



**CENTRO DE
CONCILIACIÓN
Y ARBITRAJE**



LECCIONES DE ARBITRAJE EN DERECHO SOCIETARIO



2021

ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Superintendente de Sociedades (e)

FRANCISCO OCHOA LIÉVANO

Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles

SEBASTIÁN BERNAL GARATIVO

Director Centro de Conciliación y Arbitraje

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

Presidente Comité Colombiano de Arbitraje

Diseño y diagramación

Grupo de Comunicaciones Superintendencia de Sociedades

Superintendencia de Sociedades Derechos Reservados ®

2021

Prólogo

En nombre de la Superintendencia de Sociedades, como Delegado de Procedimientos Mercantiles, quiero compartir nuestro beneplácito por la conclusión de esta iniciativa académica, nacida en el seno del Centro de Conciliación y de Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades en asocio con el Comité Colombiano de Arbitraje.

El arbitraje en Colombia viene logrando importantes avances en temas comerciales y de contratación administrativa que muestran cada vez más su liderazgo en la región tanto desde el punto de vista académico como legislativo.

De estos avances, los más importantes han venido de los árbitros y abogados que laboran ante los tribunales arbitrales, impulsando con su dedicación y estudio este mecanismo de solución de conflictos que, adicionalmente, no ha sido ajeno a las importantes disputas en aspectos de carácter societario.

De este equipo de personalidades, hemos invitado a algunos de sus expositores más reconocidos en el país, para que nos presenten aspectos esenciales del arbitraje societario, teniendo en cuenta que la sociedad es un ente con peculiaridades muy específicas, extrañas a los demás contratos. Por ello, encontraremos en este libro estudios profundos sobre asuntos que han tenido gran debate en la jurisprudencia y doctrina nacionales que demuestran que los socios no se limitan a celebrar un contrato o acto jurídico unipersonal,

sino que dan vida a una institución independiente, la cual pretende su propio bienestar, más allá de los intereses particulares de sus socios, los que, aunque relevantes, deben ceder ante los intereses de la sociedad, al menos en la mayoría de los casos, y, en no pocas ocasiones, se ven enfrentamientos entre los socios con su creación y, muchas veces, de esta o aquellos con sus administradores.

Precisamente, respecto de estos últimos, nacen grandes dificultades a la hora de analizar la cláusula compromisoria y la vinculación de terceros que no forman parte del contrato social, pero que se someten a él en su labor diaria. También aparecen dificultades a la hora de enfrentar el principio de habilitación del arbitraje con el principio de mayorías del derecho societario, asunto de gran relevancia y pocos acuerdos académicos y jurisdiccionales. Estos son tan solo algunos de los problemas que queremos plantear a los lectores de esta obra, esperando que sea de la mayor utilidad para todos.

REFLEXIONES

Francisco Ochoa Liévano

Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles

Superintendencia de Sociedades

Índice

- 1. La cláusula compromisoria en el contrato de sociedad frente a ausentes y disidentes**
Luis Eduardo Arellano Pg. 7

- 2. La extensión del Pacto Arbitral en materia de sociedades, la desestimación de la personalidad jurídica y el arbitraje**
Juan Pablo Cárdenas Pg. 48

- 3. Conflictos en Fusiones y Adquisiciones**
Felipe Cuberos Pg. 103

- 4. Reflexiones sobre la naturaleza de los arbitrajes con participación de sucursales de sociedades extranjeras**
Nicolás Gamboa Pg. 133

- 5. La reforma del Estatuto Arbitral y la normatividad expresa de la cláusula compromisoria en el Derecho Societario**
Juan Pablo Liévano Pg. 158

6. Arbitraje y pólizas de responsabilidad de directores y administradores

Maximiliano Londoño Pg. 170

7. De la nulidad y la responsabilidad como mecanismos para disciplinar administradores y socios (y algunas inquietudes a que da lugar la cláusula compromisoria estatutaria)

Sergio Michelsen y Fernando Alfredo Castillo Pg. 206

1

La cláusula compromisoria en el contrato de sociedad frente a ausentes y disidentes

Sobre el autor

Luis Eduardo Arellano

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especializado en derecho comercial en la Universidad de Los Andes, en derecho societario y probatorio en la Universidad San Buenaventura, en derecho administrativo en la Pontificia Universidad Bolivariana, superintendente de sociedades(e), superintendente delegado de inspección, vigilancia y control y superintendente delegado de procedimientos mercantiles (e) de la Superintendencia de Sociedades, director jurídico y director del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, profesor universitario de derecho societario en posgrados en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Pontificia Universidad Javeriana, Sergio Arboleda, Icesi y Andes. Arbitro activo de la Cámara de Comercio de Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla, entre otras. Actualmente socio fundador de Arellano Jaramillo & Abogados SAS.



Resumen

El presente trabajo analiza si la cláusula compromisoria en el contrato de sociedad, cuando es modificada por mayoría de votos en una asamblea de accionistas o junta de socios, cobija o no a los ausentes y a los disidentes.

La postura inicial mantenida hasta el año 2012 por parte de la Superintendencia de Sociedades era que la cláusula compromisoria recibía el mismo tratamiento de cualquier

otra cláusula de los estatutos sociales, y por ello, si se modificaba por la mayoría de votos requerida para las reformas estatutarias, dicha modificación sí obligaba a ausentes y disidentes. No obstante, lo anterior, en el presente escrito se evidencia cómo fue el cambio de criterio, para que hoy se sostenga y aplique la tesis contraria en el sentido de que las modificaciones de la cláusula compromisoria en el contrato de sociedad solo se extienden a quienes votan expresamente a favor de las mismas, y no a quienes votan en contra o no se adhieran expresamente a dichas modificaciones.

También se analiza el tema de si los adquirentes de acciones o cuotas en una sociedad, en donde existe cláusula compromisoria, quedan o no cobijados por la misma, examinando la tesis vigente de la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de que sí se les extienden los efectos de la cláusula compromisoria.

Palabras clave: cláusula compromisoria, contrato de sociedad, mayoría de votos, asamblea de accionistas, obligatoriedad, ausentes, disidentes, habilitación, autonomía del pacto arbitral.

Planteamiento del problema a resolver

La cuestión a resolver es si la cláusula compromisoria, que es modificada por mayoría de votos en una asamblea de accionistas o junta de socios, cobija a los disidentes y a los ausentes.

Podríamos decir que este tema era relativamente pacífico hasta el año 2012. Por lo menos es evidente que tradicionalmente en Colombia, la tesis mayoritaria o más comúnmente aceptada, ha sostenido que la cláusula compromisoria que es introducida o modificada por

mayoría de votos en una asamblea general de accionistas o junta de socios, se extiende también a los ausentes y disidentes, siempre y cuando la reforma estatutaria haya sido válidamente tomada conforme a los artículos 158¹, y 188² del Código de Comercio (1971).

No obstante, debe reconocerse que la tesis anterior no ha sido pacífica en otros países. Es decir, en otras legislaciones, la cláusula compromisoria que es modificada por mayoría de votos en una asamblea de accionistas o junta de socios, no cubre a los ausentes y disidentes, salvo que sea aprobada por unanimidad de todos los socios, no solamente de los presentes, porque la sumisión al arbitraje siempre es voluntaria.

Revisaremos a continuación el camino recorrido en nuestro país, respecto del punto en estudio, analizando la doctrina y la jurisprudencia existente hasta el momento sobre el particular.

También nos referiremos a la tesis vigente de la Superintendencia de Sociedades en punto a que los adquirentes de acciones o cuotas de una sociedad en donde existe la cláusula compromisoria, quedan obligados por la misma.

1 Artículo 158 Código de Comercio (1971): "Toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma. Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos".

2 Artículo 188 Código de Comercio (1971): "Reunida la junta de socios o asamblea general como se prevé en el artículo 186, las decisiones que se adopten con el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aun a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos. PAR. El carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social".

Evolución jurisprudencial

Sentencia C-014 del 2010 Corte Constitucional

En esta sentencia, la H. Corte Constitucional (2010), sostuvo:

En el régimen de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio no se estipula una mayoría calificada o un requisito agravado para incorporar en los estatutos la cláusula compromisoria. Esto permite que una mayoría coyuntural o precaria, en perjuicio de los demás socios, pueda pactarla, incluirla en los estatutos, y hacerla obligatoria para todos los socios. De ahí que la Corte, en la sentencia C-378/08, haya considerado que la cautela introducida por el legislador en el artículo 194 del Código de Comercio, para que la impugnación de las decisiones de asamblea o junta de socios se tramite ante los jueces, aun si hay cláusula compromisoria, es constitucionalmente válida.

En cambio, para las SAS el legislador previó una cautela igualmente eficaz, pero distinta. En el artículo 41 de la Ley 1258 se estableció que la cláusula compromisoria solo puede ser incluida o modificada en los estatutos mediante la determinación de los titulares del ciento por ciento de las acciones suscritas. De esta manera, si hay un solo titular, por pequeña que sea su participación, que no quiere incluir la cláusula compromisoria en los estatutos, ésta no podrá ser incluida. Y como el artículo 40 prevé que se acudirá a decisión arbitral sólo si así se pacta en los estatutos, los cuales reflejarán la voluntad de los accionistas, no existe riesgo alguno de que se acuda a decisión arbitral en contra de la voluntad de alguno de ellos. Por su parte, las personas con ánimo de vincularse a la SAS con posterioridad a la aprobación del documento privado en el que constan los estatutos, habrán de evaluar con detenimiento si la existencia de cláusula compromisoria en ellos es razón suficiente para abstenerse de entrar a la sociedad, o si lo consideran componente positivo de los mismos, o si les es un elemento indiferente. En

cualquier caso, existe el elemento de voluntariedad que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido como inherente a la justicia arbitral. Esta posibilidad de expresar la voluntad habilitante no existe en el régimen del Código de Comercio, y ello introduce una diferencia sustancial entre las dos categorías societarias que justifica la diferenciación de trato procesal.

La diferencia en el proceso de incorporación de la cláusula compromisoria en los estatutos –diferencia que se corresponde con la muy distinta naturaleza y filosofía de las SAS en comparación con las demás sociedades comerciales-, plantea también una diferencia en el grado de protección a los accionistas, que justifica constitucionalmente la diferencia de trato. (Corte Constitucional, 2010, p. 42).

Para la Corte Constitucional, en las Sociedades por Acciones Simplificadas SAS se requiere unanimidad de todos los accionistas para incluir la cláusula compromisoria lo cual emana claramente de la ley³. En punto a las sociedades tradicionales reguladas en el Código de Comercio, como la anónima, la limitada, por ejemplo, la H. Corte Constitucional reconoce que la cláusula compromisoria puede implementarse, reformarse o eliminarse por mayoría.

Pasemos a analizar la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema en estudio.

Caso Rudy Kerckhaert vs. Metal Tek S.A.

Primera Instancia

³ Artículos 40 y 41 de la Ley 1258 del 2008.

La sentencia que vamos a analizar y que marcó un hito importante fue la producida por el superintendente delegado de procedimientos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades el 7 de junio de 2012 en el caso de Rudy Kerckhaert contra Metal Tek S.A.

Lo que dio origen a la demanda es que en una asamblea de accionistas, por la mayoría exigida en la ley y en los estatutos⁴, se modificó una cláusula compromisoria, eliminándose la posibilidad de un arbitraje internacional y cambiándose la sede de los arbitrajes a Bogotá. El demandante, que era un extranjero, votó en contra de la decisión, y cuando impugnó la decisión de la asamblea, sostuvo en la demanda que la cláusula compromisoria es independiente del contrato de sociedad, y, en consecuencia, no sigue las reglas de modificación de los estatutos sociales. Señaló que la eliminación o modificación de la cláusula compromisoria debía adoptarse por unanimidad, pues de lo contrario resultaría inoponible a los ausentes o disidentes. Con fundamento en lo anterior, en la demanda se pretendió la nulidad de la decisión de la asamblea de accionistas.

La Superintendencia de Sociedades (2012) en una sentencia, a mi juicio acertada, sostuvo que las decisiones sociales tomadas con las mayorías requeridas tenían carácter general y obligaban a los ausentes y disidentes. Recalcó que los estatutos sociales eran obligatorios para los accionistas y también para los administradores. De paso evidenció la diferencia entre nulidad e inoponibilidad, sosteniendo que en la primera el acto se extingue para las partes y los terceros, mientras que en la inoponibilidad el acto es válido entre las partes, pero no produce efectos frente a terceros. Se preguntó la Superintendencia de Sociedades cuál es la mayoría requerida para eliminar la cláusula compromisoria, concluyendo que el máximo órgano social, dentro de la autonomía de su voluntad, podía suprimir la cláusula compromisoria. Para la entidad de supervisión, la cláusula compromisoria forma parte de

⁴ Los estatutos no exigían unanimidad ni mayoría especial para modificar la cláusula compromisoria.

los estatutos, y como tal se elimina o reforma con las mayorías requeridas en los estatutos.

En esta sentencia, la Superintendencia de Sociedades (2012) señaló:

Por consiguiente, al haberse adoptado la reforma del artículo 58 de los estatutos sociales con el porcentaje del 96.5226878% de las acciones representadas válidamente en la reunión celebrada el día 18 de agosto del 2011, dicha decisión es válida y se encuentra ajustada a las exigencias del contrato social; ello por cuanto, se hace evidente de la decisión cuestionada que lo tratado fue una reforma estatutaria, para lo cual no se requería la unanimidad pretendida. (pp. 15-16).

No se accedió a las pretensiones de nulidad con el anterior argumento, y tampoco a la de inoponibilidad porque la decisión del máximo órgano social tenía carácter general y cobijaba también al demandante.

Para la Superintendencia de Sociedades, la reforma o eliminación de la cláusula compromisoria aprobada por mayoría, no es inoponible pues tiene carácter general no particular, en tanto la decisión afecta a todos. Por consiguiente, la Superintendencia de Sociedades negó la pretensión de nulidad, y además sostuvo que el voto en contra de la decisión por parte de un accionista minoritario no la hace inoponible a ese accionista porque es una decisión de carácter general.

Segunda Instancia

La sentencia proferida por la Superintendencia de Sociedades el 12 de junio del 2012 fue apelada y, en segunda instancia, en un fallo que abrió un nuevo camino, a mi juicio equivocado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión, mediante sentencia del 5 de diciembre de 2012, revocó la decisión de la Superintendencia

de Sociedades y anuló la decisión tomada por la asamblea de accionistas de Metal Tek S.A. en la cual se modificó la cláusula compromisoria estatutaria, porque la decisión no se adoptó por unanimidad. Señaló el Tribunal que la decisión del máximo órgano social, al no contar con el voto de todos los asociados excedió los límites del contrato social de conformidad con el artículo 190 del Código de Comercio⁵, y en consecuencia era absolutamente nula. Se sostiene la tesis en el sentido que la reforma o extinción de la cláusula compromisoria plasmada en los estatutos de una sociedad no se hace por mayoría sino por todos los accionistas; la cláusula compromisoria como contrato autónomo que es, debe estar avalado por todos quienes intervienen en él. El fundamento de la sentencia adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, al exigir la unanimidad de todos los accionistas, es porque la cláusula compromisoria no es parte de los estatutos, pues es autónoma respecto del contrato que la contiene.

Concluyó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (2012):

La cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por la voluntad de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron.⁶(p. 8)

⁵ Artículo 190 del Código de Comercio: “Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes”.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá invocó la doctrina nacional sostenida por el profesor Néstor Humberto Martínez Neira en la primera edición de su obra (como se citó en sentencia del 5 de diciembre, 2012), así:

Por ello constituye un verdadero yerro jurídico la popular afirmación según la cual, en materia de sociedades, la cláusula compromisoria puede o no constar en los estatutos sociales, pero, constando en ellos, se modifica, deroga o establece siguiendo las reglas generales relativas a las reformas estatutarias. Tal aserto se lleva por la calle de en medio la autonomía de la cláusula arbitral y desconoce ontológicamente el concepto del contrato de sociedad y de sus reformas. (p. 9)

Con todo, el El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (2012) sostuvo:

4. Así las cosas –contrario a lo considerado por el sentenciador de primera instancia– aflora de por sí que la reforma del artículo 58 de los estatutos de la sociedad Metal Tek, atinente a eliminar la cláusula compromisoria respecto a un Tribunal de Arbitramento de carácter internacional, no podía efectuarse con el voto favorable de los socios que representen la mayoría de las acciones tal como se hizo, toda vez que conforme a los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales anotados al inicio de estos considerandos ello solo era posible con el consentimiento unánime de todos los accionistas.

5. En consecuencia, claro resulta que la decisión de la Asamblea General objeto del *sub lite* no fue adoptada por unanimidad de los socios, pues es asunto pacífico entre las partes que Rudy Kerckhaert, accionista de la sociedad demandada, disintió sobre el particular, por ende, dicha reforma adoptada por mayoría, protocolizada mediante escritura pública y registrada en la Cámara de Comercio adolece de

nulidad, no contó con el consentimiento de todos los asociados y, por contera, excedió los límites del contrato social (art. 190 del C. de Co.).

Y si bien el actor no firmó la escritura constitutiva del pacto social, sí adquirió su porcentaje cuando estaba vigente la cláusula compromisoria respecto al Tribunal Internacional de Arbitramento, que fue, -según se afirma- una razón determinante para constituirse en inversionista, luego, variar tal aspecto sin lugar a dudas contraría su voluntad. (pp. 10-11)

Criterio de la Doctrina: Doctor Néstor Humberto Martínez Neira

Vale la pena extendernos en el criterio del doctor Martínez Neira (2020), quien sostiene en otros apartes de la primera edición de su obra *Cátedra Sociedades Régimen Comercial y Bursátil*:

A partir de esta digresión, la doctrina registral española llegó a afirmar que el convenio arbitral es un contrato al que las partes deben prestar su voluntad inequívoca y que inclusive el pacto arbitral no puede vincular a futuros socios de una sociedad que no la han pactado. Tamaña tesis condujo en su momento a que las reformas legislativas en España contemplaran expresamente que las cláusulas compromisorias vincularan, no solo a los accionistas actuales sino a los socios futuros. Sin embargo, la autoridad registral mediante providencia RDGRN del 19 de febrero de 1998, revaluó su tesis original y manifestó que el pacto arbitral societario rige también para los socios futuros, al señalar que “los Estatutos, en cuanto conjunto de reglas llamadas a regir la organización y el funcionamiento de la sociedad, tienen su origen en la voluntad unilateral o plurilateral de los fundadores que son los llamados a integrar su contenido en la propia escritura de constitución” y si el contrato arbitral se integra “en los propios Estatutos para la solución de las

controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla para-estatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo puedan ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones, asesorías, el régimen de separación y tantas otras que en la medida que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos”. Finalmente, el Tribunal Supremo español en Sentencia del 18 de abril de 1998, manifestó: “(...) un pacto compromisorio extrasocial o no inscrito vinculará tan solo a los contratantes y sus herederos (...) Si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros.”

Continúa:

b. La modificación o derogatoria de la cláusula compromisoria no constituye una reforma social.

Dicho lo anterior, debemos afirmar que a la cláusula compromisoria no le son aplicables los medios de reforma y extinción del contrato social, toda vez que al ser un negocio jurídico autónomo y privado, no puede ser modificado ni extinguido por la voluntad de una mayoría social, sino por la unanimidad de las partes que lo han celebrado o adherido. No se trata de una característica de las sociedades por acciones simplificadas, como lo señaló impropiaamente la Corte Constitucional en su Sentencia C-014 de 2010. Si bien en las SAS existe norma expresa que establece que la cláusula compromisoria puede ser incluida o modificada “mediante determinación de los titulares del ciento por ciento (100%) de las acciones suscritas”, por esta vía no puede llegarse a la conclusión que respecto de los demás tipos societarios se puede derogar la jurisdicción ordinaria al conjunto de los socios, por decisión de la mayoría.

Las reformas societarias se gobiernan, como todo contrato colectivo, por el principio de las mayorías y surten efectos respecto de los socios ausentes o disidentes desde cuando se convienen o aprueban por dichas mayorías (art. 158, Código de Comercio), como desarrollo de la naturaleza colectiva del contrato social y de los acuerdos societarios. Pero ello no se aplica respecto de la cláusula compromisoria, contrato autónomo que se rige por el principio de la relatividad de los negocios jurídicos.

Es que, valga decirlo, una reforma estatutaria no es cualquier modificación a los convenios del acto constitutivo. Como lo tiene por bien sabido la doctrina, la reforma es la modificación que los socios, reunidos en asamblea o junta general de socios, introducen a las reglas que determinan sus relaciones societarias o con terceros.

Pero no es una reforma social cualquier modificación a la escritura de constitución, como ocurre con aquellas enmiendas que constituyen una ejecución del contrato de sociedad. Es lo que ocurre, por ejemplo, con cualquier cambio de los gerentes de las sociedades que aparecen en la escritura de constitución, pero que –como lo advierte el artículo 163 del Código de Comercio- “no se considerará como reforma, sino como desarrollo o ejecución del contrato.”

Tampoco pueden reputarse reformas estatutarias aquellas enmiendas de contratos que constan en el acto constitutivo de una sociedad, pero que son autónomas del contrato de sociedad, como los cambios que se introduzcan a la cláusula compromisoria.

Como consecuencia de su autonomía, el pacto arbitral no se rige por las leyes del contrato de sociedad y, por ende, su modificación no se gobierna por las reglas de las reformas estatutarias: “Según lo dicho, el contrato de arbitraje es autónomo, no accesorio, en un sentido sustancial, al contrato fuente de las obligaciones litigiosos. También se dijo que tiene contenido y efectos en buena parte procesales. Por estas razones, el contrato de arbitraje no es un acto de comercio accesorio, y sin serlo no puede aplicársele el derecho comercial vía artículo 21 del Código de Comercio. Por consiguiente, en materia sustancial solo le es aplicable el Código Civil y, en materia procesal, las normas que específicamente regulan el arbitraje” (Díaz, 2005, p762).

Prosigue:

Así las cosas, el poder que les asiste a los asociados para reformar el contrato de sociedad por las mayorías se limita a la modificación de las reglas mismas del acuerdo societario, dentro del ámbito de las normas que regulan dicha relación específica, no pudiendo extenderse a otros negocios jurídicos.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Supremo Español estableció en el año 2007 que en una cláusula compromisoria introducida o ampliada por acuerdo de la mayoría de socios no vinculaba, a los disidentes. Lo que llevó a que en el año 2011 se reformara nuevamente la ley de arbitraje en España, para consagrar positivamente el principio de mayorías en estas materias, de conformidad con el cual los socios ausentes o disidentes quedan obligados por los convenios de arbitraje que se adopten por dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divide el capital social. Esta clase de normas que rompen el principio de la relatividad del negocio jurídico, no existen entre nosotros hasta la fecha.

De todo lo anterior se concluye que la resciliación del pacto arbitral no puede constituir en Colombia una reforma estatutaria y su derogatoria convencional debe ser expresa por todas las partes de una cláusula compromisoria. En otras palabras, resulta grosero apelar al derecho de sociedades para que unas mayorías deroguen respecto de todas las partes los efectos de una cláusula compromisoria.

(...) Por ello constituye un verdadero yerro jurídico la popular afirmación según la cual, en materia de sociedades, la cláusula compromisoria puede o no constar en los estatutos sociales, pero constando en ellos se modifica, deroga o establece siguiendo las reglas generales relativas a las reformas estatutarias. Tal aserto se lleva por la calle de en medio la autonomía de la cláusula arbitral y desconoce ontológicamente el concepto del contrato de sociedad y de sus reformas, según ha quedado expuesto.

Este criterio, que hemos propuesto en las varias ediciones de nuestra obra, ha llevado a que en la actualidad se tramite en el Congreso de la República un proyecto de ley según el cual la supresión, inclusión o modificación de la cláusula compromisoria, pueda efectuarse con el voto del 78% de los socios, lo que en nuestro entender constituye un desafío a la teoría del contrato, una afrenta a la autonomía del pacto arbitral y una propuesta de dudosa confección desde el punto de vista constitucional, porque afecta el principio del juez natural, sin el consentimiento de todos los asociados, a quienes les sería oponible la decisión, así no hayan participado de ella o hayan votado en contra. (pp.779 - 783)

Efectos del fallo del Tribunal Superior de Bogotá (sentencia del 5 de diciembre del 2012)

La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 5 de diciembre de 2012, tuvo unas consecuencias, a mi juicio, adversas para el arbitraje societario, entre las que cabe resaltar las siguientes:

1. Como consecuencia del principio de autonomía del pacto arbitral, este debe ser consentido expresamente por todos quienes sean parte de él. En mi criterio se entendió mal el principio de la autonomía del pacto arbitral, pues lo que éste busca es que se pueda invalidar un contrato sin invalidar el pacto arbitral.

2. El pacto arbitral no puede reformarse por medio de votación en una asamblea de accionistas o junta de socios porque no es una disposición estatutaria.

3. Sin embargo, el Tribunal dispuso que la cláusula debía reformarse mediante decisión unánime de los accionistas: “eliminar la cláusula compromisoria (...) solo era posible con el consentimiento unánime de todos los accionistas” (p.10). La cláusula compromisoria no la modifica el máximo órgano social sino las partes, entonces en la práctica es por unanimidad de todos los asociados de una sociedad.

4. Lo criticable es que realmente el pacto arbitral no es ajeno al contrato social y por ello no debería escapar a las reglas societarias. El pacto arbitral simplemente se refiere a la forma en la que los socios reclaman los derechos ante los demás asociados y ante la sociedad. La ley colombiana apoya esta tesis.

En efecto, el artículo 40 de la ley 1258 del 2008, estipula: “(...) las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores (...) podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos”.

Como puede observarse la ley no exige el consentimiento de la sociedad para que quede vinculada por el pacto arbitral.

La misma ley que rige a las sociedades por acciones simplificadas, estipula en su artículo 41 que la inclusión o modificación de la cláusula compromisoria requiere el ciento por ciento de las acciones suscritas, lo que significa que se modifica mediante decisión de la asamblea sin que se exija la voluntad de la sociedad.

5. Si el pacto arbitral es un contrato autónomo, las decisiones tomadas al respecto en una reunión de socios o accionistas deben entonces tomarse, no como la manifestación de un órgano social, sino como manifestaciones individuales respecto de un pacto arbitral.

6. Muchas de las sociedades colombianas que incluyen pacto arbitral en el contrato social (salvo las Sociedades por Acciones Simplificadas para las que se exige unanimidad) se encuentran en una situación en la que:

6.1. Solamente algunos de los socios están vinculados por el pacto arbitral.

Una misma controversia se ventilará simultáneamente ante la jurisdicción ordinaria y la arbitral, dependiendo si los nuevos socios suscribieron la cláusula

compromisoria, afectando el derecho de defensa, el debido proceso, la igualdad ante la ley, el acceso a la administración de justicia y generando inseguridad jurídica.

6.2. Unos socios están vinculados por un pacto arbitral y otros por un pacto arbitral distinto (en los casos en los que haya sido modificado).

7. Probablemente la sociedad no es parte del pacto arbitral para resolver disputas con los socios, pues la sociedad no manifestó su consentimiento en uno de los dos escenarios en los que el pacto arbitral se suele convenir:

7.1. La sociedad no concurre a constituirse.

7.2. La sociedad no manifiesta su consentimiento sobre el pacto arbitral en las reuniones de la asamblea de accionistas o junta de socios, lo que significa que no ha manifestado su consentimiento, por medio de sus órganos de representación, para obligarse en un contrato autónomo y ajeno al contrato social, cuyo objeto es acudir al arbitraje.

Posición de la Superintendencia de Sociedades hasta el 2018

Sin duda, la consecuencia más grave fue que la Superintendencia de Sociedades, se vio en la necesidad de cambiar su criterio inicial. Y no podría ser de otra manera teniendo en cuenta que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, es su superior funcional. Es decir que esta entidad modificó su criterio para respetar las directrices de su superior jerárquico, el Tribunal Superior de Bogotá. Examinaremos a continuación algunos ejemplos.

**Superintendencia de Sociedades. Proceso Verbal No. 2013-8010096 de Maria Isabel Vélez
Mendoza vs. Mendoza Alvarado y Cia Ltda. En Liquidación**

En providencia No. 801-018280 del 29 de octubre del 2013, la Superintendencia de Sociedades siguió la línea del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 5 de diciembre de 2012, en donde se sostuvo que “la cláusula compromisoria (...) como convenio que es, debe estar avalado por todas las personas que en él intervienen” (p. 7). En aquella oportunidad, consideró el Tribunal Superior de Bogotá (2012) que:

La cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por voluntad de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron. (p. 8)

La Superintendencia de Sociedades se apoyó también en la sentencia de la Corte Constitucional C-163 de 1999 en donde se indicó: “(...) el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar” (pp. 12-13). Y concluye la Superintendencia: “por consiguiente, la habilitación de los árbitros por parte de todos y cada uno de los contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral” (p. 174).

En este fallo, la Superintendencia de Sociedades, además de la sentencia anteriormente referida, cita otras sentencias de la Corte Constitucional como las sentencias C-242 de 1997, C-1140 del 2000, C-1038 del 2002 y C-330 del 2012.

En la sentencia SU-74 de 2007, la Corte Constitucional expresó que:

El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma. (p. 65)

La Superintendencia de Sociedades concluyó en este Auto (2013):

Así las cosas, el asunto materia del presente proceso no puede ventilarse ante un tribunal de arbitramento. En este sentido, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Constitucional, este Despacho ha considerado que los efectos vinculantes de la cláusula compromisoria dependen necesariamente de una manifestación expresa de voluntad en el sentido de acudir a la jurisdicción arbitral⁷. Así, pues, debe decirse que en el presente caso no existen pruebas de que Maria Isabel Velez Mendoza haya manifestado su consentimiento respecto a la inclusión de una cláusula compromisoria en el artículo 33 de los estatutos de la sociedad demandada. Es decir que, según los documentos

⁷ Cfr. Auto No. 801-007-329 del 3 de mayo de 2013 Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades, Francisco Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurday contra Sabajón Apolo S.A.

consultados por el Despacho, María Isabel Velez Mendoza nunca accedió a someterse a la jurisdicción arbitral para solucionar sus conflictos con Mendoza Alvarado y Cia. Ltda. En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia antes citada, no puede imponérsele a Maria Isabel Velez Mendoza la obligación de acudir a la justicia arbitral para resolver el conflicto objeto del presente proceso. (pp. 174-175)

Superintendencia de Sociedades. Proceso Verbal Sumario No. 2015-800-14 de María Victoria Solarte Daza vs. CSS Constructores S.A., Carlos Alberto Solarte Solarte y otros

En el presente caso se estudian sendos recursos de reposición presentados contra el auto admisorio de la demanda. Se trata de determinar si la cláusula compromisoria cobija a la demandante porque ella no se adhirió a la cláusula compromisoria.

Sostuvo la Superintendencia de Sociedades en Auto No. 800-10498 del 10 de agosto del 2015:

Los efectos vinculantes de una cláusula compromisoria dependen necesariamente de una manifestación expresa de voluntad en el sentido de acudir a la justicia arbitral”⁸. Es decir que en ningún caso será posible forzar a un asociado a acudir a ante esa jurisdicción especial, a menos que esa persona hubiere consentido expresamente en ello. (p. 2)

Esto se fundamenta en el principio de la habilitación y en la naturaleza de la cláusula compromisoria.

⁸ Auto No. 801-18280 del 29 de octubre de 2013 Superintendencia de Sociedades

El principio de habilitación es la manifestación positiva de voluntad por parte de las personas que pretendan resolver sus conflictos mediante el arbitraje. La habilitación es un acto voluntario y libre de los contratantes. La habilitación de la justicia arbitral no puede imponerse unilateralmente, debe ser libre y voluntaria.

Sostiene el Auto en estudio (2015):

a. Acerca del principio de habilitación.

La Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar la importancia del principio de habilitación como uno de los componentes esenciales de la jurisdicción arbitral⁹(Cf. Sentencia No. SU-74 de 2007) En verdad, según el criterio de la Corte, la posibilidad de acudir ante la justicia arbitral depende necesariamente de que medie la referida habilitación, vale decir, una manifestación positiva de voluntad por parte de las personas que pretendan resolver sus conflictos ante esa jurisdicción¹⁰. En palabras de la citada Corporación, “la habilitación de los árbitros por parte de todos y cada uno de los contratantes es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral” (Sentencia No. C-163 de 1999).

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha puntualizado también que, debido al carácter excepcional del arbitraje, la habilitación para acudir a esas instancias debe provenir de un “acto voluntario y libre de los contratantes”. Ello quiere decir, simplemente, que la habilitación de la justicia arbitral no puede provenir de imposiciones unilaterales de voluntad. Así, pues, “tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, al constituir una derogación excepcional del sistema estatal de administración de justicia, deben pactarse de manera libre y

⁹ En verdad, la Corte Constitucional ha realizado “la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral”, para luego concluir que “el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. (Cf. Sentencia No. SU-74 de 2007)

¹⁰ Es necesario tener en cuenta las sentencias C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-193 de 1999, C-1140 de 2000, C-1038 de 2002, y C-330 de 2012.

voluntaria, y no ser producto de la imposición unilateral de una de las partes” (Sentencia No. C-330 de 2012) En idéntico sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia No. C-1140 de 2000, en la que se afirmó lo siguiente: “Los tribunales arbitrales han de ser convenidos libremente por las personas que participan en la relación negocial, y no asignados por la más fuerte”.

Adicionalmente, la Corte ha precisado que la habilitación de la justicia arbitral requiere una manifestación de voluntad de carácter explícito. En los términos de la sentencia No. C-330 de 2012, “tanto la cláusula compromisoria como el compromiso son instituciones jurídicas derivadas de un acuerdo explícito, y que resultan del análisis de circunstancias jurídicas y económicas concretas que hacen recomendable recurrir a un tribunal arbitral”.

En síntesis, “pues, la habilitación requerida para que pueda recurrirse a la justicia arbitral debe producirse a través de una manifestación de voluntad libre y expresa, en el sentido de acogerse a esa especial jurisdicción.” (Sentencia SU-74 de 2007, pp. 2-3)

En cuanto a la naturaleza de la cláusula compromisoria, señala la providencia de la Superintendencia de Sociedades (2015) que este tipo de cláusula no está sujeta a las normas que regulan la constitución y el funcionamiento de las sociedades¹¹. La cláusula

¹¹ Como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el caso de la sociedad por acciones simplificada es diferente al de los tipos regulados en el Código de Comercio. Ello se debe a que, en la regulación de aquel tipo societario, la cláusula compromisoria sí recibe el tratamiento específico de una cláusula estatutaria, al tenor del artículo 41 de la Ley 1258 de 2008. De ahí que la Corte Constitucional hubiera considerado que, en las sociedades por acciones simplificadas, los efectos de la cláusula compromisoria deben extenderseles automáticamente a las personas que compren acciones de una compañía (cfr. Sentencia C-14 de 2010).

compromisoria no es accesoria al contrato de sociedad, sino un negocio jurídico autónomo. El pacto arbitral no se rige por las leyes del contrato de sociedad.

Mientras las reformas estatutarias se sujetan a las leyes de las mayorías, y obligan a ausentes y disidentes, la inclusión, modificación o supresión del pacto arbitral se sujeta al principio de habilitación, es decir, requiere unanimidad de todos los interesados en acudir a la justicia arbitral. Lo contrario significaría que se puede obligar al que votó en contra de la inclusión de una cláusula compromisoria a acudir al arbitraje en contra de su voluntad.

