

5

La reforma del Estatuto Arbitral y la normatividad expresa de la cláusula compromisoria en el derecho societario

Sobre el autor

Juan Pablo Liévano

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Cuenta con una Maestría en Administración de Empresas de la American University y con una Maestría en Derecho Internacional de Negocios de la misma universidad. Es también especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes y en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario. Tiene un Diplomado en Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad de la Sabana. Cursó materias de la especialización de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Javeriana.



Gracias a su ejercicio profesional, cuenta con amplia experiencia como asesor legal en el campo del derecho civil, comercial, contratos mercantiles nacionales e internacionales, corporativo, fusiones, adquisiciones y liquidaciones, tributario, cambiario, inversión extranjera, de la propiedad intelectual y de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Ha sido abogado interno y gerente jurídico de varias empresas nacionales con inversión nacional y extranjera y ha brindado asesoría jurídica a empresas nacionales y extranjeras con negocios en Colombia en el ejercicio de su práctica profesional como abogado.

También ha participado como asesor y/o miembro de varias Juntas Directivas de varias empresas nacionales, entre ellas, Banco Finandina S.A., Seissa S.A., la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., Motorysa S.A., Técnicas Baltim de Colombia S.A. y Howden RE Corredores de Reaseguros S.A. Adicionalmente, ha sido columnista en varios periódicos locales y nacionales.

Recientemente se desempeñó como Superintendente de Sociedades de la República de Colombia y actualmente se desempeña como asesor de inversiones.

A manera de introducción

En las últimas dos legislaturas han cursado sendos proyectos de ley⁶⁸ pretendiendo reformar el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, contenido en la Ley 1563 de 2012. Dichos proyectos de ley abordan temas diversos, en su mayoría procesales y administrativos, que seguramente pretenden, de muy buena fe, dar claridad a los mismos. No obstante, desde el punto de vista personal, tanto la Ley 1563 de 2012, como los proyectos de ley, en los intentos de reforma, toman una postura rígida y procesalista del arbitraje, en perjuicio de su real propósito de resolver conflictos de manera flexible, primando la libertad para escoger, sin tanto vericuetos o formalismo, el foro de resolución de conflictos, sus aspectos operativos e incluso procesales y, por supuesto, las materias susceptibles de ser sustraídas del conocimiento de los jueces de la república.

Como Superintendente de Sociedades, para mí era muy importante aprovechar la oportunidad, en esos proyectos de ley, para incluir un artículo específico que solucionara o pusiera punto final a ciertos aspectos de la justicia arbitral en el ámbito societario, referidas a la cláusula arbitral, específicamente su competencia y alcance, e inclusive, para que se incluyera a otros actores que no estaban obligados al compromiso establecido en los estatutos sociales.

De hecho, a principios de mi administración en 2018, y considerando que la cláusula arbitral es, en sí misma, un bien social que agrega valor a la sociedad, en conjunto con la Doctora Yolima Prada, en un artículo para la revista ARBITRIO del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, identificamos los mayores problemas de aplicación de la cláusula compromisoria en el ámbito societario. Así, nos referimos a cuatro aspectos generales que para algunos aun generan controversia, pero que a nuestro juicio se encuentran resueltos, ya sea por la jurisprudencia o por la interpretación integral que debe

⁶⁸ Proyectos de Ley 006-2019 y 009-2021, ambos del Senado y de iniciativa del Gobierno nacional.

hacerse de la ley. Estos aspectos son los siguientes: (i) el alcance de la cláusula compromisoria respecto de su vinculación a socios futuros, (ii) la extensión de la cláusula compromisoria a todas las controversias societarias, (iii) la posibilidad de modificación de la cláusula compromisoria con las mayorías previstas y, (iv) la cobertura de la cláusula compromisoria frente a la impugnación de las decisiones sociales.

Respecto a la vinculación de socios futuros, no hay que decir cosa distinta a que la cláusula compromisoria, contenida en los estatutos sociales, obliga a todos los socios futuros, sin que esto pueda ser refutable. Pensar en contrario sería del todo alejado del sentido común, el tráfico mercantil y la generación de valor para la sociedad. De hecho, en un Foro de Arbitraje Societario realizado por la Superintendencia de Sociedades en el segundo semestre de 2020, a propósito de la cláusula compromisoria, al Profesor Yves Derains⁶⁹ le pareció bastante insólito que aun tuviéramos en Colombia discusiones sobre los socios futuros. Específicamente mencionó que, desde 1912, en otras latitudes, el asunto había sido totalmente superado. Claramente, lo que conviene al derecho y al tráfico mercantil es precisamente obligar a los socios futuros a todo lo pactado en los estatutos sociales, incluyendo la cláusula compromisoria, por el simple hecho de convertirse en socio, a pesar de la necesidad de proteger sus derechos individuales de acceso al juez y escogencia del foro de resolución, porque precisamente esta decisión, una vez tomada por los socios primigenios, pertenece a la sociedad.

