aparece que ella ha tenido activos sobrevenidos y que dicha resolución está inscrita y ha causado estado?

ESTUDIANTE José Javier Suasnavas Alarcón

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado.

EL TRABAJO ABORDA EL PROBLEMA QUE SE PRESENTA CUANDO UNA COMPAÑÍA PIERDE SU PERSONALIDAD JURÍDICA, PESE A QUE EXISTEN BIENES QUE SIGUEN SIENDO DE SU PROPIEDAD. SE TRATA DE UN PROBLEMA PRÁCTICO QUE SE HA PRESENTADO REPETIDAS OCASIONES, TANTO EN EL ÁMBITO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, COMO EN EL DE LAS COOPERATIVAS SUJETAS AL CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA. ENCONTRAR UNA VÍA DE SOLUCIÓN A ESTA DIFICULTAD ES, SIN DUDA, DE IMPORTANCIA.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

FRENTE A LAS SOLUCIONES QUE SE HAN PROPUESTO PARA EL PROBLEMA PLANTEADO, EL TRABAJO PLANTEA UNA HIPÓTESIS QUE, A MI JUICIO, ES TRASCENDENTE: DEBEN APLICARSE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. SE CONSIGUE, DE ESTE MODO, UNA SOLUCIÓN MÁS CLARA A LA DIFICULTAD QUE SE HA PLANTEADO, SOLUCIÓN QUE IMPLICA LA APLICACIÓN SIMPLE DE LAS REGLAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, SIN NECESIDAD DE RECURRIR A LAS ELABORADAS ARGUMENTACIONES QUE REQUIEREN LAS SOLUCIONES QUE SE HAN PROPUESTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO CIVIL.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

LOS MATERIALES EMPLEADOS SON SUFICIENTES. ABARCAN TANTO CASOS EN LOS QUE EL PROBLEMA SE HA PLANTEADO, COMO LAS DIVERSAS POSICIONES QUE EXISTEN EN RELACIÓN CON EL TEMA, TANTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOCTRINA, COMO DESDE LAS PROPUESTAS QUE SE HAN HECHO EN LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS. LA BIBLIOGRAFÍA Y LOS MATERIALES UTILIZADOS SON SUFICIENTES PARA SUSTENTAR LA HIPÓTESIS EN FORMA ADECUADA.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

LA INVESTIGACIÓN PRESENTA, ORDENADAMENTE, LAS DIVERSAS POSICIONES QUE SE HAN PROPUESTO EN RELACIÓN CON EL PROBLEMA Y EXPONE EN FORMA CLARA Y ORDENADA LA IDEA DE QUE LA SOLUCIÓN PASA POR APLICAR INSTRUMENTOS PROPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

A LO LARGO DE LA INVESTIGACIÓN SE HAN MANTENIDO CONSTANTES REUNIONES CONFORME AVANZABA EL TRABAJO Y SE HAN PROPUESTO E INTRODUCIDO ALGUNAS MODIFICACIONES PARA PRECISAR DIVERSOS PUNTOS DEL MISMO. LAS TAREAS ENCOMENDADAS SE HAN CUMPLIDO CONFORME LO ESPERADO.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'JP Aguilar Andrade', is written over a faint, circular official stamp.

JUAN PABLO AGUILAR ANDRADE

Quito, 28 de marzo de 2016

Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombres y apellidos: José Javier Suasnavas Alarcón

Código: 00104083

Cédula de Identidad: 1716025059

Lugar y fecha: Quito, 30 marzo de 2016

RESUMEN

En Ecuador hay ocasiones en que se cancelan compañías en el Registro Mercantil sin que haya una auténtica liquidación. Si esto se ocurre, la doctrina societaria manifiesta que existe una presunción de legitimidad por haber sido la compañía liquidada correctamente, presunción que se deduce del acto administrativo del Superintendente de Compañías, quien ordena cancelar la inscripción de una compañía. Pero, si se demuestra lo contrario, la personalidad jurídica de la compañía deberá mantenerse.

El acto administrativo que ordena cancelar la inscripción de una sociedad tiene la característica de ser un acto de gravamen, es decir, desfavorable; por lo tanto, los afectados pueden reclamar ante la autoridad de control, y la Superintendencia de Compañías puede de oficio revisar su acto y revocarlo si comprueba que ha sido hecha incorrectamente la liquidación. Esto con el fin de liquidar el activo sobrevenido. A esto se lo conoce como la cancelación de la cancelación. Por ello, no es apropiado que los afectados acudan a la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa para hacer valer sus derechos, puesto que el acto administrativo que ordena la cancelación de una compañía es de gravamen.

Las doctrinas societaria y administrativa se coordinan perfectamente para dar una solución a este problema con miras a una deseable de *lege ferenda*, para otorgar seguridad jurídica a los afectados.

Palabras clave: cancelación de compañías, acto administrativo de gravamen, liquidación de compañías, presunción de legitimidad, personalidad jurídica, activo sobrevenido y revocación.

ABSTRACT

In Ecuador, companies are occasionally cancelled at the Mercantile Registry without there being an actual liquidation. When this occurs, the corporate doctrine states that there is a presumption of legitimacy based on the company having been properly liquidated, which presumption is deduced from the administrative decision of the Superintendent of Companies ordering the cancellation of the company's registration. However, if there is evidence to the contrary, the legal personality of the company is maintained.

An administrative decision ordering the cancellation of a company's registration is a freedom-restricting decision – that is, an “unfavorable” decision. Therefore, the affected party may file a complaint with the regulatory agency, and the Superintendency of Companies may ex officio revise its decision and revoke it if there is evidence that the company was incorrectly liquidated, so that the supervening assets may be settled. This is referred to as cancellation of the cancellation. Since an administrative decision ordering the cancellation of a company is a freedom-restricting decision, the affected party should not resort to the ordinary jurisdiction or the administrative court system to assert its rights.

The corporate and administrative doctrines are perfectly coordinated to give a solution to this problem with a view to desirable *de lege ferenda* for the purpose of giving legal stability to the affected parties.

Key words: cancellation of companies, administrative freedom-restricting decision, liquidation of companies, presumption of legitimacy, legal personality, supervening assets, and revocation.

Índice

Introducción.....	9
-------------------	---

Capítulo I

1. Análisis de las diferentes posiciones doctrinales sobre la supervivencia de la sociedad cancelada	11
1.1. Posturas en el derecho civil.....	11
1.1.1. Efecto de la cancelación de la inscripción de una compañía y comparecencia ante los jueces de lo civil.....	11
1.1.2. Situación jurídica del patrimonio no liquidado de la sociedad cancelada a la luz de la teoría formalista y de la ficción.....	12
1.1.3. Parangón entre el objeto de la liquidación de compañías con las bajas generales de la herencia.....	15
1.1.4. Partición del derecho universal de herencia de los herederos (ex accionistas)...	17
1.1.5. Teoría de la comunidad por efecto de un cuasi contrato.....	19
1.1.6. La vinculación entre la teoría formalista con la teoría de la eficacia constitutiva o extintiva de la cancelación registral de las compañías.....	22
1.2. Posturas en el derecho societario.....	22
1.2.1. La presunción <i>iuris tantum</i> de que se liquidó bien reposa en el acto administrativo que ordena la cancelación de la inscripción de una compañía.....	22
1.2.2. Contradicción entre la realidad registral y extra registral sobre la cancelación de las compañías.....	25
1.2.3. El surgimiento de la teoría de la cancelación de la cancelación.....	26
1.2.4. La teoría del efecto declarativo de los asientos del Registro Mercantil.....	27
1.2.5. Crítica a la teoría de la ficción por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.....	30
1.2.6. Tratamiento del problema jurídico en la jurisprudencia española.....	31
1.2.7. Tratamiento del problema en el ordenamiento alemán.....	34
1.3. Posturas en el derecho administrativo.....	35
1.3.1. Revocación del acto que causó estado por los jueces de lo contencioso administrativo mediante la acción de lesividad.....	35
1.3.2. Revocación del acto que causó estado en todo momento por la Administración que lo dictó.....	36
1.3.3. Revocación del acto por la propia Administración mientras no cauce estado.....	36
1.3.4. Impertinencia de la acción de lesividad para que el juez revoque el acto que ordenó cancelar la inscripción de una compañía.....	37
1.3.5. Los actos favorables y los actos de gravamen.....	43

Capítulo II

2. Consideraciones equívocas de la Superintendencia de Compañías cuando surge activo sobrevenido.....	46
2.1. ¿Trámite civil o administrativo cuando aparece que la compañía cancelada ha tenido bienes inmuebles?.....	46
2.2. Caso de inmobiliaria RECNU CIA. LTDA.....	47
2.3. Resolución No. 07.SC.Q.IJ.004 del Superintendente de Compañías del Ecuador Francisco Arellano Raffo.....	50
2.4. Caso de CONSTRUCTORA PACONSA S.A.....	51

Capítulo III

3. Conclusiones.....	52
----------------------	----

Bibliografía

4. Bibliografía.....57

Introducción

El Superintendente de Compañías de oficio o a solicitud de parte está facultado para ordenar mediante resolución la cancelación de la inscripción de una compañía en el Registro Mercantil¹. Por un lado, al existir una cancelación de oficio, existe la posibilidad de que la sociedad llegue a extinguirse sin que finalice el trámite de disolución y liquidación. Por otro lado, a solicitud de parte, también es posible que dentro del estado de liquidación se omita considerar un activo, sea tangible o intangible, y que dicho error subsista hasta la inscripción de la cancelación en el Registro Mercantil. En consecuencia, de una u otra forma, se cancelarían compañías con patrimonio social.

Esta curiosa situación ya ha sido objeto de análisis por parte de la Superintendencia de Compañías del Ecuador, en abril de 1998, durante la Novena Convención de Abogados; sin embargo, las autoridades de control no llegaron a un acuerdo sobre la potestad que tiene o no el Superintendente de Compañías para revocar la resolución que ordena la cancelación de una compañía cuando aparece que ella ha tenido activos sobrevenidos y que dicha resolución está inscrita y ha causado estado.

Al existir una compañía cancelada con patrimonio sobrevenido, la Superintendencia de Compañías tendría un verdadero problema jurídico, ya que el Legislador y las autoridades de control han aplazado *sine die* la solución al problema, puesto que no existe una norma sobre cómo tratar el activo sobrevenido. Esta laguna normativa ha generado incertidumbre jurídica en los accionistas, ya que ellos desean saber qué autoridad es la competente para hacer valer sus derechos si surge patrimonio sobrevenido.

En Ecuador sí ha ocurrido esta situación irregular, en casos en los cuales las compañías están canceladas y aparecen como propietarias de activos, es decir, tienen patrimonio

¹ Ley de Compañías del Ecuador. Artículo 359. Registro Oficial No.312 de 5 de noviembre de 1999. Última modificación 12 de septiembre de 2014.

sobrevenido a la cancelación. Por ello, surgen varias posiciones doctrinales en el área civil, societaria y administrativa, para dar solución a este problema.

Por un lado, los civilistas sostienen que la compañía, al estar cancelada, está fuera del control de la Superintendencia, ya que ha perdido su personalidad jurídica, por ello los accionistas deben acudir a la jurisdicción ordinaria, para que en un juicio de partición se distribuya el remanente del haber social, así los civilistas siguen a la formalidad, puesto que para ellos ocurre simultáneamente la cancelación de una compañía y la muerte de ella. Por otro lado, la doctrina societaria establece una presunción *iuris tantum* para las compañías canceladas que han sido liquidadas correctamente, pero si se demuestra que existió una liquidación incompleta, entonces la personalidad jurídica se mantendría. Finalmente, la doctrina administrativa señala que los actos administrativos de gravamen pueden ser revocados siempre por la propia autoridad que expidió el acto.

Estas posiciones doctrinales se analizarán en el primer capítulo de este trabajo; en el segundo capítulo se observarán cuáles han sido las consideraciones de la Superintendencia cuando existe activo sobrevenido a la cancelación y, finalmente, en el tercer capítulo presentaré las conclusiones.

De este modo, la primera parte del trabajo revelará el estado de la cuestión del problema jurídico planteado, esto me permitirá concluir en el último capítulo qué posición doctrinal es la correcta para que se aplique en nuestro ordenamiento jurídico. El capítulo intermedio evidenciará a partir de las consideraciones de la Superintendencia de Compañías que este problema hay que resolverlo teóricamente, puesto que no existe respuesta en la legislación, por esto, este trabajo brindará una solución con vista a una deseable de *lege ferenda*.

Finalmente, el trabajo demostrará que si la presunción de legitimidad de un acto administrativo de gravamen se desvirtúa, la propia Superintendencia de Compañías puede revisar de oficio el acto administrativo y revocarlo si se comprueba que está mal elaborado.