En el caso particular se confirmó el auto admisorio proferido por la Superintendencia de Sociedades porque la cláusula compromisoria en los estatutos de CSS Constructores S.A. no fue aceptada por la demandante María Victoria Solarte Daza. Ello se debe a que la demandante se hizo adjudicataria de acciones en un proceso sucesoral, sin que haya manifestado expresamente adherirse al pacto arbitral. Me permito transcribir la conclusión de la Superintendencia de Sociedades en esta providencia (2015):

A la luz de las consideraciones presentadas en los acápites precedentes, es necesario concluir que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos de CSS Constructores S.A. tan sólo puede surtir efectos respecto de los asociados que hubieren consentido expresamente en acudir a la justicia arbitral. En el presente caso, es claro entonces que María Victoria Solarte no puede estar cobijada por los efectos de la cláusula en cuestión. Ello se debe a que la señora Solarte –quien se hizo propietaria de acciones por virtud de la adjudicación que se produjo en un proceso sucesoral- nunca aceptó adherirse, en forma explícita, al pacto arbitral incluido en los estatutos de la compañía. De aceptarse una conclusión diferente, se atentaría gravemente en contra del principio de habilitación, debido a que la

demandante en este proceso quedaría excluida de la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria sin haber prestado su consentimiento para el efecto. (p. 4)

Superintendencia de Sociedades. Proceso Verbal No. 2015-800-165 de Arturo Escallón Lloreda y Andrés Escallón Salazar vs. El Zarzal S.A.

En sentencia No. 800-38, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades mantuvo su criterio así (2016): “La cláusula compromisoria no está sujeta a las normas que regulan la constitución y el funcionamiento de personas jurídicas societarias.” (p. 3)

Continúa:

(...) Si el pacto arbitral no constituye un elemento accesorio del contrato de sociedad, sería equivocado concluir que la cláusula compromisoria debe regirse por las normas que regulan el funcionamiento de personas jurídicas de naturaleza societaria”.

La anterior aclaración apunta a una diferencia esencial entre el régimen legal vigente para la aprobación de reformas estatutarias y aquél que regula la inclusión, modificación o supresión de cláusulas compromisorias en los estatutos sociales. Mientras que la reforma de los estatutos de una compañía está sujeta a las normas sobre la aprobación de determinaciones en el máximo órgano social, las decisiones atinentes al pacto arbitral deben ceñirse a los principios del arbitramento. Para el caso de las reformas estatutarias, todos los asociados –incluidos los que no asistan a la respectiva reunión o voten en contra de la decisión concerniente- quedan

vinculados por las modificaciones introducidas en los estatutos sociales¹². Por el contrario, la inclusión, modificación o supresión de una cláusula compromisoria requiere, en todos los casos, el consentimiento unánime de los sujetos interesados en acudir a la justicia arbitral. (p. 4)

Superintendencia de Sociedades. Proceso Verbal No. 2016-800-1 de Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp vs. Solla S.A.

En Auto 800-6687 del 2 de mayo del 2016, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades sostuvo entre otros puntos, lo siguiente:

Lo primero que debe decirse es que, como lo ha explicado esta entidad en numerosas providencias, ‘los efectos vinculantes de una cláusula compromisoria dependen necesariamente de una manifestación expresa de voluntad en el sentido de acudir a la justicia arbitral’. Es decir que en ningún caso será posible forzar a un asociado a acudir ante esa jurisdicción especial, a menos que tal sujeto hubiere consentido expresamente en ello. Esta postura, expuesta en detalle en el auto No. 800-1498 del 10 de agosto de 2015, encuentra fundamento tanto en el principio de habilitación arbitral que hace posible sustraerse de la jurisdicción ordinaria, como en la naturaleza de la cláusula compromisoria en los tipos societarios que contempla el Código de Comercio. (p. 2)

Prosigue:

(...) Podría pensarse, por ejemplo, en lo que ocurriría si una accionista de una sociedad anónima se opusiera a la propuesta de incluir una cláusula compromisoria

¹² Artículo 188 Código de Comercio.

en los estatutos sociales. De poder acogerse esa propuesta por mayoría absoluta, el asociado en comento quedaría obligado a acudir al arbitraje, a pesar de haber rechazado expresamente la posibilidad de acogerse a esa jurisdicción especial. Con ello se atentaría gravemente en contra del requisito constitucional imperativo de la habilitación, en la medida en que la decisión de recurrir a la justicia arbitral no habría provenido de una manifestación de voluntad libre y expresa, sino, más bien, de una imposición unilateral. (p. 3)

Continúa:

(...) En verdad, si la cláusula compromisoria no tiene el rango de una regla estatutaria en las sociedades anónimas, tampoco puede entenderse que quien adquiere la calidad de accionista en una compañía de esa naturaleza queda vinculado obligatoriamente al pacto arbitral incluido en la escritura pública en la que fueron vertidos los estatutos sociales. Por esta misma razón, el Despacho no puede aceptar los argumentos de Solla S.A. en el sentido de que “las demandantes son cesionarios o han subrogado a Llanos y Cia. S.C.S. y Llano Soto y Cia. S.C.S. en el contrato social, incluyendo, por supuesto, la cláusula compromisoria”. Ciertamente, como la cláusula compromisoria no es un elemento del contrato de sociedad anónima, es a todas luces improcedente invocar el mecanismo de habilitación especial a que alude el inciso segundo del artículo 5 de la Ley 1563 de 2012.

(...) En síntesis, pues, este Despacho no puede aceptar la idea de que, a partir del caso especialísimo de los terceros llamados en garantía, deba entenderse que las demandantes en este proceso quedaron cobijadas por la cláusula compromisoria a que hace referencia el apoderado de Solla S.A. (pp. 3-4)

Nótese cómo la postura de la Superintendencia de Sociedades es en el sentido de que los cesionarios de las acciones o cuotas sociales, no quedan subsumidos bajo los efectos de la cláusula arbitral, a menos que expresamente la acepten.

Superintendencia de Sociedades. Concepto Oficina Asesora Jurídica. Oficio 220-20029 del 11 de septiembre del 2017

En este oficio la entidad societaria (2017) sostuvo:

(...) De las disposiciones invocadas se desprende entre otros, que la cláusula compromisoria tiene carácter contractual, está fundada en la autonomía de las partes y, exige la voluntad o aceptación expresa de quienes se vinculen como accionistas con posterioridad a la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada o al perfeccionamiento de la reforma estatutaria en que aquella se incorporó; por lo tanto, no es posible aseverar que la adquisición de la condición de socio implique la automática adhesión a la mencionada cláusula, y que el nuevo socio se obligue a acudir a la justicia arbitral para la solución de los conflictos societarios en que se vea inmerso.

Esta circunstancia se predica de todos los nuevos socios, cualquiera que sea el negocio jurídico subyacente, e incluso del representante de las cuotas o acciones de la sucesión ilíquida, dado el carácter personalísimo de la decisión de renunciar al ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado y las particularidades de la comunidad universal que surge entre los herederos del accionista fallecido.

Sobre la diferencia del alcance que ostenta la cláusula compromisoria según el tipo societario de que se trate, ilustra el Oficio 2015-01-052954 del 26 de febrero de 2015, cuyos apartes viene al caso transcribir:

Cláusula compromisoria en las SAS y en el Código de Comercio

(...) Contrario a lo que se advierte en relación con los tipos societarios convencionales regulados por Código de Comercio, para los cuales no existe regla de orden legal que exija una mayoría decisoria especial distinta a la ordinaria para la inclusión o la modificación de la cláusula compromisoria, cuando se trate de la SAS es claro que una u otra determinación, requiere en todo caso de la aprobación unánime de los accionistas en los términos del artículo 41 de la Ley 1258 ya señalado.

Ahora, como bien señala en los antecedentes que sustentan la consulta, es relevante la apreciación que la H. Corte Constitucional efectuó en la Sentencia C-014 de 2010, a propósito de lo cual manifestó:

“En el artículo 41 de la Ley 1258 se estableció que la cláusula compromisoria sólo puede ser incluida o modificada en los estatutos mediante la determinación de los titulares del ciento por ciento de las acciones suscritas. De esta manera, si hay uno solo titular, por pequeña que sea su participación, que no quiere incluir la cláusula compromisoria en los estatutos, ésta no podrá ser incluida. Y como el artículo 40 prevé que se acudirá a decisión arbitral solo si así se pacta en los estatutos, los cuales reflejarán la voluntad de los accionistas, no existe riesgo alguno de que se acuda a decisión arbitral en contra de la voluntad de alguno de ellos. Por su parte, las personas con ánimo de vincularse a la SAS con posterioridad a la aprobación del documento privado en que constan los estatutos, habrán de evaluar con detenimiento si la existencia de la cláusula compromisoria en ellos es razón suficiente para abstenerse de entrar a la sociedad, o si lo consideran componente positivo de

los mismos, o si les es un elemento indiferente. En cualquier caso, existe el elemento de voluntariedad que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido como inherente a la justicia arbitral. Esta posibilidad de expresar la voluntad habilitante no existe en el régimen del Código de Comercio.”

(...)De lo expuesto anteriormente es dable concluir a juicio de este Despacho que cuando un tercero adquiere acciones de una sociedad SAS, en virtud del contrato celebrado con uno de sus accionistas, incondicionalmente se adhiere al marco regulatorio de la misma, esto es, a los estatutos sociales, dentro de los cuales puede encontrarse la cláusula compromisoria, por lo que es preciso como advierte la jurisprudencia mencionada que quien adquiera a cualquier título acciones, evalúe previamente si está dispuesto a aceptar o no la citada cláusula y en caso negativo, se abstenga de ingresar como accionista o socio de la sociedad, atendiendo que la Jurisprudencia ha señalado el elemento de voluntariedad como inherente a la justicia arbitral.

Ahora, en el evento que cuando el tercero ingrese a la sociedad, los estatutos sociales no consagren la cláusula arbitral y su voluntad sea no acudir a dicha justicia “basta con su voto negativo en la asamblea respectiva para impedir que se incluya”, conforme indica la sentencia citada, pues como se repite, es claro que tratándose de este tipo societario, es requisito para la inclusión o modificación de la cláusula señalada, la determinación del 100% de las acciones suscritas (artículo 41 de la Ley 1258 de 2008).

En el mismo sentido resolvió la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de esta Entidad, a través del Auto No. 800-006687 del 2 de mayo de 2016, proferido dentro del Proceso 2016-800-1. (pp. 2 - 4)

No obstante, una reciente decisión jurisdiccional de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles parece empezar a revertir esta posición. En efecto, en el proceso de Inatlantic S.A. y Trujillo Perdomo S. en C. vs. Sociedad Portuaria de Buenaventura, Ra. 2020-01-113341, mediante Auto 2020-01-113341 del 23 de marzo de 2020¹³ la Delegatura expuso:

En cuanto a la aplicación de la cláusula compromisoria, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —superior jerárquico funcional de esta Delegatura—, ha indicado que —una cláusula de esas condiciones quedó concluida en el acto constitutivo de Green Mine Ltda., cuyo contenido, vuelve y se insiste, ha de asumirse que aceptaron los socios de esa persona jurídica al adquirir en ella derecho de participación, con lo que ha de entenderse satisfecho el presupuesto de habilitación requerido para la eficacia de una cláusula compromisoria.

Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado que las sociedades se rigen por las reglas democráticas de las mayorías, de conformidad con la cual, las decisiones adoptadas en el marco del contrato social se adoptan por mayoría. Y los demandantes no son ajenos a esta circunstancia y así lo aceptaron al constituir la sociedad y al adquirir acciones posteriormente. Estos hechos son plena muestra de

¹³ Este fallo del 2020 parece ser el único proferido por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles desde finales del 2018, época de inicio del período del Superintendente saliente, doctor Juan Pablo Liévano.

aceptación de los estatutos que traen unas reglas para su modificación, en este caso, el de las mayorías establecidas en ellos.

En esta medida, si los accionistas demandantes forman parte de la sociedad, han aceptado expresamente sus estatutos y la forma de reformarlos, de lo contrario, tendríamos que las reglas sociales, como la cláusula compromisoria pactada en este caso, aplican a unos sí y a otros no, en detrimento del derecho de igualdad de los socios ante las normas societarias. De no estar de acuerdo con ello, han debido abstenerse de formar parte de la sociedad o requerir una cláusula de unanimidad para la reforma del pacto arbitral. (p. 5)

En el auto anterior se declaró probada la excepción previa de cláusula compromisoria, aunque los demandantes no votaron a favor de la reforma de la misma, porque se verificó que sí votaron su inclusión inicial en el acto constitutivo de la Sociedad Porturaria Regional de Buenaventura S.A., aceptando las reglas para que por mayoría se reformen los estatutos incluyendo la cláusula arbitral.

Por otra parte, hace muy poco tiempo, en auto 2021-01-562317 del 16 de septiembre de 2021, en decisión que aún no se encuentra en firme, afirmó la Delegatura:

Esta Delegatura, en múltiples decisiones, ha acogido la postura contraria a la expuesta por el recurrente, la que fue recogida por encontrarse contraria a derecho, afirmándose, en consecuencia, que quienes adquieren acciones o cuotas sociales de una sociedad en la cual se ha pactado cláusula compromisoria en los estatutos, se ven vinculados al pacto arbitral desde el momento en que aceptan la transferencia contractual de las mismas o los derechos herenciales en una sucesión o los

gananciales en una liquidación de sociedad conyugal o la adjudicación de remanentes en la liquidación de una sociedad.

Posición de la Corte Suprema de Justicia en relación con los efectos de la cláusula compromisoria frente a los causahabientes

En diferente sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia STC-1857 del 18 de febrero del 2016, al resolver el siguiente planteamiento: ¿Qué pasa con los accionistas de una sociedad en donde hay cláusula compromisoria y que adquirieron las acciones por adjudicación en un proceso de sucesión? Valga recordar, como ya lo expusimos, que, para la Superintendencia de Sociedades, no los vincula la cláusula compromisoria porque no expresaron su voluntad de manera explícita de adherirse a la cláusula; no hubo habilitación.

Para la Corte la respuesta es positiva: sí los cobija la cláusula compromisoria porque tienen las mismas condiciones que el causante, quien había comparecido a constituir la sociedad con cláusula compromisoria; además el artículo 5 del Estatuto Arbitral establece que la cláusula compromisoria obliga al que la pactó y a sus cesionarios. La causahabencia es un principio que se sobrepone a la habilitación especial.

Esta misma posición de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, fue reiterada en otras sentencias como la del 14 de julio del 2010, 15 de febrero y 2 de marzo del 2016, al igual que las sentencias STC-1779-2016 y STC-2511-2016.

Posición personal del saliente Superintendente de Sociedades frente a la adopción o modificación de la cláusula compromisoria por la mayoría de accionistas

El saliente Superintendente de Sociedades, doctor Juan Pablo Liévano, sostiene una posición personal que el autor de este escrito comparte en su totalidad en cuanto a que los adquirentes de acciones o cuotas de una sociedad con cláusula compromisoria quedan cobijados por la misma; tesis asumida en la actualidad por la entidad que dirige. Y también expresa su posición personal frente a los efectos de la cláusula compromisoria modificada por mayoría en relación con los ausentes o disidentes, tesis que comparto plenamente, pero que, salvo el insular pronunciamiento de 2020 citado, no había sido adoptada por la Superintendencia de Sociedades, teniendo en cuenta los lineamientos del Tribunal Superior de Bogotá sobre la materia.

En efecto, en la Revista Arbitrio de la Cámara de Comercio de Bogotá, Liévano J.P. y Prada Márquez, Y. (2019) señalaron:

El pacto arbitral societario resulta existente, válido y vinculante (...) respecto de todos los socios, sin distinguir si participaron en la constitución de la sociedad o si, posteriormente, por cualquier causahabencia, adquirieron la calidad de asociados, quedando igualmente cobijados por la cláusula compromisoria societaria en los mismos términos y condiciones en las que se encontraba el socio antecesor, sin que les resulte viable desconocerla. Tampoco se requeriría una aceptación expresa, escrita e independiente, dado que la manifestación de voluntad de querer ser parte de la sociedad en cuyos estatutos se encuentra pactada dicha cláusula, resulta más que suficiente, al ser una adhesión integral respecto del clausulado completo (...) Cualquier reforma estatutaria para modificar la cláusula compromisoria se podría

adoptar con las mayorías legales o estatutarias previstas, frente a los diferentes tipos societarios, con excepción únicamente de la Sociedades por Acciones Simplificadas, en donde por expresa disposición legal se requiere unanimidad; aunque para la Superintendencia de Sociedades, en todos los casos la unanimidad sería necesaria, de lo cual nos apartamos. (pp. 64-65)

Posición del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sobre los efectos de la cláusula compromisoria frente a los adquirentes de cuotas o acciones

En sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en el proceso verbal iniciado por Luis Fernando Luque Salcedo y otros contra María Teresa Chacón, Nancy Araly Córdoba y Luque Medina & Cia. S.A., el Tribunal expresó que la cláusula compromisoria pactada en unos estatutos sociales cobija a los nuevos accionistas que adquirieron acciones como fruto de una enajenación. El Tribunal sostuvo lo siguiente (2021):

La cláusula compromisoria contenida en un contrato constitutivo de sociedad mercantil, es oponible a las personas naturales o jurídicas que, pese a no haber suscrito personalmente el acto constitutivo del ente social, hubieran adquirido posteriormente la condición de socios.

(...) con cualquier otra clase de cesión, bien sea contractual, crediticia, litigiosa, entre otros, la transferencia de cuotas sociales implica, únicamente, una modificación en la integración de un extremo de la relación jurídica de que se trate, más no la alteración del vínculo jurídico en sí mismo considerado, cuyos elementos, efectos,

etc. se entienden que han sido aceptados por el cesionario, al otorgar su consentimiento para el perfeccionamiento de la cesión.

Similar situación se presenta respecto de la cesión de cuotas sociales, en tanto que el cesionario entra a ocupar la misma posición contractual que hasta ese momento había correspondido al socio enajenante y, en consecuencia, adquiere los mismos derechos que, a su predecesor, otorgaba el contrato social, pero también las mismas obligaciones que ese negocio jurídico le imponía. (p. 5)

En esta sentencia traen a colación al doctrinante José Ignacio Narváez García, *Teoría General de las Sociedades*, 6ª Edición, quien sostuvo refiriéndose a los estatutos sociales (como se citó en sentencia del 19 de marzo del 2021): “la obligatoriedad de esas reglas que gobiernan a la sociedad se extienden a los asociados presentes y futuros”.

Continúa el Tribunal Superior de Bogotá (2021):

En últimas, es en virtud de la condición de “socio” que una persona adquiere los poderes y deberes, derechos y obligaciones (...) ya sea que ingrese ab initio o con posterioridad a su constitución.

(...) al ser el contrato social un negocio jurídico de tracto sucesivo, resulta frecuente la salida e incorporación de los socios quienes, al aceptar el negocio por virtud del cual adquieren las participaciones sociales, igualmente están aceptando todas y cada una de las cláusulas societarias, sin que les resulte viable excluir algunas, dado que la adhesión es integral. Precisamente, el artículo 384 del Código de Comercio consagra que el nuevo socio al perfeccionar el contrato de suscripción de acciones

no sólo se obliga a pagar el precio de las mismas, sino también a someterse a los estatutos sociales. (p. 6)

Esta misma posición había sido sostenida por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencias del 2 de septiembre del 2008, 23 de junio del 2014, 14 de diciembre del 2015, 14 de enero del 2016, y 13 de enero del 2017, entre otras.

Posición de la Superintendencia de Sociedades en relación con la enajenación de acciones

A partir del año 2019, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, en diversos autos proferidos en el marco de la resolución de excepciones previas, modificó la postura que había adoptado de desconocimiento al pacto arbitral y mediante diversas decisiones, entre ellas los autos 2019-01-040728 del 22 de febrero de 2019 proferido dentro del proceso 2017-800-00444 de Alfredo Carrizosa Gómez y otros contra Estudios Técnicos y Asesorías (ETA) S.A. y Auto 2019-01-469956 del 10 de diciembre de 2019 proferido en el proceso 2019-800-00361 de Héctor Adonías Acosta Gonzales contra Luis Alfonso Robayo Gómez, modificó su posición para seguir los lineamientos del Tribunal Superior de Bogotá.

En efecto la entidad societaria en un principio defendió la tesis en el sentido que los compradores de acciones o cuotas de una sociedad en donde había cláusula compromisoria, en virtud del principio de habilitación, no quedaban cobijados por la misma, salvo que adhirieran expresamente a ella. Se sostenía que mientras las reformas estatutarias requerían aprobación del máximo órgano social, la adhesión del asociado al pacto arbitral requería el consentimiento expreso del adherente para el efecto.

Pero en esta providencia se cambió el criterio anterior, para no contrariar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Bogotá, atrás mencionadas, incluyendo la sentencia C-170 de 2014 de la Corte Constitucional, y en ese sentido la nueva y actual posición de la Superintendencia de Sociedades es que en una negociación de acciones, el adquirente queda vinculado en los mismos términos y condiciones en que se encontraba el cedente, incluyendo la cláusula compromisoria.

Sostuvo la Superintendencia de Sociedades en el auto proferido en el proceso promovido por Héctor Adonías Acosta Gonzales en contra de Luis Alfonso Robayo Gómez (2019) que: “la cláusula compromisoria, incluida en los estatutos sociales de cualquier tipo de sociedad, es oponible a todos sus asociados, inclusive a aquellos que hubieran adquirido esa calidad con posterioridad al acto constitutivo de la sociedad” (p. 5). Esta posición también fue adoptada por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles mediante autos 2017-01-479529 del 12 de septiembre de 2017 -confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá el 1 de noviembre de 2017- y 2018-01-066014 del 22 de febrero del 2018.

En este Auto la Superintendencia de Sociedades indica que una interpretación en contrario perjudicaría los accionistas primigenios que pactaron cláusula compromisoria en los estatutos, pues otros accionistas podrían traspasar sus acciones no quedando cobijados por la cláusula los adquirentes.

Todos los adquirentes de acciones quedan entonces cobijados por las estipulaciones estatutarias incluyendo la cláusula compromisoria.

A continuación, se transcriben para un mejor entendimiento algunos apartes del auto radicado bajo el número 2019-01-040728 del 22 de febrero de 2019 de la Delegatura de

Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en el Proceso Verbal No. 2017-800-00444 de Alfredo Carrizosa Gomez y otros vs. Estudios Técnicos y Asesorías (ETA) S.A.:

Ahora bien, en este punto el Despacho estima necesario precisar que, pese a que el asunto se encuentra comprendido por el aludido pacto arbitral, lo cierto es que los efectos de esta cláusula no parecen cobijar a todas las partes del presente litigio.

A este respecto, debe hacerse especial mención al caso de María Olga Romero Mejía. Para parte de la doctrina y en casos anteriores resueltos por esta Delegatura, se ha entendido que, por virtud del principio de habilitación, la decisión de acudir ante esa jurisdicción especial depende necesariamente de una manifestación positiva de voluntad por parte de las personas que pretenden resolver sus conflictos antes esa especialísima jurisdicción.

Para resolver entonces la excepción propuesta, el Despacho advierte que, una vez revisado el expediente del proceso, se logró evidenciar que el pacto arbitral invocado se incluyó en los estatutos sociales previamente a la entrada de la accionista María Olga Romero Mejía (...). A raíz de lo anterior, bajo la óptica de las decisiones expuestas, el pacto arbitral invocado por la demandada no podría extenderse a la señora Romero Mejía.

Sin embargo, el análisis adecuado de esta situación debe llegar a una situación muy diferente. En efecto, las personas que adquieren acciones o cuotas de una sociedad, por este solo hecho, están aceptando las reglas de juego impuestas en los estatutos para el desarrollo de las relaciones al interior de la sociedad.

De entenderse de otra forma, a los socios que ya estaban al momento de la incorporación del nuevo se les estaría imponiendo un cambio en las condiciones que los llevaron a aceptar su condición de socio, es decir, a los estatutos sociales (...).

(...) A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho declarará probada la excepción previa de cláusula compromisoria respecto de los demandantes: (...) María Olga Romero Mejía (...). (pp. 2 - 3)

Posición de la Superintendencia de Sociedades en relación con la donación de acciones

En providencia reciente proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, auto No. 2021-01-415367 del 21 de junio de 2021, No. de proceso 2017-800-00467, demandante María Olga Romero y otros vs. Jaime Niño Infante (Q.E.P.D.) y otros, se sostuvo que la cláusula compromisoria existente en la sociedad cobija a los nuevos accionistas que adquirieron las acciones posteriormente vía donación. A continuación, se transcriben algunos apartes del auto en mención:

Tampoco sería procedente señalar que, toda vez que los nuevos accionistas no suscribieron el pacto arbitral, no le es aplicable, por cuanto al aceptar la donación, reciben las acciones con todos los derechos y obligaciones ligadas a ellas. De no ser así, vulneraríamos los derechos de quienes han suscrito el pacto arbitral, incorporándolo en los estatutos. ¿O es que los nuevos accionistas pueden exonerarse del cumplimiento de los estatutos alegando no haberlos firmado?

Sobre el particular, este Despacho estima necesario precisar que la postura adquirida por esta Superintendencia y por la misma Corte Constitucional, ha sido la siguiente:

La expresión de voluntad a favor de la cláusula compromisoria también se puede predicar de aquellas personas que se vinculen como accionistas con posterioridad a la constitución de la sociedad, o al momento en el que se perfeccionó la reforma estatutaria que la incorporó. Pues en tal caso, la persona interesada en asociarse, en ejercicio de su libertad constitucional de asociación, conocerá de la existencia de la cláusula compromisoria en los estatutos, y evaluará si la acepta o no (Corte Constitucional, SC-014-2010). (pp. 3 - 4)

Conclusión

La tesis vigente de la máxima autoridad societaria del país, salvo por la decisión del 2020 citada, es que la cláusula compromisoria que es adoptada o modificada por mayoría en el máximo órgano social de sociedades diferentes a la SAS, sólo cobija a quienes votaron en favor de dicha decisión, y no a los ausentes y disidentes (situación que no aplica en la SAS en donde se requiere unanimidad de las acciones suscritas). En punto a los cesionarios de acciones o cuotas de una sociedad en donde existe cláusula compromisoria, sí se les extienden los efectos de la misma.

Para el autor, la tesis adoptada por la Superintendencia de Sociedades hasta el año 2012, en el sentido que la cláusula compromisoria contenida en unos estatutos sociales, podía modificarse, incluirse o eliminarse por mayoría de los votos requeridos para las reformas estatutarias en una sociedad determinada, obligando a ausentes y disidentes, era acertada

porque todo, absolutamente todo el que se asocia queda sujeto a las decisiones e imposiciones de las mayorías. La tesis contraria atenta no solo contra las reglas que rigen el contrato de sociedad sino contra el arbitraje mismo pues en adelante muchos de los asociados no quedaran cobijados por las cláusulas compromisorias cuando voten en contra de su inclusión o su modificación.

Entendemos perfectamente el cambio de posición de la Superintendencia de Sociedades, para a partir del 2012 seguir los lineamientos de su superior, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, pero no compartimos el criterio imperante hoy por hoy en este punto. Pero sí respecto de que los cesionarios de cuotas o acciones queden cobijados por la cláusula arbitral, de existir ésta en los estatutos.

2

La extensión del pacto arbitral en materia de sociedades, la desestimación de la personalidad jurídica y el arbitraje

Sobre el autor

Juan Pablo Cárdenas Mejía

Abogado de la Universidad del Rosario con estudios de posgrado en la Universidad de Paris II. Derecho Civil y Derecho Comercial *DSU DROIT CIVIL*. Ha actuado como abogado en materias civiles, comerciales, administrativas como asesor y apoderado ante jueces, tribunales y cortes colombianas. Igualmente ha actuado como árbitro.



Es miembro de la lista de árbitros de los Centros de Arbitraje de las Cámara de Comercio de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y de la Superintendencia de Sociedades en Colombia, y de la lista de árbitros de ICDR y la de conciliadores del CIADI. Fue miembro de la Comisión Redactora de la nueva ley de arbitraje colombiana (Ley 1563 de 2012).

Ha actuado en tribunales arbitrales en Colombia conforme a los reglamentos de diversos centros de arbitraje colombianos. Ha sido designado árbitro por la Cámara de Comercio Internacional, por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y ha participado en tribunales internacionales sujetos a los reglamentos de las mismas, a las reglas de arbitraje del CIADI, de la CNUDMI, de la Cámara de Comercio de Quito y de la Cámara de Comercio de Lima.

Ha participado en diversos arbitrajes domésticos e internacionales en derecho público y privado, en materia de contratos de obra, concesión, prestación de servicios, distribución, agencia mercantil, compraventa, licenciamiento de software, contratos de asociación petrolera, perforación de pozos, construcción de refinerías, generación de energía eléctrica, construcción de obras civiles, arriendo, seguros, sociedades, joint Venture y franquicia, entre otros. Profesor Emérito de la Universidad del Rosario. Autor de múltiples obras y artículos jurídicos.

Resumen

Si se examina la doctrina y la jurisprudencia internacional se encuentra que a menudo se discute la extensión del pacto arbitral. En derecho colombiano hay pocos trabajos sobre la materia. Por ello es pertinente revisar la forma como ha operado en otros países la extensión del pacto arbitral, con particular énfasis en materia de sociedades, teniendo en cuenta los principales casos que se han dado a nivel internacional, esto es, en materia de cesión de contratos, partes de interés o cuotas sociales, y acciones, grupos de sociedades, consentimiento tácito, transferencia de bienes, o desestimación de la personalidad jurídica y examinar si dichas figuras pueden operar en arbitrajes en Colombia.

* * *

Un tema muy importante en materia arbitral es la posibilidad de extender el pacto arbitral a personas no signatarias. Dicha extensión se funda en diversos instrumentos jurídicos algunos de los cuales guardan relación estrecha con el derecho de las sociedades por lo que es pertinente su análisis particular.

La posibilidad de extensión del pacto arbitral

El arbitraje supone un acuerdo de voluntades por el cual las partes deciden someter su controversia a árbitros. Dicha voluntad en principio se expresa por medio de la suscripción de un documento en el que consta el pacto arbitral. En ese sentido la Convención de Nueva York de 1958, establece la obligación de los Estados partes de reconocer el pacto arbitral y prevé que dicha obligación se refiere a los acuerdos arbitrales celebrados por escrito firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas¹⁴.

14 Artículo II "1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

Ahora bien, frente a lo anterior cabe la posibilidad de que, aunque el pacto arbitral conste por escrito firmado, puedan existir otras personas distintas a los que lo suscribieron que podrían quedar vinculados por el pacto arbitral.

Es importante destacar que la jurisprudencia internacional ha precisado que el hecho de que la Convención de Nueva York exija un escrito firmado no excluye que el pacto arbitral que cumpla los requisitos mencionados pueda extenderse a otras personas que no lo hayan firmado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Señala la Corte que nada en la Convención impide acudir a las doctrinas de la common law sobre contratos en relación con los pactos arbitrales. En forma semejante el Tribunal Federal Suizo ha sostenido que la exigencia del escrito para la convención de arbitraje solo se refiere a las partes iniciales del contrato, pero no a aquellas a las que se extiende el pacto (2003).

A la misma conclusión se puede llegar en derecho colombiano, tanto en el arbitraje nacional o doméstico, como en el arbitraje internacional. En efecto, de una parte, cuando se trata de cláusula compromisoria, lo que la ley exige es que conste en el contrato o en otro documento referido a este (Ley 1563, 2012, art. 4). Ahora bien, si la cláusula consta en el contrato está cumplido el requisito legal, y sin embargo, la misma puede extenderse a otras personas por variados mecanismos como adelante se verá. Un poco más compleja es la posibilidad de extender un compromiso, pues la ley exige un documento en que conste el nombre de las partes (Ley 1563, 2012, art. 6), lo que indicaría que en principio son ellos y no otros los que quedan vinculados. Sin embargo, esta conclusión puede discutirse porque en todo caso al compromiso como negocio jurídico deben aplicarse los principios generales para determinar quién es parte. Desde esta perspectiva, debe recordarse que el hecho de

"2. La expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas."

que una compraventa de un inmueble se celebre por escritura pública y allí se indique un comprador y vendedor no excluye que se demuestre que la parte real es otra, aplicando entonces las reglas de la simulación. Lo anterior, porque finalmente en derecho colombiano lo que debe prevalecer en materia de contratos es la voluntad real de los contratantes. Por consiguiente, también puede ocurrir que una persona adhiera al contenido de un compromiso y esa manifestación de voluntad debe ser tomada en cuenta por el ordenamiento.

En materia internacional en Colombia el tema es aún más claro porque el artículo 69 de la ley 1563 de 2012 establece que:

“a) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquiera forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, o mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”

Por lo que es evidente que la adhesión a un pacto arbitral puede surgir de cualquier mecanismo que a la luz del ordenamiento implique un consentimiento y del cual quede constancia.

Ahora bien, en los países en los que se ha consagrado la posibilidad de extender el pacto arbitral a personas no suscriptoras, ello obedece normalmente a la jurisprudencia de las cortes las que se apoyan en reglas o principios generales del derecho. Por excepción, algunas legislaciones establecen reglas sobre la materia. Es el caso de la ley peruana (2008) que en su artículo 14 establece que:

“el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

Si bien en Colombia no hay mayores desarrollos en la materia, no hay obstáculos a la posibilidad de que pueda extenderse el pacto arbitral a no signatarios teniendo en cuenta instituciones o principios generales. Por lo demás, en derecho interno o doméstico existe un caso de extensión del pacto arbitral reconocido por la ley y es el previsto por el parágrafo del artículo 37o de la ley 1563 de 2012. Esta norma establece que aquella persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene un pacto arbitral, queda vinculado a los efectos del mismo. Como dijo la Corte Constitucional “se entiende que al suscribir el mencionado contrato de garantía (el garante) aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse en un proceso tramitado ante la jurisdicción arbitral”(C-170/142014,). De esta manera, la ley presume que si el garante conoció que el contrato del cual derivaba una obligación que el garantizaba, contenía un pacto arbitral, acepta que dicho pacto lo vincule.

Mecanismos de extensión del pacto y el derecho de sociedades

Dentro de los mecanismos de extensión del pacto arbitral a un no signatario que han sido señalados por la doctrina y la jurisprudencia de diversos países se incluyen: la incorporación por referencia, la cesión, la transmisión del pacto, la asunción, la representación, el tercero

beneficiario, el “estoppel”, el grupo de sociedades y la desestimación de la personalidad jurídica (veil-piercing o alter ego)¹⁵.

El objeto de este artículo es entonces examinar algunos de estos mecanismos, en cuanto son particularmente relevantes en materia societaria.

La cesión

En materia de extensión del pacto se ha hecho referencia a la cesión del contrato. Si el contrato contiene un pacto arbitral y el mismo se cede, es claro que el cesionario queda vinculado por el pacto arbitral. Lo anterior se justifica porque, de una parte, el cesionario al aceptar la cesión acepta los términos del contrato, incluyendo, por consiguiente, el pacto arbitral. A lo anterior se agrega que permitir que el cesionario se sustraiga del pacto arbitral, sosteniendo que él solo acepta la cesión de las demás cláusulas del contrato y no del pacto arbitral, implica afectar la fuerza obligatoria del contrato, pues quedaría en manos de uno de los contratantes sustraerse del pacto arbitral, por el solo hecho de ceder el contrato y no el pacto. Es precisamente con fundamento en lo anterior y para evitar cualquier discusión, que el artículo 5º de la ley 1563 de 2012 estableció en su último inciso que la “cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria”.