Con relación a qué tipo de controversias deberían poder ser incluidas en la cláusula compromisoria y la posibilidad de incluir la impugnación de las decisiones sociales, de suyo, entendiendo la necesidad de un único foro de resolución de conflictos, todas las controversias societarias deben poder ser excluidas de la competencia de los jueces de la república, siempre y cuando, por supuesto, así se haya pactado, existiendo una solución ya

⁶⁹ La experiencia y trayectoria del Profesor Yves Derains se encuentra en el siguiente link de su oficina profesional: <http://www.derainsgharavi.com/es/lawyers/yves-derains-2/>.

zanjada respecto a la impugnación, no solo para las sociedades por acciones simplificadas, sino también para todos los tipos sociales. Serán además los árbitros, en desarrollo del principio “*competence-competence*”, quienes deberán analizar lo pactado para darse su propia competencia.

Frente a la posibilidad de modificación de la cláusula compromisoria, el asunto debe ser resuelto por el régimen de mayorías en el seno del máximo órgano social, pues es a la sociedad a quien le pertenece dicha estipulación, su inclusión, supresión o modificación. Una sociedad comercial debe poder resolver asuntos del foro de resolución de disputas con una simple operación aritmética de política de mayorías dentro del máximo órgano social. Por supuesto, no se trata de violentar derechos individuales. Por ello, en principio, la sujeción a una cláusula compromisoria requiere de mecanismos expresos de adhesión a ella, sean estos la rúbrica en un documento o el hecho de hacerse socio o la sola decisión de la asamblea con las mayorías establecidas. Así, una vez los socios, actuales e incluso futuros, se han desprendido de ese, su derecho de escogencia del foro de resolución de conflictos, o han entrado en el maravilloso mundo del comercio a través de una sociedad, ese derecho pasa a ser un bien social sujeto a las mayorías estatutarias para su inclusión, supresión o modificación. Importa mucho más para el derecho el bien mayor de generación de valor y riqueza para el bienestar común de todos los ciudadanos, que la supuesta protección irracional y pétrea de los derechos individuales en el ámbito mercantil. Cabe aclarar, sin embargo, que el legislador nacional, específicamente para las sociedades por acciones simplificadas, introdujo la unanimidad como requisito para el establecimiento de la cláusula compromisoria y sus modificaciones, algo que a mí juicio es inadecuado desde el punto de vista mercantil y de la generación de valor.

La importancia de la sociedad, el tráfico mercantil y la solución de conflictos societarios

Desde el punto de vista del orden público económico en sentido material, contar con una justicia rápida y eficaz en la resolución de conflictos societarios es fundamental, pues contribuye a la competitividad, productividad y perdurabilidad de las sociedades y sus empresas. De hecho, no hay duda alguna de que el comercio mueve al mundo. El ánimo de lucro, bien concebido, en la producción e intercambio de bienes y servicios, agrega valor, genera riqueza y crea prosperidad para todos. Y es la sociedad comercial la figura primigenia y protagónica del tráfico mercantil, la que, con sus órganos e instituciones de gobierno y control, hace posible la aglutinación de esfuerzos de capital y *“know-how”*, y genera las dinámicas y el marco normativo para que la empresa social tenga instancias de gobierno y control. Incluso, la sociedad comercial hace posible escalar los negocios para alcanzar verdaderas sinergias y valores agregados con economías de escala e, igualmente, el crecimiento permanente de la empresa social y su capital. Es de interés de Estado, y del orden público económico, garantizar que existan las condiciones para que florezcan las empresas a través de las sociedades mercantiles.

No obstante, para que todo esto sea posible, se requiere contar con reglas claras, especialmente con un foro único y exclusivo de resolución de conflictos que ponga punto final, de manera rápida y eficaz, a cualquier disputa que nazca de la relación societaria, no solo entre los socios, o de la sociedad con estos, sino también con los administradores, e incluso con la revisoría fiscal, como órgano independiente de control y parte fundamental del ente social. También, cada uno de los órganos o componentes sociales, sea el de propiedad, el de administración o el de control, así como los socios, deben actuar dentro de su esfera de derechos y deberes, conforme se establece en los estatutos y la ley.