Capítulo I

1. Análisis de las diferentes posiciones doctrinales sobre la supervivencia de la sociedad cancelada

1.1. Posturas en el derecho civil

1.1.1. Efecto de la cancelación de la inscripción de una compañía y comparecencia ante los jueces de lo civil.

En primer lugar, cuando la escritura de constitución de compañía se inscribe en el Registro Mercantil, *ipso iure* esta nace y adquiere personalidad jurídica². *Contrario sensu*, y a la sazón del principio que las cosas se deshacen como se hacen, la orden de inscribir la cancelación de una compañía en el Registro Mercantil debe extinguirla y dejarla sin personalidad jurídica, desde el momento de dicha inscripción. Por una analogía, la inscripción de la cancelación debe producir el efecto contrario al de inscribir la escritura pública de fundación, es decir, la compañía muere y por *default* queda sin personalidad jurídica. Como lo indica la profesora Juana Pulgar:

La cancelación registral de una sociedad capitalista se define como un asiento registral de signo inverso al de la inscripción, que produce el cierre definitivo de la hoja registral de la sociedad, haciéndose constar por esta vía en el Registro Mercantil la extinción de la sociedad³.

Es por esta razón, que un sector de abogados de la Superintendencia de Compañías sostiene que la compañía, al haber perdido su personalidad jurídica, sale del control de la Superintendencia, y, por lo tanto, los accionistas deben hacer valer sus derechos ante los jueces de lo civil, si surgen bienes inmuebles pertenecientes a la compañía después de la inscripción de la cancelación. Así, los accionistas deben fundamentar su petición en los artículos 2019 y 1338 del Código Civil, puesto que el artículo 398 de la Ley de Compañías

² Ley de Compañías del Ecuador. Artículo 146. Registro Oficial No.312 de 5 de noviembre de 1999.

³ Juana Pulgar. *La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital*. 1era. ed. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. XIII.

se remite al Código Civil⁴. Entonces, si el acto administrativo que ordena inscribir la cancelación de la compañía ya causó estado, la Superintendencia de Compañías no puede revocarlo.

La compañía al haber perdido su personalidad jurídica, sale del control de la Superintendencia de Compañías y por lo tanto, deben hacer valer sus derechos, acudiendo ante los jueces de lo civil, competentes para fundamentar sus derechos con vista al artículo 2046 del Código Civil. El artículo 2046 del Código Civil se aplica al carácter subsidiario que este cuerpo legal tiene en relación a la materia mercantil, según lo proclama el artículo 1 de la Ley de Compañías⁵.

1.1.2. Situación jurídica del patrimonio no liquidado de la sociedad cancelada a la luz de la teoría formalista y de la ficción.

Al seguir esta última idea, los accionistas deben activar la jurisdicción ordinaria, para ello, deben comparecer ante los jueces de lo civil e incoar un juicio de partición en el que se aplicarán las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y las obligaciones entre coherederos. La pretensión será que el juez reparta el remanente del haber social a prorrata de la participación de cada accionista.

Esto es posible a merced de la teoría formalista que hace coincidir el momento de la inscripción de la cancelación con la muerte jurídica de una compañía⁶. Esto está relacionado con la teoría de la ficción que sustenta que los ex accionistas suceden a la sociedad en calidad de sucesores universales, en consecuencia, heredan el activo y el pasivo de la compañía⁷,

⁴ *Cfr.* Código Civil del Ecuador. Artículo 2019. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber (...). Artículo 1338: Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular estará obligado a permanecer en la indivisión. La partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los asignatarios no hayan estipulado lo contrario (...). Ver artículo 398 de la Ley de Compañías del Ecuador.

⁵ Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías. Resolución No. 5, publicada en la Gaceta Societaria No. 20.

⁶ Francisco Redondo. *La Sociedad Extinguida ante el Proceso*. https://ficheros-2015.s3.amazonaws.com/05/21/Im_1_3_570638074_in1_412_431.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1438356876&Signature=4YaImIB%2Bkl75IJhJHBZx8Dks28%3D (acceso:31/7/2015).

⁷ *Ibíd.*

mediante una ficción que consiste en convertir a la persona jurídica en persona natural, para que los accionistas puedan sucederle al causante (compañía) y adquieran el patrimonio de ella a través de un modo de adquirir el dominio que es la sucesión.

Alfredo Pérez Guerrero y Luis de Gásperi manifiestan que: ““suceder” es “reemplazar”; ocupar el lugar que otro ocupó; desplazarle para sustituirle, seguirle.”⁸ Para Bossano, “suceder a una persona es ocupar su lugar y recoger sus derechos a cualquier título”, también, suceder “designa la transmisión de todo o parte del patrimonio de una persona fallecida a una o más personas vivas, ya por su voluntad o por mandato de la ley”⁹. Para Planiol, “la sucesión intestada es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona a otra por mandato de la ley”¹⁰.

Entonces, frente a la muerte de una compañía, los accionistas ocupan el lugar de ella en los derechos y en las obligaciones, es decir, la reemplazan o la sustituyen, por lo que si la compañía dejó patrimonio debe operar la transmisión del patrimonio de la persona fallecida a las personas vivas que tienen el derecho de sucesión. Por consiguiente, el activo y pasivo sobrevenidos a la cancelación, no se los consideraría una *res nullius*, ya que pertenecerían a los accionistas (herederos)¹¹.

Inclusive, el artículo 1 de la Ley de Compañías prescribe que el contrato de compañía se rige por las disposiciones de la ley de la materia, por las del Código de Comercio, por el estatuto social de la compañía y por las disposiciones del Código Civil; bajo esta premisa la

⁸ Alfredo Pérez Guerrero. *La Sucesión por Causa de Muerte*. 3ra edición póstuma. Dos volúmenes. Quito, 1975. Citado en Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta ed. Tomo I. Quito: Editorial Voluntad, 1983, p.15. Luis de Gásperi. *Tratado de Derecho Hereditario*. Buenos Aires, 1953. Citado en Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta ed. Tomo I. Quito: Editorial Voluntad, 1983, p.15.

⁹ Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta ed. Tomo I. Quito: Editorial Voluntad, 1983, p.15.

¹⁰ Planiol Marcel *et al. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Las sucesiones, con el concurso de J. Maury y E. Vialleton, traducción de M. Díaz Cruz, La Habana, 1945. Citado en Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta ed. Tomo I. Quito: Editorial Voluntad, 1983, p.127.

¹¹ María Carrancho. *Adquisición de la Personalidad Jurídica*. Id. vLex: VLEX-278971

<http://vlex.com/vid/adquisicion-personalidad-juridica-278971> (acceso: 31/7/2015).

teoría de la ficción se sustenta en lo concerniente al patrimonio sobrevenido de las sociedades canceladas. Borda manifiesta que en la doctrina predomina el criterio en el que las normas del Código Civil son aplicables subsidiariamente a las sociedades anónimas¹². Es por ello, que un sector de abogados de la Superintendencia de Compañías piensa que la competencia para hacer valer los derechos de los accionistas recae en los jueces de lo civil.

Si se realiza esta ficción legal que crea la ilusión de convertir a una persona jurídica en una persona natural cuando se verifica la premisa de la existencia de patrimonio sobrevenido de la compañía, se deben aplicar las reglas del Libro III del Código Civil, por lo que puede ocurrir que se dé la figura de la herencia vacante o de la herencia yacente. Según Luis Parraguez, la herencia vacante es aquella en la que por no existir herederos en los órdenes anteriores, corresponde al Estado¹³. Por otro lado, para José Lacruz, “la herencia yacente se produce por la existencia de un periodo de tiempo que media entre la apertura de la sucesión y la aceptación del llamado, en el que los bienes y relaciones de obligación que se imputaban al causante carecen de titular”¹⁴. El maestro Guillermo Bossano manifiesta que:

La herencia yacente es aquella que, producido el fallecimiento de una persona y habiéndose abierto la sucesión y llamada a los herederos para que acepten o repudien la asignación, no lo hacen, es decir, dejan aparentemente la herencia sin titular, mejor dicho sin quien asuma tal carácter y ejerza los correspondientes derechos y cumpla las obligaciones inherentes a la sucesión¹⁵.

En conexidad, el artículo 1263 define a la herencia yacente y establece que:

Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiera albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado el encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia¹⁶.

¹² Guillermo Borda. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General I. Buenos Aires: Perrot, p. 647.

¹³ Luis Parraguez. *Guía para el Curso de Derecho Sucesorio*. Quito, 2014, p. 16.

¹⁴ José Lacruz. *Derecho de Sucesiones*. Parte General: Bosch, p. 47.

¹⁵ Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. *Óp. cit.*, p. 127.

¹⁶ Código Civil del Ecuador. Artículo 1263. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

De igual forma, si los herederos (ex accionistas) no aceptan la herencia del causante (compañía) al momento de su fallecimiento (cancelación de la inscripción en los asientos del Registro Mercantil) y lo hacen después, se considera que la aceptación de la herencia se retrotrae hasta la fecha de fallecimiento de la persona jurídica o se considera la fecha de aceptación desde el momento de la apertura de la sucesión, conforme lo prevé el artículo 1262 del Código Civil.

Finalmente, si los coherederos no aceptan la herencia de modo alguno se puede perjudicar a los acreedores, ya que en ese supuesto se aplicaría el mandato del artículo 1261 del Código Civil que establece que los acreedores de quien repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso, la repudiación no se rescinde, sino en favor de los acreedores y hasta el valor de sus créditos, y en el sobrante persiste.

1.1.3. Parangón entre el objeto de la liquidación de compañías con las bajas generales de la herencia.

El patrimonio se transmite a los accionistas en calidad de herederos de la compañía, claro está que se debe observar el orden de prelación que exige el artículo 398 de la Ley de Compañías, que en su parte pertinente prescribe que el liquidador tiene como obligación realizar el activo para extinguir el pasivo. La liquidación es una etapa jurídico-económica *prius* a la extinción de una compañía, en ella el liquidador designado, sea por la Junta General de Accionistas, sea por el Superintendente de Compañías, tiene como fin realizar el activo de la sociedad para compensarlo con el pasivo y, una vez realizada esta operación distribuir el remanente del haber social a los accionistas a prorrata de su participación; esto, claro, en caso de existir remanente¹⁷.

¹⁷ Vid. Víctor Cevallos “la liquidación es un procedimiento técnico-jurídico tendiente a la realización del activo, extinción del pasivo y distribución de un posible remanente entre los socios o accionistas, que termina con la cancelación de la inscripción”. Víctor Cevallos. *Nuevo Compendio de Derecho Societario*. Tomo III. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2013, p. 904. Vid. Gil Flores, “la liquidación es el “conjunto de operaciones y actos jurídicos conducentes al cumplimiento de las obligaciones contraídas, cancelación de las deudas sociales, cobro de los créditos sociales y distribución del activo líquido entre los accionistas” Gil Flores. *La Compañía Anónima en el Ecuador*. Quito: Lexigrama, 1975, p. 280. Vid. Carlos Ramírez “la liquidación es un proceso siguiente a la disolución, en el que se cobra los créditos, se extingue las obligaciones contraídas por la compañía

Por ello, toda vez que se paguen a los acreedores mediante la realización del activo se podrá distribuir el remanente entre los socios. Esta es una operación semejante a la de bajas generales de la herencia, en la que se establece que primero se pagan las deudas del causante y, subsiguientemente, se obtendrá el acervo líquido repartible entre los herederos. Esta afirmación tiene su fundamento en el artículo 1001 del Código Civil que prescribe lo siguiente:

En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a ejecución las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

1. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, las anexas a la apertura de la sucesión, lo que se debiere por la última enfermedad, y los gastos funerales;
2. Las deudas hereditarias;
3. El impuesto progresivo que causen las sucesiones indivisas; y,
4. La porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión.

El resto es el acervo (sic) líquido de que dispone el testador o la ley.

Entonces, *prius* a obtener el acervo líquido repartible se debe cancelar todos los pasivos, como lo señala Guillermo Bossano al decir que “el heredero beneficiario constituye una excepción al principio de que todo heredero tiene previamente que cumplir las obligaciones –pagar todas las deudas- para entrar en el goce y disfrute de los bienes sucesorios, el patrimonio hereditario en síntesis”¹⁸. De tal manera que los acreedores del causante (compañía) no verán trastocados sus derechos.

El artículo 143 de la Ley de Compañías prescribe que los accionistas de la compañía anónima son responsables hasta el monto de sus aportaciones, es decir, que tienen una responsabilidad limitada, por lo que los acreedores de la sociedad tienen únicamente como prenda los bienes sociales de la compañía. Esta es una de las características de la compañía

y se realiza la partición del haber divisible entre los socios o accionistas”. Carlos Ramírez. *Curso de Derecho Societario*. Volumen II. Loja: Talleres Gráficos de la U.T.P.L., 2001, p.272.

¹⁸ Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. *Óp. cit.*, p. 255.

anónima, por ello, al aplicar la teoría de la ficción, los acreedores, en principio, no podrán perseguir el patrimonio personal de los ex accionistas¹⁹.

1.1.4. Partición del derecho universal de herencia de los herederos (ex accionistas).

Al fallecer el *de cuius* (compañía), sin dejar testamento, los herederos (ex accionistas) suceden de manera intestada o abintestato, por tanto, cada uno de ellos sería heredero universal. Para el maestro Bossano, el heredero universal es “la persona que sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles”²⁰; además, agrega que en la sucesión intestada “sólo existen herederos universales, por cuanto la ley no puede discriminar y llama a suceder en la unidad patrimonial a la comunidad sucesoria”²¹, por ello, en una sucesión intestada no se sabe exactamente qué corresponde a cada heredero, en consecuencia, los herederos universales pasan a ser condóminos o comuneros frente a un dominio común,²². Sin embargo, la partición tiene como fin que la masa hereditaria proindiviso sea dividida y adjudicada a cada heredero en partes ciertas y determinadas. En tal virtud, la partición es el acto mediante el cual, la universalidad se vuelve pro diviso, así cada heredero tendrá un derecho exclusivo y determinado sobre el caudal hereditario²³.