En el mismo sentido otros ordenamientos contemplan una solución semejante. Así, por ejemplo, sucede en derecho norteamericano (Gary B. Born, s. f., p. 1579). De igual manera, la Corte de Casación Francesa (1999) ha aceptado que el pacto arbitral se transfiere con el crédito (*Banque Worms contra SNTM-Hyproc*) o con el contrato (*CIMAT c. SCA*, 2002).

15 En el caso Thompson-CSF v American Arbitrage Association la Corte de Apelaciones del 2 Circuito en decisión del 24 de agosto de 1995 consideró que eran aplicables para extender el pacto arbitral la teoría de la incorporación por referencia, la asunción, la representación, la perforación del velo corporativo o alter ego o el estoppel.

Igualmente, en el derecho suizo se señala que la cesión de créditos, la asunción de deudas o la transferencia de una relación contractual implica la cesión del pacto arbitral (Scherer , 2002, p 20)¹⁶.

Ahora bien, a este respecto como es conocido, hace algunos años la Superintendencia de Sociedades consideró que el pacto arbitral contenido en los estatutos sociales no vinculaba a quienes con posterioridad adquirirían la participación en una sociedad, cuando no adherían expresamente a el, para lo cual invocaba el carácter autónomo del pacto arbitral y que no podía aceptarse que los socios que reemplazarán a otros podían considerarse vinculados por la cláusula compromisoria contenida en los estatutos. A tal efecto señalaba la Superintendencia que por la autonomía de la cláusula compromisoria la misma “no es un elemento del contrato de sociedad anónima, por lo que es a todas luces improcedente invocar el mecanismo de habilitación especial a que alude el inciso segundo del artículo 5º de la ley 1563 de 2012”. (*Auto n° 800-Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp. Contra Solla S.A*, 2016).

Dicha postura fue criticada en su época, teniendo en cuenta que el principio de autonomía no significa que el pacto arbitral se considere un negocio totalmente distinto al que lo contiene, sino simplemente que las causas que puedan afectar la existencia y validez del contrato que incluye el pacto arbitral no necesariamente afectan este último. Adicionalmente, el Código de Comercio contempla que puede ser parte de los estatutos sociales una cláusula compromisoria, y que quien ingresa a una sociedad al hacerlo acepta dichos estatutos. Por lo demás, la Corte Constitucional en sentencia C-014 de 2010 al declarar exequible el artículo 40 de la ley 1258, que regula las sociedades por acciones

16 Ver M. Scherer Three Recent Decisions of the Swiss Federal Tribunal Regarding Assignments and Transfer of Arbitration Agreements ASA BULLETIN 1 (MARS 2002) p 20

simplificadas, expresó en relación con la aplicación del pacto arbitral a los socios que ingresan a la sociedad que:

“la persona interesada en asociarse, en ejercicio de su libertad constitucional de asociación, conocerá de la existencia de la cláusula compromisoria en los estatutos, y evaluará si la acepta o no. En caso de no aceptarla, también en ejercicio del aspecto negativo de su libertad de asociación, que lo exime de la obligación de asociarse, podrá abstenerse de perfeccionar su ingreso como socio de la misma. Pero al decidir libremente ingresar, se entiende que acepta libre y voluntariamente las reglas establecidas en los estatutos, incluyendo, si a ello hay lugar, la cláusula compromisoria.” (C-014/10, 2010)

Frente a esta jurisprudencia, la Superintendencia consideró que este argumento de la Corte no era aplicable a casos distintos a las SAS por razón de la reglamentación de la misma, sin embargo si se examina el argumento de la Corte se encuentra que el mismo es claramente aplicable a cualquier sociedad. El socio que ingresa a una sociedad puede conocer que hay un pacto arbitral en sus estatutos y si ingresa lo acepta.

De otra parte, el argumento de la Superintendencia relacionado con que la cláusula compromisoria “no es un elemento del contrato de sociedad anónima” no sirve de fundamento para controvertir la aplicación del artículo 5º de la ley 1563 de 2012, pues la cláusula compromisoria no es elemento esencial de ningún contrato, sino que es un elemento accidental que debe ser pactado y si se estipula forma parte del contrato y como ya se dijo, el principio de autonomía no tiene por objeto sustraer el pacto totalmente del contrato. A lo anterior, se agrega que en un caso en que la Superintendencia negó que un pacto arbitral vinculara al cónyuge supérstite de un accionista que había fallecido, la Sala

de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia como juez de tutela, en providencia del 15 de febrero de 2016, consideró equivocada la posición de la Superintendencia, porque allí debía aplicarse el principio de la causahabencia, por el cual el heredero tiene la titularidad de las acciones “en las condiciones del causante, precisamente por ser su causahabiente.”(STC1779-2016, 2016) Igualmente, la Corte hizo referencia al artículo 5 de la Ley 1563 de 2012, y señaló que éste:

“a pesar de imponer la autonomía de la cláusula compromisoria, establece que ésta no obliga sólo a quien la pactó, sino también a sus cesionarios”, y finalmente “la causahabencia es un principio que se sobrepone a la habilitación especial que un sector de la doctrina reclama frente a la cláusula arbitral” (STC1779-2016, 2016).

Estas mismas consideraciones son aplicables a la causahabencia a título singular.

Por lo demás, la doctrina internacional precisa que de manera general el pacto arbitral pactado en los estatutos sociales se aplica a los que ingresan como socios a la sociedad (Gary B. Born, s. f.)¹⁷. En este punto no sobra señalar la posición que ha asumido la Corte de la Unión Europea, la cual ha señalado que las cláusulas atributivas de jurisdicción incluidas en los estatutos se aplican a todos los socios, y que importa poco que el accionista se haya opuesto a la decisión o se haya convertido en accionista después de la adopción de la cláusula, porque al ser y mantenerse como tal da su consentimiento a someterse a las disposiciones estatutarias¹⁸. La misma lógica se aplica al pacto arbitral.

17. En Alemania en un sentido semejante ver Sandrock, “Intra” and “Extra-Entity” Agreements to Arbitrate and Their Extension to Non-Signatories Under German Law, 19 J. Int'l Arb. 423 (2002).

18 “il importe peu que l'actionnaire, à l'encontre duquel la clause attributive de juridiction est invoquée, se soit opposé à l'adoption de cette clause ou qu'il soit devenu actionnaire après l'adoption de cette clause. En effet, en devenant et en demeurant actionnaire d'une société, l'actionnaire donne son consentement pour se soumettre à l'ensemble des dispositions figurant dans les statuts de la société, et aux décisions adoptées par les organes de la société conformément aux dispositions du droit national applicable et des statuts, même si certaines de ces dispositions ou décisions ne rencontrent pas son accord”. CJCE, aff. C-214/89, 10 mars 1992, Rec., 1992, p. 1745

Ahora bien, en un artículo publicado en la Revista Arbitrio de la Cámara de Comercio de Bogotá en el número de julio de 2019, el Superintendente de Sociedades de la época y la asesora del Despacho concluyeron que el pacto arbitral es vinculante para quienes ingresan a la sociedad:

“respecto de todos los socios, sin distinguir si participaron en la constitución de la sociedad o si, posteriormente, por cualquier causahabiente, adquirieron la calidad de asociados, quedando igualmente cobijados por la cláusula compromisoria societaria en los mismos términos y condiciones en las que se encontraba el socio antecesor, sin que les resulte viable desconocerla. Tampoco se requeriría una aceptación expresa, escrita e independiente, dado que la manifestación de voluntad de querer ser parte de la sociedad en cuyos estatutos se encuentra pactada dicha cláusula, resulta más que suficiente, al ser una adhesión integral respecto del clausulado completo, el cual es oponible a todos, en razón a la inscripción de los estatutos en el registro mercantil” (Vegalara & Prada Márquez, 2019).

En consonancia con lo anterior en diversas providencias que se analizan en otros artículos de esta obra, la Superintendencia de Sociedades ha aceptado que el pacto arbitral se extiende a quienes adquieren la calidad de socios en sociedades en las que existe un pacto arbitral.

Como consecuencia de esta nueva tesis de la Superintendencia se ha incluido un texto en dicho sentido en los proyectos de reforma a la ley 1563 de 2012.

La aceptación tácita o la asunción

Por otra parte, las partes pueden expresar su voluntad de quedar vinculadas por el pacto arbitral en forma tácita. Así, por ejemplo, ello ocurrirá cuando una parte participa en la celebración y ejecución del contrato, de tal manera que se puede considerar que la misma acepta ser parte de éste y por ello también se entiende que acepta el pacto arbitral. Asimismo cuando una parte participa en el proceso arbitral sin formular ningún reparo.

En cuanto a la aceptación tácita del pacto arbitral independientemente de un proceso, debe señalarse que, si se examina la situación en diversos países, en muchos de estos se admite que una persona puede manifestar en forma tácita su voluntad de adherirse al pacto arbitral, y ello puede resultar del hecho de que se involucre en la celebración y ejecución del contrato como si fuera parte del mismo. Es claro que en este caso no puede tratarse de una conducta unilateral, pues el arbitraje depende del acuerdo de las dos partes, por lo que dicha conducta debe corresponder al comportamiento de las dos partes o de una parte con el consentimiento de la otra.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de adherir al pacto arbitral por la participación en el arbitraje sin formular reparo, ha de observarse que esta idea aparece consagrada en Colombia para el arbitraje doméstico o nacional en el parágrafo del artículo 3º de la ley 1563. Igualmente, a ella también puede hacerse referencia en materia internacional en virtud del artículo 69 de la ley 1563¹⁹. Sin embargo, existe una diferencia sustantiva entre la forma cómo se consagra este mecanismo en el arbitraje doméstico y cómo se regula en el arbitraje internacional. En efecto, la fórmula del parágrafo del artículo 3º simplemente hace referencia a que cuando una parte invoca el pacto y la otra no se opone, el pacto se entiende válidamente probado. Por el contrario, la fórmula de la ley modelo y por

¹⁹ Dispone el literal c) de este artículo “c) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté contenido en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”.

consiguiente de la ley 1563 en materia internacional tiene un alcance mayor, pues al considerar que existe un pacto arbitral por el intercambio de escritos de demanda y contestación, hace referencia a que puede surgir un nuevo pacto, lo que implica que los vicios que pudieran afectar el pacto arbitral inicial no tienen porque afectar el que surge por el intercambio de demanda y contestación.

Los grupos de sociedades y la participación en la celebración y ejecución del contrato

Otro mecanismo que se ha aplicado para extender el pacto arbitral es la figura de grupo de sociedades. En virtud de dicha teoría, se ha considerado que en ciertos casos el pacto arbitral firmado por una sociedad de un grupo puede extenderse a otras sociedades del mismo grupo. Esta figura surgió en el derecho francés, pero ha sido muy discutida.

Dadas las controversias sobre el alcance de dicha figura es pertinente examinar con un poco de detalle la forma como la misma surgió y ha sido aplicada.

El caso que dio origen a la misma es el de Dow Chemical v Isover St Gobain(1983). En este caso unas sociedades filiales del grupo Dow (Dow Ag y Dow Europe) celebraron contratos de distribución con sociedades cuyos derechos fueron posteriormente transferidos a Isover St Gobain. Los contratos contemplaban que las entregas podían hacerse por Dow Chemical France o por otra subsidiaria de Dow. Dichos contratos incluían pactos arbitrales. Las entregas en virtud de los contratos fueron realizadas por Dow Chemical France. Las dos sociedades matrices del Grupo Dow Chemical (Dow Chemical USA y Dow Chemical France), que no habían suscrito el pacto arbitral iniciaron un arbitraje contra Saint Gobain por razón del incumplimiento de esta última.

El tribunal arbitral en decisión del 23 de septiembre de 1982 expresó²⁰ que:

"Considerando que es indiscutible - y de hecho no se discute - que DOW CHEMICAL COMPANY (USA) tiene y ejerce control absoluto sobre sus subsidiarias habiendo firmado los contratos pertinentes o, como DOW CHEMICAL FRANCE, participado de manera efectiva e individual en su celebración, su desempeño y su terminación". (*ICC Case No. 4131 Dow Chemical v. Isover Sanit Gobain. Comentario Yves Derains, 1983*)

Asimismo, que:

"Considerando que, independientemente de la identidad jurídica distinta de cada uno de sus miembros, un grupo de empresas constituye una y la misma realidad económica que el tribunal arbitral debe tener en cuenta cuando se pronuncia sobre su propia jurisdicción con sujeción al artículo 13 (versión de 1955) o el artículo 8 (versión de 1975) de las Reglas de la CCI".

Y finalmente,

"Considerando, en particular, que la cláusula arbitral expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debe vincular a las demás sociedades que, en virtud de su papel en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que contengan dichas cláusulas, y de conformidad con la mutua intención de todas las partes en el procedimiento, parezcan haber sido verdaderas partes de estos contratos o haber sido principalmente afectados por ellos y las controversias que pudieran suscitar".

²⁰ Extractos disponibles en https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq/

El laudo fue objeto de recurso de anulación. La Corte de Apelaciones de París (1983) negó la nulidad del laudo señalando que los árbitros decidieron por una motivación pertinente que la voluntad de todas las partes era que Dow Chemical France y Dow Chemical Company eran partes en la convención aunque no la hubieran firmado y por ello les era aplicable. Igualmente expresó que los árbitros accesoriamente recurrieron a la noción de grupo de sociedades a título de uso del comercio internacional, lo que no ha sido controvertido.

Es interesante destacar que, si bien en este caso se invocó la teoría del grupo de sociedades, el tribunal arbitral no aceptó la extensión del pacto arbitral, simplemente por la existencia de un grupo de sociedades, sino por la forma como las sociedades se involucraron en el contrato como partes del mismo o la forma como los afectaba. Por su parte, la Corte de Apelaciones destacó que el tribunal concluyó que la voluntad de todas las partes era que Dow Chemical France y Dow Chemical Company fueran partes en la convención.

En otro caso posterior, la Corte de apelaciones de Pau en Francia, en decisión del 26 de noviembre de 1986, expresó que la cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas sociedades del grupo debe ligar a las otras sociedades que por el papel que han jugado en la conclusión, en la ejecución o en la terminación de los contratos que contienen las susodichas cláusulas, aparecen según la común voluntad de todas las partes en el procedimiento como habiendo sido verdaderas partes en estos contratos.

Al comentar estas decisiones, se señala por la doctrina que la sola existencia de un grupo no es suficiente para extender el pacto arbitral. Señala Derains que el elemento decisivo es la común intención de quedar vinculado por el pacto arbitral, con dos condiciones: 1. La activa participación en la ejecución del contrato que contiene el pacto arbitral y 2. La presunción de que el no signatario conoce el pacto arbitral (Hanotiau & Schwartz, 2010).

Asimismo, la doctrina advierte que la teoría de grupo de sociedades no constituye una presunción de extensión sino un indicio revelador de la voluntad común de las partes de recurrir al arbitraje. Se señala que la regla material es que la cláusula arbitral debe aplicarse a todas las partes implicadas en la conclusión, ejecución o terminación del contrato aun si se trata de partes no signatarias como son las del grupo (Fadlallah & Hascher, 2019, pp. 106-107).

Por su parte, Gary Born precisa que la mejor aproximación a la doctrina del grupo de sociedades es establecer la intención de las partes de entrar en una transacción y de que el no signatario quedará vinculado por el acuerdo en cuestión (p.1561).

Debe agregarse que algunos autores, como Gary Born, también señalan que dicha figura igualmente puede aplicarse cuando una parte no entiende, en sentido subjetivo, quedar vinculada, pero la otra parte ignora dicha circunstancia. En este sentido la doctrina es aplicada en forma semejante a los principios de alter ego o estoppel y buena fe (p.1568).

Ahora bien, señalan algunos que en la doctrina de grupo de sociedades ha surgido una tendencia más objetiva (Mayer, s. f., p. 832) para lo cual se cita una sentencia de la Corte de Casación del 27 de marzo de 2007 en el caso *Société Alcatel Business Systems (ABS), Société Alcatel Micro Electronics (AME) et Société AGF v. Amkor Technology et al.*, que señala que el efecto de las cláusulas arbitrales internacionales se extiende a las partes directamente envueltas en la ejecución del contrato y cualquier disputa que surja de ella.

Asimismo, el derecho francés ha reconocido la extensión del pacto arbitral en unos estatutos sociales a personas naturales, por razón de su intromisión en el funcionamiento de la sociedad y por ello en la ejecución del contrato societario.

En un fallo del 6 de octubre de 2010 en el caso *Fondation Albert Abela Family Foundation et autres c Fondation Joseph Abela Family Foundation*, la Corte de Casación Francesa señaló que el pacto arbitral puede extenderse a personas no signatarias, pero que se involucran en la ejecución del contrato. De esta manera, cuando unas personas naturales se inmiscuyen en el funcionamiento de la sociedad, no pueden negar que el pacto los vincula. Este caso se refería al manejo de los bienes de una familia. A tal efecto, se constituyó una sociedad holding (*Albert Abela Corporation: AAC*) en Liechtensteing y se acordó que cada uno de los hermanos de la familia Abela podía atribuir su participación a una fundación familiar. Los estatutos de la sociedad incluyeron un pacto arbitral. Se constituyeron dos fundaciones que se convirtieron en las socias de la sociedad holding. A la muerte de uno de los hermanos, Albert Abela, se presentó una controversia entre su cónyuge y dos de sus hijos que finalmente se resolvió por un acuerdo que se sometió al consejo de administración de la holding. En la ejecución del convenio se transfirieron activos de la sociedad holding, por lo que la otra Fundación Abela, esto es Joseph Abela, inició un arbitraje. El tribunal arbitral en su laudo concluyó que el acuerdo arbitral no incluía a la cónyuge y los hijos mencionados. Por ello, la Fundación de Joseph Abela pidió la nulidad del laudo.

La Corte de Casación francesa destaca que se había creado un comité especial en que participaban la viuda y los dos hijos de Albert Abela, comité que fue aprobado por el consejo de administración de la sociedad. Agregó la Corte que la ejecución del acuerdo aprobado por el consejo de administración implicaba la liquidación de hecho de la sociedad, lo que era una materia incluida en el pacto arbitral previsto en los estatutos sociales. Agregó también la Corte que la cónyuge e hijos de Albert Abela se comportaron como accionistas, designando miembros del comité de administración, acordaron la designación del presidente, y se identificaron como accionistas, por lo que no podían pretender ser extraños a la cláusula compromisoria, cuyo tenor no podía ignorar y que habían implícitamente

aceptado por su intromisión en el funcionamiento de la sociedad. Por lo anterior, consideró la Corte que a ellos se extendía el pacto arbitral.

Otro caso de extensión del pacto arbitral celebrado por una sociedad a una persona natural, es el de Monsieur Ahmed Saeed Mohamed Albad Aldhaheri v. Société Cerner Middle East Ltd. fallado por la Corte de Apelaciones de Paris el 16 de octubre de 2018. El caso se refería a una persona que desarrollaba una empresa- como actividad económica- y quien posteriormente la transforma en una sociedad de la cual tiene el 99% de las acciones. Esta sociedad celebra un contrato con otra a la cual no paga, por lo cual se inicia un arbitraje entre dichas sociedades. En dicho proceso arbitral se firma un acuerdo transaccional entre la sociedad deudora y la sociedad acreedora. Como no se pagó, se inicia un segundo tribunal arbitral. En este tribunal fue vinculada la persona natural, la cual se opuso a su vinculación. La Corte de apelaciones señaló que cuando un tercero no signatario se involucra directamente en la negociación, la conclusión, la ejecución y o la resolución del contrato es suficiente para hacerle aplicable la cláusula compromisoria.

Por otra parte, es del caso destacar que en derecho francés, la jurisprudencia ha sido más restrictiva cuando se trata de sociedades vinculadas al Estado, y exige mirar la razón por la cual participa la autoridad estatal en el contrato. En el caso Plateau de Pyramides, el arbitraje se refería a un contrato fue celebrado por un organismo público, el cual además fue firmado por el ministro egipcio de turismo, como autoridad de tutela. La Corte de Casación consideró que el pacto no vinculaba al Estado egipcio (Corte de Apelaciones de Paris, 1984 y Corte de Casación, 1987).

Por lo demás, hay países que expresamente rechazan la aplicación de la teoría del grupo de sociedades, como es Inglaterra. Así ocurrió en el caso Peterson Farms Inc. v. C&M Farming

Ltd. En este caso se compraron unas aves que resultaron infectadas de gripe aviaria. Las aves compradas fueron usadas para criar pollos de compañías vinculadas al mismo grupo y por ello se demandó el pago de los perjuicios sufridos por las diferentes sociedades del grupo. El árbitro reconoció todos los daños incluyendo los de las compañías vinculadas al comprador. El vendedor atacó el laudo por falta de jurisdicción del tribunal. La Corte consideró que debería invalidar la parte correspondiente a los daños a otras compañías (*Peterson Farms Inc v C & M Farming Ltd*, 2004).

En otros países la teoría del grupo de sociedades no ha tenido acogida. En Suiza se discute en la doctrina, pero el Tribunal Federal Suizo no la ha aplicado (Landbrecht y Wehowsky, 2017)²¹. Así como tampoco en Alemania Landbrecht y Wehowsky, 2017²². En Estados Unidos tampoco ha sido aplicada y por el contrario, en el caso *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, (2005) se negó el reconocimiento de un laudo dictado en Egipto que hacía referencia a la existencia de un grupo para extender el pacto arbitral firmado por una filial de Oracle a la sociedad matriz²³. En este punto es interesante destacar que la Corte no acudió al derecho egipcio que era el aplicable en el caso concreto por virtud del pacto, sino al derecho norteamericano. La Corte del segundo circuito en los EE. UU. expresó que un norteamericano no signatario no puede quedar vinculado a un pacto arbitral en ausencia de hechos que suporten una teoría articulada basada en la ley contractual norteamericana y o en la ley norteamericana de representación. Agregó que proceder de otra manera afectaría las expectativas ordinarias de las personas de negocios experimentadas.

21 Ver: Johannes Landbrecht; Andreas R. Wehowsky Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its "Extension" ASA Bulletin (Scherer (ed.); Dec 2017)

22 Ver: Johannes Landbrecht; Andreas R. Wehowsky Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its "Extension" ASA Bulletin (Scherer (ed.); Dec 2017)

23 Es el caso *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, 404 F. 3d 657 (2d Cir. 2005). Se trataba de un contrato celebrado entre una Sociedad egipcia y una compañía filial de Oracle en Egipto. El proceso se adelantó contra Oracle, la matriz, y se condenó. En Egipto se negó la anulación del laudo. En EEUU la Corte de Apelaciones del segundo circuito negó el reconocimiento del laudo.

En todo caso, de manera general la idea de que por razón de la existencia de un grupo de sociedades se pueda extender el pacto ha tenido poca aplicación. En un estudio que cita Park se señala que solo en una cuarta parte de los casos en que se invocó dicha doctrina, la misma dio lugar a que se extendiera el pacto a no signatarios (Park, 2008).

Sin embargo, cuando se examinan los países en que no se ha reconocido la doctrina del grupo de sociedades se encuentra que en ellos se ha aceptado la posibilidad de extender el pacto arbitral bien sea por la aceptación tácita, bien por la imbricación.

Así, por ejemplo, el Tribunal Federal suizo²⁴ en el caso Saudi Butec Ltd. v. Al Vouzan Trading expresó reservas a la aplicación de la teoría del grupo de sociedades. En este caso, una subsidiaria de la compañía italiana Saipem, celebró un subcontrato con una compañía denominada Butec. Por discrepancias entre las partes Butec inició un proceso contra Saudi Saipem e intentó incluir a Saipem, la matriz italiana, con base en la teoría del grupo de sociedades. El Tribunal Federal expresó que la sola pertenencia a un grupo no es suficiente para extender el pacto al no signatario. El Tribunal Federal señaló que la teoría del grupo de sociedades debe mirarse con reservas, e hizo referencia a otro principio del derecho suizo que sería aplicable que es la extensión del pacto a un no signatario cuando por su participación en la celebración, ejecución y terminación del contrato, crea la apariencia de ser parte en el contrato y la otra parte confía en ello.

En otro caso, el de X. S.A.L., Y. S.A.L. et A. v. Z. Sàrl, el Tribunal Federal Suizo²⁵ en sentencia del 16 de octubre de 2003, admitió la extensión del pacto arbitral a una persona natural,

24 Ver: Saudi Butec Ltd. v. Al Vouzan Trading et al, 14 ASA Bull 496 (1996); ICC Case No. 4401, in SIGVARD JARVIN & YVES DERAÏNS, I RECUEIL DES SENTENCES ARBITRALES DE LA CCI: 1974-1985, At 153; ICC Case NO. 4504 (1985), 1986 J. DR. INT'L 1118. E

25 ASA Bull 2004, Volume 22 Issue 2 pp. 364 - 389

pero no se basó en la teoría del grupo de sociedades. Se trataba de un contrato de obra celebrado entre varias empresas de derecho libanes. Una de ellas demandó la terminación del contrato por el no pago por parte de la sociedad que encargó la obra, pero adicionalmente demandó a una persona natural que no había firmado el pacto pero que sostenía había intervenido de manera constante en la ejecución del contrato. El tribunal arbitral condenó a las sociedades demandadas y a la persona natural. Se formuló un recurso contra el laudo. El Tribunal Federal Suizo al decidir hizo referencia a la doctrina del grupo de sociedades y señaló que tal extensión es admitida en derecho suizo con fundamento en la voluntad real de las partes o en defecto con base en el principio de la buena fe. El Tribunal Federal señaló que la persona natural era la dueña del terreno donde se debía realizar la obra; las sociedades que habían contratado la construcción habían sido constituidas por sus parientes, y él había suministrados los fondos para el capital de las sociedades. El Tribunal Federal consideró que lo anterior era insuficiente para extender el pacto, pero por otra parte, destacó que la persona natural se involucró en la ejecución del contrato, lo que indica que manifestó su intención de ser parte en el contrato, por lo que desde esta perspectiva aceptó que el pacto la vinculara.

Otro caso en que se discutió en Suiza la extensión del pacto por interferencia (4A_646/2018 / 145 III 199) fue el decidido el 17 de abril 2019. En dicho caso se firmó un contrato de distribución entre dos empresas, en el cual se incluyó un pacto arbitral. En la realidad el contrato fue ejecutado por otra empresa que estaba vinculada a una de las empresas que firmaron el contrato. Se presentó una controversia y se demandó a la empresa que realmente ejecutó el contrato, aunque no lo firmó. La demandada invocó el pacto arbitral. El Tribunal Federal consideró que pacto arbitral vinculaba a la demandante y a la demandada.

Adicionalmente, en otro caso en Suiza (4A_636/2018, decisión del 24 de septiembre de 2019), el tribunal federal analizó si un Estado podía quedar vinculado el pacto arbitral estipulado por una empresa estatal. Se trataba de un caso en que una joint-venture formada por dos Compañía turcas celebró un contrato con una compañía estatal de Libia para realizar la construcción de una obra de infraestructura. En el 2011, cuando el 70% del Proyecto estaba completo, las empresas del joint venture suspendieron los trabajos debido a los disturbios e iniciaron un arbitraje contra la compañía estatal que los contrató y el estado de Libia. El tribunal arbitral haciendo referencia a la decisión en Westland (P 1675/1987), concluyó que el reclamo contra Libia era inadmisibles por falta de jurisdicción. El consorcio y las partes del mismo recurrieron la decisión y el Tribunal Federal Suizo precisó que las entidades establecidas bajo el derecho público y fundadas por los Estados son legalmente independientes y que los acuerdos arbitrales concluidos por dichas entidades no pueden ser extendidos a los Estados que las controlan si no firman el acuerdo.

Pero el tribunal federal señaló que puede haber casos en que una cláusula arbitral puede vincular a personas que no firmaron el acuerdo, como son en los casos de la cesión de reclamos, la asunción de la deuda, la transferencia del contrato y la interferencia contractual. Esta última ocurre cuando una tercera persona, en forma continua y repetida, interfiere en el cumplimiento de un contrato que contiene una cláusula arbitral y es tratada como habiéndose vinculado al contrato y sometido al pacto arbitral si ella indica su deseo expreso o da la impresión a la luz del principio de la buena fe de ser parte de la cláusula arbitral. El Tribunal Federal Suizo concluyó que en el caso concreto no se demostraron circunstancias que permitan concluir que Libia accedió a la cláusula arbitral por la interferencia en la ejecución del acuerdo.

De esta manera, si bien el derecho suizo no aplica la teoría del grupo de sociedades, sí acepta que el pacto puede extenderse a quien continua y repetidamente interviene en la

ejecución de un contrato que contiene una cláusula arbitral, siempre que indique su voluntad de ser vinculado expresamente o si da la impresión bajo la buena fe de ser parte en el pacto arbitral.

En América Latina es interesante citar la decisión del 24 de mayo de 2006 en el caso Trelleborg, en el cual el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo concluyó que el pacto arbitral firmado por Trolleborg do Brasil vinculaba a Trelleborg Industri AB pues a pesar de no haber firmado el pacto, es evidente en la documentación que existe una relación jurídica que resulta de los negocios realizados en común en los cuales participa activamente Trelleborg Industri AB²⁶, sin embargo algunos critican esta solución, porque en este caso el contrato se había suscrito por la filial y no hubo ningún engaño a la contraparte.

Ahora bien, el hecho de que los diferentes sistemas jurídicos utilicen distintos criterios para extender el pacto puede conducir a soluciones contradictorias.

Así la diferencia de la ley aplicable en un caso concreto puede tener consecuencias. A este respecto es pertinente examinar el caso Kout Food. La situación fue la siguiente: se celebró un contrato entre una compañía de Kuwait (AHFC) con una compañía libanesa ("Kabab-Ji"), para la operación de una marca de la empresa libanesa en Kuwait. Asimismo, se acordó celebrar un contrato de franquicia por cada restaurante. Los contratos establecían que se regirían por la ley inglesa y en caso de controversia se acudiría a un arbitraje bajo las reglas de la ICC con sede en París.

²⁶ Anuario Latinoamericano de Arbitraje No 2, página 157

La compañía de Kuwait informó que reestructuraría su grupo y se crearía una holding. La empresa libanesa aceptó la creación e incorporación de la empresa de Kuwait (Kout), siempre que no tuviera consecuencias en los términos y condiciones del acuerdo firmado. Finalmente, Kout, la nueva empresa, no se convirtió formalmente en parte del contrato, pero pagó facturas dirigidas a ella por AHFC por un período de 30 meses. El contrato terminó en julio de 2011, y entonces la compañía libanesa inició un arbitraje en París contra Kout y no AHFC (que era formalmente la parte en el contrato) por el no pago entre 2008 y 2011.

El 11 de septiembre de 2017, el tribunal arbitral decidió por mayoría en favor de la compañía libanesa considerado que Kout fue parte en la cláusula arbitral, que las obligaciones sustanciales del contrato se aplicaban a Kout y que Kout incumplió el contrato. Uno de los árbitros consideró que Kout no era parte en los acuerdos ni tenía obligaciones.

Kout pidió la nulidad del laudo ante la Corte de Apelaciones de París. Por su parte la empresa libanesa pidió el reconocimiento y ejecución del laudo ante las cortes inglesas.

El 20 de enero de 2020 la Corte de Apelaciones en Inglaterra se negó a ejecutar el laudo porque no se podía extender el laudo al no firmante. Dicha decisión fue confirmada por la Corte Suprema del Reino Unido en octubre de 2021. Por su parte, el 23 de junio de 2020 la Corte de Apelaciones de Paris negó la anulación, porque consideró que el pacto arbitral vinculaba a las partes.

La diferencia entre las dos cortes partió de la norma que cada una de ellas consideró aplicable para decidir si Kout estaba vinculada por el pacto arbitral. La Corte Inglesa

consideró que era aplicable la ley inglesa por lo que concluyó que Kout no estaba vinculada. Por el contrario, la Corte de Apelaciones francesa aplicó el principio que se sigue en el derecho francés en el sentido de que el pacto arbitral no se rige por una ley determinada, sino por una regla material, de conformidad con la cual el pacto arbitral es válido si hay consentimiento no viciado. Partiendo de esta idea e invocando casos anteriores en los que se había señalado que el pacto arbitral se extiende a las partes directamente involucradas en el cumplimiento del contrato, siempre que se establezca que su situación contractual y sus actividades den lugar a la presunción de que aceptó la existencia de la cláusula, cuya existencia y alcance conocían, la Corte concluyó que Kout estaba vinculada por el pacto.

Pero incluso han existido casos en los que a pesar de que es claro cuál es la ley aplicable para determinar el alcance del pacto arbitral, los jueces de dos países distintos llegan a conclusiones diferentes.

Un caso muy conocido en esta materia es de Dallah contra Pakistán, el cual tiene como antecedentes los siguientes hechos: inicialmente se celebró un memorando de entendimiento entre una compañía denominada Dallah y el gobierno de Pakistán para proveer albergue a los peregrinos de Pakistán a la Mecca. El Gobierno decidió constituir un fideicomiso, con personería jurídica independiente, para desarrollar el proyecto. Dicho fideicomiso celebró el contrato con Dallah en los términos que habían sido negociados por el gobierno de Pakistán. Tres meses después el fideicomiso dejó de existir porque no se renovó. Posteriormente, el secretario del Ministerio de Asuntos Religiosos, que a la vez había sido miembro del consejo directivo del fideicomiso, a nombre del fideicomiso demandó ante los jueces estatales a Dallah por incumplimiento. Los jueces negaron la acción porque el fideicomiso no existía. Dallah demandó al gobierno de Pakistán ante un tribunal arbitral con sede en París. Pakistán sostuvo que el pacto arbitral no cobijaba al

gobierno de Pakistán. Sin embargo, el tribunal arbitral decidió que el pacto arbitral vinculaba al gobierno de Pakistán, para lo cual partió de la ley francesa.

Ahora bien, se solicitó el reconocimiento del laudo en Inglaterra y la Suprema Corte Inglesa, en decisión de noviembre de 2010, se negó a reconocer el laudo por considerar que el laudo no podía vincular al gobierno de Pakistán (*Caso 1323, Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, 2010). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de París, a la que se solicitó anular el laudo porque Pakistán no era parte del pacto arbitral, negó la nulidad en decisión del 17 de febrero de 2011. A tal efecto la corte francesa señaló que el gobierno de Pakistán fue la contraparte en las negociaciones hasta que se firmó el contrato, así mismo que durante la ejecución del contrato dos funcionarios del estado, que no tenían funciones en el fideicomiso, intercambiaron correspondencia con Dallah sobre la ejecución del contrato. Finalmente, en cuanto a la terminación del contrato la corte hizo referencia a una comunicación del Ministerio de Asuntos Religiosos efectuada después de la terminación del fideicomiso y dirigida a la compañía en la que le reclamaba el incumplimiento del contrato y se señalaba que dicho incumplimiento implicaba la resciliación del contrato, que se aceptaba. Para la corte francesa ello implicaba aceptar el contrato y el pacto.