Los administradores deben, en términos generales, gestionar los negocios sociales en desarrollo del objeto social. Ellos son las personas a las que se les confía una “bolsa de activos” para su manejo y crecimiento. Los socios deben, sin olvidar su interés personal legítimo, y por supuesto el ejercicio de sus derechos políticos y económicos, actuar de

buena fe y con lealtad con sus consocios y la sociedad, como parte del negocio jurídico complejo y contractual societario, pues su ejercicio desviado podría acarrear perjuicios a la sociedad o a sus consocios, lo que conlleva un deber correlativo de reparación.

Los revisores fiscales deben cumplir con sus deberes profesionales y son, en últimas, los fieles de la balanza, pues su labor implica una garantía de cumplimiento de la ley, los estatutos y las normas contables en interés de los socios y terceros. De hecho, cuando el revisor fiscal no hace adecuadamente su trabajo, y no comunica las irregularidades, sean estas por culpa o a sabiendas, también se presenta una falla en la estructura de gobierno que genera desconfianza a los usuarios de la información, particularmente a los socios.

Así, cuando se incumplen las funciones o los deberes profesionales por parte de los revisores fiscales o los administradores, o se violan los estatutos o la ley por parte de estos últimos, sin que den cuenta o no desplieguen la diligencia debida los primeros, se fractura la confianza, se deja de actuar de buena fe, sin la lealtad, diligencia y cuidado que se exige a un buen hombre de negocios y, por lo tanto, no se actúa en el mejor interés de la sociedad.

Igualmente, cuando los socios abusan de la mayoría o de la minoría, o cuando no se ejerce el voto en interés de la compañía, o lo ejercen con el interés de causar perjuicios a la compañía o a los socios, o para obtener ventaja injustificada, o se ejerce y ello resulta en un perjuicio para la compañía o los socios, también hay una fractura de la confianza, de la buena fe necesaria para llevar a cabo los negocios sociales.

En todos estos casos, se debe contar con un foro único, exclusivo y atrayente de resolución de conflictos, que incluya a todos aquellos involucrados con el ente social, su administración y control, es decir, a todos los actores del reparto societario, según lo establezcan los estatutos, en tanto los conflictos de tipo societario son, por lo general, de carácter plurilateral, de manera que todos los involucrados acudan de manera obligatoria y

excluyente al foro de resolución para su pronta y eficaz solución, en procura de obtener una paz social que contribuya a una adecuada llevanza de los negocios sociales, generando valor y perdurabilidad.

De hecho, las conductas de los administradores o de los revisores fiscales, en violación a los estatutos o la ley, o la de los socios, abusando de los derechos de voto, confluyen en muchos casos y no se podrían analizar de manera separada. En este sentido, las acciones que se puedan interponer deben confluir en un único y excluyente foro y, por ello, es menester que la ley posibilite la inclusión de los administradores y la revisoría fiscal de manera cuasiautomática, a la obligatoriedad de una cláusula compromisoria.

El artículo propuesto

Dicho todo lo anterior, y dada la importancia de tener un solo estadio o foro de resolución de disputas, atrayente y exclusivo, se hacía necesaria la inclusión en el proyecto de ley, de un artículo que solucionara las interpretaciones y habilitara de manera general y completa, la posibilidad de someter a arbitraje todas las disputas de tipo societario, al igual que los diferentes actores u órganos del ente.

Así las cosas, en mi condición de Superintendente de Sociedades y en compañía de los doctores Jorge Pinzón, Juan Pablo Cárdenas, Esteban Jaramillo, Francisco Ochoa, Delegado de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia, Mónica Tovar, Asesora del Despacho del Superintendente, y Juanita López, Viceministra de Promoción de la Justicia, entre otros, en una reunión de concertación, tomando como base una propuesta de redacción, resultado de las mesas de trabajo promovidas por la Superintendencia de

Sociedades⁷⁰, se construyó el siguiente texto⁷¹, el cual se incluyó como un Parágrafo 2 del Artículo 1 del Proyecto de Ley 009-2021 Senado, así:

“Parágrafo 2. Todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad entre los asociados, la sociedad, los administradores y el revisor fiscal, podrán someterse a decisión arbitral en virtud de una cláusula compromisoria o un compromiso o al conocimiento de amigables componedores. Cuando el pacto arbitral o de amigable composición se incluya en los estatutos sociales, el mismo vinculará a los asociados actuales y futuros. Igualmente, incluirá a los administradores y al revisor fiscal si así se pacta expresamente en los estatutos.

Una vez consignado en los estatutos, bien sea a partir de la constitución de la sociedad o de la aprobación de la reforma correspondiente, se entenderá que dicho pacto arbitral o de amigable composición incluye todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad, salvo estipulación expresa en contrario.