¹⁹ Sin embargo, aquí, surge un tema curioso, puesto que al aplicarse las reglas del libro tercero del Código Civil el heredero que acepta la herencia *de cuius* de forma pura y simple asume responsabilidad plena de todo en cuanto al activo y pasivo sucesorio, entonces si no existe aceptación con beneficio de inventario el heredero, a pesar de tener la calidad de ex accionista, podría responder con su propio patrimonio para pagar el pasivo, lo que desnaturalizaría a la sociedad anónima. *Cfr.* Código Civil. Artículo 1270. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Este artículo indica que el beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta el valor total de los bienes que han heredado.

²⁰ Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio. Óp. cit.*, p. 42.

²¹ *Ibíd.*

²² *Vid.* Guillermo Bossano, “lo común y general es que abierta la sucesión los causahabientes confronten una realidad que se desdobra en las esferas subjetiva y objetiva, como una comunidad sucesoria frente a una realidad patrimonial; varios sucesores y un solo patrimonio” Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta. ed. Tomo II. Editorial Voluntad: Quito, 1983, p. 212.

²³ *Vid.* Jorge Maffía define a la partición como, “El acto mediante el cual, normalmente ha de concluir la comunidad hereditaria. Por obra de ella, la cuota aritmética y abstracta que cada uno de los coherederos tiene sobre la comunidad ha de traducirse materialmente en bienes determinados, sobre los cuales adquirirá derechos exclusivos. Jorge Maffía. *Manual de Derecho Sucesorio*, 1975. Citado en Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta. ed. Tomo II. Editorial Voluntad: Quito, 1983, p217. *Vid.* Guillermo Borda define a la partición como, “El acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les

Ahora bien, aplicando la teoría de la ficción cada uno de los ex accionistas tendrá una cuota del entero que conformará el patrimonio. Todos son herederos a título universal del causante (compañía), en consecuencia, como tienen un derecho de una cuota sobre el entero, no se sabrá a ciencia cierta qué bienes del patrimonio del causante corresponden a los herederos, hasta que se lleve a cabo la partición que puede ser judicial o extrajudicial. Finalmente, vale la pena aclarar que ningún coheredero está obligado a permanecer en la indivisión²⁴.

Por último, vislumbremos las formas mediante las cuales se puede realizar la partición: según el Código Civil:

1. La partición puede ser realizada por el mismo causante, ya sea por acto entre vivos o por efectos *mortis causa*, es decir, mediante testamento. El artículo 1339 del Código Civil prescribe que “si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ello, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno”²⁵.
2. La partición puede ser realizada por el juez, conforme lo prescribe el artículo 1344 del Código Civil que establece que “el juez de lo civil del domicilio de la persona

tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo. Es un acto de asignación, tendiente a localizar los derechos de cuota; antes de él, esos derechos se traducen en una fracción numérica (un tercio, un cuarto); después de él se materializan en objetos determinados. Guillermo Borda. *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires, 1959. Citado en Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta. ed. Tomo II. Editorial Voluntad: Quito, 1983, p218. *Vid.* Valencia Zea define a la partición como un “Negocio jurídico de enajenación, a semejanza de lo que sucede con la tradición. En efecto, mediante la partición cada heredero enajena sus derechos hereditarios universales sobre masa herencial por derechos singulares que recaen sobre determinados efectos hereditarios; cada coheredero se desprende de algo para adquirir algo diferente. Así, el coheredero que es titular de la tercera parte de una masa herencial, trueca esa cuota universal por estos u otros derechos de propiedad, por estos u otros créditos. Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil: Sucesiones*. 3era edición, Bogotá, 1970. Citado en Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta. ed. Tomo II. Editorial Voluntad: Quito, 1983, p218. *Vid.* Simón Carrejo define a la partición como, “una serie compleja de actos tendientes a finalizar el estado de indivisión existente, por intermedio de la liquidación y distribución entre los partícipes de lo que se encontraba indiviso, separando esa totalidad en las cuotas o los lotes que de acuerdo con su derecho, le corresponda a cada uno de ellos”. Simón Carrejo. *Derecho Civil: Sucesiones y donaciones*. Bogotá, 1963. Citado en Guillermo Bossano. *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta. ed. Tomo II. Editorial Voluntad: Quito, 1983, p220.

²⁴ Código Civil del Ecuador. Artículo 1338. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁵ Código Civil del Ecuador. Artículo 1339. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005

de cuya sucesión se trata, será competente para realizar la partición judicial de los bienes del causante²⁶.

3. La partición puede ser realizada por convenio de los comuneros, solo si es que los copropietarios del objeto en común llegaran a un acuerdo con respecto a la forma de dividirse. El artículo 1345 del Código Civil establece que “si todos los coasignatarios tuvieran la libre disposición de sus bienes y concurrieren al acto, podrán hacer la partición por sí mismos”.

1.1.5. Teoría de la comunidad por efecto de un cuasi contrato.

Ahora bien, la tesis formalista interactúa con el surgimiento de la teoría de la comunidad. Recordemos que el planteamiento de esta tesis es que la inscripción de la cancelación de una compañía en los asientos del Registro Mercantil produce la pérdida de la personalidad jurídica. José Ortiz explica que “la cancelación crearía automáticamente una comunidad entre los asociados en el caso de que subsistan activos y pasivos sin cancelar, de tal manera, que los asociados se vuelven dueños pro indivisos del ex patrimonio social”²⁷.

En palabras de Juan Bataller:

Una vez disuelta la sociedad, ésta deja de existir y el patrimonio social se transforma en una masa indivisa administrada conjuntamente por todos los socios, ya que el mandato de los administradores se ha extinguido al desaparecer el ente societario y los liquidadores no pueden considerarse representantes de una persona jurídica inexistente²⁸.

Como se nota, esta teoría empieza desde la premisa de que la sociedad pierde la personalidad jurídica desde el momento en que ha sido declarada la disolución, sin embargo, por una analogía los efectos serían semejantes a la cancelación. Es decir, si la compañía pierde la

²⁶ Código Civil del Ecuador. Artículo 1344. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005

²⁷ Cfr. José Ortiz. *Posibilidad jurídica de Reactivación de Compañías Anónimas cuya inscripción ha sido cancelada en el Registro Mercantil*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2010, p. 74.

²⁸ Juan Bataller. *Las Diferentes Teorías Sobre Las Sobre La Reactivación De Sociedades De Capital*. <http://vlex.com/vid/diferentes-teorias-reactivacion-capital-330515> (acceso:3-8-2015).

personalidad jurídica una vez inscrita la cancelación en el Registro Mercantil, entonces desaparece el contrato de sociedad y el patrimonio sobrevenido pertenecería *ipso facto* a los aportantes del fondo social a prorrata de sus aportes, estos antes ex accionistas, ahora comuneros o copropietarios, están unidos por un cuasicontrato. En palabras de José Ortiz:

Al desaparecer la personalidad jurídica los accionistas quedan desligados de la obligación de mantener sus aportes en el fondo social. Así, los elementos patrimoniales que fueron de la sociedad quedan en común y los socios están vinculados solamente por el cuasicontrato de comunidad²⁹.

La cancelación de la sociedad produciría el cuasicontrato, esto es lo que los reviste como comuneros a los ex accionistas. Así, el cuasi contrato de comunidad se produce cuando dos o más personas sobre una misma cosa son dueñas *communione pro indiviso* de una misma cosa, sin que hayan celebrado contrato. Si la comunidad recae sobre un bien raíz, entonces los dueños en común serían copropietarios o condóminos y ostentarían derechos de propiedad sobre la totalidad del bien raíz³⁰.

Al encontrarse inscrita la cancelación de una compañía dejaría de regir el contrato de compañía que vincula a los accionistas, y, si persisten activos sobrevenidos a la cancelación,

²⁹ Cfr. José Ortiz. *Posibilidad jurídica de Reactivación de Compañías Anónimas cuya inscripción ha sido cancelada en el Registro Mercantil*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2010, p. 75.

³⁰ Vid. Antonio Vodanovic define a la comunidad como “en un sentido amplio, hay comunidad cuando un mismo derecho pertenece a dos o más sujetos conjuntamente. En la verdadera comunidad, *communione pro indiviso*, el derecho de cada comunero se extiende a toda y cada una de las partes de la cosa en común.” Antonio Vodanovic. *Los Bienes y los Derechos Reales*. Editorial Nascimento: Santiago de Chile, tercera edición, p.225. También, Vodanovic indica que hay comunidad o indivisión “cuando varias personas tienen sobre la totalidad de una misma cosa y sobre cada una de sus partes derechos de idéntica naturaleza jurídica o, mejor, un solo derecho.” Además, Vodanovic indica que “que la comunidad o indivisión es el género, mientras que la copropiedad o condominio es la especie.” Continúa el autor y define a la copropiedad o condominio como “el condominio o copropiedad es el derecho de propiedad que sobre el total de una misma cosa y sobre cada una de sus partes tienen dos o más personas conjuntamente. El derecho de cada copropietario o condómine recae sobre toda la cosa y cada una de sus partes y no sobre una parte materialmente determinada de ella.” Antonio Vodanovic. *Los Bienes y los Derechos Reales*. Editorial Nascimento: Santiago de Chile, tercera edición, p.226. Vid. Código Civil del Ecuador. El Código Civil ratifica la definición de comunidad traída por Vodanovic al prescribir que “la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato. Código Civil. Artículo 2204. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

entonces, nacería un cuasi contrato de comunidad y una verdadera comunidad sobre los objetos aportados a prorrata de cada participación.

A la sazón del Código Civil la comunidad es dable sobre una cosa universal como lo es el patrimonio, al que tienen derecho de copropiedad todos los comuneros. Para Juan Larrea Holguín “la comunidad es un simple estado o modo de ser de la propiedad, un mero accidente en cuanto al sujeto de ella; el derecho de todos los comuneros es el mismo y cada uno de ellos no puede tenerlo en integridad, cada uno limita el derecho de los demás”³¹.

El hecho más frecuente que da nacimiento a una comunidad es la muerte del causante, es la que origina una comunidad hereditaria entre dos o más herederos. Siguiendo la teoría de la ficción, en nuestro caso, la muerte de una compañía es equiparable por una ficción a la muerte de una persona natural, en consecuencia, los accionistas son equiparados a los herederos; con esto surge una comunidad hereditaria y, en este caso, la indivisión recae sobre una cosa universal, porque su derecho no tiene por objeto las cosas singulares que componen la universalidad, sino la universalidad misma, que no es cosa inmueble, sino una entidad abstracta.³²

También, es necesario indicar las causas por las cuales termina la comunidad; el artículo 2212 del Código Civil establece lo siguiente:

La comunidad termina:

1. Por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona;
2. Por la destrucción de la cosa común; y,
3. Por la división del haber común.

³¹ Juan Larrea. *Manual Elemental de Derecho Civil*. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2005, p. 292.

³² Antonio Vodanovic. *Los Bienes y los Derechos Reales*. Editorial Nascimento: Santiago de Chile, tercera edición, p.231.

Si se realiza la partición de la cosa en común, la comunidad finalizaría, esto debe ajustarse a las reglas de la división de la herencia, que se encuentran en el artículo 2213 del Código Civil que prescribe que “la división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten, se sujetarán a las mismas reglas que la partición de la herencia”.

Cuando se realiza la partición o división del haber común a cada comunero, se le adjudica la parte que le corresponde a prorrata de sus cuotas, esta partición del objeto en común es posible, ya que nadie está obligado a permanecer en comunidad, y a falta de contrato que regule el tratamiento del negocio jurídico entre los comuneros brota un cuasi contrato que lo prevé el Código Civil.

1.1.6. La vinculación entre la teoría formalista con la teoría de la eficacia constitutiva o extintiva de la cancelación registral de las compañías

Esta teoría sostiene que la cancelación registral tiene carácter constitutivo y determina la extinción misma de la compañía. De este modo, esta teoría se sincroniza con la teoría formalista, puesto que ambas sostienen que la inscripción de la cancelación significa la muerte jurídica de la compañía. Esta posición sigue el ordenamiento jurídico italiano que concede acción directa a los acreedores insatisfechos tras la cancelación frente a los accionistas, lo que lleva a sostener la eficacia constitutiva de la cancelación registral de las compañías³³.

1.2. Posturas en el derecho societario.

1.2.1. La presunción *iuris tantum* de que se liquidó bien reposa en el acto administrativo que ordena la cancelación de la inscripción de una compañía.

³³ Cfr. Juana Pulgar. *La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital*. Óp. cit., p. XV.