En este aspecto es pertinente señalar que, tanto la decisión de la corte inglesa como de la corte francesa se fundaron en el derecho francés. Por una parte, la corte inglesa expresa que se funda en la ley francesa y que no encuentra la existencia de voluntad de Pakistán de ser parte del acuerdo. La corte francesa consideró que el pacto si vinculaba al gobierno de Pakistán dada su participación en la negociación, celebración y conclusión del contrato.

Es pertinente señalar que Pierre Mayer(s. f., pp. 836-837) se pregunta si la solución francesa es chocante por cuanto el gobierno de Pakistán había manifestado claramente que no quería ser parte en el contrato que tenía la cláusula arbitral. A este respecto señala Mayer, que el no reconocer el laudo hubiera causado una injusticia, porque el fideicomiso había desaparecido por la inacción del gobierno y éste tenía el deber de buena fe de mantenerlo, por lo que al no hacerlo debía soportar las consecuencias. Es decir, Pakistán incurrió en responsabilidad y el remedio adecuado era que el procedimiento se adelantara contra él. Sin embargo, esta motivación no aparece clara en las decisiones judiciales.

Ahora bien, para determinar si en derecho colombiano es posible extender el pacto arbitraje por el hecho de que dos sociedades pertenezcan a un mismo grupo o las dos se vean envueltas en la celebración y ejecución de un contrato, son procedentes las siguientes consideraciones.

En materia de arbitraje nacional o internacional no hay normas legales ni jurisprudencia en Colombia que permita concluir que el pacto arbitral celebrado por una sociedad puede extenderse por ese hecho a otras sociedades parte del mismo grupo. No obstante, en derecho colombiano es claro que las manifestaciones de voluntad pueden ser expresas o tácitas y por ello es posible aceptar que si una persona participa en la ejecución de un contrato como si fuera parte de él, y conociendo que el mismo tiene un pacto arbitral, puede existir una aceptación tácita del mismo. De esta manera, desde la perspectiva del derecho colombiano es posible extender el pacto, a aquellos que por su conducta consienten en el mismo.

Es pertinente señalar que algunas personas han manifestado dudas acerca de la aplicación de la extensión del pacto arbitral en Colombia, en la medida en que el artículo 36 de la ley

1563 de 2012 dispone que cuando “por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto”, y que si no manifiestamente expresamente su adhesión al pacto, se deben declarar extinguidos los efectos del compromiso o la cláusula compromisoria. Lo anterior implicaría que él no suscriptor puede negar su adherencia al pacto arbitral y liberarse de los efectos del laudo.

Sin embargo, es necesario distinguir entre la integración del contradictorio a la que alude el artículo 36 de la ley 1563 y la extensión del pacto arbitral por consentimiento tácito. En efecto, cuando se habla de integración del contradictorio se hace referencia a los casos en que existe un litisconsorcio necesario y sólo alguno o algunos de los litisconsortes están vinculados por el pacto arbitral. En tal caso, es lógico que para que el tribunal arbitral pueda decidir que todos los litisconsortes estén vinculados por el pacto. En efecto, no sería posible que el tribunal arbitral declarara la nulidad de un contrato si todos los que son parte en el mismo no han consentido en el pacto arbitral.

Ahora bien, en cuanto al consentimiento de los litisconsortes, debe recordarse que el artículo 36 de la ley 1563 debe armonizarse con el parágrafo del artículo 3, pues si este último se aplica, lo que ocurrirá cuando una parte afirma en la demanda o en la contestación que existe pacto arbitral con el litisconsorte y este no lo niega, se entiende probado el pacto arbitral. Por otra parte es menester observar que el artículo 36 parte de la base de que las personas citadas no estipularon el pacto, es decir no consintieron en él, lo que no ocurre en este caso pues precisamente en el caso de la extensión del pacto arbitral que se examina, lo que fundamenta la aplicación del pacto al no suscriptor es la existencia de un consentimiento tácito en el pacto arbitral, lo que determina que el artículo 36 no sea aplicable.

La figura del tercero beneficiario y la transmisión del pacto arbitral

En el derecho de los Estados Unidos se ha considerado que el pacto arbitral puede extenderse a un tercero beneficiario. Adicionalmente, bajo la figura del estoppel las cortes norteamericanas han considerado que los no signatarios de una cláusula arbitral pueden quedar vinculados cuando explotan el acuerdo que contiene el pacto arbitral (*Thomson-Csf, S.A. V. American Arbitration Ass'n* | 64 F.3d 773 | 2d Cir., S. F.).

La figura del tercero beneficiario en Estados Unidos consiste en señalar que los no signatarios pueden ser obligados a arbitrar disputas cuando explotan un contrato que contiene un pacto arbitral y conocen la existencia del mismo. Lo anterior, porque a un no signatario no puede permitírsele acudir a un contrato para un propósito y excluir los temas desfavorables del mismo contrato. Según la jurisprudencia, para que opere en tal caso la extensión del pacto, la parte que lo invoca debe demostrar que el no signatario recibirá un beneficio directo del contrato que contiene la cláusula.

En este punto es interesante hacer referencia a un caso en el cual se aplicó esta teoría en derecho norteamericano y otra en derecho francés que condujo al mismo resultado. Es el caso *Amkor Technology, Inc. V. Alcatel Business Systems*, (278 F. Supp. 2d 519 (E.D. Pa. 2003), 22/082003).

En este caso, la empresa francesa Alcatel Business Systems (ABS) que fabricaba y comercializaba teléfonos celulares celebró un contrato con la empresa belga Alcatel Micro Electronics (AME), para fabricar teléfonos móviles. La sociedad belga AME celebró con la sociedad norteamericana Amkor technology Inc (Amkor) un contrato para la compra de componentes electrónicos en el cual se estipuló un pacto arbitral. Por otra parte, la sociedad Amkor estaba vinculada a un fabricante de componentes, la sociedad coreana

Anam semiconductor Inc (Anam). ABS sostuvo que los componentes eran defectuosos y por ello los teléfonos funcionaban mal en alta humedad.

La sociedad ABS y su asegurador, AGF, que había pagado parcialmente la indemnización por los defectos, demandaron ante las cortes francesas a Amkor.

A su vez, Amkor pidió en USA que se obligara a ABS y su aseguradora a respetar el pacto arbitral que había celebrado con AME. La Corte de Apelaciones (*Amkor Technology, Inc. V. Alcatel Business Systems, 278 F. Supp. 2d 519 (E.D. Pa. 2003), 22/082003*) aceptó que el pacto arbitral vinculaba a ABS, para lo cual hizo referencia a la decisión en *E.I. Dupont De Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates*. De conformidad con esta decisión, los no signatarios pueden ser obligados a arbitrar cuando con conocimiento explotan el acuerdo que contiene el pacto arbitral. El principio es que un no signatario no puede invocar el contrato para un propósito y desdeñar los términos desfavorables del mismo. La Corte consideró que el acuerdo entre Amkor y AME producía un beneficio directo para ABS por lo que estaba sujeto a la cláusula arbitral incluida en el contrato entre AMKOR y AME.

En este contexto es pertinente señalar que en Francia la Corte de Casación también se pronunció en relación con este caso en sentencia del 27 de marzo de 2007, en la cual señaló que cuando hay una cadena de contratos traslaticios de la propiedad, la cláusula compromisoria es transmitida automáticamente como un accesorio, sin que importe si la cadena de contratos es homogénea²⁷ (es decir el mismo tipo de contrato) o heterogénea (contratos de diversos tipos, como obra y venta). En este caso, el componente eléctrico

²⁷ Es pertinente señalar que inicialmente la Corte de casación Francesa había concluido en sentencia del 6 de febrero de 2001 que la transmisión de la cláusula compromisoria se producía en las cadenas homogéneas de contratos traslaticios de propiedad. Esta posición es modificada por el fallo en el caso ABS AMKOR que la extiende a cadenas heterogéneas de contratos.

fabricado por Anam fue vendido a Amkor, quien lo vendió a Ame, la que lo encapsuló en forma indisociable, y lo vendió a ABS que lo integró a los teléfonos celulares, por lo que había una cadena de contratos traslaticios de la propiedad, por lo que la cláusula compromisoria contenida en el contrato entre Amkor y AME, al cual se había adherido Anam, tenía fuerza obligatoria respecto ABS.

Es interesante destacar que, con base en teorías diferentes, tanto los jueces norteamericanos como los franceses, concluyen en la extensión del pacto arbitral celebrado entre Amkor y AME a ABS.

Debe anotarse que la extensión del pacto arbitral al beneficiario que se utiliza en el derecho de los EE. UU. no parece posible bajo la ley colombiana, pues no existe ningún criterio en el ordenamiento que permita afirmar dicha conclusión.

Por el contrario, la extensión del pacto arbitral por la vía de la transmisión del pacto en las cadenas de contratos como lo ha hecho la jurisprudencia francesa si puede ser coherente con el derecho colombiano. En efecto, el derecho colombiano reconoce la posibilidad de que un contratante que se ve afectado por la evicción o por ruina de una cosa que adquiere, pueda actuar no sólo contra su contratante sino contra contratantes anteriores.

En efecto, en materia de saneamiento por evicción de conformidad con el artículo 1879 del Código Civil, el comprador a quien se demanda por la cosa por un tercero que pretende tener un derecho sobre ella, puede dirigirse no sólo contra su vendedor sino que lo puede hacer contra anteriores vendedores, ejerciendo la acción que contra ellos tendría su vendedor. Esta norma establece entonces que el derecho al saneamiento por evicción contra un vendedor se transmite con la cosa misma, y por ello quien tiene la cosa cuando

un tercero la reivindica puede reclamar el saneamiento no sólo de su vendedor inmediato sino de vendedores anteriores. Desde esta perspectiva se aprecia que si en el contrato celebrado entre un vendedor anterior y quien le compró (que a su turno volvió a vender) se pactó una cláusula compromisoria para resolver las controversias derivadas de tal contrato, incluyendo las vinculadas a la obligación de saneamiento por evicción de ese contrato anterior, dicha cláusula debería también vincular al último comprador que quiere dirigirse contra el vendedor anterior, pues es lo que estipula el contrato del cual surge el derecho que invoca.

Algo semejante ocurre en los casos de responsabilidad por ruina que consagra el artículo 2060 del Código Civil, pues la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el actual propietario de la cosa puede intentar la acción por ruina contra el constructor, a pesar de que no contrató con él, porque ha señalado la Corte²⁸ “siempre que se enajene un edificio o parte de él, la garantía en cuestión se transfiere automáticamente, para ser reclamada en el caso de que el edificio pereciere o amenazare ruina”, por quien es propietario del inmueble. En esta misma medida si se había pactado que las controversias por razón del contrato de construcción se someterían a arbitraje, la acción contra el constructor de quien actualmente tiene el bien, debería encauzarse a través del arbitraje.

Finalmente, la misma solución se aplicaría en materia de vicios ocultos, porque si bien la ley no establece expresamente la posibilidad de reclamar contra un vendedor anterior a aquel de quien compró quien descubre el vicio, dicha posibilidad debe aceptarse pues si el derecho al saneamiento por evicción o por ruina se transmite, lo mismo debe ocurrir con los vicios ocultos, pues dicha acción debe poder ser ejercida por quien es el dueño del bien

28 Sentencia de la Sala de Casación Civil del 5 de junio de 2009 Referencia: Expediente C-0800131030061993-08770-01

cuando aparece el bien, pues es él quien puede ser afectado. Igual ocurrirá cuando se pacte un pacto arbitral para resolver las controversias en materia de garantía legal.

De esta manera a la luz de las reglas que se aplican en derecho colombiano, es posible admitir como en Francia, que la cláusula compromisoria se puede extender a los subadquirentes que pretenden ejercer derechos contra un vendedor anterior, derivados del contrato que este último celebró y en el cual se pactó una cláusula compromisoria.

La desestimación de la personalidad jurídica

Otro mecanismo para extender el pacto arbitral es la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica. Esta figura es reconocida en diversos sistemas jurídicos e incluso a nivel internacional por la Corte Internacional de Justicia.

En efecto, la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction (1970) señaló²⁹ que el lugar de incorporación determina la nacionalidad de la entidad independiente de la nacionalidad de los accionistas, pero igualmente precisó, que en forma excepcional el velo corporativo puede ser levantado teniendo en cuenta el ejemplo de la ley nacional. Lo anterior, para prevenir el mal uso de los privilegios de la personalidad legal, y en ciertos casos el fraude o comportamientos reprochables, para proteger a terceras personas, como el acreedor o comprador, o para prevenir la evasión de requerimientos legales u obligaciones.

29 Decisión del 5 de febrero de 1970, página 39: "For the same reasons as before, the Court must here refer to municipal law. Forms of incorporation and their legal personality have sometimes not been employed for the sole purposes they were originally intended to serve; ... Here, then, as elsewhere, the law, confronted with economic realities, has had to provide protective measures and remedies in the interests of those within the corporate entity as well as of those outside who have dealings with it: the law has recognized that the independent existence of the legal entity cannot be treated as an absolute. It is in this context that the process of "lifting the corporate veil" or "disregarding the legal entity" has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes. The wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations". Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>

Por consiguiente, desde el punto de vista conceptual si se acreditan los supuestos que permiten desestimar la personalidad jurídica, es perfectamente posible que ello de lugar a que el pacto arbitral se invoque contra la persona que está detrás de la persona jurídica que celebró el pacto arbitral.

En derecho internacional la ruptura o perforación del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica se ha aplicado en materia arbitral, tanto por las cortes estatales, como por tribunales arbitrales, aunque con diferente amplitud.

En derecho inglés se ha reconocido la posibilidad de perforar el velo corporativo o desestimar la personalidad jurídica, pero en forma excepcional.

En efecto, en el caso *Prest v Petrodel* la Corte Suprema inglesa señaló, en decisión del 12 de junio de 2013, que era posible aplicar la ruptura del velo corporativo cuando una persona tiene una obligación legal o responsabilidad o está sujeta a una restricción legal, que deliberadamente evade o cuyo cumplimiento deliberadamente frustra interponiendo una compañía bajo su control.³⁰ La doctrina señala que la aplicación de esta doctrina es restrictiva en derecho inglés. Por lo demás, dicha doctrina no parece haber sido aplicado en arbitrajes en Inglaterra.

En derecho suizo es procedente el levantamiento del velo corporativo. Dicha figura ha sido aplicada tanto por las cortes estatales como por tribunales arbitrales.

³⁰ Dijo la Corte: " I conclude that there is a limited principle of English law which applies when a person is under an existing legal obligation or liability or subject to an existing legal restriction which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control. The court may then pierce the corporate veil for the purpose, and only for the purpose, of depriving the company or its controller of the advantage that they would otherwise have obtained by the company's separate legal personality". Disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0004-judgment.pdf>

Así, en el caso Alpha S.A. v Beta & Co. el tribunal arbitral partió de la jurisprudencia del Tribunal Federal y señaló que para que proceda el “levantamiento del velo corporativo” se requiere:

“la existencia de un control total por parte del accionista dominante, cuyos indicios son, en particular, capitalización insuficiente, confusión de administración y gestión y confusión del patrimonio. También y sobre todo es necesario que estos índices denoten la existencia de un abuso de derechos”.
(Alpha S.A. v Beta & Co. (Société d’Etat de droit ruritanien), Award, 1991, 1991).

En el caso concreto, el Tribunal consideró que, de una parte, una sociedad se había creado para una sola operación económica; que la capitalización de la misma era insuficiente para la naturaleza y valor de las transacciones y por ello fue la matriz la que tuvo que obtener un empréstito para la operación; que existía confusión total de administración entre las dos sociedades, e igualmente una confusión de patrimonios. Agregó el tribunal que existió un abuso porque la matriz privó de todos sus activos a la filial de manera que no pudo cumplir sus obligaciones. Finalmente, se disolvió la sociedad filial sin cumplir las reglas aplicables. Por lo anterior, el tribunal arbitral consideró que era aplicable la desestimación de la personalidad de la filial, por lo que la matriz tomaba el lugar de la filial, incluyendo el pacto arbitral.

En otro caso en Suiza que fue objeto de pronunciamiento por el Tribunal Federal ocurrió lo siguiente: se celebró un contrato entre **A** y **Y** para la venta de una empresa X. En el contrato se incluyó una cláusula compromisoria. **A** inició un proceso arbitral contra **Y** reclamando el precio. Sin embargo, antes de que **A** iniciara el arbitraje, **B**, que era el accionista mayoritario de **Y**, la liquidó, por lo que el arbitraje no se pudo realizar. **A** entonces demandó a **B** ante

una corte en Suiza, frente a lo cual B sostuvo que la demanda debía ser sometida a arbitraje. En su demanda A pidió la desestimación de la personalidad de Y que B le pagara el precio. Además, A señalaba que el pacto arbitral no se aplicaba porque B no fue parte del pacto, por lo que debía responder ante las cortes. El tribunal federal suizo, en decisión del 25 de agosto de 2009, consideró que el velo corporativo puede ser perforado cuando una corporación y su accionista mayoritario operan como una unidad económica y que además sería contrario a la buena fe que se mantuviera la distinción entre ellos. Por tal razón, consideró que la cláusula arbitral vinculaba a B, pues al desestimar la personalidad de Y, B quedaba vinculada por el contrato (DFT 4A_160/2009, 25/09/2009).

En Francia no se ha invocado expresamente la desestimación de la personalidad jurídica en laudos arbitrales, pero se han llegado a soluciones parecidas en supuestos en que en otros sistemas podían dar lugar a la desestimación de la personalidad.

Así, en un caso fallado el 11 de junio de 1991, en el caso *Orri v Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*, la Corte de Casación francesa aplicó el pacto arbitral a una persona natural que no lo había suscrito. Los hechos del caso son los siguientes: M Orri era una persona que ejercía sus actividades a través de una empresa denominada Saudi Europe lines. En el caso concreto, se realizó una reunión en las oficinas del señor Orri a la que asistió este último y en la cual se firmó un documento para reprogramar el pago de deudas de la sociedad Saudi Europa Line, el cual fue firmado por el representante de dicha sociedad y por el señor Orri personalmente. Asimismo, en esa reunión celebró un contrato de suministro de lubricante el cual fue firmado por un representante de Saudi Europe Lines y el nombre Orri fue tachado y reemplazado por el M Arcanotakis. Dicho contrato se incumplió por Saudi Europa. El contrato contenía un pacto arbitral.

Ante el incumplimiento se demandó al señor Orri. El laudo arbitral declaró la cláusula arbitral aplicable a Orri y lo condenó a pagar las sumas debidas por el contrato de lubricante. La corte de apelaciones negó la nulidad del laudo arbitral. La Corte de Casación confirmó la decisión de la corte de apelaciones y destacó que esta última señaló que Saudi Europe Lines era solo una denominación bajo la cual el señor Orri ejercía el comercio marítimo, un subterfugio constitutivo de fraude, destinado a disimular el verdadero contratante. La Corte de Casación concluyó que la corte de apelaciones al igual que el tribunal arbitral concluyeron correctamente que la cláusula compromisoria vinculaba a Orri.

En los EE. UU. las cortes pueden perforar el velo corporativo o desestimar la personalidad jurídica cuando la persona jurídica es usada para realizar un fraude o cuando el accionista dominante controla la compañía de tal manera que la conducta primaria de la entidad es ser alter ego de sus negocios personales en lugar de los negocios de la corporación. Se señala que, en materia de derecho marítimo, los requisitos son menores.

Esta doctrina ha sido aplicada en relación con el arbitraje por las cortes norteamericanas al decidir si el pacto arbitral vinculaba o no a alguien que no lo firmó o si se puede ejecutar un laudo contra personas distintas a quienes lo firmaron.

En tal sentido, se puede hacer referencia a un fallo de la Corte de Apelaciones del segundo circuito 2 F.3d 24 (2d Cir. 1993). En este caso se había iniciado un arbitraje por Carte Blanche (Singapore) PTE Ltd. contra Diners Club Int'l, Inc. La demandante obtuvo un laudo contra la subsidiaria de Diners Club. Ante las cortes norteamericanas, la demandante buscó que se impusiera a Diners Club (la matriz) que pagara la condena. En la apelación la corte de apelaciones del segundo circuito revocó la decisión de la corte de distrito que se había negado a desestimar la personalidad jurídica (pierce the corporate veil). La Corte consideró

que la subsidiaria y su matriz Diners Club eran indistinguibles y que por ello debería desestimarse la personalidad jurídica. La Corte destacó que la notificación del incumplimiento procedió de una carta con membrete de Diners Club y firmada por el Chairman de la misma y no por la subsidiaria. Por ello, consideró que podía ejecutarse el laudo contra la matriz.

Otro caso en Estados Unidos es el de Northern Tankers (Cyprus) Ltd v Backstrom, donde la Corte de Distrito de Connecticut desestimó la personalidad de un gran número de compañías y sostuvo que un laudo contra una compañía de Liberia insolvente podía ser ejecutado contra cualquiera de las más de cincuenta entidades y fideicomisos, así como dos individuos que las controlaban.

Los hechos de dicho caso son los siguientes: existía una compañía naviera, Northern Tankers, organizada bajo la ley de Chipre y con sede en dicho país que celebró un contrato de fletamento con Lexmar de Liberia. Se incumplió el contrato y se inició un arbitraje en el cual se condenó al demandado Lexmar Libertia.

En 1995 se inició una acción contra dos personas naturales, Blackstrom y Lindholm, y otro gran número de empresas y fideicomisos para obtener los perjuicios reconocidos en el laudo contra Lexmar Liberia. Seis días después Lexma Liberia se disolvió en Liberia y tres días después acudió a la bancarrota bajo las leyes suecas. Lexma Libertia tenía insuficientes activos para satisfacer las condenas.

Northern Tankers inició entonces un proceso para que se impusiera la obligación de Lexmar Libertia a las personas y empresas que demandó (cincuenta y tres entre individuos, corporaciones y trust), invocando la desestimación de la personalidad jurídica y el mal uso

de las formas de las sociedades para evitar impuestos y mover activos lejos de los acreedores.

La corte señaló que los demandados Blackstrom y Lindholm, personas naturales, efectivamente contralaban una gran compañía, que parecían diversas entidades separadas, pero que realmente eran componentes interdependientes de una empresa controlada por Blackstrom y Lindholm. Precisó la corte que en este grupo existían sociedades de diversa procedencia, de Francia, Liberia, Noruega, Connecticut, Colorado, Uk, Luxemburgo, Delaware, España y Brasil.

Señaló la corte que las personas naturales controlan una gran empresa y que como miembros de esta empresa casi todos los demandados eran alter egos de cada uno y de Blackstrom y Lindholm. En esta medida consideró que tenía jurisdicción sobre ellos, porque eran parte de la empresa o alter egos.

Agregó la corte que, de acuerdo con la ley marítima, se puede desestimar la personalidad jurídica cuando sea usada una corporación para realizar fraude o cuando se tiene el control y se desconoce la forma corporativa, en la medida en que la sociedad fundamentalmente realiza negocios personal individuales en lugar de negocios corporativos, por lo que impuso la responsabilidad de cumplir el laudo a las otras sociedades.

Como se puede apreciar existe en el mundo diversos ejemplos en los cuales se ha desestimado la personalidad jurídica de una sociedad para adelantar el arbitraje en contra de quien está detrás de la persona jurídica, o para extender los efectos del laudo arbitral a dicha persona.

Ahora bien, cabe preguntarse si en derecho colombiano es posible acudir al levantamiento del velo corporativo para vincular a una persona que no firmó el pacto arbitral.

En derecho colombiano se ha analizado por la doctrina la desestimación de la personalidad jurídica desde hace varios años para concluir la posibilidad de su aplicación. La jurisprudencia en diversos casos ha reconocido la posibilidad de aplicar dicha figura³¹. Así mismo existen algunas disposiciones sobre el levantamiento del velo corporativo. La doctrina también señala la posibilidad de su aplicación en los casos no previstos expresamente por la ley, bien sea por razón del fundamento de la personalidad jurídica de la sociedad, por lo que se puede desconocer la personalidad cuando no hay un sustrato real o cuando hay un fraude (Díaz Ramírez, 2010)³² o bien por aplicación de la teoría del abuso del derecho (Arrubla Paucar, 2010, p 78)³³

Ahora bien, si se analiza la situación desde el punto de vista del arbitraje y a la luz de las normas que rigen esta materia se encuentra lo siguiente:

El artículo 44 de la ley 190 de 1995 “por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa” dispone:

31 Por ejemplo sentencias C-865 de 2004 de la Corte Constitucional y del 19 de agosto de 1999 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 10641. Igualmente en diversas sentencias se ha impuesto con diversos fundamentos la responsabilidad de la matriz por obligaciones de la subsidiaria (Sentencias SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003 de la Corte Constitucional en la cual invocó el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995)

32 Enrique Díaz Ramírez. La personalización y despersonalización de sociedades en derecho colombiano. Publicado en Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y perspectivas. Ed Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p.

33 Jaime Arrubla Paucar, El levantamiento del velo corporativo en Colombia. Publicado en Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y perspectivas. Ed Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 78

“Artículo 44. Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

Si se examina esta norma se aprecia que solo prevé la posible aplicación del mecanismo, pero no establece sus requisitos ni sus consecuencias. En todo caso es pertinente destacar que la norma le atribuye competencia a las autoridades judiciales para levantar el velo corporativo, lo cual entonces incluye a los árbitros. Por consiguiente, en los casos en que sea aplicable dicha disposición y exista un pacto arbitral, los árbitros, como autoridad judicial, podrían desestimar la personalidad jurídica para los efectos que dicha norma consagra.

Por otra parte, el artículo 42 de la ley 1258 señala:

“Artículo 42. Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito

especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario”.

Como se puede apreciar, la norma legal prevé la desestimación de la personalidad jurídica y contempla tres posibles consecuencias: la primera es que exista una responsabilidad solidaria por las obligaciones que surgen de los actos defraudatorios, la segunda una responsabilidad solidaria por los perjuicios causados, y la tercera, que se declare la nulidad de los actos defraudatorios.

La ley reserva la declaratoria de nulidad a la Superintendencia de Sociedades, pero por otra parte, contempla la competencia de los jueces civiles para las acciones indemnizatorias. Como la ley no estableció regla alguna para la acción dirigida a obtener el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad cuya personalidad se desestima, podría concluirse que será el juez competente el que tomará la decisión correspondiente.

En la medida en que cuando hay pacto arbitral el árbitro decide el conflicto como lo habría decidido el juez, el árbitro podría declarar la desestimación de la personalidad jurídica y como consecuencia de ello imponer la responsabilidad solidaria por las obligaciones nacidas de los contratos y condenar al pago de los perjuicios causados.

Ahora bien, si el efecto de la desestimación es que la persona que se encuentra detrás de la sociedad, cuya personalidad jurídica se desestima, es que ella queda obligada, debe concluirse que si existe un pacto arbitral que vincula a la sociedad, las obligaciones derivadas del mismo deben ser cumplidas por la persona que está detrás de la sociedad cuya personalidad se desestima.

Lo anterior podría llevar a pensar, equivocadamente, que es necesario en primer lugar iniciar, un proceso para que un juez declare la desestimación de la personalidad y como consecuencia de ello declare que el pacto arbitral es aplicable a la persona que se encuentra detrás de la sociedad. Sin embargo, esta conclusión no es correcta, pues por principio legal el árbitro es juez de su propia competencia, y para determinar su competencia el árbitro es quien debe decidir si existe un pacto arbitral, si este pacto es válido, quiénes están vinculados por el pacto arbitral y las materias que se encuentran cubiertas por el pacto.

En esta medida, al decidir sobre su competencia el árbitro puede concluir que procede la desestimación de la personalidad y que por ello es la persona que se encuentra detrás de la sociedad, la que está vinculada por el pacto arbitral.

Ahora bien, esta es la regla aplicable a las sociedades por acciones simplificadas. No existen reglas legales para otro tipo de sociedades, pero como se ha visto el principio de la desestimación de la personalidad jurídica es en general reconocido en diversos países, y en Colombia, la ley reconoce que procede la desestimación de la personalidad jurídica frente a cualquier clase de sociedades en la ley 190 y frente a las sociedades por acciones simplificadas en la ley 1158. Así mismo existe autorizada doctrina y jurisprudencia que reconoce su aplicación con un alcance mayor.

Dicha perspectiva se justifica si se considera que el ordenamiento jurídico reconoce la personalidad jurídica de las sociedades en la medida en que las mismas son reconocidas como un instrumento para desarrollar la actividad económica conforme a los principios de nuestro sistema jurídico y en particular el respeto a la buena fe. Por consiguiente, si la sociedad es usada para eludir obligaciones o responsabilidades en forma contraria a la buena fe, la misma puede llegar a ser desestimada.

En esta medida, si se concluye que la posibilidad de desestimación de la personalidad jurídica obedece a un principio general, el mismo debe aplicarse a toda sociedad. En cuanto a los requisitos para decretarlo la ley no es clara, pero podría tomarse en cuenta la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades con fundamento en la ley. En efecto, en sentencia del 16 de octubre de 2013 en el caso de Finagro contra Mónica Colombia, la Superintendencia de Sociedades señaló que “las sociedades mencionadas operan, en realidad, como si se tratara de un sólo sujeto” y “no existe una verdadera división de funciones” y que “la única justificación posible para fraccionar un mismo proyecto agroindustrial es superar los límites consagrados en la ley”. (*Finagro contra Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S., 2013*)

Además, la Superintendencia hizo referencia a los motivos que se expresaron cuando se crearon las sociedades, la fecha en que fueron creadas, a la forma como estaba distribuida su participación accionaria y quien las controlaba y la forma en que estaba estructurada su administración. Por lo anterior, concluyó que “la estructura del Grupo Empresarial Mónica Colombia no obedeció a una finalidad legítima de negocios, sino que ese artificioso entramado societario fue, precisamente, el instrumento que permitió burlar las limitaciones contempladas para el otorgamiento de Incentivos a la Capitalización Rural”(*Finagro contra Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S., 2013*).

Desde esta perspectiva, es claro que habrá lugar a la desestimación de la personalidad jurídica cuando la creación no busca finalidades legítimas de negocios sino sustraerse a limitaciones legales, y podía agregarse, hacer fraude a las personas con quienes contrata. En efecto, el artículo 83 de la Constitución consagra la obligación de actuar de buena fe, lo que también hacen el Código Civil y el Código de Comercio, y adicionalmente la ley prevé la

acción pauliana que permite a los acreedores impugnar los actos realizados por el deudor de mala fe que lo colocan en imposibilidad de cumplir sus obligaciones. Estos mismos criterios se pueden aplicar en materia de sociedades distintas a las SAS, en la medida en que ellos permiten concretar la aplicación de un principio del ordenamiento. En todo caso debe tenerse siempre en cuenta que el ordenamiento permite crear sociedades para desarrollar actividades económicas y que el hecho de que las mismas no puedan atender sus obligaciones no es criterio suficiente para desestimar la personalidad jurídica, sino que se requieren una conducta claramente contraria a la buena fe.

En estos casos, si la sociedad cuya personalidad jurídica se busca desestimar celebró un pacto arbitral, podría sostenerse que el mismo vincula a la persona que está detrás de dicha sociedad.

El problema de la ley aplicable

En la medida en que la extensión del pacto arbitral no opera bajo las mismas reglas en todos los sistemas jurídicos, cuando se trata de arbitraje internacional surge la necesidad de determinar la ley aplicable.

Ahora bien, algunos de los mecanismos de extensión del pacto están vinculados al régimen del pacto arbitral y al hecho de que se otorga un consentimiento para el mismo. Desde esta perspectiva, parece razonable concluir que en estos casos la extensión del pacto arbitral debería sujetarse a la ley que lo rige, que será la estipulada por las partes, y si no se ha estipulado, la de la sede del arbitraje, de conformidad con lo que establece el artículo V de la Convención de Nueva York³⁴.

³⁴ El artículo V establece las causas para negar el reconocimiento de un laudo arbitral y a tal efecto precisa entre ellas que el acuerdo arbitral “a)...no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”, esto es el laudo.

Más complejo es el problema de la desestimación de la personalidad jurídica, pues en el no se parte de la idea de que la persona que está detrás de la persona jurídica dio su consentimiento, sino más bien de que a pesar de que esa persona quiere interponer una persona jurídica para evitar tener la obligación, la misma debe quedar vinculada por razón de su conducta reprochable.

De hecho en los EE.UU se señala (Mendelsohn & Fonda, 2018) que a menudo las cortes locales aplican su derecho local, independientemente de donde se formó la compañía. Igualmente, se encuentran casos en los que simplemente las cortes parten de la base de que entre las partes no hay discusión sobre la ley aplicable y la toman como fundamento de su decisión. (*American Fuel Corporation, Robert Barra, Individually, and Robert Ainbinder, Individually v. Utah...*, 1997)³⁵

Ahora bien, en aquellos casos en que se hace un examen para determinar la ley aplicable en los casos de extensión del pacto por desestimación de la personalidad jurídica se encuentran diferentes criterios que pueden emplearse.

Así, un primer aspecto que se debe tomar en consideración es que a nivel internacional las sociedades se sujetan a una ley, la *lex societatis*, que va a regir la forma como se organizan y funciona. Es dicha ley la que otorga personería a la sociedad. Por consiguiente, una primera aproximación consiste en sostener que es esa ley la que en principio debe regir el desconocimiento del velo corporativo, así lo señala Park (p. 25, 26)³⁶. Esta solución parece razonable cuando dicha ley establece la desestimación de la personalidad jurídica en el caso que se analiza, sin embargo no parece suficiente, pues no tiene en cuenta que la sociedad

³⁵ Relativo a una Sociedad incorporada bajo las leyes de Utah, pero la posibilidad de desestimar su personalidad se sujetó a las leyes de Nueva York. Igualmente en el caso *Wm. Passalacqua Builders v. Resnick Developers* decidido el 14 de mayo de 1991 por la corte de apelaciones del segundo circuito.

³⁶ Este fue el criterio adoptado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso *Fletcher v. Atex, Inc.*, 861 F. Supp. 242 (SDNY 1994)

puede estar actuando fuera de la jurisdicción del Estado en que fue incorporada o en la que tiene su personería, y que los terceros no tienen por qué conocer dicha ley y actúan partiendo de su buena fe en el lugar donde se encuentran.

Otra posibilidad parte de la idea de que lo que se trata de determinar es si el pacto arbitral cobija a una determinada parte, por lo que debe tomarse en cuenta la ley que rige el pacto, que salvo que las partes estipulen otra cosa, en principio es la ley de la sede del arbitraje, de conformidad con el artículo V de la Convención de Nueva York. Esta solución puede ser más previsible, pero al propio tiempo podría señalarse que la sede de un arbitraje no tiene por qué tener relación alguna con el contrato y el aspecto sustancial que se debate en el arbitraje, sino que puede ser seleccionada por razones de conveniencia. La relación sustancial puede tener relación con otro país y la conducta de las partes pudo haberse desarrollado en otro lugar. No obstante, en todo caso cuando hay desestimación de la personalidad jurídica, la persona que está detrás de la persona jurídica es quien toma las decisiones y por ello, conoce o debe conocer la ley que rige el pacto.

Sin embargo, existe otro enfoque posible que parte de considerar que en los casos en que procede la desestimación de la personalidad jurídica existe una conducta jurídica reprochable por parte de quienes están detrás de la sociedad. Es decir, hay un hecho ilícito, por consiguiente, podría considerarse que la ley aplicable es la que corresponda al hecho ilícito, que puede ser, por ejemplo, la ley en que se cometió el ilícito o la ley del domicilio de la víctima. Sin embargo, este criterio puede generar incertidumbre, pues puede no saberse cual ley aplicar, en la medida en que las partes tengan domicilios o establecimientos en diferentes países y se hayan desarrollado conductas en otros Estados.