La inclusión supresión o modificación de un pacto arbitral o de amigable composición en los estatutos sociales requerirá el voto favorable de un número plural de socios que represente por lo menos el setenta y ocho por ciento (78%) del capital suscrito en el caso de sociedades por acciones, o de las cuotas sociales o partes de interés en las demás sociedades. Cuando la inclusión, supresión o modificación del pacto en los

70 La Superintendencia de Sociedades promovió en el año 2019, dentro del marco de la conmemoración de sus 80 años y la realización del Foro “Instituciones jurídicas en el siglo XXI para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables”, 5 mesas de trabajo con la participación de más de 100 expertos, donde se discutieron temas referentes al régimen general de sociedades (responsabilidad de los administradores, protección de los accionistas minoritarios, supervisión estatal, liquidaciones voluntarias, entre otros temas) y el de insolvencia empresarial, con textos propuestos por la Superintendencia, teniendo como insumo trabajos anteriores de la Entidad. Uno de los textos resultado de ese trabajo fue, precisamente, la cláusula compromisoria en el ámbito societario.

71 También se incluyó en el texto de ponencia de segundo debate del Proyecto de Ley 006-19 Senado, el cual se hundió, pues no avanzó en su trámite legislativo.

estatutos sociales afecte a los administradores, al revisor fiscal, o a los accionistas sin derecho de voto se requerirá su consentimiento para que dicha decisión les sea oponible.

No obstante lo anterior, los asociados ausentes o disidentes no quedarán vinculados por la modificación, inclusión o supresión del pacto arbitral en lo que se refiere a las controversias que dichos asociados hayan planteado por escrito a su contraparte, judicial o extrajudicialmente, con copia a la sociedad, con anterioridad a la aprobación de la modificación, inclusión o supresión, o cuando lo hagan de la misma forma dentro de los dos (2) meses siguientes a la inscripción de la respectiva reforma estatutaria en el registro mercantil. Cuando al proceso que se adelante como consecuencia de la controversia planteada deban ser citadas otras personas como litisconsortes necesarios, los mismos no podrán invocar la modificación, inclusión o supresión del pacto.

Nótese cómo esta redacción⁷² específica, propuesta por esta comisión accidental, soluciona o da claridad a los temas discutidos e identificados anteriormente y no soslaya de manera antijurídica e irracional los derechos de los asociados y las distintas partes involucradas, dándole a la sociedad un acceso fácil y flexible a los métodos alternativos de solución de conflictos en tribunales de arbitramento, facilitando el tráfico mercantil y el tránsito pacífico para la empresa social, por la consecuente posibilidad de resolución de conflictos que la afecten en un foro único.

En primer lugar, se incluyen todas las diferencias societarias, en la formación, en el funcionamiento y en la terminación del negocio jurídico de sociedad, salvo estipulación expresa en contrario. En segundo lugar, incluye a todos los actores, es decir, a todo el

⁷² La redacción acá analizada excluye el siguiente y último párrafo del párrafo, pues simplemente, a mi juicio, se presentó una repetición involuntaria: “Una vez consignado en los estatutos, se entenderá que dicho pacto arbitral o de amigable composición incluye todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad, salvo estipulación expresa en contrario”.

reparto social. Quedan así incluidos, por ley, los administradores⁷³, los asociados, el revisor fiscal y la sociedad⁷⁴. En tercer lugar, si se incluye el compromiso en los estatutos, el mismo debe ser obligatorio para todos los socios, actuales o futuros. Igualmente, si se consigna de manera expresa, sería también aplicable a los administradores y al revisor fiscal, quienes con la aceptación de su cargo se verían atados al compromiso⁷⁵. En cuarto lugar, se incluye una supra mayoría del 78% de las acciones, cuotas o partes de interés con un número plural de socios⁷⁶, para la modificación de la cláusula compromisoria en cualquier tipo societario⁷⁷, entendiéndose, por supuesto, salvo que los estatutos dispongan una mayoría superior. En quinto lugar, conforme sería posible la modificación, supresión o inclusión de dicha estipulación, el texto aclara que aquellos a quienes se les modifican condiciones de su relación legal, que no han tenido posibilidad de oponerse, sea porque no son socios o no tienen derecho a voto, solamente les sea oponible la modificación, supresión o inclusión, si así lo aceptan expresamente. Finalmente, el texto también da solución a la situación de los socios ausentes o disidentes, bajo el entendido de que solamente estarían vinculados por situaciones, futuras o pasadas, sobre las cuales no hayan planteado controversia antes de la aprobación de la modificación, supresión o inclusión o, incluso, dentro de los dos meses siguientes al registro del acta en la que se haya aprobado la modificación, supresión o inclusión, en el registro mercantil⁷⁸.