Esta corriente sostiene que la compañía, por efecto de la cancelación, se ha extinguido y como corolario ha dejado de existir como sujeto de derecho³⁴. Empero, esta conjetura es una presunción *iuris tantum*, esto es, que constituye la regla general, que solo puede destruirse por una prueba evidente, protuberante y completa en contrario. Esta presunción nace por el hecho de que toda compañía pasa por el procedimiento de liquidación tendiente a su extinción, ya que persigue la resolución de todas las relaciones jurídicas concertadas con los terceros, como también la extinción del patrimonio social³⁵, lo que significa que la compañía va a llegar a inscribir la cancelación mediante acto administrativo en el Registro Mercantil sin activos ni pasivos o carente de contenido, por eso se presume que pierde su personalidad jurídica.

Juristas de la talla de Isaac Halperín, Julio Otaegui, Antonio Tonón, Francesco Galgano y Ariel Macagno pregonan esta idea y formulan lo siguiente: “se entiende que la existencia o aparición de créditos, bienes o deudas no extinguidos pone de manifiesto que no se han cumplido los extremos exigidos para la debida cancelación de la inscripción registral”³⁶, es por eso que:

A pesar de que la cancelación de la sociedad del registro constituya una mera presunción de su extinción, dicha presunción tiene plena validez hasta tanto se demuestre lo contrario, o sea, hasta tanto se demuestre que la liquidación fue incompleta, con relación al activo, o que la liquidación fue formal o sustancialmente irregular, con relación al pasivo³⁷.

Es por esto, que la regla general en que la compañía pierde la personalidad jurídica cuando se inscribe su cancelación se desvirtúa si a la cancelación registral no le precede una

³⁴ Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías. Resolución No. 5, publicada en la Gaceta Societaria No. 20.

³⁵ Ariel Macagno. “La cancelación registral de las sociedades de capital”. *Revista de las Sociedades y Concursos* (2004), Buenos Aires: Ad Hoc, p.40.

³⁶ Isaac Halperín *et al.* *Sociedades Anónimas*. Citado en Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Disolución y Liquidación de Sociedades*. Buenos Aires: Heliasta, 2013, p. 478.

³⁷ Antonio Tonón. *La Supervivencia de la Sociedad Liquidada*. Citado en Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Disolución y Liquidación de Sociedades*. Buenos Aires: Heliasta, 2013, p. 478.

auténtica liquidación, en otras palabras “la extinción sustancial de la sociedad no se produce mientras existan elementos patrimoniales sin distribuir, pues si se admitiera lo contrario nos encontraríamos con un patrimonio desvinculado de su afección social”³⁸. A la sazón del maestro Ariel Macagno, “frente al supuesto de una liquidación incompleta, la sociedad subsiste no obstante producirse su cancelación”³⁹.

También, el experto societario Gil Flores Serrano coincide con lo anteriormente dicho y manifiesta lo siguiente:

La personalidad jurídica de la compañía anónima dura tanto cuanto es posible que pueda manifestar su vitalidad económica-financiera. Es decir, que el momento en que desaparece esa facultad de exteriorizarse o sea que se han concluido los actos y operaciones propios de la liquidación, es cuando se extingue definitivamente esa personalidad⁴⁰.

Por lo mismo, “la personalidad jurídica sólo termina cuando la empresa ha realizado todos los actos y operaciones sociales pendientes y no existe ya saldo líquido por distribuirse”⁴¹. Por ello, si no existe una liquidación auténtica, subsiste la personalidad jurídica de la compañía, no obstante la cancelación de la inscripción del contrato de sociedad en el Registro Mercantil.

Esta evidente contradicción entre la realidad registral y extra registral debe resolverse a partir del carácter *iuris tantum* o de la presunción de legitimidad del que se enviste el acto administrativo del Superintendente de Compañías, quien ordena cancelar la inscripción de una compañía, como lo ratifica Francesco Galgano: “se ha introducido el principio, según el

³⁸ Ariel Macagno. “La cancelación registral de las sociedades de capital”. *Óp. Cit.*, p. 39.

³⁹ *Ibídem.*

⁴⁰ Gil Flores. *La Compañía Anónima en el Ecuador*. Quito: Lexigrama, 1975, p. 281.

⁴¹ *Ibídem.*

cual, la cancelación del registro produce solo una presunción de extinción de la sociedad, susceptible como tal de prueba en contrario”⁴².

1.2.2. Contradicción entre la realidad registral y extra registral sobre la cancelación de las compañías.

En virtud de lo precedente, para que exista una auténtica liquidación, la realidad fáctica debe coincidir con la realidad de los asientos del Registro Mercantil, ya que sin esta coherencia la sociedad no se extinguiría, incluso con la inscripción de la cancelación en la oficina de datos públicos, como lo afirma el maestro Ariel Macagno:

En los hechos, media una contradicción entre la realidad registral que opera frente a terceros (cancelación registral) y la extraregistral (supervivencia de la sociedad); la sociedad se habría extinguido sólo de manera aparente y no real, no obstante la cancelación. Esta circunstancia no se subsana por efecto de la mera cancelación, pues ésta no otorga eficacia saneatoria de la inscripción respecto del hecho inscripto (defectos de que adoleciera el proceso liquidatorio). Esta contradicción entre ambas realidades (registral y extraregistral) debe resolverse a partir del carácter *iuris tantum* de la presunción de validez y exactitud del asiento registral de la cancelación.⁴³

En síntesis, Macagno defiende la tesis que señala que la desaparición definitiva de la sociedad se produce cuando no hay contradicción entre la realidad registral y extra registral, o lo que es lo mismo “cuando la cancelación responda a una situación de hecho real, lo que acontece frente a la extinción debida del patrimonio social”⁴⁴. Entonces, aun después de la cancelación, la sociedad persiste como tal y manteniendo su personalidad jurídica.

Finalmente, el profesor Macagno arguye que la cancelación de la inscripción de una compañía no subsana una liquidación incompleta, por ello el activo o pasivo sobrevenidos tras la cancelación son el reflejo de la falta de coherencia que puede existir entre la realidad adjetiva y la realidad sustantiva⁴⁵. Según el maestro Macagno este problema se ve agudizado

⁴² Francesco Galgano. *Derecho Comercial*. Citado en Ariel Macagno. “La cancelación registral de las sociedades de capital”. *Revista de las Sociedades y Concursos* (2004), Buenos Aires: Ad Hoc, p.55.

⁴³ Ariel Macagno. “La cancelación registral de las sociedades de capital”. *Óp. cit.*, p.39 y 40.

⁴⁴ *Id.*, p. 55.

⁴⁵ *Id.*, p. 40..

con la actuación del Registrador Mercantil, ya que este, al inscribir la cancelación de la compañía, únicamente efectúa un control formal o meramente legal y no sustancial de los presupuestos de la cancelación, “de allí, que sea necesario que la situación presuntiva de derecho que deriva del cumplimiento de las formalidades estatuidas por la ley, corresponda a la realidad objetiva”⁴⁶.

1.2.3. El surgimiento de la teoría de la cancelación de la cancelación

Esta teoría es sostenida por los profesores Juana Pulgar y Ariel Macagno, quienes consideran que frente a la subsistencia del patrimonio social, la compañía sigue conservando su personalidad jurídica y deberá procederse con lo que cierta doctrina llama la cancelación de la cancelación⁴⁷. La doctrinaria Juana Pulgar Ezquerro afirma que “aún después de tal anotación, la sociedad como centro residual de imputación todavía persiste, en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de la que sea titular”⁴⁸.

Los doctrinarios Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Lisandro Peña indican que para extinguir la personalidad jurídica, la compañía debe quedar desprovista de contenido patrimonial, puesto que el patrimonio es un atributo de la personalidad⁴⁹, y, además, incapacitada para ejercer derechos y contraer obligaciones⁵⁰. Por lo mismo, si la compañía es titular de activos sobrevenidos a la cancelación, no puede extinguirse, en consecuencia, los afectados pueden acogerse a la doctrina de la cancelación de la cancelación a la sazón de lo establecido por la profesora Juana Pulgar, esto ya que no se liquidó bien y, en consecuencia, se desvirtuó la presunción *iuris tantum* o presunción de legitimidad del acto administrativo del Superintendente de Compañías quien ordena la cancelación de la inscripción, inclusive

⁴⁶ *Id.*, p.42.

⁴⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Disolución y Liquidación de Sociedades*. Buenos Aires: Heliasta, 2013, p. 478.

⁴⁸ Juana Pulgar. *La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital*. Citado en Ariel Macagno. “La cancelación registral de las sociedades de capital”. *Revista de las Sociedades y Concursos* (2004), Buenos Aires: Ad Hoc, p.53.

⁴⁹ Lisandro Peña. *De las Sociedades Comerciales*. Bogotá: Temis, 2009, p. 27.

⁵⁰ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Disolución y Liquidación de Sociedades*. *Óp. cit.*, p. 11.

si el acto administrativo que ordena la inscripción de la cancelación causó estado. Esto es corroborado por el maestro Ariel Macagno al formular lo siguiente:

Desde el punto de vista sustancial, su extinción definitiva dependerá de que no subsista ningún atributo de la personalidad. Mientras ello sucede – *rectius*: mientras el patrimonio de la sociedad no haya sido liquidado debidamente – la sociedad como sujeto de derecho mantiene intacta su personalidad y no se reputará sustancialmente extinguida, no obstante mediar cancelación⁵¹.

Entonces, mientras existan elementos patrimoniales sin distribuir, porque se omitieron en el estado de liquidación, la compañía no pierde su personalidad jurídica, y sigue bajo el control de la Superintendencia de Compañías.

El ordenamiento jurídico alemán sigue esta corriente y opta por considerar extinguidos los créditos no liquidados tras la cancelación y los no manifestados por su titular ante el liquidador dentro del plazo legal y solo reabre el periodo de liquidación después de pedir la cancelación de la cancelación en los supuestos de activos sobrevenidos⁵².

1.2.4. La teoría del efecto declarativo de los asientos del Registro Mercantil

La tesis declarativa reconoce que la sociedad no pierde la personalidad jurídica a causa de la inscripción de la cancelación del contrato de fundación en el Registro Mercantil; los expertos que fundamentan esta idea son: Fernández de la Gándara, Rojo Fernández-Rio, Martínez Flores, Recalde y Ariel Macagno, quienes realizan un rígido análisis del problema.

Fernández de la Gándara opina que: “parece justificado vincular la extinción de la sociedad al cumplimiento material de la liquidación de la misma, esto es, la resolución de la totalidad de sus relaciones jurídicas tanto con terceros como con sus propios accionistas”⁵³. Por su parte, Rojo considera que la cancelación:

⁵¹ Ariel Macagno. “La cancelación registral de las sociedades de capital”. *Óp. cit.*, p. 56.

⁵² Juana Pulgar. *La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital*. *Óp. cit.*, p. XIII.

⁵³ Fernández de la Gándara. *Derecho de Sociedades, II*. 2010. Citado en Francisco Redondo. *La Sociedad Extinguida ante el Proceso*. <https://ficheros->

Se limita a declarar frente a terceros que la sociedad ha finalizado el proceso de liquidación (...) si la extinción no se hubiera producido antes de la cancelación, la práctica de este asiento no tiene eficacia sanatoria de una liquidación inexistente, insuficiente o irregular; la sociedad indebidamente cancelada continua siendo persona jurídica (...) es susceptible de ser declarada en concurso⁵⁴.

Martínez Flores y Recalde critican a la tesis formalista, a la teoría de la sucesión universal y a la teoría del surgimiento del cuasi contrato de comunidad, esto al manifestar lo siguiente:

La cuestión recobra todo su interés en una variada tipología de supuestos que las normas legales no solventan. Es ahí donde la subsistencia de la personalidad jurídica recupera todo su sentido, como instrumento sencillo y pragmático para resolver estas situaciones. La mera posibilidad de actuar frente a los socios por la cuota recibida en caso de aparición de deudas, o el recurso a los esquemas de la sucesión universal y la comunidad de bienes en caso de activos sobrevenidos ofrecen una explicación que dogmáticamente presenta debilidades y desde el punto de vista pragmático resulta insuficiente y costosa. E incluso, lo más importante es que, a veces, son incapaces de dar solución alguna. En este caso, la continuación de la personalidad jurídica opera solo en la medida en que sea necesaria para concluir la liquidación que quedó incompleta⁵⁵.

Martínez y Recalde critican a la teoría formalista, ya que ellos no consideran que las previsiones legales sobre activos y pasivos sobrevenidos, toda vez cancelada una compañía, son suficientes y satisfactorios⁵⁶. Además, es importante resaltar que estos expertos consideran que si aparece patrimonio sobrevenido ulterior a la cancelación, la compañía

2015.s3.amazonaws.com/05/21/Im_1_3_570638074_in1_412_431.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1438356876&Signature=4YaImlIB%2Bkl75IJhJHBZx8DkS28%3D (acceso:31/7/2015).

⁵⁴Rojó Fernández-Río. *Enciclopedia de Derecho Concursal, II*. España, 2012. Citado en Francisco Redondo. *La Sociedad Extinguida ante el Proceso*. https://ficheros-2015.s3.amazonaws.com/05/21/Im_1_3_570638074_in1_412_431.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1438356876&Signature=4YaImlIB%2Bkl75IJhJHBZx8DkS28%3D (acceso:31/7/2015).