Finalmente, hay quienes consideran que en esta materia debería aplicarse un estándar internacional, bajo la consideración de que ello permite atender los objetivos de la desestimación de la personalidad jurídica, pero respetando las expectativas de las partes (Born, 2020, p 1558). Este criterio ha sido aplicado por algunas cortes, como por ejemplo en el caso *First Nat City Bank v Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 US 611 at 626 (1983). Sin embargo, algunos señalan que es un estándar no definido que genera incertidumbre.

En relación con lo anterior debe señalarse que en últimas cuando se está en presencia de la desestimación de la personalidad jurídica se está frente a la necesidad de establecer quien queda vinculado por el pacto arbitral. En esta medida la solución más clara a la luz de las reglas que rigen el arbitraje es tomar en cuenta la ley que regule el pacto la que debe tomarse en cuenta. En este punto debe señalarse que esta solución da claridad y protege las expectativas de las partes. En efecto, por una parte, la parte que invoca la desestimación de la personalidad jurídica de su contratante está sujeta al pacto que celebró de acuerdo con la ley que estipuló o la que se aplica a falta de estipulación y ella debe saberlo. Por la otra, cuando se desestima la personalidad jurídica se busca evitar que un acto reprochable, que es tratar de interponer en la relación jurídica una persona jurídica en forma abusiva, produzca efectos, por lo que lo lógico es que el pacto vincule a la persona que está detrás de la persona jurídica en las condiciones que rigen el pacto y que la otra parte aceptó.

Si bien idealmente un estándar internacional podría dar claridad, el problema es que realmente exista y se aplique uniformemente, lo que no parece ser el caso actualmente. Incluso como se vio en algunos sistemas jurídicos hay diferentes estándares, según el régimen aplicable, esto es, el derecho común o el derecho marítimo.

Conclusión

Existen diversos mecanismos para extender el alcance de los pactos arbitrales a personas que no los suscribieron. En materia de sociedades hay algunos que han generado problemas y discusiones particulares. En todo caso la extensión del pacto arbitral puede sujetarse a diversos criterios según se trate de arbitraje doméstico o nacional o arbitraje internacional. En efecto, cuando es arbitraje nacional o doméstico se aplicará solamente la ley colombiana, en tanto que cuando es arbitraje internacional, lo primero que debe hacerse es determinar conforme a cuál ley se aplicará la desestimación.

Así, en primer lugar, el pacto arbitral puede extenderse a quienes lo asumen tácitamente. Dicha extensión parte de los principios generales que permiten expresar el consentimiento en forma expresa o tácita. La extensión en estos casos parte de establecer que la parte que no firmó el contrato actuó como si fuera parte en el contrato y en el pacto. Este criterio es aplicado en la mayoría de los países analizados.

En segundo lugar, el pacto arbitral puede extenderse por la vía de la cesión del contrato que lo contiene, mecanismo que es en general reconocido en la mayoría de los países, y que en Colombia parece estar claro.

En tercer lugar, el pacto se puede extender por el criterio del grupo de sociedades, que parte de la base en su concepción de que el pacto arbitral se aplica a los miembros del grupo, no simplemente por ser parte del grupo, sino también por el hecho de que participan en la celebración, ejecución y terminación del contrato. Sin embargo, esta figura no es admitida de manera general, y es discutible que sea aplicable en Colombia, pues en nuestro

sistema la pertenencia a un grupo no tiene por sí misma consecuencias en punto a los efectos obligatorios de los contratos.

En cuarto lugar, el pacto arbitral en un contrato se puede extender a los subadquirentes de un bien, cuando se trata de ejercer derechos derivados del contrato en el que se incluyó el pacto arbitral, derechos que se transfieren como accesorios de la cosa.

En quinto lugar, el pacto arbitral se extiende a las personas que están detrás de una persona jurídica, cuando su personería es desestimada. La desestimación de la personalidad jurídica es una figura reconocida en general en los diversos países, pero con requisitos y alcances distintos y puede aplicarse para vincular a una persona que está detrás de una persona jurídica que suscribió el pacto arbitral. Esta figura claramente puede ser aplicada en Colombia, en la medida en que nuestro ordenamiento reconoce dicha figura. A tal efecto, en los casos previstos por la ley se aplicarán los criterios dispuestos por ella la forma como lo ha interpretado la jurisprudencia, y en particular la Superintendencia de Sociedades. Respecto de las sociedades que no tienen reglas claramente establecidas pueden aplicarse igualmente dichos criterios en la medida en que se puede concluir que los mismos desarrollan un principio general de nuestro ordenamiento.

Referencias

Doctrina

Born, G., International Commercial Arbitration, 3rd edition. Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021.

Derains, Y., Is there A Group of Companies Doctrine? En Multiparty Arbitration (Hanotiau and Schwartz (eds); enero 2010.

Fadlallah I., y Hascher, D.. Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial. 1a ed. Dalloz, París 2019.

Landbrecht, J. y Wehowsky, A, Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its “Extension” ASA Bulletin (Scherer (ed.); Dec 2017).

Liévano Vegalara, J.P., Prada Marquez. Y. El Pacto Arbitral en el Contrato Societario. Comparativo Jurisprudencial. Revista Arbitrio.

Mayer, P. The extension of the arbitration clause to non-signatories — the irreconcilable positions of french and english courts.

Mendelsohn, D y Fonda C. Risky Business: What You Didn’t Know About Veil Piercing of Wholly Owned Subsidiaries March 13, 2018.

Park, W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma. Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper.

Sandrock, “Intra” and “Extra-Entity” Agreements to Arbitrate and Their Extension to Non-Signatories Under German Law, 19 J. Int’l Arb. 423 (2002).

Scherer, M, Three Recent Decisions of the Swiss Federal Tribunal Regarding Assignments and Transfer of Arbitration Agreements ASA bulletin 1 (mars 2002).

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-014 de 2010.

Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-170 de 2014.

Corte de Apelaciones de England y Wales. Kabab-Ji S.A.L. (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait) / A4/2019/0944, 20 de enero de 2020.

Corte de Apelaciones de París, Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) 23 Junio 2020, n°17/22943.

Corte de Apelaciones de Paris, Société Cerner Middle East Ltd. n° 16/18843, sentencia del 16 de octubre de 2018.

Corte de Apelaciones de Paris, Gouvernement du Pakistan, Ministere des Affaires Religieuses v Société Dallah Real Estate & Tourism Holding Company, , sentencia del 17 de febrero de 2011.

Corte de Apelaciones de Pau, Francia, Sponsor c/ Lestrads Sentencia del 26 de noviembre de 1986.

Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en USA. Sarhank Group v. Oracle Corp., 404 F. 3d 657, 2005.

Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, American Fuel Corporation, Robert Barra, y Robert Ainbinder, Individually v. Utah Energy Development Company, INC., Docket 96-7970. decidido el 25 de agosto de 1997.

Corte de Casación Francesa, Plateau de Pyramides, sentencia del 6 de enero de 1987. 84-17.274.

Corte de Casación Francesa, Banque Worms contra SNTM Hyproc. Sentencia del 5 de enero de 1999.

Corte de Casación Francesa,. Fondation Albert Abela Family Foundation et autres c Fondation Joseph Abela Family Foundation. Sentencia del 6 de octubre de 2010.

Corte de Distrito de Pensilvania, Amkor Technology, Inc. v. Alcatel Business Systems. Aug 22, 2003 278 F. Supp. 2d 519 (E.D. Pa. 2003).

Corte de Justicia Comunidad Europea, aff. C-214/89, 10 mars 1992, Rec., 1992, p. 1745, Sentencia 10 de marzo de 1992.

Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction, 5 de febrero de 1970.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Civil, Sentencia STC1779-2016/2015-02940.

Corte Suprema de los EEUU. First National City Bank v Banco Para El Comercio Exterior de Cuba, 462 US 611 at 626.

Corte Suprema del Reino Unido. Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan [2010] UKSC 46, 3 November 2010.

Corte Suprema del Reino Unido. Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC.

High Court England and Wales. Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd. [2004] EWHC 121, [2004] 1 Lloyd's Rep 603, 2004 WL 229138, [2004] 7(4) Int'l Arb. L. Rev. 111, Q.B. Div., 2004.

Superintendencia de Sociedades. Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp contra Solla S.A. No 2016-800-1.

Tribunal arbitral, caso ICC No. 4131, 1982, (Dow Chemical), J. DR. INT'L 8991983, nota Yves Derains.

Tribunal arbitral. Alpha Beta (Société d'Etat de droit ruritanien), (estado ficticio) Award, 1991', ASA Bulletin, Volume 10 Issue 2.

Tribunal Federal Suizo X. S.A.L., Y. S.A.L. et A. v. Z. Sàrl, sentencia del 16 de octubre de 2003. ASA Bull 2004, Volume 22 Issue 2 pp. 364 – 389.

Tribunal Federal Suizo, DFT 4A_160/2009 del 25 de agosto de 2009 ori).

Opinión personal

Este importante tema de la eliminación, adopción o modificación de la cláusula compromisoria por mayoría, amerita una revisión legislativa, ojalá para volver a la tesis anterior al 2012 en donde la cláusula compromisoria reciba el mismo tratamiento de las demás cláusulas del contrato de sociedad, tal como es hoy en la SAS.

Pero por encima de cuál sea la postura que asuma una nueva ley sobre el particular, se amerita su pronta expedición, para que la jurisprudencia y la doctrina se unifiquen en torno a ella y haya seguridad jurídica para todos los actores intervinientes en el arbitramento societario.

Referencias

Auto 801-018280 Proceso verbal No. 2013-8010096 de María Isabel Vélez Mendoza contra Mendoza Alvarado y Cía. Ltda. en liquidación privada. (2013, 29 de octubre). Superintendencia de Sociedades. (Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles). https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Libro-Jurisprudencia-Societaria-I-2014.pdf

Auto 800-10498 Proceso verbal sumario No. 2015-800-14 de María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. y otros. (2015, 10 de agosto). Superintendencia de Sociedades. (José Miguel Mendoza, Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles). [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Documents/Ultimas%20sentencias/Varios/Auto%20800-10498%20\(10-ago-2015\).pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Documents/Ultimas%20sentencias/Varios/Auto%20800-10498%20(10-ago-2015).pdf)

Auto 800-6687 Proceso verbal No. 2016-800-1 de Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp. contra Solla S.A. (2016, 2 de mayo). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza, Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles). https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/A_Oceanis_Global_Investments_02_05_2016.pdf

Auto 2019-01-469956 Proceso No. 2019-800-00361 de Héctor Adonías Acosta Gonzales contra Luis Alfonso Robayo Gómez (2019, 10 de diciembre). Superintendencia de Sociedades.

Auto 2019-01-040728 Proceso 2017-800-00444 de Alfredo Carrizosa Gómez y otros contra Estudios Técnicos y Asesorías (ETA) S.A. (2019, 22 de febrero). Superintendencia de Sociedades (Francisco Ochoa Liévano, Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles).

Auto 2020-01-113341 Proceso 2019-800-00261 de Inatlantic contra Sociedad Portuaria de Buenaventura (2020, 23 de marzo). Superintendencia de Sociedades (Francisco Ochoa Liévano, Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles).

Auto 2021-01-562317 Proceso 2021-800-00070 de Mónica Medina Payares contra Perfect Body Medical Center Ltda. (2021, 16 de septiembre). Superintendencia de Sociedades (Francisco Ochoa Liévano, Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles).

Auto 2020-01-113341 Proceso 2019-800-00261 de Inatlantic S.A. y Trujillo Perdomo S. en C. contra Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A. (2020, 23 de marzo). Superintendencia de Sociedades (Francisco Ochoa Liévano, Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles).

Auto 2021-01-415367 Proceso 2017-800-00467 de María Olga Romero y otros contra Jaime Niño Infante (Q.E.P.D.) y otros. (2021, 23 de marzo) Superintendencia de Sociedades (Francisco Ochoa Liévano, Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles).
Decreto 410 de 1971. (1971, 27 de marzo). Presidencia de la República. Diario Oficial No. 33.339. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

Ley 1258 del 2008. (2008, 5 de diciembre). Congreso de la República. Diario Oficial No. 47.194. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html

Ley 1563 del 2012. (2012, 12 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 48.489. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

Liévano Vegalara, J. P. y Prada Márquez, Y. (2019, 16 de julio). El pacto arbitral en el contrato societario: Comparativo Jurisprudencial. Revista Arbitrio de la Cámara de Comercio de Bogotá. 4 (2ª ed.), pp. 60-65.

<https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Arbitrio/02>

Martínez Neira, N. H. (2020). Cátedra de Sociedades Régimen Comercial y Bursátil (1.ª ed.) Legis.

Oficio 220-20029 (2017, 11 de septiembre). Superintendencia de Sociedades. https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-20029%20DEL%2011%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202017.pdf

Sentencia C-014/10. (2010, 20 de enero). Corte Constitucional (Mauricio González Cuervo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2010/C-014-10.htm>

Sentencia C-163/99. (1999, 17 de marzo). Corte Constitucional. (Alejandro Martínez Caballero, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-163-99.htm>

Sentencia No. 800-38 Proceso Verbal Número 2015-800-165 de Arturo Escallón Lloreda y otro contra el Zarzal S.A. (2016, 28 de abril). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza, Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles). https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_EIzarzal_28_04_2016.pdf

Sentencia de Primera Instancia Proceso Verbal de Rudy Kerckhaert vs Metal Tek S.A. (2012, 7 de junio). Superintendencia de Sociedades (Angela María Echeverry, Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles).

Sentencia de Segunda Instancia Proceso Verbal No. 2011-70495-01 de Rudy Kerckhaert vs Metal Tek S.A. (2012, 5 de diciembre). Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión (Liana Lizarazo, M.P).

Sentencia SU-174/07. (2007, 14 de marzo). Corte Constitucional. (Manuel José Cepeda, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/SU174-07.htm>

Sentencia STC-1857. (2016, 18 de febrero). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (Álvaro Fernando García, M.P).

Sentencia Proceso Verbal No. 2018-00380-02 de Luis Fernando Luque Salcedo y otros contra María Teresa Chacón, Nancy Araly Córdoba y Luque Medina & Cia. S.A . (2021, 19 de marzo). Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. (Martha Isabel García Serrano M.P.).
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/66864055/PROVIDENCIAS+E-49+MARZO+24+DE+2021.pdf/0139b033-1f9e-4aca-80a2-8323c7ef0185>

3

Conflictos en fusiones y adquisiciones

Sobre el autor

Felipe Cuberos de las Casas

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Máster (LLM) en Derecho de los Negocios Internacionales en Queen Mary College / University of London. Autor de artículos varios en materia de contratos, sociedades, arbitraje e insolvencia. Coautor del libro “Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana de Arbitraje Comercial” y autor del libro “S.A.S. Novedades, Aciertos y Desaciertos”. Profesor universitario, exdirector de la Especialización en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana, y socio de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU) donde dirige la práctica de Derecho Mercantil para Colombia, Perú y Chile.



Resumen

El presente estudio está dividido en dos secciones básicas: la primera, desarrollada a partir de una breve introducción, donde se identifican los conflictos posibles y aquellos que son más frecuentes en operaciones de fusiones y adquisiciones, junto con los mecanismos susceptibles de ser utilizados para su solución, resaltando el papel que el arbitraje puede tener en estas materias. La segunda, se refiere a las disputas que pueden presentarse en torno a los acuerdos de accionistas que las partes suscriben cuando el vendedor y el comprador tienen que convivir por algún tiempo como accionistas de una misma compañía. Para la primera parte, se ha tomado como punto de partida un análisis general de las distintas etapas que se dan en este tipo de operaciones, abordando cuáles son los principales intereses que las partes quieren proteger en cada una de ellas, para luego

establecer cuál es o cuáles son las soluciones más apropiadas en la satisfacción de tales intereses, concluyendo luego con algunas referencias sobre el tratamiento que todo esto ha tenido a nivel del arbitraje en Colombia. La segunda parte se ha desarrollado de una manera mucho más resumida en la medida en que, al menos para Colombia, la mayoría de las controversias suscitadas alrededor de acuerdos de accionistas han sido abordadas hasta ahora por vía judicial, no obstante lo cual se deja en claro que en muchos de estos acuerdos se viene hoy planteando la solución de conflictos por vía arbitral. Finalmente, el análisis se cierra con unas conclusiones básicas sobre los temas abordados.

Introducción

Hablar de fusiones y adquisiciones (M&A por sus siglas en inglés, dado que es esta la expresión con la que más comúnmente se denomina a estas operaciones), es referirse a algo que podríamos llamar el “apareamiento societario”, esto es, un escenario donde dos o más empresas, al igual que sus accionistas, pasan a convivir, o al menos a juntarse, sin necesariamente haber estado interconectados previamente. Esta situación nos pone de presente una famosa frase que dice que los conflictos solamente surgen cuando las partes no se conocen muy bien, que para el caso de las operaciones de M&A sería cuando apenas se están conociendo para juntarse, o cuando se conocen demasiado, que en este contexto sería cuando ya han cerrado el negocio, lo cual simplemente se traduce en que todas las relaciones, humanas o negociales, son susceptibles de generar controversia.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es exagerado reconocer que las operaciones de M&A, que en este escrito se referirán básicamente a las adquisiciones de compañías o negocios en marcha y no necesariamente a su fusión, son, por definición, una fuente inagotable de conflictos. Dada la enorme relevancia actual del asunto, y a efectos de brindar un mejor contexto sobre el tema que aquí viene a tratarse, el presente estudio lo dividiremos en los

siguientes puntos principales para su mejor comprensión: en primer término, vamos a referirnos a las distintas etapas de los procesos de M&A, a fin de identificar en cada una de ellas cuál es su propósito; qué le interesa a cada parte exigir de la otra, y por ende, cuáles son las principales fuentes de conflicto. A partir de ello, pasaremos a establecer cuáles son los posibles mecanismos de solución de los referidos conflictos sobre la base de que éstos siempre deben ir alineados con lo que las partes pretenden lograr en la respectiva etapa del negocio. Bajo esta óptica, nos referiremos también a algunas cláusulas eminentemente problemáticas o controversiales, enfocándonos principalmente en aquellas referentes a pagos adicionales a cargo de los compradores, a las que contienen declaraciones y garantías formuladas por las partes en el marco de la transacción, y a las relacionadas con fuerza mayor y/o de efecto material adverso o MAE, por sus siglas en inglés, subrayando la incidencia en ello del COVID-19 frente a las controversias que pueden suscitarse alrededor de las mismas.

Finalmente procede hacer dos aclaraciones introductorias: la primera, que si bien el eje de este escrito es la solución de conflictos y no simplemente las operaciones de M&A, resulta indispensable explicar, con algún nivel de amplitud, muchas de las cláusulas usuales en este tipo de transacciones para que las discusiones que abajo se plantean sobre las controversias asociadas a ellas, queden enmarcadas y explicadas en forma apropiada. La segunda aclaración se orienta a precisar que en el presente escrito se acudirá al uso reiterado de anglicismos, por cuanto las operaciones de M&A son de profunda raigambre anglosajona, y porque además, es esa la terminología usual en este tipo de negocios a nivel internacional, e incluso ya en nuestro medio local, así que mal podríamos ignorar dicho lenguaje al hacer los planteamientos que aquí se contemplan.

Etapas del M&A, sus conflictos y mecanismos de solución

Las operaciones de M&A, entendidas como las adquisiciones de empresas, según ha sido ya referido, a pesar de instrumentarse mediante contratos de compraventa que han sido tradicionalmente catalogados como de ejecución instantánea y no sucesiva (Bonivento, 2000), no se consolidan en un único instante, sino que, muy por el contrario, son negocios que se extienden a lo largo del tiempo, haciendo especialmente relevante lo que ha dado en llamarse el *iter contractus*, es decir, el camino hacia el contrato. No obstante, en estas operaciones no es la formación del contrato lo único que se extiende en el tiempo. También se tejen aquí múltiples relaciones posteriores a su celebración que, para bien o para mal, mantienen vivo el vínculo entre las partes durante períodos más o menos largos, dependiendo del tipo de transacción, del perfil de la compañía o compañías involucradas, y de muchos otros factores. Dentro de este proceso hay entonces varias etapas claramente diferenciables. En primer término, está la fase precontractual que, aunque naturalmente no es exclusiva de este tipo de contratos, tiene aquí implicaciones bien particulares, según pasará ello a analizarse. Luego viene lo que se conoce como la etapa comprendida entre firma y cierre, que es desde luego una fase netamente contractual en la medida en que el contrato o contratos de la transacción ya han sido firmados, no obstante lo cual la operación de compraventa no se ha consumado aún por estar pendiente el traspaso de acciones, activos o negocios al igual que su pago, que es lo que usualmente se conoce como el cierre.

Posteriormente se da la fase post cierre, es decir, aquella que tiene lugar luego de que la compraventa ha quedado consumada mediante el traspaso de propiedad y el pago de su precio, y que está marcada por la presencia de temas tan importantes como son, entre otros, los posibles ajustes de precio que pueden pactarse para tener lugar luego de que el comprador haya tenido la oportunidad de verificar bien qué fue lo que adquirió, especialmente en términos de deudas, recursos de caja o capital de trabajo. Dentro de esta fase de post cierre puede darse también el pago de sumas adicionales al precio inicial o

earn-outs en las que ya no se trata de ajustes al precio sino de valores extra cuya causación está sujeta a ciertas condiciones; los reclamos por indemnizaciones a cargo del vendedor asociadas a su responsabilidad por lo vendido; o la eventual convivencia de las partes que se produce cuando los vendedores no se desprenden enteramente del negocio, y que suele regularse a través de acuerdos de accionistas. A continuación entonces nos referiremos a todo ello, no sin antes advertir que un elemento a favor de la instrumentación de soluciones a la medida cada transacción mediante disposiciones contractuales, radica en el hecho de que muy pocas jurisdicciones obligan a las partes a acudir a ciertos mecanismos de solución de conflictos en operaciones de M&A y las que lo han contemplado alguna vez, como ha ocurrido por ejemplo en Taiwan o Finlandia, entre otras, usualmente se han referido a ello para controversias específicas (ABA, 2010).

Etapa Precontractual

Durante esta fase, como es bien sabido, las partes están manifestándose el interés de contratar sin necesariamente llegar a definir todos los elementos de la transacción. Esta situación, si bien no es patrimonio exclusivo de las operaciones de M&A, tiene en ellas unas connotaciones especiales por cuanto, a diferencia de lo que ocurre en otras relaciones contractuales, no solamente se prolonga durante períodos que pueden terminar siendo extensos, sino porque además, ocurren allí muchas cosas adicionales a la simple aproximación preliminar de las partes. Así por ejemplo, es claro que a pesar de entenderse esta etapa como precontractual, y que ello por ende daría la impresión de que en ella no existe ningún tipo de contrato, lo cierto es que aquí se producen documentos de corte contractual que son de la mayor importancia, como por ejemplo, los acuerdos de confidencialidad (NDA por sus siglas en inglés), las cartas de intención (LOI por sus siglas en inglés), o los memorandos de entendimiento (MOU por sus siglas en inglés), además de lo cual se surte allí el proceso de debida diligencia que se orienta a que la parte compradora, siendo debidamente diligente, pueda conocer el negocio que pretende adquirir,

revisándolo en sus aspectos financieros, jurídicos, operativos y administrativos con el alcance y el nivel de profundidad que las partes hayan convenido como parte de la preparación del negocio que está aún por celebrarse.

Teniendo en cuenta este marco conceptual, lo primero que cabe preguntarse para entender el tipo de controversias que pueden surgir es cuál es el real interés de las partes en ese momento de la operación y, ante todo, qué es lo que buscan proteger. El objetivo fundamental del vendedor en esta fase es, sin lugar a dudas, proteger la información que se suministra, lo cual se traduce en asegurar los deberes de confidencialidad de quien recibe dicha información, en tanto que, del lado comprador, se trata de asegurar que se le brinde información veraz, completa y precisa sobre lo que pretende adquirir, y que, mientras la revisa, el vendedor no termine haciendo el negocio con terceros, frustrándole así su legítima expectativa. En este contexto, las controversias que pueden surgir son precisamente aquellas que tengan la vocación de atentar contra las finalidades antes referidas, y por supuesto, contra aquello que se quiere proteger, ante lo cual es claro que los mecanismos de solución de conflictos tienen que ser proporcionales a ese interés y, sobre todo, adecuados para el momento de la transacción en el que las partes se encuentran.

Entendiendo entonces cuáles son los principales intereses de las partes, lo lógico es que sus mecanismos de defensa apunten, no tanto a lograr que la transacción efectivamente se realice, sino más bien a evitar que la misma se frustre por una conducta ilegítima de la otra parte, o que al menos se ponga en riesgo el negocio de manera definitiva desde una fase temprana. Por esta razón, las medidas cautelares de nuestro derecho, o las denominadas *injunctio* del derecho anglosajón, resultan de la mayor importancia, por cuanto es con ellas que se apunta, o bien a evitar una conducta inapropiada de la otra parte, o bien a frenarla y rectificarla para detener sus efectos nocivos cuando ya se produjo. La ley

colombiana, a través de lo establecido en el Código General del Proceso, ha incluido un elemento de importancia capital para lo que se viene analizando, como son las medidas cautelares innominadas (Colombia, 2012) es decir, aquellas que no han sido reglamentadas de una manera específica en nuestra legislación, lo cual le da un amplio margen de maniobra tanto al peticionario como al juez en la medida en que se trate de medidas que guarden una relación de necesidad, efectividad y proporcionalidad frente al derecho que se busca proteger. Adicionalmente, dichas medidas deben encontrarse amparadas por lo que nuestro sistema ha definido como la apariencia de buen derecho (Colombia, 2012) que, contrario a lo que algunos han querido ver, no consiste en un prejuzgamiento por parte de la autoridad judicial, sino simplemente en un análisis *ex ante* muy básico y sin considerar aún en detalle los elementos probatorios, que arroje como resultado la idea general de que no se está en presencia de una solicitud carente de fundamento, frívola, o meramente temeraria.

Para hacer uso de estas medidas, si bien ello puede darse en sede arbitral, lo cierto es que las partes suelen acudir con más frecuencia a la jurisdicción ordinaria, no solo por su natural poder coercitivo para imponerlas y hacerlas efectivas, sino porque además, en este periodo precontractual, los protagonistas del negocio no suelen detenerse en regular de manera exhaustiva los procedimientos de resolución de conflictos por los que habrán de regirse, lo que necesariamente las conduce a las cortes ordinarias.

Etapa Contractual (período entre firma y cierre)

Posteriormente, llega el momento en el cual las partes han firmado el contrato o contratos que habrán de regir la transacción, donde ya lo que prima no es un interés negativo por el cual se busque hacer que la otra parte se abstenga de incurrir en ciertas conductas, sino que, por el contrario, aquí hay un interés eminentemente positivo, donde lo que se busca asegurar es el cumplimiento de las obligaciones propias de la transacción en forma tal que

se facilite su cierre y consumación mediante el intercambio de cosa y precio, entendiendo la cosa como las acciones, activos o negocios objeto de la venta. En esta perspectiva, las controversias que pueden suscitarse se refieren esencialmente a aquellas situaciones que impidan o puedan impedir el cierre del negocio a pesar de estar ya las partes vinculadas contractualmente, y aquellas que alteren el nivel de riesgo que cada una de ellas estuvo dispuesta a asumir, y que efectivamente asumió al momento de firmar el contrato.

En este punto entonces cobran especial relevancia dos bloques de cláusulas, a saber: por una parte, las cláusulas sobre MAE que, en pocas palabras, son las que le confieren a las partes, y en particular al comprador, una salida para deshacer el negocio ante determinadas circunstancias que sean o puedan resultar adversas al negocio que se compra, evitando que llegue a consumarse la operación de venta. Por otra parte, resultan cruciales dentro de esta fase las cláusulas que se refieren a las denominadas condiciones precedentes, es decir, aquellas que deben cumplirse para que la transacción llegue a feliz término y se produzca, en consecuencia, un efectivo traspaso sobre la propiedad del negocio. A continuación entonces, se hará una breve referencia explicativa a estos bloques de cláusulas, para luego puntualizar con los mecanismos de solución de conflictos mediante los cuales podrían protegerse los intereses involucrados en ellas.

Cláusulas Mae

En relación con las cláusulas sobre MAE, podemos decir que se trata de disposiciones contractuales mediante las cuales se ha producido lo que el profesor Alan Watson definiría como el trasplante de una figura extranjera (Watson, 1993), particularmente tomada del derecho anglosajón en este caso. Este fenómeno alude al denominado *Material Adverse Effect*, cuya equivalencia funcional, siguiendo la terminología utilizada por ese mismo autor (Watson, 1993), podría conducir a algo con ribetes parecidos, aunque no iguales, a los que tiene la revisión por imprevisión establecida en nuestra legislación mercantil,

diferenciándose de ésta esencialmente en que bajo un MAE no se trataría necesariamente, o al menos no siempre, de situaciones imprevistas o imprevisibles, y que en la revisión por imprevisión se trata precisamente de revisar, o reajustar, si se quiere, el equilibrio contractual para preservarlo tanto como sea posible, en tanto que en el MAE lo que se pretende es permitir la terminación del contrato. Sin embargo, la convergencia entre ambas figuras estaría en que en ellas confluye el hecho de tratarse de circunstancias posteriores a la celebración del contrato que alteren o agraven la prestación a cargo de alguna de las partes (generalmente del comprador) en grado tal que cumplirla le resulte excesivamente oneroso frente a lo que pretende adquirir (Código de Comercio Colombiano, 1971).

Bajo este concepto entonces, de lo que se trata es de reconocer que las partes, al firmar el contrato, han pactado ciertos eventos o circunstancias, enunciadas en forma no taxativa, o incluso planteadas de manera genérica, lo cual les da un cierto grado de imprevisibilidad que permite reforzar la idea de aplicarles, *mutatis mutandis*, los mismos principios de la imprevisión, y cuya ocurrencia podría resultar sustancial o materialmente adversa para el negocio y para las operaciones de la compañía que se adquiere, haciendo entonces menos atractiva la compra para el adquirente. La filosofía detrás de esa cláusula consiste entonces en señalar que, si por alguna circunstancia propia del negocio de la compañía que se adquiere, sus operaciones, activos o negocios llegaren a sufrir un efecto materialmente adverso, es decir, un detrimento sustancial entre la fecha de firma del contrato y el momento en que haya de consumarse la operación, entonces el comprador podrá retirarse de la misma, deshaciéndose los contratos ya firmados antes del intercambio de cosa y precio, sin que ello en principio entrañe responsabilidad para ninguna de las partes.

Resulta justo reconocer que, si bien la negociación de las cláusulas MAE es uno de los temas más complejos en la construcción de una operación de M&A, su aplicación no ha alcanzado a tener una particular trascendencia, o al menos no ha dado lugar a que se desencadenen

todos los efectos propios de estas disposiciones que, como ya se señaló, apuntan a permitir que alguna de las partes se abstenga de consumir la transacción. Incluso en el derecho anglosajón, que es de donde proviene esta figura, su utilidad práctica ha resultado bien limitada, al punto que, hasta donde tenemos noticia, únicamente ha surtido la plenitud de sus efectos en un proceso judicial y no arbitral surgido entre Akorn y Fresenius. En esta operación se produjo una decisión de la Corte de la Cancillería de Delaware el 1 de octubre de 2018 (Akorn, 2018) en la que el juez Travis Lester declaró por primera vez la existencia de un MAE con la consecuente confirmación de la posibilidad para el comprador, en este caso Fresenius, de haberse retirado de la transacción luego de firmados los contratos, pero antes de completarla. El parámetro contemplado por la corte para señalar que se había producido un efecto material adverso respecto del negocio que se adquiría fue, por un lado, establecer que había ocurrido una reducción grosera, en este caso de más del 50%, en el ingreso operacional de la compañía entre la fecha de suscripción de los contratos y la fecha prevista para el cierre, por haber faltado el vendedor a sus compromisos sobre la manera de conducir los negocios durante dicho período. Adicionalmente, se reiteró en esta decisión algo que ya se había contemplado en fallos anteriores, como es que el comprador tiene un estándar probatorio alto para poder establecer la ocurrencia de un MAE, y que en particular, el efecto adverso para permitir que se deshaga la operación debe ser de tal envergadura que realmente afecte las posibilidades de ingreso de la compañía a lo largo de los años por venir, y no simplemente en un periodo de meses, lo que en últimas podríamos decir que se traduce en que el detrimento producido en los negocios de la compañía debe ser estructural y no meramente coyuntural a efectos de que tenga cabida la declaración de un MAE.

En el contexto del COVID-19, existen ya algunos antecedentes internacionales de capital importancia que, si bien se han dado en sede judicial, no es descartable que en próximas oportunidades termine ello replicándose en sede arbitral y que, así mismo, si bien han ocurrido en otras jurisdicciones, bien podrían llegar a tener cabida en Colombia para

asuntos de similar naturaleza. El primer caso del que se tiene referencia relacionado con esto se dio en un litigio decidido por la Corte de Cancillería de Delaware el 30 de noviembre de 2020 (Ab Stable viii LLV, 2020) en un fallo que bien podríamos tildar de salomónico en la medida en que terminó dándole razón a ambas partes. En efecto, si bien la corte dictaminó que para este caso en particular la pandemia del COVID19 y sus efectos sobre la compañía a adquirir no constituían un MAE, el comprador sí tenía derecho a retirarse de la transacción en consideración a que el vendedor, al adoptar medidas relacionadas con el COVID19, había violado su compromiso de seguir conduciendo el negocio de conformidad con sus prácticas pasadas. Lo interesante en este caso, sin embargo, fueron dos cosas muy puntuales: la primera, las defensas utilizadas por cada una de las partes para evitar que la otra se retirara del negocio, en el caso del vendedor, o para justificar su retiro, en el caso del comprador. Dentro de estas defensas, el vendedor argumentó que las medidas adoptadas en función del COVID19 se habían dado en cumplimiento de la ley, lo cual en su criterio hacía parte de aquello que supone desarrollar una operación dentro del giro ordinario de sus negocios, y que por ello, no había razón para que el comprador se retirara. Adicionalmente, el mismo vendedor invocó en su defensa el hecho de que el comprador había adoptado medidas similares en su propio negocio hotelero, ante lo cual se señaló que cerrar sedes o reducir nómina iba mucho más allá de la operación en el giro ordinario, que fue a lo que el vendedor se comprometió al suscribir el contrato de compraventa. Lo otro interesante en este proceso fue que la corte declaró que no existía un MAE, no por considerar *per se* que el COVID19 y las medidas asociadas a él no generaran un efecto materialmente adverso sobre los negocios, sino porque en este caso en particular, la disposición contractualmente acordada excluía la ocurrencia de calamidades del concepto de MAE, y en consecuencia, siendo el COVID19 una calamidad de impacto mundial, no podría reconocerse como MAE, dada la manera como había quedado redactada la cláusula.

Otro caso que llama la atención es aquel en el que la misma Corte de Cancillería de Delaware emitió una decisión el 30 de abril de 2021 (Snow Phipps, 2021) obligando a las partes a

continuar con una operación de venta de una compañía cuyo monto ascendía a USD550 millones. En este caso, la juez Kathaleen McCormik, a diferencia de lo planteado en el caso de AB Stable, sentenció que la pandemia no es un evento diferente de aquellos otros que normalmente se entienden excluidos del concepto de MAE, que son los que afectan a la economía en general y no al negocio mismo que pretende adquirirse.