Cabe aclarar que el Artículo 37 del Proyecto de Ley 009-2021 Senado, modifica de manera expresa el Artículo 41 de la Ley 1258 de 2008, excluyendo la referencia al artículo 40 de la misma ley, por lo que se elimina la unanimidad como requisito para la modificación de la

73 En esta inclusión debe entenderse, y no habría necesidad de aclaración, que se trata de administradores de derecho y no de hecho.

74 Se consideró importante incluir a todos los actores del concierto societario. La discusión giró sobre la necesidad de incluir a los administradores y la revisoría fiscal, lo cual fue resuelto de manera positiva.

75 Como parte de la posibilidad de incluir a los administradores y al revisor fiscal, también se consideró la necesidad del aspecto volitivo y la referencia expresa a los administradores y el revisor fiscal en los estatutos, lo cual haría extensivo a ellos el compromiso, por estar señalado expresamente.

76 Para las sociedades con un único accionista, simplemente existiría unanimidad y no sería necesaria la pluralidad. Este número o supra mayoría del 78% no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual se optó por el mismo.

77 Se consideró importante tener una supra mayoría y unificarla a todas las sociedades, incluidas las sociedades por acciones simplificadas.

78 Se consideró importante tener opciones respecto a conflictos donde aún no estaría presentada la demanda y la posibilidad de optar por la solución procesal anterior a la modificación, supresión o inclusión, como garantía de los derechos del accionista y su debido proceso.

cláusula compromisoria en las sociedades por acciones simplificadas, sometiéndose estas a la mayoría general de los otros tipos societarios del número plural de socios con el 78%⁷⁹, como lo contempla el Proyecto de Ley 009-2021 Senado.

A manera de conclusión

Son ingentes los esfuerzos realizados por los comerciantes desde los tiempos antiguos para generar riqueza y valor. Estructurar y realizar proyectos comerciales siempre fue un reto. Embarcarse en empresas riesgosas, la ruta de la seda o la exploración de los confines de la tierra, atrayendo capital con el deseo de obtener ganancias, nunca fue fácil. Llevar dichas empresas a buen puerto, tampoco. Afortunadamente, el derecho evolucionó de tal manera, que se concibió la sociedad comercial, tal como la conocemos en nuestros días. Una ficción jurídica que crea un ente con personería jurídica, con independencia de los socios y con la capacidad de tener derechos y obligaciones y, sobre todo, en palabras simples, para poder contratar por su cuenta y riesgo.

A buena hora, si aún permanecían dudas de lo que era susceptible al compromiso en materia societaria, u otras vicisitudes o interpretaciones al respecto, y tampoco estaban incluidos todos aquellos quienes debían estar incluidos en la posibilidad de pactar un compromiso, el Proyecto de Ley 009-2021 Senado resuelve y pone punto final a todos estos asuntos. La norma parte de la tesis de que la cláusula compromisoria pertenece a la sociedad y le da valor a la misma. Igualmente respeta, de una manera adecuada y flexible, en beneficio de la sociedad, los derechos de aquellos quienes pueden disponer del acceso al foro de resolución de disputas, sean estos los socios, el revisor fiscal, los administradores o la misma sociedad.

Respecto al tránsito de legislación, en particular para las sociedades por acciones simplificadas, solamente aquellas que tengan expresamente la mención en los estatutos a

⁷⁹ Siempre y cuando se cuente con una pluralidad de socios en la sociedad.

una mayoría superior, o la unanimidad, para la inclusión, modificación o supresión de la cláusula compromisoria, les aplicará dicha mayoría, por lo que, *a contrario sensu*, la norma general de orden público, en silencio de los estatutos, será la de la mayoría del 78% de un número plural de socios.

Finalmente, reitero que la redacción incluida en el Proyecto de Ley 009-2021 Senado soluciona de raíz cualquier atisbo de duda o controversia sobre los puntos planteados, referentes al compromiso en materia societaria y, además, incluye a todos los actores del entorno societario, quienes deben estar atados al compromiso estatutario, como son los administradores y el revisor fiscal. Todo esto, sin duda alguna, contribuirá a tener mayor claridad en la resolución de los conflictos societarios y el uso de los métodos alternativos de solución de conflictos, en procura de sociedades más competitivas, productivas y perdurables. Confiemos en que el proyecto de ley vea la luz al final del túnel, convirtiéndose prontamente en ley de la República.