⁵⁵ Martínez Flores *et al.* “Los Efectos de la Cancelación Registral en Relación con la Extinción de las Sociedades de Capital”. *Liber Amicorum*. España, 2014. Citado en Francisco Redondo. *La Sociedad Extinguida ante el Proceso*. https://ficheros-2015.s3.amazonaws.com/05/21/Im_1_3_570638074_in1_412_431.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1438356876&Signature=4YaImlIB%2Bkl75IJhJHBZx8DkS28%3D (acceso:31/7/2015).

⁵⁶ *Ibidem*.

conserva la personalidad jurídica solo a los solos efectos culminatorios del proceso de liquidación; esto cuando afirman lo siguiente:

La subsistencia de la personalidad jurídica tiene, en efecto, un alcance limitado: opera solo a los efectos necesarios para completar la liquidación y proteger a los acreedores y socios. La personalidad jurídica no es algo que se tiene o de lo que se carece en términos absolutos; la sociedad cancelada continúa teniendo personalidad jurídica a los efectos necesarios para completar su proceso de extinción... La cancelación solo constituye, por tanto, una mera presunción de extinción de la sociedad; la existencia de activo o pasivo sobrevenidos requieren una liquidación complementaria⁵⁷.

Para Ariel Macagno, los asientos del Registro Mercantil tienen un efecto declarativo, puesto que buscan la publicidad de sus registros en los ciudadanos. Esta posición es sostenida por el maestro que concluye lo siguiente:

Si partimos de la premisa que la eficacia de la cancelación es declarativa (extinción formal) con efecto no saneatorio de la inscripción respecto de los hechos que se inscriben, ante la aparición de un pasivo o activo sin liquidar, no queda otra solución que aceptar que la sociedad, no obstante la cancelación *in factum* subsiste. De lo contrario tendríamos que dicho patrimonio por efecto de la cancelación se ha convertido en una *res nullius*, lo que se da de bruces con la eficacia declarativa de la aquélla y con las reglas que rigen la extinción de las obligaciones en general⁵⁸.

Para la maestra Juana Pulgar Ezquerra la tesis de la eficacia meramente declarativa ha cobrado fuerza en la última década y declara que:

La cancelación registral de la sociedad se produce cuando se ultimen las fases de proceso liquidatorio previstas legalmente. Pero, en rigor, aun después de la cancelación, persiste todavía la sociedad, como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que sea titular.⁵⁹

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Ariel Macagno. La cancelación registral de las sociedades de capital". *Óp. cit.*, p. 59.

⁵⁹ Juana Pulgar. *La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital*. *Óp. cit.*, p. 47.

Es más, para la profesora Juana Pulgar, la subsanación del vicio del cual adolece el procedimiento liquidatorio se lleva a cabo a través de la técnica de la “supervivencia” de la sociedad⁶⁰.

Finalmente, para el doctrinario italiano Oppo, los intereses y problemas planteados en el proceso extintivo de las compañías anónimas son distintos al proceso fundacional y pueden ser mejor atendidos si se toma en cuenta la base de la eficacia declarativa de la cancelación⁶¹.

1.2.5. Crítica a la teoría de la ficción por Guillermo Cabanellas de las Cuevas

Guillermo Cabanellas de las Cuevas critica a la teoría de la ficción al exponer lo siguiente:

Es muy frecuente comparar la muerte de una persona natural con la muerte de una persona jurídica (ficción jurídica). Esto, ya que las diferencias entre una y otra figura son amplísimas, al punto que debe considerarse, inconveniente, al menos en materia comercial, el intento de aplicar supletoriamente el régimen de división de herencias. El fallecimiento de una persona física es un hecho biológico, básicamente inevitable; en cambio, la extinción de las sociedades responde básicamente a consideraciones empresarias. Esta diferencia fundamental aparta de raíz a los dos regímenes considerados. Así, en materia societaria, la determinación de las causales de disolución es una cuestión jurídica de primer orden, mientras que para las personas físicas la determinación de su fallecimiento y extinción es una cuestión esencialmente fáctica⁶².

Es decir, la división del patrimonio societario responde a disposiciones contractuales, mientras que el régimen sucesorio aplicable a personas físicas viene determinado imperativamente por la ley⁶³.

⁶⁰ Juana Pulgar. La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital. Citado en Ariel Macagno. “La cancelación registral de las sociedades de capital”. *Revista de las Sociedades y Concursos* (2004), Buenos Aires: Ad Hoc, p.59.

⁶¹ Juana Pulgar. *La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital*. *Óp. cit.*, p. 6.

⁶² Guillermo Cabanellas. *Disolución y Liquidación de Sociedades*. *Óp. cit.*, p. 15

⁶³ *Id.*, p.16.

1.2.6. Tratamiento del problema jurídico en la jurisprudencia española

La *vexata quaestio*, en la jurisprudencia española, tal parece ser que ha llegado a su fin después de varios fallos, inclusive del Tribunal Supremo. Con ello, se rompe el desconcierto y se afirma un unívoco razonamiento. Esta ruta nace con el caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) núm. 464/2013 de 18 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 19519) en la que los demandantes Spaguetti Concerto S.A., sociedad disuelta, liquidada y cancelada registralmente, ejercitaron acción de responsabilidad contra los administradores de Julie Roca Eivisa S.L., en reclamación de 119,219.90 euros. Esta cantidad por el incumplimiento de un contrato de arrendamiento industrial. Ahora bien, la Audiencia Provincial de Barcelona acepta la legitimación activa de la sociedad disuelta, liquidada y cancelada registralmente al razonar lo siguiente:

En torno a la legitimación, activa o pasiva, de las sociedades extinguidas, conviene recordar, al igual que hace la resolución apelada, que tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo coinciden en señalar que las sociedades liquidadas conservan su personalidad jurídica para todas aquellas relaciones jurídicas que pervivan a pesar de la cancelación. Así, la resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1992 sostuvo que “aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como forma residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular (art. 221 del RRM [RCL 1996, 2112]). Como no hay obligación sin deudor, es claro que en estos casos persiste una cierta personalidad, asumiendo la representación el propio liquidador, a quien incumbe dar cumplimiento a las obligaciones residuales⁶⁴.

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Primera, de 20 de marzo de 2013 (ROJ 2013, 1614), que cita las sentencias de la misma Sala de 4 de junio de 2006 y 10 de marzo de 2001. Esta esta sentencia dice que:

En algunos casos, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 Mayo 1992 (RJ 1992, 5250)). Como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de

⁶⁴ Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15. Número 464/2013, de 18 de diciembre de 2013.

mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que esta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara. Como establece la doctrina más autorizada –añade dicha sentencia- al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la cancelación de la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo. Por tanto, la extinción total de la personalidad jurídica se producirá no solo con su cancelación formal en el Registro Mercantil sino con la cancelación material de todas las relaciones pendientes⁶⁵.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6) número 460/2013 de 5 de noviembre de 2013 ha ratificado lo siguiente:

Sin embargo, como resulta obvio, la cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación. La definitiva desaparición de la sociedad sólo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir. En otro caso, los socios y los acreedores podrán lógicamente, conforme a las normas generales, pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, para interesar al tiempo la satisfacción de su crédito, demandado en todo caso a aquellos que hubieren propiciado una indebida cancelación de la inscripción de la sociedad... De la referida redacción se deduce que, en algunos casos, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 May. 1992) (...) Como establece la doctrina más autorizada al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo. En este mismo sentido, esta Sala viene refiriéndose a esta situación como de "personalidad controlada"⁶⁶.

⁶⁵ Tribunal Supremo. Sala Primera. Sección 1. No. 220/2013, de 20 de marzo de 2013.

⁶⁶ Audiencia Provincial de Valencia. Sección 6. Número de recurso 424/2013, de 5 de noviembre de 2013.

Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7) número 732/2011, de 27 abril de 2012, sobre este tema sostiene lo siguiente al citar a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid EDJ 2007/51064:

Dicho esto, debemos afirmar que podemos compartir el criterio sentado por la sentencia de instancia al absolver a la S.A. PROGGIN, ya que consideramos que la disolución de una sociedad y la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil no le priva de legitimación, pues tal como indican las Resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado de 13 EDD 1992/4667 y 20 de mayo de 1992 EDD 1992/4982 en rigor, aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como centro de residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de la que es titular⁶⁷.

Con el mismo criterio, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7) número 732/2011, de 27 abril de 2012, sobre este tema sostiene lo siguiente al citar a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 9 de mayo de 2002:

La cancelación de asientos no implica la extinción de la personalidad jurídica; ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad... En definitiva, si por error o mala fe de los liquidadores quedan deudas por pagar, el acreedor conserva íntegramente todos sus derechos y, en lo que a él respecta, continúa existiendo la sociedad. Es importante recalcar este último extremo y aunque están cancelados los asientos, el acreedor puede interponer su demanda contra la sociedad sin temor a ninguna excepción de falta de personalidad⁶⁸.

Finalmente, el Tribunal Supremo de España en términos similares se ha pronunciado en la sentencia del 27 de Diciembre de 2011 (ROJ: STS 9304/2011), Recurso: 1736/2008, en la que se establece:

En algunos casos, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 May. 1992). Como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la

⁶⁷ Audiencia Provincial de Valencia. Sección 7. Número de recurso 732/2011, de 27 de abril de 2012.

⁶⁸ Audiencia Provincial de Valencia. Sección 7. Número de recurso 732/2011, de 27 de abril de 2012.

cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad, pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara⁶⁹.

Por lo tanto, parece ser que en España este problema jurídico ha dejado de ser controversial, ya que la solución que han otorgado el Tribunal Supremo y las sentencias de las Audiencias Provinciales son tajantes al reconocer la personalidad jurídica de la sociedad cancelada según la existencia de activos o pasivos sobrevenidos, pero esta debe ser atenuada, limitada o controlada, con el fin de atender las obligaciones residuales pendientes, es decir cancelar la cancelación para volver al estado de liquidación y realizar el activo para pagar el pasivo y repartir el remanente del haber social a los accionistas.

Hay que tomar en cuenta que la jurisprudencia española es de mucha utilidad en el Derecho Administrativo ecuatoriano, pues este último se inspira directamente en el español.

1.2.7. Tratamiento del problema en el ordenamiento alemán.

En cuanto a la existencia de activo sobrevenido tras la cancelación registral de la sociedad, la doctrina alemana entiende que la sociedad se habría extinguido solo de manera aparente y no real, no obstante su cancelación registral, esto a merced de la ausencia de uno de los presupuestos de hecho que han de ocurrir para que se produzca la extinción de la sociedad (consecuencia jurídica), esto es, por no haber liquidado todo el activo social. Se sostiene, por lo tanto, en este supuesto la imperiosa necesidad de reabrir la liquidación para proceder al reparto del remanente del haber social entre los socios (§ 273 AktG).⁷⁰

Es debido a este artículo en la ley de compañías anónimas que la doctrina alemana sustenta lo siguiente:

⁶⁹ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección 1. Número de recurso 736/2008, de 27 de diciembre de 2011.

⁷⁰ Juana Pulgar. *La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital. Óp. cit.*, p. 5.

En este sentido, se sostiene que el presupuesto de hecho desencadenante de la extinción de la sociedad capitalista (consecuencia jurídica) sería doble; de un lado, integraría dicho presupuesto la conclusión del proceso liquidatorio, esto es, la satisfacción del pasivo social conocido por el liquidador y posterior reparto del haber social restante entre los socios. De otro, la cancelación registral de la sociedad, cuya eficacia sería constitutiva, aun cuando condicionándose dicha eficacia al cumplimiento del primer elemento integrante del presupuesto de hecho de la extinción de la sociedad (consecuencia jurídica), esto es, a la efectiva conclusión de las operaciones liquidatorias.

Así, el ordenamiento alemán considera que para que exista una extinción definitiva de la sociedad, y que esta quede expulsada del mundo jurídico es necesario que se cumpla el presupuesto de hecho, esto es, realizar una liquidación real y no aparente, es decir, cumplir transversalmente con el objeto de la liquidación, solo así se extinguirá la compañía y el efecto de esta inscripción será constitutivo. No obstante, si no existe una liquidación auténtica la eficacia de la inscripción de la cancelación sería declarativa y se procedería a reabrir el periodo de liquidación. En otras palabras, se condiciona el efecto constitutivo al cumplimiento de los requisitos sustanciales de la liquidación; sin embargo, si aparecen activos o pasivos sobrevenidos debe abrirse el proceso de liquidación, y la eficacia de la cancelación es declarativa.

1.3. Posturas en el derecho administrativo

1.3.1. Revocación del acto que causó estado por los jueces de lo contencioso administrativo mediante la acción de lesividad.

Otro sector de abogados de la Superintendencia de Compañías sostiene que toda vez que el acto administrativo está firme, la Administración debe demandar la lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, para que sea este quien lo revoque, la Novena Convención de Abogados de la Superintendencia formuló lo siguiente:

Que la misma administración, puede interponer el recurso de lesividad, teniendo en cuenta los elementos que en su oportunidad no tuvieron la resolución de cancelación de inscripción de la compañía. En el caso que nos ocupa un sector de Abogados de la Superintendencia, opina que estando la resolución de cancelación de la inscripción en firme, debe ser dejada sin efecto o revocada por el Tribunal

Distrital de lo Contencioso Administrativo, ajustándose al procedimiento de la acción de lesividad, en los términos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.⁷¹

1.3.2. Revocación del acto que causó estado en todo momento por la Administración que lo dictó.

Asimismo, otro grupo de abogados manifiesta que todo acto administrativo puede quedar sin efecto siempre que no cause daño o perjuicio a terceros. Si el Superintendente de Compañías revoca el acto administrativo que ordenó la inscripción de la cancelación estaría beneficiando a socios y posibles acreedores insatisfechos y, en consecuencia, ningún interés resultaría afectado; “existe la opinión de que los actos administrativos siempre sean revocables, en consideración al interés social, la inconveniencia del acto o la falta de oportunidad”⁷².