Dicho lo anterior, resulta razonable predecir que, en un futuro próximo, el panorama arbitral, tanto local como internacional, termine siendo ampliamente ocupado por controversias asociadas a estas materias, situación ésta que ya viene conduciendo a la adopción de ciertas medidas preventivas en los contratos mediante los cuales se instrumentan operaciones de M&A, como son las de excluir expresamente al COVID19 del concepto de MAE, cerrándose con ello la puerta a que alguna de las partes se retire del negocio amparándose en esta circunstancia, o también, medidas orientadas a incluir más limitaciones a lo que el vendedor puede hacer con el negocio en función de la pandemia o de otros eventos similares.

Condiciones Precedentes

En cuanto a las cláusulas sobre condiciones precedentes, se trata también aquí de un implante proveniente del derecho anglosajón, cuyo equivalente funcional en nuestro sistema podrían ser las condiciones suspensivas. Sobre esta base, de lo que se trata es de una serie de condicionamientos a los cuales se someten las obligaciones que ambas partes han asumido en el contrato para consumir la operación de compraventa. La lógica con que estas cláusulas se insertan en los contratos de compraventa de compañías apunta a que cada una de las partes, o eventualmente ambas, puedan apartarse del negocio, es decir, el vendedor absteniéndose de vender o el comprador absteniéndose de comprar, en el evento en que ciertas condiciones se den o no se den, o no puedan verificarse para una fecha determinada, todo lo cual dependerá de la manera como se redacte el contrato de venta.

Dado que se trata de simples condiciones, que por definición pueden o no ocurrir por tratarse de hechos futuros e inciertos, lo que es usual es que su frustración no se considere como un incumplimiento contractual por parte de ninguno de los contratantes, no obstante lo cual si la frustración de alguna de esas condiciones se deriva de la acción u omisión de alguno de los contratantes, quedarán a salvo las indemnizaciones correspondientes en favor de la otra, aun a pesar de haberse desecho el negocio, o más bien, precisamente por ello. Ejemplos de esto son las condiciones relacionadas con la solución de ciertas contingencias o irregularidades encontradas en la compañía objetivo antes de su compra, la obtención de autorizaciones gubernamentales o corporativas, o el cumplimiento de ciertos hitos en el desarrollo del negocio de la compañía, entre otros.

Interés Protegido y Mecanismos de Solución

Teniendo en cuenta los intereses que se busca proteger a través de los dos tipos de cláusulas a las que hemos hecho referencia en este acápite, es apenas natural que, a diferencia de lo que ocurre en la fase precontractual, lo que pretendan las partes en esta fase de la transacción sea lograr el cumplimiento específico de aquello a lo que la otra parte se comprometió y/o, eventualmente, obtener una indemnización de perjuicios por la frustración culposa o dolosa de las condiciones precedentes que, se reitera, son condiciones suspensivas cuya verificación obliga a las partes a consumir la operación de compraventa. Para la obtención de esas medidas que permitan proteger la transacción y asegurar su debida culminación, el tiempo es de la esencia, puesto que aquí una solución tardía no solamente haría perder lo que algunos han llamado el furor transaccional, sino que además podría desfigurar a tal grado el negocio que se pretende adquirir, que bien podría llevar incluso a que el comprador pierda todo interés en la operación. Sobre esta base, resulta claro que los procedimientos *fast track*, y concretamente, los arbitrajes de emergencia según han sido reconocidos por reglamentos como el de la Cámara de Comercio Internacional o el de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros, resulten de la mayor

trascendencia, y quizás haya en ellos un reconocimiento a las falencias de los procedimientos comunes de arbitraje para cobijar el interés de las partes en esta fase transaccional, y un entendimiento pleno de la necesidad de volver al origen mismo del arbitraje, cual fue precisamente la necesidad de contar con soluciones ágiles y expeditas (Fischer & Walbert, 2017).

A pesar de lo anterior, en la vida real ocurren dos cosas que obstruyen la implementación de este mecanismo. La primera, que las más de las veces las partes pactan un único mecanismo de solución de controversias, generalmente arbitraje o justicia ordinaria, sin entrar a diferenciar las etapas del negocio o las cláusulas respecto de las cuales sería preferible una solución de emergencia u otro tipo de mecanismos para ciertas controversias particulares. La segunda, que existe una enorme discusión alrededor de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y particularmente del arbitraje, en las operaciones de compraventa de compañías para lograr los propósitos antes anotados, porque si bien el uso del arbitraje en este tipo de operaciones ha ido creciendo de manera sustancial, lo cierto es que hasta hace apenas una década, en un tercio de los países evaluados por un importante estudio internacional especializado en M&A que ya mencionamos (ABA, 2010) aún predominaba la preferencia por acudir a cortes ordinarias, especialmente por su predictibilidad en las decisiones adoptadas en estas materias. Es así como, por ejemplo, en muchas transacciones gobernadas bajo ley de Nueva York y en general, en múltiples operaciones internacionales de gran calado, se ha optado en forma recurrente por deferir la solución de conflictos a las Cortes de Delaware o las Cortes de Nueva York, aunque ciertamente esta tendencia ha venido revirtiéndose.

Algunos estudiosos del tema (Fischer & Walbert, 2017) han propuesto que, para contrarrestar esta aproximación, cada vez más reducida valga decirlo, podrían eventualmente instrumentarse en las operaciones de M&A soluciones intermedias entre

las cortes ordinarias y el arbitraje, como son los denominados *Dispute Boards* que, a pesar de haber sido ajenos al mundo del derecho societario, por oposición a su muy frecuente utilización en contratos de construcción de largo plazo, permiten hacerle un seguimiento cercano al cumplimiento de las condiciones para consumir o cerrar la transacción, y en general, a la conducta contractual de las partes antes o después del intercambio de cosa y precio, es decir, del cierre, a fin de levantar alarmas en el momento que corresponda, e ir diseñando soluciones a medida que vayan surgiendo los problemas. Sin embargo, la implementación de mecanismos de esta naturaleza para proteger la operación de venta y lograr su efectiva consumación dependerá también del margen de tiempo que haya entre la firma del contrato y el cierre de la transacción, puesto que a mayor tiempo, más exposición a conflictos tendrá la operación de compraventa y en consecuencia, entre más largo sea ese espacio de tiempo, más justificación podrá tener el acompañamiento permanente de los integrantes del *Dispute Board* o el incurrir en los costos y procedimientos que ello implicaría.

Etapa Post-cierre y Cláusulas Problemáticas

Una vez consumada o cerrada la transacción (es decir, entregadas la cosa y el precio), se presentan diversas circunstancias que son las que usualmente resultan ser las más controversiales. Como ya se señaló, estas situaciones apuntan de manera principal, o bien a definir si hay o no lugar al pago de sumas adicionales por parte del comprador, o bien a establecer si se han generado responsabilidades a cargo de alguna de las partes que disparen la obligación de indemnizar perjuicios en favor de la otra. Adicionalmente, en aquellos eventos donde no se produce una venta total y en los que, en consecuencia, vendedor y comprador quedan conviviendo en torno al negocio en marcha que ha sido objeto de la venta parcial, se suelen suscitar diversos conflictos en relación con esas reglas de convivencia que por lo general están plasmadas en acuerdos de accionistas.

A continuación nos referiremos a cada uno de estos tres eventos, señalando los posibles mecanismos de solución de conflictos, y la forma en que las partes suelen pretender ver satisfechos sus intereses.

Pago de Sumas Adicionales

Aun cuando hemos señalado que la mayoría de los conflictos asociados a las operaciones de M&A se dan, de manera general, en esta etapa que podríamos llamar de postventa, lo cierto es que la mayor exposición a litigiosidad se da, de manera específica, alrededor de las cláusulas de ajuste de precio que en ocasiones se pacta para que tenga lugar en función del volumen de caja o deuda con que la compañía efectivamente se transfiera. Así mismo, también resultan propensas a la litigiosidad aquellas cláusulas que son generadoras de la obligación de hacer pagos adicionales a cargo del comprador en razón del buen desarrollo de los negocios de la compañía con posterioridad a la compra y que puedan tener su origen en la inercia operacional propia que ya traían antes de dicha transacción. La lógica de estos últimos pagos, usualmente denominados como *earn-outs*, es pues, que el negocio que se adquiere trae ya un impulso productivo cuyo motor hace parte de aquello que el comprador ha de reconocerle al vendedor dentro del precio, pero que aquel solamente se verá obligado a pagar una vez se beneficie de ese motor, es decir, luego de consumada la venta, lo que implica que se trata de una porción del precio de causación incierta o condicionada, y cuyo pago se difiere en el tiempo.

Para las controversias asociadas tanto a los ajustes de precio como a los *earn-outs*, existen dos tipos de cuestiones por resolver, y de manera paralela, hay entonces dos subespecies de mecanismos de solución de conflictos. En primer término, está la cuestión referente al cumplimiento o no de ciertos indicadores financieros que activen la obligación de hacer pagos adicionales por parte del comprador, en donde la solución del problema puede quedar deferida a peritos financieros o contables que habrán de pronunciarse sobre ello.

Adicionalmente, si una vez ello se establezca, subsiste algún tipo de controversia en torno a la causación de estos pagos, o a las razones que dieron lugar a que tales indicadores se hubieran cumplido o no, el conflicto habrá de quedar en manos, ya no de expertos financieros sino de jueces, bien sea que provengan de la justicia ordinaria o de la justicia arbitral, según se hubiere convenido.

En cuanto a lo primero, es decir a la solución de ciertos asuntos por peritos financieros o contables, lo razonable es ser muy explícitos al redactar las cláusulas contractuales en cuanto a que el alcance de su pronunciamiento se limitará única y exclusivamente a los aspectos numéricos, financieros, matemáticos o contables, mas no a la conducta contractual de las partes u otras circunstancias, por cuanto ello excedería con creces el ámbito de su idoneidad técnica. Esta apreciación, que parece apenas obvia, no siempre se aborda de forma acertada en la redacción de los contratos, por cuanto a veces se acude al expediente simplista de decir que cualquier conflicto asociado al pago de sumas adicionales por parte del comprador será resuelto por peritos financieros, lo cual naturalmente nos pondría en presencia de una cláusula patológica por cuanto, se reitera, no podrían ser los peritos financieros los llamados a establecer si un determinado acto o hecho propició que se alcanzara o no un determinado indicador financiero, o si en ello hubo incumplimiento de alguna de las partes a sus obligaciones contractuales o legales.

El problema al que se ha hecho referencia se ve agravado con frecuencia cuando dicha cláusula termina contradiciéndose con la disposición general de resolución de conflictos que normalmente se inserta al final del contrato, donde se señala que cualquier conflicto referente a la operación de M&A será solucionado a través de árbitros o de jueces ordinarios, lo cual haría que un mismo problema esté contractualmente referido a dos mecanismos de solución diferentes. Así las cosas, lo que resulta aconsejable es dividir la solución de este tipo de controversias en dos, con miras a que, aquello que atañe a la

conducta contractual de las partes, y en general al cumplimiento o incumplimiento de las condiciones que dan lugar a la realización de pagos adicionales o a la responsabilidad que en ello pueda caberle a alguno de los contratantes, más allá del cálculo del valor de tales pagos, quede comprendido en la cláusula general de resolución de conflictos a través de árbitros o jueces ordinarios, en tanto que los aspectos puramente numéricos o contables puedan dejarse en manos de los peritos financieros.

Ahora bien; en cuanto a las soluciones posibles a este tipo de problemas, tenemos que las partes buscarán, generalmente, o bien la ejecución específica de las obligaciones de pago incumplidas, lo que interesaría al vendedor, o bien la determinación de no haber lugar a ellas, o de haberlo en un grado menor, lo que interesaría al comprador. Para ello, en los ajustes de precio habrá de establecerse si la compañía se entregó con un volumen de caja o deuda acorde con lo pactado por las partes al respecto, en tanto que para los escenarios de *earn-out*, es decir, de pagos extra por la inercia operacional, resulta de vital importancia la definición de si los buenos resultados financieros realmente se derivan de la gestión anterior del vendedor o si, por el contrario, provienen del mayor potencial del negocio desarrollado por el propio comprador. En el primer caso, como es natural, habrá lugar al pago del *earn-out* como reconocimiento al vendedor por el impulso dado al negocio antes de la llegada del comprador, en tanto que, en el segundo caso, como es apenas obvio, no habrá lugar a reconocimiento adicional en favor del vendedor puesto que el mayor desarrollo del negocio obedece, ya no a la inercia que previamente traía, sino a decisiones y actuaciones desplegadas por el comprador al ponerse al frente de la operación de la compañía. Este tipo de controversias, y las definiciones correspondientes, deberán corresponder única y exclusivamente a quien tenga la condición de juez o árbitro, puesto que ello trasciende por mucho aquello que sería razonable dejar en manos de expertos financieros o contables, cuya asistencia en todo caso en el cálculo de las sumas a pagar que finalmente resulten será esencial.

Declaraciones y Garantías y Obligación de Indemnizar

Concepto General e Implicaciones. Una vez más, estamos en presencia de una figura propia del derecho anglosajón que, paulatinamente, ha ido tomando una posición privilegiada en el derecho de los negocios en todos los sistemas legales y que, si bien no se utiliza solamente en las operaciones de compraventa de compañías, sí es allí donde ha tenido su mayor difusión. Las declaraciones y garantías son manifestaciones que ambas partes hacen sobre su propia situación económica, jurídica o financiera, o sobre la de la compañía objeto del negocio, en el caso del vendedor, puesto que es él quien la conoce, con miras a que de algún modo la otra parte entienda en qué se está metiendo y sienta una mayor o menor confianza respecto de cada una de las cosas que se le están poniendo de presente a través de esas declaraciones. Por esta razón, es en el cuerpo de las declaraciones y garantías, y en las responsabilidades asociadas a ellas, donde mejor se refleja el balance de riesgos alrededor del negocio de compraventa puesto que, en términos generales, y sin perjuicio de lo que más adelante se detalla, cada una de las partes asume el riesgo de lo que declara o de lo que llega a conocer a partir de las declaraciones del otro, según lo establezcan en sus acuerdos contractuales.

Existe entonces una unión prácticamente indisoluble entre las cláusulas que establecen declaraciones y garantías, y aquellas disposiciones contractuales relacionadas con la indemnización de perjuicios posteriores al cierre, bien sea del vendedor o del comprador en favor de la otra parte. Lo anterior obedece a que, como ya ha sido referido, mediante las declaraciones y garantías las partes establecen la distribución de riesgos y responsabilidades a cargo de cada una de ellas, y en consecuencia, quien hubiera asumido un determinado riesgo en relación con algo que se declaró o que no se declaró, tendrá a su cargo las obligaciones de indemnización o reparación derivadas de su ocurrencia, o simplemente soportará las cargas y costos relacionados con aquello que hubiere ocurrido.

Si por un instante se hiciera caso omiso de la herencia que hemos recibido del derecho anglosajón en torno a las declaraciones y garantías y su alcance, fácilmente podría llegarse a la conclusión de que la posible consecuencia en nuestro sistema legal de una falsa declaración formulada por una de las partes para inducir a la otra a la celebración del contrato sería su terminación, o incluso a su declaración de nulidad por cuenta de la eventual existencia de un vicio del consentimiento. Sin embargo, la solución que acaba de comentarse no resulta compatible en modo alguno con lo que usualmente interesa a las partes, ya que en la práctica negocial, solamente en escenarios extremos y excesivamente remotos podrían ellas querer deshacer la operación, dado que ello tendría las complicaciones propias de devolver las cosas al estado anterior cuando ya han producido efectos en el tiempo. Ante este raciocinio, la única solución posible, o al menos razonable, es la de buscar una indemnización de los perjuicios cuya causa directa esté relacionada con la deficiencia en las declaraciones y garantías otorgadas por la contraparte. En resumen, tratándose de falsedad o imprecisión de las declaraciones y garantías formuladas por una parte a la otra, no resulta en general posible una solución orientada al cumplimiento específico de ningún tipo de obligación, puesto que ya no habría nada por realizar al respecto, sino que lo procedente sería más bien una compensación o indemnización de perjuicios a cargo de la parte que formuló la declaración indebida, lo cual incluso bajo derecho colombiano puede enmarcarse dentro de las obligaciones de saneamiento propias del vendedor. Para esto entonces, la solución arbitral resulta más que apropiada, no obstante lo cual, una vez más, nos encontramos con el obstáculo de la eventual reticencia que aún existe en algunas jurisdicciones para someterse al juicio de árbitros por cuenta de considerar que las cortes ordinarias pueden brindar soluciones de más categoría, o al menos de mayor predictibilidad, lo cual constituye un reto enorme en el futuro próximo para la comunidad arbitral.

Tratamiento en el Arbitraje Colombiano. En materia de declaraciones y garantías, hemos visto una evolución bien interesante en el derecho colombiano, y particularmente en el

escenario de pronunciamientos arbitrales. Hasta el año 2005, no existía realmente un acervo sustancial de decisiones en las que se hubiera intentado dilucidar las implicaciones de esta figura en nuestro sistema, y fue entonces allí cuando en un laudo arbitral (Corporación Financiera Colombiana S.A., 2005) se entró a abordar este fenómeno de manera directa, aunque aún incipiente y con ciertas reservas. En ese pronunciamiento, lo que se estableció fue básicamente que, si las declaraciones y garantías no estaban ligadas en el contrato de manera específica a una obligación de indemnizar, entonces no tendría lugar esa obligación.

Varios meses después se produjo uno de los laudos más sonados en estos asuntos, como fue el emitido en el marco del trámite arbitral en el caso de Bancolombia contra Gilinski (Bancolombia, 2006) en donde, en una aproximación ya mucho más avanzada, se estableció que una declaración que a la larga resultaba ser falsa o imprecisa podría dar lugar a la indemnización de perjuicios en la medida en que dichos perjuicios fueran probados, como es propio del sistema legal colombiano. Lo realmente novedoso de esta decisión, sin embargo, fue el hecho de abordar las implicaciones que podría tener, en la obligación indemnizatoria a cargo del vendedor, la debida diligencia hecha por el comprador para revisar el estado de la compañía antes de la compra. Lo que allí se contempló fue algo que en el derecho anglosajón se ha conocido como el *sandbagging* o *pro-sandbagging*, que consiste en señalar que el hecho de haber realizado el comprador su propia revisión de la compañía que va a adquirirse, y por tanto haberse informado ampliamente sobre el estado de los negocios activos y contratos de la misma, no exonera al vendedor de su obligación de indemnizar en el evento de haber dado alguna declaración falsa o imprecisa. Esta teoría, esbozada por primera vez en Colombia en dicho laudo hasta donde tenemos noticia, ha sido reiteradamente aplicada por los tribunales arbitrales, lo cual desde luego no obsta para que las partes puedan pactar lo contrario, es decir, radicar la carga del riesgo en cabeza del comprador, señalando que al haber hecho este su debida revisión, el vendedor queda entonces exonerado de las responsabilidades asociadas a la imprecisión de sus

declaraciones y garantías contractuales, lo cual a su turno se ha conocido en el derecho anglosajón como la cláusula *anti-sandbagging*.

Posteriormente encontramos un laudo de 14 de septiembre de 2011 (Balclin Investments, 2011), en donde se señaló principalmente lo siguiente: lo primero, que las declaraciones y garantías tienen un efecto eminentemente convencional, lo cual a grandes rasgos significa que, si bien legalmente pueden tener una determinada implicación, las partes pueden libremente darles un alcance diferente. En este caso específico, lo que se estableció fue que, si bien la falencia en alguna declaración formulada dentro del contrato de compraventa podría dar lugar a un vicio del consentimiento generador de nulidad, ello no fue lo que se pidió, por lo cual entonces quedaría como solución disponible la indemnización de perjuicios. Adicionalmente, se estableció allí que no podría imputarse el dolo al vendedor por una declaración imprecisa dentro del contrato, en la medida en que hubiere estado abierto a permitir la revisión de los negocios de la compañía por parte del comprador, lo cual supondría de algún modo su obrar transparente a lo largo del negocio de compraventa.

El siguiente pronunciamiento al que cabe hacer referencia es un laudo de julio 27 de 2012 (Alicorp Colombia S.A., 2012), que marcó un importante hito en la materia sobre la base de los siguientes parámetros: en primer lugar, que aun cuando el objeto de la compraventa en el escenario de un M&A son las acciones de la compañía y no la compañía misma, el valor de dichas acciones está indisolublemente atado al estado de sus negocios y en consecuencia, las declaraciones que se den alrededor de ellos y de la compañía resultan directamente pertinentes al objeto mismo de la operación. Lo segundo que se señaló, en línea con lo ya establecido desde el laudo de Balclin en materia de *sandbagging*, fue que la debida diligencia asumida por el comprador en la verificación de los negocios de la compañía que se adquiere no exonera en modo alguno, ni reduce la responsabilidad del vendedor por las declaraciones que formula, y que incluso tales declaraciones pueden

precisamente tener como propósito proteger al comprador frente a posibles deficiencias en su proceso de debida diligencia. Dentro de este marco se subrayó también, con buen criterio a nuestro juicio, que al formular declaraciones en las que se informa al comprador sobre el estado del negocio, el vendedor deberá actuar con lealtad, en tanto que a su turno el comprador, al revisar el estado de los negocios de la compañía, deberá obrar con diligencia, lo cual sin duda ha buscado establecer un sano equilibrio entre las cargas y responsabilidades de las partes en el marco de una operación de M&A. Finalmente, y para no abundar más allá de lo necesario para el cabal entendimiento de lo que se quiere transmitir con este escrito, se encuentra en ese pronunciamiento una distinción bien novedosa entre lo que allí se cataloga como declaraciones precontractuales, frente a aquellas que puedan considerarse netamente contractuales. En relación con las primeras, dado que son las que de algún modo inducen a la contraparte a contratar, resulta procedente evaluar la conducta de quien formula la declaración, esto es, si se obró por ejemplo con dolo o culpa, en tanto que respecto de las segundas, es decir, las contractuales, basta con que haya una disconformidad entre lo que se declara y la realidad para que haya incumplimiento de contrato con la consecuente responsabilidad a cargo del declarante, lo cual podría decirse que tiende a establecer en cierta medida un sistema de responsabilidad objetiva en torno a las declaraciones y garantías que puedan clasificarse como contractuales, que son aquellas que no tienen por función inducir al otro a contratar, sino que se dan ya cuando las partes contratan en el texto mismo del contrato de venta que suscriben.

Un último pronunciamiento que cabe destacar, sin perjuicio de varios otros que han entrado ya a formar parte del acervo arbitral de nuestro país en estas materias, es el que se produjo el 15 de mayo de 2013 en el seno de la controversia suscitada entre AFC Investment y Fogade, donde se estableció que en una venta de acciones, más que las acciones mismas, lo que se vende es el negocio con todo su potencial, con lo cual se supera una controversia preexistente en la que se insistía en que las declaraciones en torno al

negocio de la compañía iban más allá del objeto vendido, que eran simplemente las acciones. Adicionalmente, se señaló que las declaraciones y garantías deben ser claras y que, en consecuencia, quien no se expresa con claridad y precisión debe sufrir las consecuencias derivadas de ello, complementándose esta manifestación con un principio de capital importancia, cual es que a los jueces y árbitros no les cabe interpretar lo que las partes señalaron, sino simplemente aplicarlo, y que el hecho de que un contrato tenga declaraciones de alguna complejidad no se opone a la carga de claridad que existe en su formulación. Por lo demás, este pronunciamiento sugiere que, si bien frente a una indebida declaración de una de las partes procede la obligación de indemnizar porque así se pactó en el contrato, podría no caber la aplicación de una cláusula penal en la medida en que la misma sea establecida para los eventos de incumplimiento, y que entonces, la falla en una declaración no necesariamente constituye incumplimiento.

Reglas de Convivencia en los Acuerdos de Accionistas

Un último tema que cabe referir dentro del presente estudio es el atinente a la eventual convivencia de las partes con posterioridad a la consumación de la compraventa. En efecto, no son infrecuentes las transacciones de M&A bajo las cuales el comprador se abstiene de adquirir la totalidad del negocio, quedando en consecuencia como copropietario de la compañía junto con el vendedor o vendedores. En estas circunstancias, resulta de capital importancia entender cómo funcionan los acuerdos de accionistas, cuáles son las principales controversias asociadas a ellos, y cómo habrán de solucionarse.

Lo primero que debe advertirse es que los acuerdos de accionistas buscan en esencia, aunque no exclusivamente, reordenar las relaciones de poder al interior de la compañía adquirida acudiendo a mecanismos tendientes a regular los derechos políticos de las partes y la conformación del gobierno corporativo en una forma diferente a la que correspondería si simplemente se siguieran los parámetros establecidos en la ley en forma supletiva. Este

tipo de situaciones suele regularse de manera general a través de acuerdos de voto mediante los cuales los socios se obligan a votar en igual o determinado sentido para la conformación de los órganos sociales. Para ello entonces, lo procedente es que los acuerdos de accionistas contemplen mecanismos de solución de conflictos idénticos a los establecidos en los estatutos sociales, en la medida en que las condiciones de gobernanza son de la esencia del contrato de sociedad y que por tanto, si hubiera soluciones diferentes en uno y otro documentos, ello le añadirá un inconveniente factor de complejidad a la solución de este tipo de controversias que de suyo ya son altamente difíciles de entender y atender. Ciertamente, dado que los conflictos asociados a estos asuntos indudablemente tienen que ver, tanto con el cumplimiento del acuerdo de socios, como con el funcionamiento mismo de la sociedad que está reglado en sus estatutos, no es de recibo que la solución se plantee por caminos diferentes, porque en ese evento, podrían terminar tramitándose procedimientos paralelos sobre un mismo asunto pero planteando soluciones antinómicas, o incluso, invocándose una innecesaria prejudicialidad que las partes y sus asesores bien habrían podido evitar.

Naturalmente, lo que se pretende en una disputa de este tipo, más que una indemnización de perjuicios, es lograr la plena efectividad de lo convenido en el acuerdo de accionistas, puesto que nada obtendría realmente una de las partes con recibir una suma de dinero a cambio de que la otra incumpla el acuerdo de accionistas estableciendo de manera unilateral sus propios mecanismos de gobierno corporativo o eligiendo por su propia cuenta, y sin considerar lo pactado, a quienes habrán de ocupar posiciones de importancia en la administración de la compañía, o enajenando sus participaciones sociales sin atender lo acordado a ese respecto. De hecho, en estos casos no es inusual, especialmente en el sistema anglosajón, pactar de manera expresa que la indemnización de perjuicios no será una compensación suficiente para la parte afectada, no obstante lo cual las cortes americanas han sido claras al señalar en muchos casos que, aún habiendo pacto en este

sentido, quedará a discreción del juez determinar si, en efecto, la indemnización no resulta ser una compensación suficiente por el incumplimiento (Morabito, 2002).

De otro lado, una de las principales finalidades de los acuerdos de accionistas es la de regular lo que usualmente se conoce como las puertas de salida con que cada una de las partes contará para dejar la sociedad, es decir, para cesar su condición de accionista, transfiriendo sus acciones bien sea a los demás socios o a un tercero. Para ello, los mecanismos más usuales son los derechos de preferencia, así como las opciones de compra o venta, o los denominados *tag along* y *drag along* mediante los cuales, respectivamente, o bien el accionista minoritario tiene derecho a plegarse a una venta de acciones propuesta por el mayoritario vendiendo sus participaciones en las mismas condiciones que éste, o bien el socio mayoritario tendrá la posibilidad de obligar al minoritario a que venda sus acciones en las mismas condiciones que el mayoritario pretenda venderle a un tercero, logrando así maximizar el beneficio de la venta por cuenta de lograr un traspaso integral del negocio, o al menos una cesión del control societario a favor del tercero, quien en ese evento estará dispuesto a pagar un mayor precio por acción al adquirir, tanto la porción del mayoritario, como la del minoritario. Para estas disposiciones, es claro que también las partes tienen un interés fundamental en lograr que efectivamente los mecanismos de salida queden materializados, y por ello lo que suele buscarse como solución va mucho más allá de la simple pretensión indemnizatoria, para que en cambio, o como complemento, se obligue a la otra parte a comprar o vender sus acciones, según corresponda.

Dicho lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, que es quien ha liderado la emisión de pronunciamientos en estas materias, ha sido enfática en defender el cumplimiento específico de lo que las partes hubieren convenido en el acuerdo de accionistas (Superintendencia de Sociedades, 2013), a fin de hacer valer ante la administración de la compañía esos pactos que, si bien son suscritos entre accionistas, deben usualmente

cumplirse en el seno de los órganos sociales, lo cual supone haberlos puesto en conocimiento de la administración mediante su depósito ante la gerencia, cumpliendo ciertos requisitos adicionales que no es del caso analizar en este caso por ser un asunto netamente societario y no necesariamente asociado a la solución de conflictos. En esa medida, lo que se pretende con las acciones judiciales o arbitrales relacionadas con el cumplimiento de acuerdos de accionistas es, al igual que en las cláusulas de gobierno corporativo, que se ejecute aquello que fue explícitamente pactado, sin desconocer desde luego la posibilidad de reclamar por indemnización de perjuicios. Adicionalmente, y como es apenas natural, resulta fundamental para este tipo de controversias contar con la posibilidad de solicitar medidas cautelares a fin de evitar que los incumplimientos se prolonguen en el tiempo o que se tornen reiterativos, generando con ello un perjuicio mayor en contra de la parte afectada por el incumplimiento. Para esto, resultan de una importancia extraordinaria las llamadas medidas cautelares innominadas ya referidas en un aparte anterior de este escrito, introducidas en nuestro sistema legal en el Código General del Proceso dado que mediante ellas, habiendo una apariencia de buen derecho, el peticionario de la medida cautelar podrá obtener protección a través de un sinnúmero de mecanismos que puede ser tan amplio como se le ocurra a la parte que lo solicita en la medida en que cumpla con los demás requisitos legales para ello.

Así las cosas si bien es claro que la justicia ordinaria cuenta con mayores herramientas que la arbitral para imponer ese tipo de medidas cautelares y para lograr la ejecución específica de lo pactado en los acuerdos de accionistas, lo cierto es que es usual, al menos en Colombia, pactar que tales acuerdos queden sometidos a la justicia arbitral en la medida en que, descontando lo que ocurre bajo la jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades, es allí donde hay un conocimiento más especializado en temas societarios y en la dinámica propia de estos contratos que cada vez se tornan más complejos. Sin embargo, dadas las muchas etapas que deben evacuarse antes de que los árbitros asuman competencia, resulta indispensable evaluar en forma integral el contenido del acuerdo de accionistas para

determinar cuáles son los asuntos más problemáticos dentro de él o al menos cuáles son los que potencialmente podrían generar una mayor litigiosidad para, con base en ello, prever un mecanismo adecuado para la solución de los referidos conflictos.

Corolario

A partir de los planteamientos anteriores, fluye necesariamente una primera conclusión y es que no existe un mecanismo único para la solución de las controversias contractuales que pueden suscitarse en las operaciones de M&A. Señalar lo contrario supondría incurrir en un grave error, no solamente conceptual sino práctico, por las razones expresadas en este documento que básicamente se traducen en que, tratándose de negocios que constan de varias etapas, resulta lógico entender que, en cada una de ellas, las partes tienen intereses diferentes que por ende deben protegerse mediante soluciones diseñadas a la medida de los respectivos intereses.

Una segunda conclusión que emana con toda claridad de todo lo anterior es que, dada la complejidad de las operaciones de M&A, los mecanismos de solución de conflictos asociados a ellas deben ser concebidos por quienes tengan una visión armónica, integrada pero sobre todo, muy especializada, tanto de este tipo de transacciones, como de los procedimientos disponibles – alternativos o no – para la solución de conflictos, para lo cual la participación interactiva de equipos multidisciplinarios resulta ser esencial.

Por último, y aunque ello no ha sido expuesto en líneas anteriores, existe una realidad cuya existencia no puede soslayarse, cual es la antitécnica aproximación generalizada que existe en estas materias, por cuanto, las más de las veces, ni las partes ni sus asesores suelen detenerse en reglamentar en forma diferencial la solución de los conflictos que pueden derivarse de las distintas etapas contractuales. Adicionalmente, en la redacción de las

cláusulas de solución de conflictos en las operaciones de M&A, tiende a incurrirse en errores como son, por ejemplo, el de proponer soluciones concebidas para conflictos meramente binarios que son propios de la relación de dos partes claramente diferenciadas como son el comprador y el vendedor o el accionista mayoritario y el minoritario, sin considerar que, a su turno, cada una de estas partes puede estar integrada por varias personas con diversidad de intereses que puedan incluso obstaculizar la designación del árbitro cuya escogencia corresponda a su misma parte como ocurrió en el sonado caso Dutco en Francia (Sánchez Pos, 2013), o la falencia en que puede incurrirse al deferir todos los conflictos a la solución arbitral o judicial sin considerar la posibilidad de que surjan problemas exclusivamente técnicos o financieros o, lo que es peor, disponer las cláusulas en una forma tal que se corra el riesgo de que los peritos financieros terminen quedando llamados a pronunciarse sobre asuntos que excedan el límite de sus competencias, tal como ha quedado ya planteado en otros acápite de este estudio.

Bajo esta perspectiva, es necesario entender que estas patologías quizás estén llamadas a morigerarse en los próximos años en la medida en que las exigencias de este tipo de transacciones y de quienes participen en ellas se tornen más estrictas, lo cual a su vez dependerá de que paulatinamente vaya tomándose más y más consciencia de la importancia del asunto, situación ésta que probablemente sólo se dará luego de padecer los dolores propios del ensayo-error que, en algunos eventos, ya se vienen presentando. Quedará entonces en manos de los partícipes de estas operaciones, y desde luego de sus asesores, el visualizar en forma oportuna y adecuada los problemas que pueden presentarse, según las condiciones específicas de la operación que se realice para que, sobre esa base, la solución de conflictos en operaciones de M&A sea efectivamente una solución y no un problema adicional.

Referencias

- Ab Stable viii LLC v. Maps Hotels and Resorts One LLC et al. – No. 2020-0310 – JTL, 2020 –Del CH. Nov 30, 2020.
- AFC Investment Solutions S.L y otros v Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria – Fogade. (Mayo 15 de 2013). Laudo Arbitral.
- Cámara de Comercio de Bogotá (Julio 27 de 2012) Alicorp Colombia S.A. v Helados Modernos de Colombia S.A. Laudo Arbitral.
- American Bar Association. Survey on Dispute Resolution in International M&A Deals – General Report - ABA Section of Business Law, 2010.
- Akorn Inc. v. Fresenius Kabi AG – No. 2018 – 0300 – JTL, 2018 Del. CH. Lexis 325 (Ch. Oct 1, 2018). Balclín Investments S.L y otros v Jaime Andrés Gutiérrez Robayo y otros. (Septiembre 14 de 2011). Laudo Arbitral.
- Bancolombia S.A. v Jaime Gilinski Bacal. (Marzo 30 de 2006). Laudo Arbitral.
- Bonivento Fernández, José Alejandro. (2000). Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales, 14ª ed., p.6. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Código de Comercio (1971). Decreto 410 de 1971. Legis Editores S.A.
- Código General del Proceso (2012). Ley 1564 de 2012. Legis Editores S.A.
- Superintendencia de Sociedades (2013). Sentencia de Proedinsa Calle & Cía S. en C v Inversiones Vermont Uno S. en C y otros.
- Cámara de Comercio de Bogotá (mayo 5 de 2005). Laudo Arbitral. Corporación Financiera Colombiana S.A. v Invercolsa S.A. y otras.
- Fischer, Eliane y Walbert, Michael. (2017) The Arbitration Agreement and Arbitrability, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions. Austrian Yearbook on International Arbitration. Chapter I.
- Morabito v Harris. No. 2002-WL-550117 AT*1 – Del. CH. – Mar. 26, 2002.
- Sánchez Pos Maria Victoria. (2013). La Constitución del Tribunal en el Arbitraje con Pluralidad de Partes. Queen Mary, University of London.
- Snow Phipps Group LLC Kcake Acquisition Inc et al., - No. 2020-0282 - KSJM, Del. CH., Apr 30, 2021. Watson, Alan. (1993). Legal Transplants – An Approach to Comparative Law. University of Georgia Press, Athens, Georgia 30602.

4

Reflexiones sobre la naturaleza de los arbitrajes con participación de sucursales de sociedades extranjeras

Sobre el autor

Nicolás Gamboa Morales

Socio Fundador de Gamboa & Chalela – Abogados, Bogotá, Colombia. Profesor de las Universidades del Rosario (Profesor Titular) y Externado de Colombia.

Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional y de la Subcomisión de Arbitraje Internacional a cargo de la revisión y actualización de las “Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional”, adoptadas en Mayo 2010. Fundador y Expresidente del Comité Colombiano de Arbitraje y miembro del Club Español de Arbitraje.



Participante en múltiples arbitrajes tanto nacionales como internacionales y miembro de la lista de árbitros de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Cali, así como de la Superintendencia de Sociedades y del International Centre for Dispute Resolution (ICDR).

Resumen

Dada la polémica suscitada acerca de la calificación como nacional o internacional de los arbitrajes con sede en Colombia donde interviene la sucursal de una sociedad extranjera, el presente ensayo busca explorar los antecedentes normativos que regulan y definen el domicilio de dichas sucursales hasta llegar a la actual legislación, consagrada en el Código de Comercio.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta que el estatuto arbitral colombiano utiliza la expresión “*domicilio*” en lugar de “*establecimiento*”, que es el término empleado en la Ley Modelo de UNCITRAL, se pretende concatenar la regulación mercantil con el criterio sobre internacionalidad del arbitraje establecido en el artículo 62 (a) de la Ley 1563, con el objeto de proporcionar elementos que puedan ser de utilidad para la fijación de posiciones sobre la problemática antes referida, concluyendo que, tratándose de conflictos arbitrales entre una parte colombiana y la sucursal, también colombiana, de una sociedad extranjera, la concepción prevaleciente es considerar ese arbitraje como nacional y no como internacional.

Mención final es hecha al proyecto de ajuste de la Ley 1563 de 2012, donde se resuelve el problema por la vía normativa disponiendo que tratándose de las sucursales en referencia, debe estarse al domicilio de la casa matriz, no al de la sucursal, precisión que, sin embargo, en el ensayo se indica que debe estar acotada al tema arbitral, sin extenderse a otros aspectos.

Dentro de la amable invitación hecha por el Director del Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades para intervenir en esta iniciativa académica, me ha correspondido hacer referencia a la índole de los arbitrajes que se lleven a cabo en Colombia donde interviene una sucursal de una sociedad extranjera, asunto que ha despertado frecuente debate y posiciones divergentes, y que ciertamente combina aspectos de índole societario con aspectos referentes a la instancia arbitral.

En consecuencia, y más con el propósito de suscitar temas de reflexión que de ofrecer respuestas sobre este tópico, me propongo abordarlo en los apartados que se desarrollan a continuación.

Sociedades, sucursales y domicilios

Como mencioné líneas arriba el tema objeto de este ensayo involucra tanto aspectos de carácter societario como vinculados con el arbitraje propiamente dicho. Por consiguiente, con el propósito de ir concretando la parte básica, considero que, como primera medida, debe hacerse una somera referencia a las sucursales de las sociedades y al domicilio de las mismas.

Sea entonces lo primero puntualizar que no existe debate alguno sobre la identidad de personería jurídica entre la matriz de una sociedad y sus sucursales, pues, en efecto, aquella es la génesis de estas.

Como bien señala la parte inicial del artículo 263 del estatuto mercantil: “*Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una **sociedad...***” (énfasis añadido) y categóricamente se ha consignado lo propio en múltiples pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, entre los cuales, como simple muestra, aludo al Oficio No. 82383 del 20 de abril de 2017, donde se lee:

“[S]e ha reiterado que la sucursal de una sociedad, nacional o extranjera, es un establecimiento de comercio **perteneciente a una sociedad** que solo desarrolla las actividades encomendadas por la matriz, conformado por un conjunto de bienes corporales e incorpóras, **carente de personería jurídica; es decir, que la matriz y la sucursal tienen una sola personalidad jurídica**. En otras palabras, la sucursal es una prolongación de la matriz”. (Énfasis añadido).

Cosa distinta es que la *sucursal* tenga un domicilio **diferente** del de la principal, el llamado *domicilio secundario*.

De vieja data, pero con notable autoridad, el profesor José Gabino Pinzón indicaba con referencia al Decreto 2521 de 1950,³⁷ antecesor de la regulación del Código de Comercio sobre las sociedades anónimas:

“[L]a sucursal no es sino un establecimiento de comercio u oficina a cargo de un factor, esto es, de un **mandatario con facultades suficientes para representar a la sociedad y obligarla válidamente** en todos los negocios que desarrolle en el lugar de la sucursal. Se trata, pues, de un **domicilio secundario**, pero de un **verdadero domicilio** en el que se manifiesta y se cumple, mediante ese representante de la sociedad, la llamada voluntad social o del grupo.”³⁸ (Énfasis añadido).

Esta opinión del profesor José Gabino Pinzón, *pre Código de Comercio*, no sufrió alteración con posterioridad a la expedición del estatuto mercantil.³⁹ Así, partiendo del artículo 110 (3), referente a la constitución de las sociedades,⁴⁰ y consonante con la regla del artículo

37 El artículo 9 (3) del Decreto 2521 de 1950 prescribía en torno a la constitución de las sociedades anónimas:

“La escritura social deberá expresar: (...)

3º) El domicilio principal de la sociedad, y el de las sucursales que por la misma escritura se establezcan”. (Énfasis añadido).

A su turno, el capítulo XIII de dicho Decreto incluía la Sección II, que trataba las sucursales, estableciendo en el artículo 255:

“La apertura de toda sucursal implica la creación de un domicilio especial de la sociedad para los negocios que ésta realice por su conducto.

Entiéndese por sucursal el establecimiento industrial o comercial, abierto en determinado territorio para el ejercicio de todo o parte de las actividades que constituyen el objeto social, dirigido por el gerente o por uno o varios administradores o factores con facultades suficientes para comprometer la responsabilidad de la compañía en las operaciones que ésta le haya asignado.” (Énfasis añadido).

38 José Gabino Pinzón, *Derecho Comercial*, Vol. III – Sociedades (Parte Especial), Bogotá, Editorial Temis, 1962, páginas 443 y 444.

39 El Decreto 2521 de 1950 fue expresamente derogado en el artículo 2033 del Código de Comercio, exceptuando su capítulo XI, titulado “De los bonos”.

40 “La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...)

3. El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución”.

263,⁴¹ que, como atrás se dijo, caracteriza las sucursales como *establecimientos de comercio*, expuso el jurista:

“[S]i la administración de tales establecimientos se encomienda a **personas facultadas para obligar a la sociedad** en los negocios desarrollados en los mismos, como gerentes o gestores de esos negocios, se configuran sucursales o **domicilios secundarios**, en los cuales se hace presente la sociedad jurídicamente y no solo comercialmente”.⁴² (Énfasis añadido).

Y, por supuesto, autores más recientes reiteran lo anterior. El Ex Superintendente de Sociedades, Francisco Reyes Villamizar, señala:

“Las sociedades pueden tener un domicilio **principal** y otros domicilios **secundarios**. Los domicilios secundarios son aquellos lugares diferentes al domicilio principal, donde la compañía ha abierto establecimientos de comercio. Estos domicilios pueden estar ubicados dentro o fuera del territorio nacional y suelen constituir **sucursales**.”⁴³ (Énfasis añadido).

41 El texto completo de este artículo es como sigue:

“Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Cuando en los estatutos no se determinan las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal.”

42 José Gabino Pinzón, *Sociedades Comerciales*, Vol. I – Teoría General, Bogotá, Editorial Temis, 1982, página 33.

43 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2002, páginas 116.117.

Consonante con lo anterior, y sin necesidad de mayores consideraciones es incuestionable que (i) las sociedades pueden tener **pluralidad** de domicilios: uno será el **principal** y los restantes serán **secundarios**; (ii) las sucursales detentan dichos domicilios **secundarios**; y (iii) los mandatarios a cargo de las sucursales se caracterizan por tener la capacidad de **representar y obligar válidamente** a la sociedad.

Sociedades extranjeras y sus sucursales en Colombia

Con la *Doctrina Calvo* en lontananza,⁴⁴ el tema de las sociedades extranjeras que busquen operar en Colombia podría ser visto como un problema de jurisdicción: se trataba de hacer que las personas jurídicas del exterior quedaran sometidas a las leyes y a los jueces nacionales,⁴⁵ sin tratamientos diferenciales.⁴⁶

44 Esta doctrina, formulada por el jurista argentino Carlos Calvo (El Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América, 1868) planteaba, la sujeción de los ciudadanos y empresas extranjeras a la jurisdicción de los tribunales locales tratándose de actividades emprendidas en un determinado país, en lugar de acudir directamente a la denominada “protección diplomática”, de tan ingrato recuerdo en varios países de América Latina, Colombia entre ellos, “política” que bien podía contar con partidarios como el Ministro de Napoleón III, M. Thiers, quien consideraba a los países de América del Sur como repúblicas imperfectas y arruinadas, las cuales, debido a su inestabilidad social y política, al incumplimiento de sus obligaciones, a los yerros en garantizar protección y seguridad personal, así como a la ineficiencia y lentitud de su aparato judicial, no podían ser consideradas como similares a los países europeos y, por consiguiente –abogaba el Ministro– debían ser objeto del uso de la fuerza con miras a garantizar los derechos e intereses de los extranjeros y de sus países de origen.

A su turno, la Doctrina Drago, formulada por el jurista argentino Luis María Drago (Los Empréstitos de Estado y la Política Internacional, 1907) y proveniente de la obra de Calvo, establecía que ningún país extranjero podía utilizar la fuerza contra una nación americana a los fines de hacer efectivo el cobro de una deuda.

Para una magnífica descripción de la intervención de potencias extranjeras en “defensa” de intereses de sus ciudadanos, cf., con ventaja, la notable obra de Eduardo Lemaitre, La bolsa o la vida. Cuatro agresiones imperialistas contra Colombia. (Bogotá, Amazona Editores, 1993).

45 En Sentencia del 27 de febrero de 1939 de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial XLVIII, 150), se dijo:

“Los actos ejecutados por sociedades extranjeras en el país quedan sometidos a las leyes colombianas.”

46 En el estatuto de contratación estatal contenido en el Decreto 150 de 1976, se incluían los artículos 63 y 64, cuyos textos eran:

Art. 63: “Los contratos que celebre la Nación con personas extranjeras están sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos, en ellos deben constar la renuncia del contratista extranjero a intentar reclamación diplomática en lo tocante a las obligaciones y derechos originados en el contrato, salvo el caso de denegación de Justicia.

No se entiende que hay denegación de justicia cuando el contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que conforme a las leyes puede emplearse ante la Rama del Poder Público.

La ejecución de los contratos realizados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.” (Énfasis añadido).

Así, partiendo, del artículo 14 de la Constitución de 1886, en cuya virtud *“Las sociedades o corporaciones que sean en Colombia reconocidas como personas jurídicas, no tendrán otros derechos que los correspondientes a personas colombianas”*,⁴⁷ a partir de los Decretos 2 y 37 de 1906 se exigió que las compañías *“domiciliadas fuera del país”* que establecieran empresas o tuvieran negocios permanentes en el país, debían contar con un apoderado radicado en el lugar de tales empresas o negocios con amplia capacidad para representar a la casa matriz en materias tanto judiciales como extrajudiciales.⁴⁸

Tal idea fue seguida,⁴⁹ con mayor detalle, en el Decreto 2521 de 1950 en cuyos artículos 230 y 231 se dispuso, en lo pertinente:

Art. 64. “Los contratos que celebre, la Nación no podrán cederse a personas extranjeras que no renuncien expresamente a toda reclamación diplomática, según lo dispuesto en el artículo anterior. (Énfasis añadido).

El subsiguiente estatuto sobre contratación estatal, Decreto 222 de 1983, reprodujo de manera sustancial lo anterior en su artículo 74. El actual estatuto sobre esta materia (Ley 80 de 1993), no trae, sin embargo, una disposición de este tipo.

47 Este artículo fue derogado a través del artículo 34 del Acto Legislativo No. 1 de 1936.

48 El artículo 2º del Decreto 2 de 1906, establecía:

“Dichas sociedades [según el artículo 1º “las domiciliadas fuera del país que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la república”], deberán tener en Colombia, en el lugar en donde esté el asiento principal del tráfico de su explotación, un representante con facultades de mandatario y con igual personería que la del gerente, para las controversias judiciales que ocurran y para los negocios establecidos en el país”.

Y se precisó en el artículo 1º del Decreto 37 de 1906, que adicionó el anterior:

“Las corporaciones y sociedades extranjeras que tengan negocios permanentes en la república, constituirán y mantendrán en ella un agente o apoderado en el lugar en que hayan establecido su oficina principal, para representarlas ante los tribunales nacionales y las autoridades administrativas y de policía en los asuntos y demandas que contra ellas se promuevan.

Parágrafo. Estos agentes o apoderados representarán a dichas sociedades cuando sean demandadas y en toda clase de diligencias judiciales o administrativas, y en consecuencia serán válidas las notificaciones que se les hagan, lo mismo que las actuaciones que se entiendan con ellos.”

49 Cabe mencionar que tanto en la Carta de Organización de los Estados Americanos (OEA) como en el llamado Pacto de Bogotá, sobre solución pacífica de soluciones, instrumentos suscritos el 30 de abril de 1948 aparece reflejada la Doctrina Calvo.

En la primera se dispone:

“La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros.”

Y en el segundo se establece:

“Las sociedades anónimas domiciliadas en el exterior deberán cumplir los siguientes requisitos para establecer negocios de carácter permanente en el territorio de la república:

1º) Protocolizar en una notaría del circuito correspondiente al lugar elegido para su **domicilio en el país**, una copia auténtica del documento de su fundación y sus estatutos, de la resolución que acordare su establecimiento en Colombia, lo mismo que de los documentos que acrediten la personería de sus representantes. (...)”. (Énfasis añadido).

“La resolución en que una sociedad acuerde el establecimiento de negocios permanentes en Colombia, deberá expresar: (...)”

3º) El **domicilio que se adopte en el territorio de la república**; (...)

5º) La designación de un representante, **con igual personería que la del gerente**, para la administración de los negocios establecidos en el país y para las controversias judiciales que ocurran. ...”. (Énfasis añadido).

Asimismo, y como ejemplo altamente representativo, en los dos primeros incisos del artículo 10 del Decreto 1056 de 1953, que estableció el Código de Petróleos, se dispuso:

“Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo.”

“Tanto por la materia sobre la que recaen como por el lugar en que se celebran, **estos contratos se rigen por las leyes colombianas y quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales colombianos. ...**

Las compañías cuyo asiento principal de negocios esté en algún país extranjero, que quieran establecerse en Colombia y celebrar con la Nación o con particulares contratos sobre petróleo,⁵⁰ deberán constituir y domiciliar en la cabecera del Circuito de Notaría de Bogotá, aunque no sean colectivas, **una casa o sucursal**, llenando las formalidades del artículo 470 y de sus concordantes del Código de Comercio, casa que **será consideradas como colombianas para los efectos nacionales e internacionales, en relación con estos contratos y los bienes, derechos y acciones sobre que ellos recaen.**⁵¹ (Énfasis añadido).

50 En el artículo 3º de la Ley 10 de 1961 se extendió la exigencia sobre establecimiento de una sucursal a las sociedades extranjeras que celebraran con entidades públicas o privadas “contratos sobre prestación de servicios en el país en el ramo de petróleos, tales como estudios geológicos o geofísicos, perforaciones con taladro o servicios en las minas, construcciones de oleoductos y similares”.

51 El texto de este artículo fue modificado a través del artículo 128 del Decreto 2106 de 2019, donde se suprimió la sujeción explícita a la ley colombiana y a la jurisdicción de sus tribunales, quedando, simplemente, como sigue:

“Las compañías cuyo asiento principal de negocios esté en algún país extranjero, que quieran establecerse en Colombia y celebrar con la Nación o con particulares contratos sobre petróleo, deberán constituirse y domiciliarse en la Notaría de su preferencia, llenando las formalidades del artículo 470 y concordantes del Código de Comercio, las cuales serán consideradas como colombianas para los efectos nacionales e internacionales, en relación con estos contratos y los bienes, derechos y acciones sobre que ellos recaen.

Las compañías extranjeras de que trata esta disposición serán las responsables del cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley, situación que será objeto de control y seguimiento aleatorio por parte de la superintendencia respectiva y/o autoridades competentes en materia societaria.” (Énfasis añadido).

Para un excelente relato en torno a los antecedentes de la legislación petrolera en Colombia —en el marco del Tratado Urrutia – Thomson de 1921, que para restañar las heridas de la separación de Panamá estableció las condiciones del uso del Canal por parte de Colombia e incluyó la famosa indemnización por US\$ 25 millones— cf., con ventaja, la obra de Teresa Morales de Gómez Historia de un despojo. El Tratado Urrutia – Thomson, Panamá y el petróleo (Bogotá, Editorial Planeta, 2003), en especial su capítulo VII, donde, entre otras cosas, se alude a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de noviembre de 2019 sobre el Decreto 1255 bis de ese año (que reglamentaba la explotación de hidrocarburos), donde se declaró inconstitucional el derecho de la Nación a conceder el derecho de explotación en terrenos de propiedad privada o a limitar tal explotación por los particulares en tierras de su propiedad.

Ahora bien, la exigencia sobre establecimiento de sucursales –y con ello la fijación de **domicilios adicionales o secundarios**– se consagró con claridad meridiana en el Código de Comercio, donde –a partir de la definición de sociedad extranjera contenida en el artículo 469, que, de suyo, prevé la posibilidad de los domicilios secundarios⁵² se establece, respectivamente, en los artículos 471, 472 y 474:

“Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una **sucursal con domicilio en el territorio nacional**, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:

1. Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su **domicilio en el país**, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes (...). (Énfasis añadido).

“La resolución o acto en que la sociedad acuerde conforme a la ley de su **domicilio principal** establecer negocios permanentes en Colombia, expresará: (...)

3. El lugar escogido como **domicilio**; (...)

5. La designación de un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Dicho mandatario se entenderá **facultado para realizar todos los actos**

52

“Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior.” (Énfasis añadido).

comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales (...). (Énfasis añadido).

“Se tienen por actividades permanentes para efectos del artículo 471, las siguientes:

1. Abrir dentro del territorio de la república establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque estas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría;
2. Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios;
3. Participar en cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado;
4. Dedicarse a la industria extractiva en cualquiera de sus ramas o servicios;
5. Obtener del Estado colombiano una concesión o que esta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma, y
6. El funcionamiento de sus asambleas de asociados, juntas directivas, gerencia o administración en el territorio nacional.”

Lo expuesto es en mi opinión, claro y categórico en el sentido de que –similar a lo que se indicó respecto de las sociedades en general– las sociedades extranjeras que resuelvan emprender negocios de carácter permanente en Colombia –gama de actividades por demás muy amplia– están obligadas a establecer una sucursal en el país, lo cual implica, necesariamente, asignarle un **domicilio**, el cual es diferente del de la matriz –que es el **principal**– y reviste el carácter de **secundario**, circunstancia con la que se consolida la **pluralidad** de domicilios a que se hará referencia en la siguiente sección, relativa a la normatividad arbitral correspondiente a este ensayo.

Adicionalmente, el representante legal de la sucursal debe estar revestido de facultades para la ejecución del objeto y asumir la personería judicial y extrajudicial de la sociedad.

La internacionalidad del arbitraje según el artículo 62 (a) de la Ley 1563 de 2012

Punto de partida es recordar que en el contexto de la cada vez más acentuada relevancia del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, en el año 2011 el Gobierno Nacional decidió conformar una Comisión para la revisión de la normatividad existente en la materia y para la elaboración de una propuesta sobre regulación del arbitraje.

Dicha Comisión, presidida magistralmente –como todo lo suyo– por el doctor Fernando Hinestrosa, y de la cual tuve el honor de formar parte, acometió su tarea y muy tempranamente decidió que en el entorno colombiano lo más apropiado era seguir la corriente *dualista* –por oposición a la tendencia *monista*– y preparar una propuesta para regular el arbitraje nacional y otra para regular el arbitraje internacional, con miras, en este segundo caso, no solo a modernizar la normatividad sino, también, a promover la utilización de nuestro país como sede de arbitrajes internacionales, en forma similar a lo perseguido, por ejemplo, por Chile.

Bien sabido es que la preferencia de un país como sede de arbitrajes internacionales es, en gran medida, una función de (i) una legislación adecuada; y (ii) una actitud positiva hacia el sistema arbitral por parte de los tribunales ordinarios, bien en su labor de apoyo a los árbitros, bien en el ejercicio de sus funciones en sede de anulación y, en todo caso, limitando en alto grado su interferencia en el trámite y desarrollo de un arbitraje.

En materia normativa, entonces, se contó con una referencia de primer orden, valga decir, la Ley Modelo de UNCITRAL,⁵³ con la ventaja adicional de que para el momento de conformarse la Comisión, la Ley Modelo ya contaba con su ajuste de 2006, que incluyó la muy importante introducción del artículo 2 (A) (1) al que se hará referencia más adelante.

Por otra parte, además, se buscaba reemplazar la legislación existente, esto es, la Ley 315 de 1996, norma bien intencionada y relevante en su momento, pero cuyas falencias –en gran parte debidas a la “innovación” sobre la propuesta original introducida en el trámite legislativo–⁵⁴ eran patentes.

De esta suerte, con la Ley Modelo como eje de la regulación sobre arbitraje internacional, la Sección Tercera de la Ley 1563 de 2012 (artículos 62 a 116) se ocupó del mismo y en cuanto a criterios para determinar la internacionalidad de un arbitraje adelantado en Colombia estableció lo pertinente en el artículo 62, norma que, en lo referente a este ensayo, dispone:

53 Desde luego esta referencia alude a la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en español y UNCITRAL en inglés), aprobada por la Asamblea General el 11 de diciembre de 1985 (Resolución 40/72) y revisada en 2006, con aprobación de la Asamblea General del 4 de diciembre de ese año (Resolución 61/33).

54 Particularmente la adición al encabezamiento del artículo 1º (“Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos (...)”), texto que fue –y ha sido– objeto de múltiples debates.

“Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus **domicilios** en Estados diferentes; (...)

Para los efectos de este artículo:

1. Si alguna de las partes tiene más de un **domicilio**, el domicilio será el que guarde una **relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje**;
2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.” (Énfasis añadido).

La anterior disposición, aplicada en conjunción con la normatividad sobre sucursales en general y sobre sucursales de compañías extranjeras en particular, no dejaría duda de que el análisis para determinar la internacionalidad de un arbitraje estaría circunscrito a averiguar el domicilio de las partes al momento de celebrar el pacto arbitral, siendo entendido que de existir más de un domicilio –caso de las sucursales– se debe tener como referencia el que guarde mayor relación con el susodicho pacto.⁵⁵

Así, entonces –y con debida consideración de que la frase que gobierna la internacionalidad de un arbitraje (“[s]e entiende que el arbitraje es internacional”) es **totalmente objetiva**, sin

55 Un aspecto de interés sería cuando una parte corresponde a un consorcio integrado por sociedades extranjeras, caso en el cual sería preciso establecer quienes fueron los suscriptores del acuerdo consorcial, con el resultado de que si ello corresponde a las propias sociedades extranjeras (y no a sus sucursales en Colombia) se tipificará la internacionalidad del arbitraje a la luz del artículo en comentario, debiendo recordarse, además, que la figura consorcial, como manifestación de la colaboración empresarial, no genera una persona jurídica independiente, pero que, a manera de ficción y en el campo de la contratación estatal, tiene, según el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, capacidad para contratar.

espacio para interpretaciones de índole subjetiva– un caso arbitral donde una de las partes fuera una sociedad colombiana y la otra la sucursal **colombiana** de una sociedad extranjera, y una y otra hubieran sido las suscriptoras del pacto arbitral, **no calificaría** como **internacional** a la luz del artículo 62 (a) de la Ley 1563 de 2012 en virtud de la explícita previsión contenida en el numeral (1) del artículo. Concluir en contrario implicaría, sencillamente, despojar de sentido y efecto el referido numeral, lo cual, desde mi punto de vista, carecería de justificación y de sentido.

Al margen de lo anterior, existen las consideraciones que se expondrán a continuación, las cuales refuerzan la conclusión precedente.

Sea lo primero destacar que, como se advirtió previamente, la fuente del artículo 62 (a) y del numeral (1) del mismo, se encuentra en los numerales (3) y (4) del artículo 1º de la Ley Modelo, que en lo pertinente disponen:

“3. Un arbitraje es internacional si: (...)

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen al momento de la celebración de ese acuerdo, sus **establecimientos** en Estados diferente, (...)

4. A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un **establecimiento**, el establecimiento será el que guarde una **relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje**;

b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.” (Énfasis añadido).

Obsérvese que por cuanto la Ley Modelo emplea la expresión “*establecimiento*”, mientras que la Ley 1563 de 2012 se refiere a “*domicilio*” es propio preguntarse la razón de esa diferencia.

Para ello es preciso acudir a la génesis de la regla de la Ley Modelo y examinar cual fue el alcance que quiso consagrarse en la regulación arbitral.

Así, pues, el punto de partida es la Convención de Viena,⁵⁶ que data de 1980, en cuyo artículo I (1), integrante del capítulo I sobre *Ámbito de Aplicación*, se dispone:

“La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus **establecimientos en Estados diferentes ...**”, (Énfasis añadido).

Con relación a esta norma, y en el marco de la interpretación de la Convención de Viena se ha sostenido que la noción de *establecimiento* comporta, **necesariamente**, un grado de **autonomía**, de manera tal que una simple oficina no calificaría como *establecimiento*.⁵⁷

De esta suerte, la noción de *sucursal*, con su inherente domicilio, estaría cobijada por el concepto de *establecimiento* que trae la Convención de Viena, pues, siguiendo lo anotado por Francisco Reyes Villamizar:

56 Desde luego esta referencia corresponde a la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, cuya preparación estuvo a cargo de UNCITRAL.

57 Cf. p. ej., CNUDMI – Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York, Naciones Unidas, 2010, página 5.

“[E]xiste una diferencia fundamental entre las sucursales y las agencias. Mientras que las primeras son establecimientos de comercio abiertos por la compañía para el desarrollo de su objeto social, cuya administración está a cargo de factores **dotados de facultades de representación legal** del sujeto societario, las agencias son simples establecimientos de comercio, en los que sus gestores **carecen** de tal facultado representativa.”⁵⁸ (Énfasis añadido).

Y un poco más adelante, en el artículo 10, la Convención de Viena introduce la pluralidad de *establecimientos*, disponiendo:

“A los efectos de la presente Convención:

- a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento ...”.

Lo anterior, entonces, guarda conexión con lo consagrado en la Ley Modelo que atrás se transcribió y, desde luego, no es incompatible con la referencia a pluralidad de *domicilios* que trae la Ley 1563 de 2012, en tanto y cuanto ellos se han de predicar de las sucursales, figura que, como se mencionó líneas arriba, es asimilable a la del *establecimiento* a la luz del alcance que se le da al término en la interpretación de la Convención de Viena.

Dicha interpretación, por su lado, sería consistente con la importante pauta interpretativa que trae el artículo 2 A (1) de la Ley Modelo –proveniente de la revisión aprobada en

58 Francisco Reyes Villamizar, op. cit., página 117.

2006– y adoptada en el primer inciso del artículo 64 de la Ley 1563 de 2012, en cuya virtud:

“En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.”⁵⁹

De esta manera, pues, al margen de que el cambio de la expresión *establecimiento* por la de *domicilio* que trae el estatuto arbitral colombiano obedecería a la búsqueda de la mayor precisión posible,⁶⁰ no se advierte incompatibilidad con el alcance que se le ha dado al primero como representativo de una extensión de la casa matriz que cuenta con **facultades de representación**, que es, precisamente, lo que tipifica una sucursal.⁶¹

El proyecto de reforma a la Ley 1563 de 2012. Observaciones al respecto

59 Esta regla de interpretación, de indudable relevancia, también proviene de la Convención de Viena, en cuyo artículo 7 (1) se dispone:

“En la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.”

60 Efectivamente, el Código Civil alude puntualmente al concepto de domicilio y respectivamente dispone en sus artículos 76 y 86:

“El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella.”

“El domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales.”

61 Sobre este punto señala el profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía:

“La explicación del cambio de la expresión establecimiento por domicilio obedecería al hecho de que la ley colombiana se refiere al concepto de establecimiento de comercio, el cual tiene una noción específica que no necesariamente corresponde al concepto de establecimiento empleado por la Ley Modelo.”

(Juan Pablo Cárdenas Mejía, *El criterio de internacionalidad en la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, 2017, página 4, disponible en la página web del Comité Colombiano de Arbitraje (www.cca colombia.org).

El doctor Cárdenas también recuerda que en la Ley 315 de 1996 se empleaba la expresión “domicilio” para fines de los criterios para establecer la internacionalidad de un arbitraje.

Como parte final de este ensayo, y al margen de que lo antes expuesto permitiría concluir que la evaluación del texto actual del artículo 62 (a) del estatuto arbitral, en combinación con el numeral (1) del mismo conduciría a dilucidar la problemática de la naturaleza de los arbitrajes entre personas colombianas y sucursales de sociedades extranjeras establecidas en el país, optando por considerarlos como nacionales, estimo necesario hacer referencia al proyecto de enmienda de la Ley 1563 de 2012, anotando lo que sigue.

Con motivo de una iniciativa gubernamental encaminada a revisar algunos aspectos del régimen arbitral, en el año 2019 se crearon una serie de mesas de trabajo que, más con el propósito de realizar ajustes que de introducir reformas, analizaron ciertos puntos del estatuto arbitral, particularmente en lo concerniente al arbitraje nacional.

En materia de arbitraje internacional fueron pocos los aspectos cuyo ajuste se propuso, destacando que tal revisión derivó en un proyecto de ley (No. 006 de 2019), presentado por la presente administración a través de la entonces Ministra de Justicia y del Derecho, hoy Procuradora General de la Nación, que surtió el primer debate en el Congreso.

A los fines de este ensayo y con el objeto de aclarar la problemática sobre la índole de los arbitrajes con participación de sucursales extranjeras, se planteó adicionar la siguiente frase al final del numeral (1) del artículo 62 del estatuto arbitral:

“En el caso de las sucursales de las sociedades extranjeras se tomará el domicilio de la principal en caso de que esta haya celebrado el acuerdo de arbitraje.”⁶²

Y se justificó dicha adición en los siguientes términos:

“[E]n cuanto a los criterios en sí mismos considerados se observa que el primero, que fue tomado de la ley modelo de la Cnudmi, establece que el arbitraje es internacional cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes.

Ahora bien, este criterio ha generado dudas en los casos de empresas extranjeras que tienen sucursales en Colombia. Lo anterior por cuanto el artículo 62 de la Ley 1563 establece que si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el que se toma en cuenta para calificar la internacionalidad será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

Algunos consideran que en materia de sucursales siempre debe tomarse en cuenta el domicilio de la sede principal, en tanto que otros consideran que a la luz de la ley colombiana en este supuesto, la empresa tiene varios domicilios, el de la sede principal y el de las sucursales, y por ello en cada caso debe determinarse cuál es el que tiene relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

El proyecto de ley parte de que este supuesto, pues **el derecho colombiano reconoce claramente que las sucursales generan un domicilio. Además, este es el criterio que mejor corresponde al antecedente de la ley modelo de arbitraje, que se refiere a los casos en que una persona tiene varios establecimientos, esto es, sedes permanentes de negocios, lo cual ocurre cuando una empresa tiene sucursales. (...)**

De esta manera, lo que debe tomarse en cuenta es la persona que celebró el pacto arbitral, por lo que, si el mismo fue celebrado por la principal, deberá tomarse en cuenta el domicilio de esta, y si fue celebrado por la sucursal, el de esta última. **Es este el criterio que se adopta en el proyecto de ley.**⁶³ (Énfasis añadido).

El proyecto, sin embargo, no culminó su segundo debate y fue archivado.

No obstante, de manera reciente el tema volvió a tomar fuerza y, en efecto, un proyecto fue radicado el pasado 20 de julio a través del actual Ministro de Justicia y del Derecho (Proyecto No. 009), incluyendo, en lo referente al tema que se ha venido tratando, un texto y exposición de motivos revisados del siguiente tenor:

En cuanto al texto:

“El arbitraje es internacional cuando:

a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes (...)

Para los efectos de este artículo:

1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. **En el caso de sucursales de**

63 Ibid – Páginas 23 y 24.

sociedades extranjeras se tomará como domicilio el de la principal.

2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.”⁶⁴ (Énfasis añadido).

Y en cuanto a la exposición de motivos apoyando lo anterior se dijo:

“[E]ste criterio [artículo 62 (a)] ha generado dudas en los casos de empresas extranjeras que tienen sucursales en Colombia. Lo anterior por cuanto el artículo 62 de la Ley 1563 establece que, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el que se toma en cuenta para calificar la internacionalidad será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

Algunos consideran que en materia de sucursales siempre debe tomarse en cuenta el domicilio de la sede principal, en tanto que otros consideran que, a la luz de la ley colombiana en este supuesto, la empresa tiene varios domicilios, el de la sede principal y el de las sucursales, y por ello en cada caso debe determinarse cuál es el que tiene relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

Si bien hay argumentos en favor de ambas posición [sic], en aras de brindar la mayor claridad y seguridad jurídica, el proyecto establece que en el caso de sucursales de sociedades extranjeras se tomará como domicilio el de la principal.

Es pertinente destacar que este criterio produce un resultado semejante al que adopta la ley suiza, pues de acuerdo con la misma se aplican las reglas del arbitraje internacional cuando al menos una de las partes al firmar el convenio arbitral tiene su domicilio fuera de Suiza, y de conformidad con la misma ley, en el caso de las sociedades la sede de las mismas es su domicilio (artículos 176 y 21 de la ley federal del 18 de diciembre de 1987). Esta solución se adoptó en Suiza según la doctrina para brindar mayor seguridad jurídica.”⁶⁵ (Énfasis añadido).