Esta es la posición de Juan Carlos Cassagne, quien considera que la revocación de un acto administrativo de gravamen procede siempre, puesto que la potestad revocatoria no tiene los límites impuestos en orden a la protección de los derechos individuales del administrado. Empero, en este tipo de supuesto, no procede, bajo ninguna circunstancia, indemnizar al administrado, por el hecho de que la revocación lo favorece, por lo que no cabe hablar de indemnizaciones en tanto el administrado solicite la revocación del acto⁷³.

1.3.3. Revocación del acto por la propia Administración mientras no cauce estado.

Por último, otro sector de abogados en la Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías argumentó que el Superintendente de Compañías sí puede revocar el acto administrativo mientras este no haya causado estado.

⁷¹ Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías. Resolución No. 5, publicada en la Gaceta Societaria No. 20.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, p. 365.

La Superintendencia no puede dejar sin efecto el acto administrativo de cancelación de la inscripción, una vez que ha causado estado, conforme opinó la Procuraduría General del Estado, mediante Oficio No. 1810 de 6 de noviembre de 1996, ante una consulta de la misma Superintendencia de Compañías, pues se estima que al ser los actos administrativos declaraciones unilaterales de voluntad de la administración pública, destinados a producir efectos jurídicos objetivos y subjetivos, como sucede en el caso que nos ocupa, (cuando ha causado estado) no es revocable el acto por parte de la misma autoridad, pues equivale a la cosa juzgada en el campo administrativo, que por ciento (sic), es susceptible de anulación, previo al trámite pertinente ante el órgano jurisdiccional competente, subrayando que actualmente el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo es parte de la Función Judicial.⁷⁴

1.3.4. Impertinencia de la acción de lesividad para que el juez revoque el acto que ordenó cancelar la inscripción de una compañía.

Con respecto al enfoque que versa sobre la interposición de la demanda de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo por parte de la misma autoridad que emanó la resolución toda vez que está ya causó estado, es necesario analizar la naturaleza del proceso de lesividad.

Para otro grupo de abogados de la Superintendencia de Compañías existe la posibilidad de que la Administración pueda revisar de oficio sus propios actos. Sin embargo, esta eventualidad es muy limitada y nada frecuente. Esto, ya que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no prevé literalmente la acción de lesividad; sin embargo, sí existe una aproximación a la naturaleza de este proceso y está regulado en el Art. 23, numeral d, bajo el acápite del procedimiento contencioso administrativo. Esta norma prescribe lo siguiente:

Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: (...) d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo proscrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo.

⁷⁴ *Ibidem.*

La ley de la materia manda a la propia Administración para que pueda “salvar el obstáculo que representan los derechos derivados de sus actos ilegales en orden a la eliminación de tales actos”⁷⁵, a esto se le conoce como el fundamento del proceso de lesividad. Al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que:

La Ley niega así a la Administración que quiere apartarse de un acto suyo la puesta en juego a estos efectos de sus facultades de autotutela y la obliga a adoptar el papel, para ella excepcional, de postulante de la tutela judicial interponiendo ante el Tribunal contencioso-administrativo competente el llamado recurso de lesividad, previa la correspondiente declaración formal de que el acto administrativo es lesivo para el interés público⁷⁶.

En consecuencia, el sujeto legitimado para impugnar el acto será el ente público que lo dictó, es decir, que tendrá la calidad de demandante y podrá pretender la anulación del mismo o la expulsión del ordenamiento jurídico ⁷⁷. *Contrario sensu*, la parte demandada serán exclusivamente las personas a cuyo favor derivan derechos del acto.

Además, conforme lo expone Rafael Entrena Cuesta es un requisito *sine qua non* que la acción de lesividad siempre vaya en contra de actos favorables de interés para el administrado, es decir, que el acto tendrá que ser declaratorio de derechos para el administrado. A manera de ejemplo, puede ser la obtención de algún premio, la obtención de una designación, la obtención de una licencia, la obtención de una concesión, entre otras. Además, es importante resaltar que la acción de lesividad se justifica siempre que el derecho otorgado al administrado resulte lesivo para los intereses públicos por ser de carácter económico o de oportunidad⁷⁸. Empero, para Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, basta con que el acto favorable incurra en alguna transgresión al ordenamiento

⁷⁵ Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974, p. 634.

⁷⁶ Eduardo García de Enterría et al. *Curso de derecho administrativo I*. Navarra: Civitas, 2013, p.707.

⁷⁷ Cfr. Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 634.

⁷⁸ Cfr., *ibídem*.

jurídico, para que pueda ser declarado lesivo y eventualmente anulado por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa a petición de la Administración⁷⁹.

La acción de lesividad responde al hecho de que la Administración no puede por sí misma revocar un acto administrativo que ella dictó, salvo que la ley prevea esta posibilidad. Esta acción encuentra su ser en virtud del principio de legalidad, ya que este principio exige que si la Administración quiere ejercer la competencia revocatoria, pues entonces esta debe estar expresamente contemplada en la ley, caso contrario, la Administración para revocar un acto administrativo favorable debe acudir a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. En otras palabras, la acción de lesividad es una acción judicial de la Administración para que se anule el acto que ella no puede revocar⁸⁰.

Para enmarcar la teoría en la práctica, desarrollaré el siguiente ejemplo: varios particulares concursan para la obtención de una designación pública, y uno de ellos resultó beneficiado por un acto que lo designa ganador, sin embargo, resulta que posteriormente, ante el reclamo de alguno de los que no resultaron beneficiados, se llegó a la convicción de que en verdad el ganador no era merecedor del triunfo y que el acto careció de razonabilidad, ya que no tuvo en cuenta todas las circunstancias del caso; entonces, la regla aplicable no es que la administración revoque el primer acto y otorgue el derecho a quien ahora estime corresponder, sino que plantee el asunto ante la justicia, ella misma, por una acción de lesividad. De tal modo, que la solución es que la Administración proteja al primer beneficiario en sede administrativa, mediante el proceso de declaratoria de lesividad y que, en todo caso, el aspirante a la designación, junto con la Administración, vayan a la justicia contenciosa administrativa y sea esta quien interponga la acción de lesividad⁸¹. Como lo explica Gordillo, esto significa que la Administración declara al acto como contrario al orden jurídico, sin revocarlo, para luego recabar de los Tribunales Contenciosos Administrativos la

⁷⁹ Eduardo García de Enterría et al. *Curso de derecho administrativo I. Óp. Cit.*, p. 707.

⁸⁰ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, p. VI-21.

⁸¹ *Cfr., ibídem.*

investigación del vicio, mediante la acción que la propia Administración incoará, a fin de que sea la justicia quien resuelva el problema de si el acto era legítimo o no y si corresponde o no declarar su extinción⁸².

En nuestro ordenamiento jurídico, en la ley de la materia, no está desarrollada la acción de lesividad, pero en los artículos 97 y 168 del ERJAFE sí consta el procedimiento para la declaratoria de lesividad. No obstante, es oportuno advertir que el artículo 97 reposa en el libro I del ERJAFE, por lo que su mandato se aplicaría a la Administración Pública Institucional, mientras que el artículo 168 del mismo cuerpo legal está incluido en el Libro II, entonces sus normas se aplicarían exclusivamente a la Administración Pública Central. Esta es una forma de resolver esta antinomia que crea el ERJAFE⁸³.

A la sazón del artículo 168 del ERJAFE, la declaratoria de lesividad del acto favorable al administrado no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, por lo que más allá de este plazo legal el acto favorable no podrá ser atacado.

Esgrimiendo una síntesis al procedimiento de lesividad, debo resaltar que la Administración Pública puede comparecer en juicio como actora dentro del procedimiento contencioso para pretender revocar un acto favorable, esto planteando el recurso contencioso de lesividad, después de haber observado el procedimiento reglado que trae a la luz el ERJAFE.

No obstante, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) que entrará en vigencia, en su totalidad, a partir de mayo de 2016, regula a la acción de lesividad para todo el sector público y ya no discrimina entre la administración pública central e institucional, esto en virtud del artículo 299 del COGEP que prescribe lo siguiente:

⁸² *Cfr., id., p. VI-22.*

⁸³ *Cfr., Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva. Artículos 97 y 168. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.*

En las controversias en las que el Estado o las instituciones que comprenden el sector público determinadas por la Constitución, sea el demandado, la competencia se radicará en el órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor. Si es el actor, la competencia se fijará en el lugar del domicilio del demandado.⁸⁴

Además, el COGEP otorga la legitimación activa de la acción de lesividad al máximo representante del órgano que dictó el acto administrativo que no puede revocarlo por sí mismo, claro, esto previo a la declaratoria de lesividad. En cuanto a los legitimados pasivos estos serán las personas naturales o jurídicas a cuyo favor deriven derechos del acto administrativo⁸⁵.

En resumen, con la entrada en vigencia en Ecuador del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la acción de lesividad no cambia, es decir, que las reglas que están vigentes ahora en el ERJAFE y en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa solo se modifican en la forma, pero no en el fondo.

Una vez vislumbrada la naturaleza, los fundamentos y requisitos de la acción, es muy importante resaltar que la acción de lesividad y la declaratoria del acto lesivo al interés público, por parte de la propia administración, es para expulsar del ordenamiento jurídico actos favorables en los que se reconoce algún derecho subjetivo al administrado. Como lo sostiene Linares, “la regla es que el acto administrativo es en principio irrevocable, máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos”⁸⁶, en criterio similar sostiene Marienhoff que “la revocabilidad del acto administrativo no puede ser inherente a su esencia, ni puede constituir

⁸⁴ Código Orgánico General de Procesos del Ecuador. Artículo 299. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁸⁵ *Cfr.*, Código Orgánico General de Procesos del Ecuador. Artículos 303, 304 y 306. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁸⁶ Juan Francisco Linares. “Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo Municipal*, 211: 667, Buenos Aires, 1947; *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 296 a 303, pp.343-51. Citado en Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, p. VI-2.

el principio en esta materia. La revocación del acto administrativo es una medida excepcional, verdaderamente anormal⁸⁷ ”.

Es por ello que para expulsar del ordenamiento jurídico un acto que otorga derechos subjetivos al administrado (actos favorables) se necesita de un procedimiento reglado, y es ahí donde encuentra sentido la acción de lesividad previo a la declaratoria de lesividad.

Contrario sensu, la declaratoria de lesividad no encuentra su sentido en actos de gravamen o desfavorables, como lo indica Gordillo al expresar que en estas afirmaciones no se está refiriendo a los actos llamados de gravamen o que limitan derechos o los niegan, por una analogía, estos actos no requieren de la declaración de lesividad para ser expulsados del ordenamiento jurídico, sino que pueden ser revocados en todo momento a partir de que causen estado, por ser actos de gravamen⁸⁸. Más aún, el acto que crea o declara deberes o cargas u obligaciones de los individuos frente a la administración, no se encuentran revestidos con el régimen de estabilidad, pues este régimen solo se refiere específicamente a los actos que otorgan derechos a los individuos⁸⁹.

Finalmente, la lesividad no guarda relación con los recursos administrativos, sino con la potestad de oficio de la Administración para dejar sin efecto un acto administrativo favorable. Es decir, si el administrado, dentro del plazo legal impugna el acto, la Administración puede dejarlo sin efecto, ya que todavía no causa estado, pero cuando el acto administrativo ya causó estado, el administrado no puede solicitar la revocación del acto; por tanto, la única manera de revisarlo es que la propia Administración quiera revocarlo de oficio, y es aquí donde la Administración debe recurrir a la lesividad.

⁸⁷ Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965; 2da ed., 1977, p.579 y ss. Citado en Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, p. VI-2.

⁸⁸ *Cfr.* Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. VI-2.

⁸⁹ *Id.*, p. VI-7.

1.3.5. Los actos favorables y los actos de gravamen

Existe otra posición que versa sobre la posibilidad de revocar el acto administrativo en cualquier momento, a partir de que ha causado estado, en la medida que no perjudique a terceros⁹⁰, va de la mano con la clasificación de actos administrativos desfavorables y favorables, por ello, es menester desarrollar más la clasificación en la que se ubica el acto administrativo que ordena la cancelación de la inscripción de una compañía, para inferir si es pertinente incoar la demanda.

El contenido de la resolución del Superintendente de Compañías ordena la cancelación de la inscripción de la compañía y, para ello, dispone al Registrador Mercantil que inscriba la resolución en su registro. El acto administrativo impone una obligación al administrado, con el fin de extinguir el derecho que aprueba la constitución de la compañía. El diagnóstico para este tipo de acto se enfrascan en la clasificación formulada por Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, que reza:

Aquellos actos administrativos que tienen un destinatario externo pueden afectar a éste de dos maneras diferentes: favoreciéndole, con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación, liberándole de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo, pues, un resultado ventajoso para el destinatario; o bien, segunda hipótesis restringiendo su patrimonio jurídico anterior, imponiéndole una obligación o una carga nuevas, reduciendo, privando o extinguiendo algún derecho o facultad hasta entonces intactos⁹¹.

A la sazón del profesor García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, los primeros son los actos favorables o ampliatorios de derechos o facultades, también conocidos como actos declaratorios de derechos, como por ejemplo el acto administrativo que aprueba la domiciliación de una compañía, la concesión, un reconocimiento de crédito, la condonación de una deuda, entre otros; mientras que los segundos son los actos de gravamen o limitativos,

⁹⁰ Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías. Resolución No. 5, publicada en la Gaceta Societaria No. 20.

⁹¹ Eduardo García de Enterría et al. *Curso de derecho administrativo I. Óp. cit.*, p. 617.

es decir, son actos que limitan derechos subjetivos, como por ejemplo una expropiación, una sanción, la orden de cancelar la inscripción de una compañía, etc.⁹².

Esta clasificación es de capital importancia para efectos de su revocatoria, como lo explican Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández al indicar que:

La Ley condiciona estrictamente la revocación por la Administración de los actos favorables o que han reconocido o declarado derechos y facultades a los destinatarios, límites que no afectan a los actos de gravamen, que resultan libremente revocables⁹³.

Por lo tanto, el acto de gravamen puede ser revocado por el órgano administrativo que lo dictó en cualquier momento, mientras que se requieren de trámites determinados para la revocatoria de actos favorables (declaratoria de lesividad y su ulterior acción de lesividad). Al respecto, Marco Morales Tobar formula que “la potestad revocatoria no es irrestricta, más aún cuando el acto administrativo hubiere declarado derechos subjetivos, en cuyo caso la Administración deberá declarar lesivo el acto”⁹⁴. Estos límites no afectan a los actos de gravamen, como afirman Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, los actos de gravamen resultan libremente revocables⁹⁵.

Para Dante Cervantes Anaya:

La estabilidad del acto administrativo es un carácter esencial de él, que significa la prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean reconocer o declarar un derecho subjetivo, una vez, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado. Pero hay actos administrativos que no gozan de estabilidad, por lo cual son susceptibles de revocación por la administración. En principio, la revocación de actos inestables no es indemnizable⁹⁶.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Id.*, p. 618.

⁹⁴ Marco Morales. *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Cep, 2011, p.239.

⁹⁵ Eduardo García de Enterría *et al.* *Curso de derecho administrativo I. Óp. cit.*, p. 617.

⁹⁶ Dante Cervantes. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Rodhas, 2008, p.233.

De lo manifestado por Dante Cervantes Anaya, por un lado, se puede colegir que aquellos actos favorables gozan de estabilidad, por lo que su revocación una vez que causen estado debe ser reglada a la sazón de la declaratoria de lesividad y su ulterior recurso de lesividad ante los tribunales contencioso-administrativo; esto lo confirma Gordillo, al manifestar que un requisito de la estabilidad de los actos es que en él hayan nacido derechos subjetivos⁹⁷; por otro lado, también, existen actos que son inestables, es decir, que no generan derechos subjetivos y, por el contrario, limitan derechos o los niegan (gravamen) y aquellos actos, los desfavorables o de gravamen, que pueden ser revocados en cualquier momento desde que causan estado, y no generarían una indemnización para el administrado. En tal virtud, la Administración sí puede revocar los actos de gravamen en cualquier momento a partir de que causen estado.

⁹⁷ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011, p. VI-2.

Capítulo II

2. Consideraciones equívocas de la Superintendencia de Compañías cuando surge activo sobrevenido

2.1. ¿Trámite civil o administrativo cuando aparece que la compañía cancelada ha tenido bienes inmuebles?

El problema que surge cuando una compañía se encuentra cancelada y aparecen activos inmobiliarios sí ha ocurrido en el país, generalmente, tiene lugar cuando el Superintendente de Compañías ordena de manera masiva la disolución de aquellas compañías que se encuentran dentro de la causal de inactividad, esto de conformidad con el artículo 411 de la ley de la materia.

Si después de esta resolución las compañías no cumplen con las obligaciones societarias, entonces, la autoridad de oficio puede mandar a cancelar a las compañías inactivas por mandato del artículo 405 de la Ley de Compañías. Por lo mismo, se puede colegir que si una compañía no termina el proceso de disolución y liquidación dentro de un año a partir de la fecha de la notificación, entonces, el Superintendente puede ordenar la cancelación registral, y lo probable es que queden activos inmobiliarios sin liquidarse. En contraste, en las disoluciones voluntarias este escenario es menos probable, pero dable, ya que puede existir algún descuido en el estado de liquidación.

La Resolución No. 5, publicada en la Gaceta Societaria No. 20 de la Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías abordó el problema de los activos sobrevenidos de una compañía cancelada, sin embargo, no hubo unanimidad en cuanto al trámite que debe seguirse en el contexto planteado. Esto, puesto que un sector de la Superintendencia acoge la tesis de acudir a los juzgados de lo civil cuando aparece que la compañía cancelada ha tenido bienes inmuebles; otro sector cree que se debe acudir a los jueces contenciosos administrativos; y otro sector cree que corresponde al propio Superintendente dejar sin efecto la resolución que ordena la cancelación de la inscripción de

una compañía. A pesar de que no existió un consenso en la Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías sobre el trámite a seguirse, sí hubo una conclusión:

Hasta tanto, se resuelve que la Superintendencia de Compañías puede dejar sin efecto la resolución de cancelación de la inscripción de las compañías sujetas a su control, bajo la consideración de que de esta forma se evita a los usuarios el tedioso y largo trámite judicial, advirtiendo que no se perjudica tampoco los intereses de terceros con dicha decisión administrativa⁹⁸.

Esta conclusión pone de manifiesto que la intención de los abogados de la Superintendencia es evitar que para hacer valer los derechos de los accionistas y/o acreedores insatisfechos que consten en el acta de carencia, estos tengan que pasar por un largo y tedioso trámite judicial y, que por el contrario, refleje que sí es posible otorgar justicia en instancia administrativa.

La Novena Convención de Abogados pidió en 1998 al Congreso Nacional que interprete de forma generalmente obligatoria este tema; no obstante, no hubo respuesta alguna por parte de la función legislativa, y hasta la presente fecha el problema subsiste. Por ello, existen criterios o consideraciones equívocas por parte de la autoridad, es más, se puede decir que cada Superintendente tiene su propio criterio sobre el tema, y que no existe una posición institucionalizada. Para evidenciar esta incertidumbre jurídica traeré a colación dos ejemplos que muestran el vaivén de las consideraciones de la autoridad.

2.2. Caso de inmobiliaria RECNU CIA. LTDA.

El primer caso, el 25 de octubre de 2006 la Primera Sala del anterior Tribunal Constitucional recibió un amparo constitucional presentado por las señoras Ofelia Atala Núñez y Berenice Recalde Cepeda, socias de la compañía, en contra del Superintendente de Compañías de Guayaquil⁹⁹.

⁹⁸ Gaceta Societaria No.20 (1998). Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías, Resolución No. 5.

⁹⁹ Tribunal Constitucional. Primera Sala del Tribunal Constitucional. Causa No. 0459-05-RA, resolución del 25 de octubre de 2006. Registro Oficial Suplemento 395 de 13 de noviembre de 2006.

El amparo impugnó la Resolución No. 99-2-2-1-0004324 del 6 de diciembre de 1999, que dispuso la cancelación de la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil de Guayaquil, por considerar que la resolución les priva de la calidad de socias de la Inmobiliaria Recnu Cía. Ltda., y que, por tanto, no pueden disponer del activo inmobiliario sobrevenido tras la cancelación, puesto que el liquidador designado por la Superintendencia no advirtió la existencia del activo de la compañía. Además, argumentaron que la resolución les impide:

Hacer uso de la justicia y prevalencia del derecho de propiedad, como medio de poder liquidar en la especie el activo inmueble no enajenado de la compañía, bajo el proceso de liquidación, conforme a la Ley de Compañías¹⁰⁰.

El amparo constitucional fue presentado después del pedido de las socias al Intendente de Compañías para dejar insubsistente la resolución No. 99-2-2-1-0004324 del 6 de diciembre de 1999 y para proceder a repartir el bien a los socios dentro del proceso de liquidación; el pedido tuvo como basamento, tanto en sede administrativa como en sede judicial, la resolución No.5 de la Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías y el oficio No. II.DJDK-04-1388 del 14 de junio de 2004 que transcribió el texto de la resolución No. 5 de la Novena Convención por el Director Jurídico de Disoluciones y Liquidación de la Superintendencia de Compañías; además, las socias subrayaron que la resolución tiene como fin evitar a los usuarios el largo y tedioso trámite judicial.

Además, como posición institucional a través del Procurador Judicial del Superintendente de Compañías, se arguyó que la resolución No.5 de la Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías no tiene carácter obligatorio y que fue derogada el 20 de noviembre de 2003 por la resolución No. 03-Q-IJ-006. Inclusive, el procurador señaló que:

En lo referente a la Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías realizada en el año de 1998 aproximadamente, éste es un congreso nacional de abogados funcionarios de la Superintendencia de Compañías, que plantean temas jurídico societarios, dudas y aclaraciones sobre procedimientos a

¹⁰⁰ *Ibidem*.

actuar y luego de las deliberaciones, se dicta determinadas resoluciones, pero que no tienen fuerza obligatoria¹⁰¹.

También, el Procurador de la Superintendencia señaló que si bien la resolución no es obligatoria, en ella se establece el trámite a seguir cuando aparecen activos sobrevenidos de una compañía cancelada. En este sentido indicó que:

La compañía al haber perdido su personalidad jurídica, sale del control de la Superintendencia de Compañías y deben hacer valer sus derechos, en referencia a los ex accionistas o ex participantes, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2046 del Código Civil¹⁰².

Es decir, que se deben seguir las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos.

De igual forma, el Procurador de la Superintendencia de Compañías con relación a la insubsistencia de la resolución sostuvo que:

Para obtener lo que corresponde en derecho, no procedía la vía del amparo constitucional y solamente los magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo (SIC) tienen la capacidad y competencia de anular los actos administrativos en firme y ejecutoriados, mediante la acción de lesividad establecida en el artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo¹⁰³.

Finalmente, la Primera Sala del Tribunal Constitucional decidió negar el amparo constitucional, ya que el objeto de la acción fue dejar insubsistente la resolución No. 99-2-2-1-0004324 del 6 de diciembre de 1999; así, los magistrados concluyeron que no son jueces de legalidad, pero sí de constitucionalidad, además que el acto administrativo impugnado data de 1999, por tanto, se ha perdido la cualidad de inminencia que caracteriza al amparo, ya que el amparo se presentó aproximadamente siete años después.

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ibidem.*

2.3. Resolución No. 07.SC.Q.IJ.004 del Superintendente de Compañías del Ecuador Francisco Arellano Raffo

En julio de 2007 el Superintendente de Compañías Francisco Arellano Raffo mediante resolución No. 07.SC.Q.IJ.004 dejó sin efecto el acto administrativo que ordenó la cancelación de la inscripción registral de varias compañías, entre ellas la de Constructora Paconsa S.A.

La resolución No. 07.SC.Q.IJ.004 se fundamentó esencialmente en la obligatoriedad de llevar a cabo el proceso de liquidación como requisito *sine qua non* para ordenar la cancelación de la inscripción de una compañía, así, el quinto considerando de mencionada resolución señala que:

Que el derecho de los socios o accionistas sobre el remanente del haber social nace y está amparado por la Ley y el Contrato Social; y, se hace exigible en el proceso de liquidación, una vez satisfechas las obligaciones de la compañía¹⁰⁴.

En otras palabras, sin que exista la etapa de liquidación no se debería ordenar la cancelación de una compañía, ya que se perjudicaría a accionistas, socios y acreedores.

También, el Superintendente señala que se acudiría a los jueces de lo civil solo si el liquidador designado no pudiere repartir entre los accionistas el remanente del haber social; al respecto, el sexto considerando indica que “el artículo 398 de la Ley de Compañías se remite al artículo 2019 del Código Civil, en el caso en que el liquidador no haya podido repartir entre los socios el remanente social para que un juez de lo civil tramite su partición”¹⁰⁵.

Finalmente, por mandato de los artículos 414 y 433 de la Ley de Compañías, el Superintendente resolvió dejar sin efecto la resolución que ordenó las cancelaciones de las

¹⁰⁴ Superintendencia de Compañías. Resolución No. 07.SC.Q.IJ.004 de 19 de Julio de 2007, emitida por Francisco Arrellano Raffo.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

compañías cuando aparece que ellas han tenido bienes inmuebles, incluso si dicha resolución se encuentra inscrita y ha causado estado.¹⁰⁶.

2.4. Caso de CONSTRUCTORA PACONSA S.A.

En segundo caso, la compañía Constructora Paconsa S.A., fue cancelada en septiembre de 2005, sin embargo, posterior a la cancelación aparece un activo inmobiliario no liquidado, por ello el representante legal de la compañía solicitó a la Superintendencia de Compañías que se deje sin efecto la resolución No.05.Q.IJ.2533 que ordenó la cancelación de la inscripción de Constructora Paconsa S.A., con el fin de volver al estado de liquidación para liquidar el bien inmueble y repartir a los accionistas.

En junio de 2008 la Directora Jurídica de Disolución y Liquidación de Compañías mediante resolución No.08.Q.IJ. 1789 dejó sin efecto el acto administrativo que ordenó la cancelación de la inscripción. Esta resolución se fundamentaba en la resolución 07.SC.Q.IJ.004 del 19 de julio de 2007, es decir, en la resolución del Superintendente de Compañías de la época de Francisco Arellano Raffo.

Los casos observados reflejan que no existe una posición unívoca por parte de la Superintendencia de Compañías cuando aparecen activos inmobiliarios sobrevenidos a la cancelación de una compañía, sobre todo, que al producirse un cambio de Superintendente de Compañías se produce un cambio de criterio, por ello este problema jurídico se debe resolver teóricamente, puesto que hasta la presente fecha no existe una respuesta en la legislación.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Capítulo III

3. Conclusiones

- I. Un acto administrativo sí se puede recurrir en sede administrativa mientras se haga dentro del plazo permitido por la ley. En el caso en concreto, la impugnación deberá presentarse en el término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución que se impugna¹⁰⁷ y, de esta manera, el Superintendente de Compañías podrá revocar la resolución que ordena cancelar la inscripción de la compañía. Fuera de este plazo legal los administrados deberán hacer valer sus derechos en la vía judicial contenciosa administrativa mediante un recurso de plena jurisdicción de conformidad con los términos que impone la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sin embargo, esta solución es parcial, puesto que no resuelve el problema jurídico planteado, que es conocer si le alcanza al Superintendente de Compañías la potestad para revocar la resolución que ordena la cancelación de una compañía cuando aparece que ella ha tenido activos sobrevenidos y que dicha resolución ha causado estado y está inscrita.

- II. Si no se cumple con la máxima prescrita por la ley en el procedimiento de liquidación, es decir, que la compañía resuelva todas sus relaciones jurídicas con terceros, que no exista continuidad de la compañía por el patrimonio y que, finalmente, no exista el vínculo asociativo que liga a sus accionistas, entonces, queda propensa a desvirtuarse la presunción *iuris tantum* o presunción de legitimidad que reviste a los actos administrativos.
- III. En tal virtud, si se inscribe en el Registro Mercantil la resolución que ordena la cancelación de la compañía, y los accionistas o acreedores demuestran de forma

107 Reglamento Para Impugnación De Resolución Superintendencia Compañías

evidente y protuberante una liquidación incompleta, entonces, la presunción de legitimidad del que se reviste el acto administrativo de gravamen queda desvirtuada y, como corolario, no solo los afectados pueden reclamar, sino que la propia Superintendencia de Compañías puede revisar de oficio su acto administrativo y revocarlo si comprueba que está mal hecho, por ser un acto de gravamen. Por lo tanto, la compañía retiene su personalidad jurídica y no se extingue.

Si es que se desvirtúa la presunción de legitimidad que reviste al acto administrativo que ordena la cancelación de una compañía, entonces la compañía, lejos de estar muerta jurídicamente, mantiene su personalidad jurídica, aun con la inscripción de la cancelación. Esto es de capital importancia, ya que nos indica que el Superintendente de Compañías puede revocar el acto que ha causado estado y que está inscrito por ser de gravamen. Esto, ya que el acto administrativo que ordena la cancelación de la inscripción de la compañía es un acto de gravamen o desfavorable y, por lo mismo, resultan libremente revocables

La resolución del Superintendente de Compañías que ordena la cancelación de la inscripción de una compañía se enmarca en los llamados actos de gravamen y, en consecuencia, es revocable en cualquier momento a partir de que causa estado, incluso si está inscrito en el Registro Mercantil, ya que en este acto no se plasma un derecho subjetivo sino, por el contrario, impone al administrado obligación u orden.

- IV. El acto administrativo de gravamen que ha causado estado y está inscrito en el Registro Mercantil, solo podrá ser revocado si se desvirtúa la presunción de legitimidad que reviste al acto administrativo que ordena la cancelación de la compañía, es decir, si se desvirtúa la presunción de legitimidad, la compañía mantendría la personalidad jurídica y no se la consideraría jurídicamente muerta.
- V. Aun después de la cancelación, subsiste la sociedad como centro residual de imputación, en tanto no se agoten total y absolutamente las relaciones jurídicas de las

que sea titular, esto siempre que se desvirtuó la presunción de legitimidad del acto administrativo que ordena la cancelación de una compañía.

- VI. La cancelación registral no subsana una liquidación incompleta, porque los asientos del Registro Mercantil no tienen efecto constitutivo y, esto queda más que demostrado, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la inscripción en el Registro Mercantil de la cancelación del contrato de compañía tiene efecto declarativo, esto en virtud de los artículos 5 y 7 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 162 del 31 de marzo de 2010.

Así, el Legislador concede eficacia declarativa a la cancelación registral de las compañías, con esto advertimos que los asientos del Registro Mercantil tienen como objetivo la publicidad.

- VII. Si bien, el artículo 388 de la ley de la materia responsabiliza al liquidador por negligencia o fraude en el desempeño de sus funciones, en el evento de una liquidación incompleta la culpa sobre él no soluciona la inseguridad jurídica por la que pasan los afectados, además que existen compañías que han sido canceladas sin que exista un liquidador.
- VIII. Es en este punto en el que se junta la teoría societaria con la administrativa; por un lado, la propia doctrina societaria establece que existe una presunción de legitimidad de que se liquidó bien, esto en virtud del acto administrativo que ordenó la cancelación de la inscripción de una compañía; por otro lado, la doctrina administrativa permite desvirtuar el acto demostrando que no se liquidó bien, lo que significa que la personalidad jurídica de la compañía se mantiene, pero se debe desvirtuar la presunción de legitimidad.

- IX. En tal virtud, no es apropiado que la autoridad mande a los afectados a hacer valer sus derechos, concernientes a la pretensión de volver al procedimiento de liquidación para realizar el activo a la jurisdicción ordinaria o, peor aún, a la justicia contenciosa administrativa con la acción de lesividad, previo a la declaratoria de lesividad, puesto que la idea de lesividad no corre, ya que el acto administrativo que ordena la cancelación de una compañía es de gravamen.
- X. Por lo precedente, en nuestro ordenamiento jurídico quedan sin basamento legal las corrientes formalista, constitutiva y cuasicontrato de comunidad, puesto que la compañía estará cancelada y perdería la personalidad jurídica en la medida que no se desvirtúe la presunción de legitimidad que reviste al acto administrativo que ordena la cancelación de la compañía, pero si se desvirtúa, por existir una liquidación incompleta, la compañía mantendría la personalidad jurídica y estas teorías civilistas quedarían sin basamento.
- XI. La sucesión, en estricto sentido, es la transmisión del patrimonio de una persona que ha fallecido a una o varias personas vivas, ya sea por la voluntad del causante o por mandato expreso de la ley¹⁰⁸. En el primer caso, se refiere a una sucesión testamentaria; mientras que en el otro, a una sucesión intestada o abintestato. En este último caso, es por mandato legal que el Legislador ha prescrito reglas para interpretar la voluntad del causante al distribuir el patrimonio a sus seres queridos y, por eso, las reglas o hipótesis sobre el tema están expresamente prescritas en la ley por el Legislador.
- XII. Por ello, no se puede realizar una ficción legal en la que se asemeje la muerte de una persona natural a la muerte de una persona jurídica, porque no existe previsión legal expresa que ordene realizar esa ficción, solo se puede suceder por la voluntad del causante o por el mandato de la ley, ya que donde no se distingue al Legislador,

¹⁰⁸ *Vid. Supra* nota 8 y 9.

tampoco se distingue al intérprete, así que no se puede aplicar la teoría de la ficción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

- XIII. Finalmente, y en virtud de las doce conclusiones precedentes, sostengo que al Superintendente de Compañías sí le alcanza la potestad para revocar la resolución que ordena la cancelación de la inscripción de una compañía, cuando aparece que esta ha tenido activo sobrevenido e incluso si dicha resolución está inscrita en el Registro Mercantil y ha causado estado. Esta potestad se debe a que el acto administrativo que ordena cancelar la inscripción de una compañía es un acto de gravamen.

4. Bibliografía

- Alexandri, A, et al. (1993). *Tratado de los Derechos Reales*. Bienes. Editorial jurídica de Chile: Santiago de Chile.
- Borda, G. (1999). *Tratado de Derecho Civil. Parte General I*. Buenos Aires: Perrot.
- Bossano, G. (1983). *Manual de Derecho Sucesorio*. 5ta ed. Tomo I. Quito: Editorial Voluntad.
- Cabanellas, G. (2013). *Disolución y Liquidación de Sociedades*. Primera edición. Buenos Aires: Heliasta.
- Cassagne, J. (1985). *Derecho Administrativo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cervantes, D. (2008). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Rodhas.
- Cevallos, V. (2013). *Nuevo Compendio de Derecho Societario, Tomo III*. Segunda edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Entrena, R. (1974). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- García, E. Fernández T. (2013). *Curso de derecho administrativo I*. Decimosexta Edición. Navarra: Civitas.
- Gordillo, A. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Flores, G. (1975). *La Compañía Anónima en el Ecuador*. Quito: Lexigrama.
- Lacruz, J. (1976). *Derecho de Sucesiones*. Parte General. Barcelona: Bosch. 1976
- Larrea, J. (2005). *Manual Elemental de Derecho Civil*. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito.
- Macagno, Ariel (2004). “La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital” *Revista de las Sociedades y Concursos*, Buenos Aires: Ad Hoc
- Morales, M. (2011). *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Cep.
- Parraguez, L. (2014). *Guía para el curso de derecho sucesorio*. Quito.
- Peña, L. (2009). *De las Sociedades Comerciales*. Quinta edición. Bogotá: Temis.

Pérez, E. (2009). *Manual de derecho administrativo*. Quito: Cep.

Pulgar, J. (1998) *La Cancelación Registral de las Sociedades de Capital*. Madrid: McGrawHill.

Ramírez, Carlos. (2001) *Curso de Derecho Societario*. Volumen II. Loja: Talleres Gráficos de la U.T.P.L.

Solar, C. (1979). *De la Sucesión por Causa de Muerte*. Editorial Jurídica Chile: Santiago de Chile.

Vodanovic, A (1974). *Los Bienes y los Derechos Reales*. Editorial Nascimento: Santiago de Chile.

Bibliografía electrónica

Bataller, J. Las Diferentes Teorías Sobre Las Sobre La Reactivación De Sociedades De Capital. <http://vlex.com/vid/diferentes-teorias-reactivacion-capital-330515> (acceso:3-8-2015).

Carrancho, M. Adquisición de la Personalidad Jurídica. Id. vLex: VLEX-278971 <http://vlex.com/vid/adquisicion-personalidad-juridica-278971> (acceso: 31/7/2015).

Redondo, F. La Sociedad Extinguida ante el Proceso. https://ficheros-2015.s3.amazonaws.com/05/21/Im_1_3_570638074_in1_412_431.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1438356876&Signature=4YaImlIB%2Bkl75IjhJHBZx8DkS28%3D (acceso:31/7/2015).

Normas:

Código Civil. Registro Oficial suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva. Artículos 97 y 168. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Gaceta Societaria No.20 (1998). Novena Convención de Abogados de la Superintendencia de Compañías, Resolución No. 5.

Ley de Compañías. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999. Última reforma 12 de septiembre de 2014.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

Reglamento para la Impugnación de Resolución Superintendencia Compañías. Registro Oficial No. 694 de 2 de mayo de 2012.

Registro Oficial No. 349, viernes 15 de diciembre de 1993, la Ley de Modernización del Estado

Registro Oficial Suplemento No. 162 de 31 de marzo de 2010, Ley del Sistema del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Superintendencia de Compañías. Resolución No. 07.SC.Q.IJ.004 de 19 de julio de 2007, emitida por Francisco Arrellano Raffo.

Superintendencia de Compañías. Resolución No.08.Q.IJ. 1789 de 17 de junio de 2008, emitida por la Directora Jurídica de Disolución y Liquidación de Compañías.

Jurisprudencia:

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15. Número 464/2013, de 18 de diciembre de 2013.

Audiencia Provincial de Valencia. Sección 6. Número de recurso 424/2013, de 5 de noviembre de 2013.

Audiencia Provincial de Valencia. Sección 7. Número de recurso 732/2011, de 27 de abril de 2012.

Tribunal Constitucional. Primera Sala del Tribunal Constitucional. Causa No. 0459-05-RA, resolución del 25 de octubre de 2006. Registro Oficial Suplemento 395 de 13 de noviembre de 2006.

Tribunal Supremo de España. Sala Primera. Sección 1. No. 220/2013, de 20 de marzo de 2013.

Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sección 1. Número de recurso 736/2008, de 27 de diciembre de 2011.

Tesis de Grado:

Ortiz, J. *Posibilidad jurídica de Reactivación de Compañías Anónimas cuya inscripción ha sido cancelada en el Registro Mercantil*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2010.