Frente a este texto y su justificación, ciertamente diferentes del presentado en 2019, es preciso tener en cuenta los efectos que trae consigo la referencia al domicilio de la principal en lugar del correspondiente a la sucursal para la determinación de la índole de un arbitraje, pues habida cuenta de que se trata de un criterio **objetivo**,⁶⁶ sería correlativa la aplicación de características propias del arbitraje internacional como, por ejemplo, lo atinente a las calidades de los árbitros y la forma de integración de los tribunales, la libertad para escoger la ley aplicable al fondo de la controversia, la iniciativa en materia procedimental y las causales para la anulación de los laudos.

Especial atención debe prestarse en este contexto a los arbitrajes en que intervengan entidades estatales, considerando, además, la previsión del inciso final del artículo 62, según el cual:

65 Ibid.

66 Como se citó previamente, el proyecto reemplaza en el artículo 62 la expresión “Se entiende que el arbitraje es internacional”, que gobierna los criterios sobre internacional que siguen a continuación, por la expresión “El arbitraje es internacional cuando:”, que es más enfática y, además, acorde con lo que se consigna en la primera frase del artículo 1 (3) de la Ley Modelo.

“Ningún Estado, ni empresa propiedad del Estado, ni organización controlada por un Estado que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje.”⁶⁷

Adicionalmente, y al margen de lo anterior, debe destacarse que la referencia al domicilio de la casa principal únicamente debe entenderse aplicable con respecto a la fijación de la **naturaleza de los arbitrajes** que involucren sucursales de sociedades extranjeras sin que sea necesario, o siquiera aconsejable o procedente, modificar la índole nacional de tales sucursales, tal como se halla actualmente consagrado en las disposiciones generales y especiales sobre esta materia.

Introducir un cambio de este tipo por la vía de un ajuste al estatuto arbitral sería, sin duda, inadecuado en tanto y cuanto un cambio de tal tipo ameritaría un debate mucho más amplio que la mera fijación de la naturaleza de los arbitrajes que es, en esencia, lo que se persigue con la enmienda propuesta para el artículo 62 (a) de la Ley 1563 de 2012 como contribución a la búsqueda de la siempre anhelada seguridad jurídica.

Así, entonces, contando con la regulación actualmente vigente y con el panorama de una enmienda a la misma y, además -y por supuesto- bajo la consideración del dinamismo y auto reflexión propios del arbitraje es como, de prosperar la iniciativa de ajuste actualmente en curso se podrá, en últimas, apreciar si efectivamente ha contribuido al

⁶⁷ Esta disposición que, a mi juicio, debe ser materia de un cuidadoso análisis, no proviene de la Ley Modelo sino del artículo 177 (2) de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza y se halla adicionada en el proyecto de ajuste de la Ley 1563 de 2012 con la expresión “En virtud del principio de la buena fe”, como frase inicial del texto.

fortalecimiento de este mecanismo de composición, para beneficio de sus usuarios, sean partes o apoderados, y para facilidad y claridad de su aplicación por los tribunales arbitrales.

Tal evaluación, sin embargo, habrá de ser materia de un análisis posterior, estando limitado, por el momento a la exposición de las circunstancias que he considerado relevantes para, como se indicó en la parte inicial de este escrito, tratar de suscitar reflexiones más que ofrecer respuestas.

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.

6

Arbitraje y pólizas de responsabilidad de directores y administradores

Sobre el autor

Maximiliano Londoño Arango

Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en responsabilidad civil y seguros de Eafit y con maestría en derecho (LL.M) de Columbia University School of Law. Socio de la firma Londoño & Arango Abogados, profesor en especializaciones y maestrías de responsabilidad civil y seguros y derecho societario en varias universidades del país y árbitro de los centros de arbitraje de la Superintendencia de Sociedades y de las Cámaras de Comercio de Medellín, Bogotá y Cali.



Introducción

El régimen de la responsabilidad penal, disciplinaria y civil⁸⁰ de los administradores hace parte integral del sistema de gobierno corporativo de las sociedades. A partir de la ley 222 de 1995, el legislador colombiano ha demostrado una clara orientación por profundizar en la profesionalización de la actividad administrativa, así como por incrementar los estándares de conducta de los administradores de sociedades y diseñar un sistema de

80 Paz Ares, C. (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. InDret. Working Paper N° 162. <https://indret.com/la-responsabilidad-de-los-administradores-como-instrumento-de-gobierno-corporativo>. Paz-Ares plantea que la incorporación de un sistema eficaz de responsabilidad civil de los administradores juega un papel preponderante en los desarrollos de los mecanismos de control de gobierno corporativo en el derecho continental.

responsabilidad más eficaz. Las leyes 222 de 1995, 964 de 2005, 1116 de 2006 y 1258 de 2012, entre otras, han incorporado una serie de normas que directa o indirectamente han endurecido los parámetros para el juzgamiento de la conducta de los administradores. Así mismo, se han discutido en los últimos años varios proyectos de ley de reforma al régimen de sociedades, en los cuales la regulación de la responsabilidad de administradores juega un papel relevante.

En adición a la función indemnizatoria de un daño causado, la responsabilidad civil cumple también una función preventiva o normativa⁸¹. A través de reglas de derecho privado, se genera en los destinatarios del régimen de responsabilidad civil la conciencia de estar expuestos a una sanción pecuniaria en caso de causar daños a terceros; la condena civil pronunciada en contra del responsable puede convertirse en una especie de pena o sanción privada. Por lo tanto, la responsabilidad civil constituye un incentivo para la adopción de conductas diligentes y conformes con las buenas prácticas mercantiles.

Esta función normativa de la responsabilidad civil puede llegar a tener un efecto negativo en el desarrollo de las actividades empresariales, toda vez que una aproximación inadecuada al juzgamiento de la conducta de los administradores puede conducir a la parálisis empresarial, al incremento injustificado de los costos de transacción o a establecer barreras para el desarrollo de actividades empresariales innovadoras con perfiles de riesgo especiales. En este aspecto, la regla de discrecionalidad empresarial juega un rol determinante como instrumento para establecer límites en el análisis *ex post* de la conducta de los administradores⁸². Aún cuando los administradores que no están incurso en una

81 Término utilizado por Viney, G. (1995). *Traité de Droit Civil, Introduction à la Responsabilité*. (2ª Ed). P.63. Paris: L.G.D.J. Viney plantea que “las condenas civiles pronunciadas con fundamento en una culpa profesional conservan un efecto disuasivo real aun cuando su pago se encuentre garantizado por un seguro. En efecto el ataque que éstas representan en contra de la reputación del ‘responsable’ es con mucha frecuencia duramente resentido por éste.” *Op. cit.*, p. 65.

82 En (Sentencia 800-52, 2016) dictada en el proceso de Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros, la Superintendencia de Sociedades precisó: “Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (business judgment rule), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los

situación de conflicto de interés gozan de una amplia autonomía para la adopción de decisiones de negocios, su conducta sigue estando abierta al escrutinio o a ser materia de investigaciones administrativas, disciplinarias y penales, con los consecuentes costos asociados a la atención de estos trámites. Por esta razón, un sistema societario eficiente debe contemplar otros mecanismos de control y mitigación del riesgo que permitan a los administradores un marco de actuación amplio que genere un ambiente propicio para el crecimiento económico.

El riesgo de responsabilidad civil y de investigaciones oficiales puede llegar a constituir una barrera para que las sociedades y entidades públicas que realizan actividades empresariales logren acceder al talento administrativo. Esta situación puede presentarse, especialmente, cuando el nivel de riesgo patrimonial al que se encuentra expuesto el administrador resulta desproporcionado de cara a la remuneración percibida por éste o a las herramientas corporativas de supervisión, control y mitigación del riesgo. Tanto los reguladores como el mercado han diseñado algunos instrumentos orientados a mitigar o respaldar el riesgo asumido por los administradores.

Se ha evidenciado en los últimos años un incremento en el número de decisiones en materia de responsabilidad de administradores emitidas tanto por la Superintendencia de Sociedades en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, como por los jueces civiles. Así mismo, se han incrementado de manera importante el número de casos en los cuales la conducta de los administradores de sociedades que tienen capital estatal resulta juzgada por las Contralorías Municipales, Departamentales y General de la República.

administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones”.

En este contexto, se ha ido profundizando y extendiendo gradualmente en Colombia el aseguramiento de la responsabilidad de los administradores a través de las denominadas Pólizas de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores, comúnmente conocidas en el mercado como pólizas D&O. En la actualidad, virtualmente todas las sociedades que participan en el mercado público de valores colombiano tienen contratadas pólizas D&O, al igual que un número creciente de entidades estatales, sociedades con capital estatal y PYMES, que han visto en estos productos un instrumento para asegurar no solo ciertos riesgos de la empresa y de sus administradores, sino también un mecanismo para poder vincular talento al equipo administrativo⁸³.

Teniendo en cuenta el auge tanto de las controversias relativas a la responsabilidad de los administradores, como de su aseguramiento, las pólizas D&O tienen hoy una marcada influencia en la dinámica práctica de la responsabilidad civil de los administradores, bien sea porque el mercado asegurador asume los gastos de defensa, orienta la defensa de los administradores o porque indemniza judicial o extrajudicialmente en los casos en que encuentra que efectivamente el administrador asegurado ha incurrido en alguna conducta que compromete su responsabilidad y, por tanto, implica la materialización del riesgo asegurado.

La gran mayoría de las pólizas D&O incluyen en sus condiciones pactos arbitrales. Por esta razón, recientemente se han presentado desarrollos importantes en materia de estos seguros en el escenario arbitral. Así mismo, considerando la tendencia antes descrita de proliferación de controversias relacionadas con la responsabilidad de los administradores y su aseguramiento, es previsible que el arbitraje continúe siendo el foro en el que se

⁸³ En algunas jurisdicciones se ha identificado el endurecimiento o limitaciones en las condiciones de aseguramiento de la responsabilidad de administradores como factor para considerar.

producirán en Colombia un buen número de decisiones que ofrezcan guías para interpretar estos seguros.

En este capítulo se presentará una síntesis muy apretada de los aspectos principales de las pólizas D&O y luego se hará una referencia a algunas de las principales decisiones arbitrales que se han producido sobre la materia.

Breve referencia a la naturaleza, estructura y dinámica de las pólizas D&O

En esta sección se hará una breve referencia a algunas de las principales características de las pólizas D&O⁸⁴. Según se indicó anteriormente, los administradores están sujetos a una serie de riesgos patrimoniales derivados del ejercicio de sus cargos por cuenta de la empresa social. Las pólizas D&O están estructuradas como seguros de responsabilidad civil profesional, orientados a proteger a los administradores frente a los riesgos financieros derivados de reclamos de responsabilidad civil formulados en su contra por actos u omisiones en el ejercicio de sus cargos, así como de los costos de atención de los procesos⁸⁵.

Según se verá a continuación, las pólizas D&O se han ido desarrollando para incorporar una serie de amparos adicionales encaminados a proteger patrimonialmente no solo al administrador, sino también en ciertos casos a sus familiares y sucesores, frente a otros perjuicios patrimoniales o riesgos frecuentemente asociados a controversias e investigaciones empresariales.

84 Sobre la dinámica de estas pólizas en Colombia pueden consultarse: Isaza Posse, M. Algunos aspectos relacionados con el seguro de responsabilidad civil para directores y administradores- D&O, en Colombia. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 18(31). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/15063>

85 En el oficio 200-001674 del 8 de enero de 2014, luego de destacar el carácter de orden público de la regulación de responsabilidad de los administradores, la Superintendencia de Sociedades conceptuó: “Con todo, no significa que los administradores no puedan ampararse contra futuras responsabilidades mediante la adquisición de pólizas de seguros que cubran el riesgo asociado con la actividad de los mismos”.

a. Estructura

Las pólizas D&O son tomadas⁸⁶ por la sociedad⁸⁷ – en muchas ocasiones también por entidades estatales- para asegurar a sus administradores y funcionarios directivos, así como a quienes desarrollen esas funciones en sociedades subordinadas. También se encuentran coberturas especialmente diseñadas para cubrir las indemnizaciones por concepto de responsabilidad fiscal de administradores de entidades estatales o de sociedades con participación estatal.

Las pólizas D&O usualmente contemplan definiciones de administradores y directivos asegurados más amplias que la definición de administradores adoptada por la ley 222 de 1995. Nada obsta para que bajo una póliza D&O se aseguren colaboradores que ejercen funciones relevantes, que sin embargo podrían quedar por fuera de la definición legal de administradores⁸⁸. Así mismo, se encuentran en el mercado colombiano pólizas que otorgan cobertura a los administradores de hecho o de facto, con lo cual es posible proteger a quienes según los criterios establecidos en el parágrafo⁸⁹ del artículo 27 de la ley 1258 de 2008 quedan sujetos al régimen de responsabilidades y sanciones propio de los administradores, por inmiscuirse en actividades positivas de gestión, administración o dirección de la sociedad.

86 Cfr. Artículo 1037 del Código de Comercio. La sociedad o entidad tomadora ostenta por tanto la calidad de parte en el contrato de seguro. En este caso, la sociedad tomadora obra por cuenta ajena, para asegurar riesgos de sus administradores. Sin embargo, la aseguradora también asegura en cierta medida riesgos propios, por cuanto la responsabilidad de sus administradores frente a terceros compromete también la responsabilidad de la sociedad, según se explica más adelante.

87 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2013. Expediente 1100131030412000-01098-0, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. “Usualmente el tomador, asegurado y beneficiario, es el ente financiero, a quien se otorga protección por las pérdidas que se deriven del desempeño inadecuado de los directivos, de quienes se espera que actúen con cautela, diligencia y lealtad profesional.”

88 El inciso final del artículo 22 de la ley 222 de 1995 ha dado pie para distintas interpretaciones. Sobre este tema, puede consultarse el capítulo XV – La responsabilidad civil y la empresa en crisis, elaborado por este autor para COMENTARIOS AL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL, Isaza Upegui Álvaro y Londoño Restrepo Álvaro, Legis, 3 Ed., 2011, p. 361 y ss.

89 “PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.”

Así mismo, es frecuente que las pólizas D&O extiendan la calidad de asegurado a los cónyuges y herederos del administrador, cuando reciben reclamos en calidad de tales. Estos seguros reconocen que las personas mencionadas pueden verse demandadas, lo cual puede suceder bien sea porque se persiguen bienes transferidos en cabeza suya o porque se les demanda en calidad de sucesores de un administrador fallecido.

Estos seguros también contemplan amparos bajo los cuales puede considerarse que la sociedad tomadora ostenta la calidad de asegurada. Es frecuente que en ellas se incluya la cobertura comúnmente denominada como de “reembolso a la entidad tomadora por indemnizaciones pagadas a los miembros de la junta directiva”. Este tipo de amparo se originó considerando sistemas jurídicos como el norteamericano, bajo el cual las sociedades tienen dentro de ciertos límites, la obligación de mantener indemnes e indemnizar a sus administradores⁹⁰, lo cual no resulta posible en atención al carácter de orden público del artículo 200 del Código de Comercio⁹¹. Así mismo, esta cobertura puede operar cuando la sociedad se ve obligada a indemnizar a una persona como consecuencia de hechos imputables a su administrador, toda vez que bajo las reglas aplicables en materia de responsabilidad civil, los hechos imputables al administrador no solo vinculan su

90 O’Kelley, C. y Thomson, R. (2006). *Corporations and Other Business Association*. (5ª ed). P. 9. New York: Aspen Publishers “Los derechos de indemnidad de los directores y administradores son generalmente establecidos en contratos de indemnidad o en los estatutos. Estos acuerdos contractuales de indemnización existen en el contexto de reglas del common law y regulaciones que gobiernan las facultades y responsabilidades de la sociedad en materia indemnizatoria. La Ley General de Sociedades de Delaware y la Ley Modelo de Sociedades no solo autorizan la indemnización sino también establecen límites a las facultades de la sociedad de indemnizar a sus directores y administradores”. (traducción libre).

91 En el proyecto de reforma el proyecto de ley n.º 70 de 2015 se contemplaban mecanismos de flexibilización, tales como el reembolso de gastos de defensa (art. 34), así como la posibilidad – sujeta a ciertas limitaciones- de pactar cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad en sociedades que no participen en el mercado público de valores (art. 36).

responsabilidad civil personal, sino también la responsabilidad civil de la sociedad para la cual éste actúa⁹².

Teniendo en cuenta que se trata de seguros de responsabilidad civil, los beneficiarios del seguro son los terceros afectados, de conformidad con lo establecido en el artículo 1127 del Código de Comercio, en los términos en que resultó subrogado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990⁹³. Dentro de estos terceros afectados pueden incluirse los socios o accionistas, los acreedores o terceros en general y, obviamente, la propia sociedad tomadora cuando resulte afectada por una conducta generadora de responsabilidad civil imputable a sus administradores. Así mismo, según se expone a continuación, las pólizas D&O contemplan en la actualidad coberturas adicionales respecto de las cuales los administradores ostentan la calidad de beneficiarios.

b. Coberturas

Según se indicó anteriormente, las pólizas D&O se estructuran principalmente como seguros de responsabilidad civil profesional y, por tanto, contemplan una cobertura principal en virtud de la cual la aseguradora asume la obligación de indemnizar por cuenta

92 Las personas jurídicas son directamente responsables de los daños causados a terceros por sus órganos en el ejercicio de sus funciones. “En materia de responsabilidad civil extracontractual, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tiene pacíficamente establecido desde el año 1962 que la responsabilidad civil de la persona jurídica, por el hecho de sus órganos, sean estos funcionarios directivos o dependientes de rango inferior, es directa. Esto significa que, una vez verificado que la conducta dañina efectuada por el órgano en conexión con sus funciones genera responsabilidad, resulta vinculada la responsabilidad civil de las personas jurídica, sin que ésta pueda exonerarse alegando la debida diligencia en la elección y vigilancia del órgano. Por tal motivo, se ha concluido que, en materia de responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, no son aplicables los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, sino que se aplica las demás formas de responsabilidad directamente. En este sentido se puede consultar las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: sentencia de junio 30 de 1962, M. P. José J. Gómez R.; sentencia de julio 6 de 2006, expediente No 04733-01, M. P. César Julio Valencia Copete. En materia de responsabilidad contractual la solución es similar. Si el incumplimiento de la obligación contractual resulta imputable a un órgano directivo o a un dependiente de la persona jurídica, resulta vinculada directamente la responsabilidad contractual de la persona jurídica por el daño causado, sin que pueda justificarse el incumplimiento demostrando una adecuada vigilancia y dirección del órgano.” Londoño Arango, M. (2011). Capítulo XV – La responsabilidad civil y la empresa en crisis. En Isaza Upegui, A. y Londoño Restrepo, A. Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. (3ª ed). P. 350. Legis.

93 De conformidad con lo previsto en el artículo 1033 del Código de Comercio, las víctimas o damnificados tienen una acción directa frente al asegurador. Esta norma habilita el ejercicio de acciones bajo el contrato a los terceros afectados para reclamar la indemnización a cargo del asegurador.

de los asegurados la responsabilidad civil en que estos incurran, así como los gastos de defensa, siguiendo los parámetros del artículo 1127 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 84 de la ley 45 de 1990.

Siguiendo distintos formatos y modelos, las pólizas D&O actualmente disponibles en el mercado contemplan una cobertura básica o principal en la cual la aseguradora asume la obligación de indemnizar por cuenta del administrador⁹⁴ los perjuicios por los que este sea responsable frente a la sociedad, sus accionistas⁹⁵ o terceros por actos imputables o presuntamente imputables. Las pólizas D&O comúnmente establecen que la cobertura aplica cuando se formula una reclamación al administrador por un “acto incorrecto” e incorporan definiciones para precisar que el acto incorrecto se tipifica cuando existe un incumplimiento de una obligación o deber, una culpa o negligencia, la violación de disposiciones legales o estatutarias, así como una declaración errónea imputable al administrador. Las pólizas generalmente disponibles en el mercado aseguran de manera expresa la culpa grave, tal y como lo permite para los seguros de responsabilidad civil el artículo 1127 del estatuto mercantil, con la modificación introducida por la ley 45 de 1990.

La cobertura básica o principal también incluye el amparo de gastos de defensa, tales como honorarios de abogados y peritos, costas y cauciones judiciales en procesos indemnizatorios promovidos en contra del administrador.

94 Por tanto, también en ciertos casos en beneficio de la sociedad tomadora que puede ver comprometida su responsabilidad frente a terceros por hechos imputables a sus órganos de administración.

95 Es frecuente la exclusión de reclamos de accionistas mayoritarios, la cual pretende evitar que se acuda al seguro para reclamar daños que pueden tener origen en decisiones de los administradores conocidas, orientadas o toleradas por el accionista mayoritario.

Adicionalmente, las pólizas ofrecidas en el mercado han desarrollado coberturas que van más allá del ámbito natural de los seguros de responsabilidad civil. Para las entidades estatales o sociedades con participación estatal, se encuentran pólizas D&O que expresamente cubren la responsabilidad fiscal.

Es frecuente también encontrar coberturas de gastos de defensa en procesos penales e investigaciones oficiales, que pueden corresponder a trámites de tipo disciplinario, sancionatorio o policivo. Aun cuando no se trate de reclamos por responsabilidad civil, o incluso cuando se trate de responsabilidades que pueden estar excluidas de amparo, las pólizas de D&O contemplan la protección frente a los gastos de defensa. Bajo el amparo de gastos de defensa en investigaciones oficiales, el administrador goza de protección frente a este tipo de erogaciones en investigaciones adelantadas en procesos administrativos sancionatorios, aun cuando frente a las multas que pudieran imponerse al administrador con ocasión de esos procesos, no puede existir cobertura por expresa prohibición legal⁹⁶.

Algo similar ocurre para el reconocimiento de gastos de defensa en procesos asociados con contaminación, en los cuales las mismas pólizas establecen comúnmente⁹⁷ que la responsabilidad por algunos tipos de contaminación resulta excluida. Este tipo de amparos o coberturas usualmente se denominan costos de defensa por contaminación.

⁹⁶ De conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo” (Destacado intencional).

⁹⁷ Se encuentran clausulados que reconocen cobertura por perjuicios financieros derivados de contaminación.

Estos seguros también amparan al administrador frente a gastos de defensa en procesos penales en los que se investiguen incluso delitos dolosos, precisando en todo caso que el asegurado se obliga a reembolsar dichos gastos en el evento de resultar condenado.

Las pólizas D&O suelen ofrecer, entre otras y en adición a las ya planteadas, coberturas para sufragar honorarios y gastos derivados de campañas de restauración de la imagen corporativa o reputación; coberturas de gastos de manejo o atención de crisis personal (tales como cobertura de gastos médicos, psicológicos o de expertos en apoyo emocional); coberturas por privación de activos, que se extienden a cubrir pagos personales tales como matrículas de colegio, arrendamiento de vivienda, cuotas leasing o hipotecarias, servicios públicos y seguros personales, bajo ciertas condiciones; coberturas encaminadas a proteger expresamente la responsabilidad fiscal y eventos regulatorios críticos; así como coberturas para cónyuges y herederos. Estas coberturas suelen contar con sub-límites respecto de la cobertura principal.

De manera uniforme, las pólizas D&O exigen que el asegurado obtenga autorización previa del asegurador para el reconocimiento de los honorarios y gastos objeto de las distintas coberturas⁹⁸. Las coberturas de gastos de defensa son las que resultan afectadas con mayor frecuencia en la práctica.

98 La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se refirió a la validez de estas cláusulas en la sentencia del 18 de diciembre de 2013, expediente 1100131030412000-01098-01 con ponencia de Fernando Giraldo Gutiérrez, en la cual indicó: “Para el caso concreto, al quedar consignado que son costos y gastos “todos aquellos honorarios y gastos necesarios y razonables incurridos por o en nombre de los Directores y Funcionarios con autorización escrita (...) de los Aseguradores”, quiere decir que los que carecen de ella quedan por fuera del amparo, como lo dedujo el sentenciador y sin que tal estipulación sea contraria a las normas que rigen los seguros.”

El anterior listado, que no pretende ser exhaustivo, pone de presente que las pólizas D&O ofrecen protecciones patrimoniales que exceden del ámbito propio del seguro de responsabilidad civil y que están orientadas a responder a los impactos económicos que pueden llegar a rodear litigios, procesos e investigaciones en contra de los administradores.

c. Sistema de cobertura

Las pólizas D&O operan bajo la modalidad de cobertura de reclamación o *claims made*⁹⁹, autorizada por el artículo 4 de la ley 389 de 1997, en virtud de la cual, “*la cobertura podrá circunscribirse (...) a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia (...) así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación*”.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha reconocido la validez y efectividad de la modalidad *claims made* en numerosas ocasiones¹⁰⁰. En sentencia de diciembre de 2019 señaló¹⁰¹:

Como se expuso, para efectos de la verificación de la cobertura de que se viene hablando no interesa la fecha de ocurrencia del hecho imputable a la asegurada, porque con la modalidad especial de aseguramiento *claims made* se pueden amparar válidamente los riesgos patrimoniales derivados de hechos acaecidos antes

99 Sobre este tema pueden consultarse: Diaz-Granados Ortiz, J. (2006). El seguro de responsabilidad civil. (1ª ed). P. 235 y ss. Centro Editorial Universidad del Rosario.; Isaza Posse María Cristina, Algunos aspectos relacionados con el seguro de responsabilidad civil para directores y administradores- D&O, en Colombia. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 18(31). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/15063> y Uribe Lozada, N. (2016). Análisis Técnico-Jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “Claims Made” en los seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 25(44). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris44.atjm>

100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de julio de 2017. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Rad. 76001310300120010019201. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de febrero de 2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Rad. 11001310303120020113301 (SC 130-2018)

101 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de diciembre de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. Rad. 1100131030152008010201.

de iniciar la vigencia de la correspondiente póliza. Lo que se ha de revisar y examinar, en tales eventos, es la época de los reclamos, y la forma como se hicieron, de manera que satisfagan las exigencias acordadas en el clausulado. (Corte Suprema de Justicia, 2019, Sentencia de 3 de diciembre)

Las pólizas *claims made*, a diferencia de las pólizas contratadas bajo la modalidad de ocurrencia -que otorgan protección frente a hechos dañosos ocurridos durante el período o vigencia del seguro- cubren las reclamaciones que sean formuladas por primera vez durante su vigencia y pueden otorgar cobertura retroactiva por hechos acaecidos con anterioridad al inicio de la vigencia o contratación del seguro. Usualmente, las pólizas D&O determinan un período de retroactividad que puede ser el inicio de su vigencia o, en muchos casos, una fecha predeterminada anterior o incluso retroactividad sin limitaciones temporales¹⁰².

Las pólizas D&O usualmente establecen que se entenderá por reclamación, una notificación realizada por el asegurado durante la vigencia de la póliza de un hecho o circunstancia relevante que podría dar lugar más adelante a un reclamo. La notificación realizada oportunamente por el asegurado hace las veces de reclamación y activa la cobertura desde el punto de vista temporal. De esta manera, el asegurado puede acceder a la protección del seguro aun cuando el reclamo judicial o extrajudicial de un tercero se presente luego de expirada la vigencia de la póliza D&O.

102 Según lo explica María Cristina Isaza Posse, op. cit. P. 40, “Algunos contratos no imponen ningún periodo retroactivo, o establecen la obligación de la aseguradora de indemnizar las reclamaciones interpuestas durante la vigencia del contrato, sin que se tome en consideración el momento en que tuvo lugar la acción u omisión de los administradores. Es la redacción más favorable para los asegurados y se conoce como “full prior acts””.

Así mismo, en caso de revocatoria o no renovación del seguro, las pólizas D&O usualmente permiten a los asegurados contratar, a cambio de una prima, períodos adicionales de notificación¹⁰³ que suelen ser de 12 a 24 meses. Las reclamaciones formuladas durante estos periodos adicionales de notificación gozarán de cobertura bajo el seguro.

Finalmente, debido a que la cobertura se puede aplicar retroactivamente frente a hechos que hubieran tenido lugar antes del inicio de la vigencia, en estos casos, las solicitudes de seguro y declaraciones de asegurabilidad requieren que todos los hechos, circunstancias u ocurrencias que podrían dar lugar a un reclamo, sean revelados por el tomador. Este tipo de pólizas incluye de manera invariable la “exclusión por circunstancias conocidas” o “exclusión de circunstancias notificadas”. En los mercados internacionales se conocen como “*discovery limitation clause*” o “*prior act exclusion*” o “*prior notice exclusion*”.

El asegurador acepta otorgar cobertura por hechos ocurridos en el pasado y reclamados por primera vez durante la póliza, siempre que el asegurado no tuviera conocimiento de éstos. Esta exclusión pretende evitar que se trasladen al asegurador las consecuencias de hechos ya identificados por el asegurado como potencialmente relevantes para el seguro.

d. Exclusiones y delimitación del ámbito de aplicación

En los clausulados de las pólizas D&O se encuentra también una serie de exclusiones usuales. Lo anterior, sin perjuicio de las exclusiones particulares formuladas por el asegurador particularmente en función de las declaraciones realizadas por la sociedad tomadora en la solicitud del seguro, en la historia de siniestralidad o en las restricciones particulares para el tipo de industria.

¹⁰³ Estas cláusulas se conocen también como Discovery period o sunset. Cfr. Isaza Posse María Crisitina, op. cit. P. 42.

A título simplemente ejemplificativo, se mencionan a continuación algunas exclusiones que resultan relevantes para entender la dinámica de este tipo de seguros.

Según quedó anotado previamente, las pólizas D&O excluyen los reclamos que provengan de hechos conocidos antes de la vigencia de la póliza y que razonablemente pudieran dar lugar a una reclamación.

De otra parte, las pólizas D&O tienen por finalidad amparar exclusivamente daños financieros o patrimoniales puros y, por tal motivo, excluyen la cobertura frente a daños personales derivados lesiones personales, enfermedad o muerte. Así mismo, se excluyen los siniestros que resulten en daños materiales, tales como afectación física, deterioro, pérdida o destrucción de bienes tangibles. Los reclamos por este tipo de daños derivados de actividades empresariales usualmente gozan de cobertura bajo las pólizas de predios, labores y operaciones, de responsabilidad civil general o responsabilidad extracontractual de la empresa, en las cuales normalmente se incluyen como asegurados a los empleados y órganos de la compañía.

Se excluyen así mismo los reclamos por responsabilidad civil profesional de la empresa y responsabilidad contractual, toda vez que estos riesgos particulares pueden ser objeto de cobertura bajo productos especiales, tales como las pólizas de responsabilidad profesional (*professional indemnity* o *PI*) o de errores y omisiones.

Es frecuente también encontrar exclusiones de reclamos derivados de retribuciones o beneficios no autorizados percibidos por los administradores bajo ciertas circunstancias, por la adquisición de sus propias acciones por parte de la sociedad tomadora, por la emisión de acciones, así como por la insuficiencia de seguros.

Atendiendo al objeto de este capítulo, no es del caso hacer un análisis exhaustivo de las exclusiones típicas en este tipo de seguros.

Decisiones arbitrales relevantes en materia de pólizas D&O

Según se indicó anteriormente, las pólizas D&O suelen incluir pactos arbitrales en sus clausulados. Por esta razón, las decisiones arbitrales han jugado un papel preponderante en la resolución de controversias derivadas de este tipo de seguro¹⁰⁴. A continuación, se

104 La jurisdicción ordinaria también ha emitido una serie de pronunciamientos relevantes en materia de pólizas D&O. Dentro de éstos se destacan, las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

1. Sentencia del 15 de diciembre de 2006, expediente 52001-31-03-004-2000-00276-01, con ponencia de Jaime Alberto Arrubla Paucar. En esta sentencia, la Corte se concentró en analizar aspectos formales del recurso de casación y no entró a realizar pronunciamientos de fondo respecto de las pólizas D&O.

2. Sentencia del 30 de agosto de 2010, expediente 1100131030412001-01023-01, con ponencia de Ruth Marina Díaz Rueda, en la cual se hace un análisis del objeto y amparos de las pólizas D&O, destacando que éstas incluyen “como amparos principales los gastos legales y honorarios de abogados, al igual que la indemnización de perjuicios, sin que ello se oponga, claro está, a las extensiones de cobertura pactadas (...)” y “El conocimiento técnico sobre esa clase de negocio, permite precisar que la protección de lo atinente a los referidos rubros tiene como objetivo su pago a la compañía asegurada cuando los ha asumido de manera directa, o su reembolso al Director o Administrador en el evento de que éste los hubiere atendido con sus propios recursos, y por lo general comprenden costas procesales, remuneración de apoderados o defensores tanto en procesos judiciales, como en los relativos a investigaciones adelantadas por los entes de control u organismos de fiscalización, tratándose de servidores públicos, por actos vinculados a las funciones propias del cargo, sin perjuicio de las restricciones legales o contractuales,”

3. Sentencia del 18 de diciembre de 2013, expediente 1100131030412000-01098-01, con ponencia de Fernando Giraldo Gutiérrez, en la cual se analizaron aspectos relativos a la modalidad de cobertura claims made y a las cláusulas de las pólizas D&O que disponen el reconocimiento de honorarios y gastos previamente aprobados por el asegurador.

4. Sentencia del 3 de diciembre de 2019, expediente 11001-31-03-015-2008-00102-01, con ponencia de Luis Alonso Rico Puerta, en la cual se analizó puntualmente el sistema de cobertura claims made. En esta providencia se consignó: “Como se expuso, para efectos de la verificación de cobertura de que se viene hablando no interesa la fecha de ocurrencia del hecho imputable a la asegurada, porque con la modalidad especial de aseguramiento claims made se pueden amparar válidamente los riesgos patrimoniales derivados de hechos acaecidos antes de iniciar la vigencia de la correspondiente póliza. Lo que se ha de revisar y examinar, en tales eventos, es la época de los reclamos, y la forma como se hicieron, de manera que satisfagan las exigencias acordadas en el clausulado.” Puntualmente, concluyó la sentencia que para activar la cobertura es necesario que el asegurado reciba el reclamo durante la vigencia de la póliza y no que éste a su vez lo notifique en ese período a la aseguradora.

presenta una síntesis de algunas de las principales decisiones arbitrales en materia de pólizas D&O.

a. Laudo Arbitral¹⁰⁵ del 7 de diciembre de 2011 en proceso de METROKÍA S.A. contra MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

En este trámite, que fue promovido por la sociedad tomadora, se debatió si había lugar a la afectación del amparo de gastos de defensa con ocasión de un proceso penal iniciado en contra del representante legal de METROKÍA, por ciertos actos de inscripción en el libro de registro de accionistas relacionados con la decisión adoptada por un tribunal arbitral en un trámite societario iniciado antes de la vigencia de la póliza. La parte convocante planteó, particularmente, que el administrador asegurado y la sociedad tomadora tuvieron conocimiento de la investigación penal durante la vigencia de la póliza. La aseguradora convocada propuso, entre otras defensas, que el reclamo se encontraba excluido por haberse originado en circunstancias anteriores a la celebración del contrato de seguro y conocidas antes del inicio de la vigencia de la póliza

Luego de exponer algunas consideraciones acerca de la finalidad¹⁰⁶, naturaleza y riesgo asegurable¹⁰⁷ en las pólizas D&O, el tribunal se refirió a la modalidad de cobertura *claims made* adoptada por estos seguros, respecto de lo cual indicó:

105 Árbitros: Florencia Lozano Reveiz, Henry Sanabria Santos y Juan Pablo Estrada Sánchez. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

106 “Con ello se busca amparar al director o administrador de la sociedad en su patrimonio frente a la obligación indemnizatoria, pero también esta modalidad de contrato de seguro permite que la misma sociedad se cubra patrimonialmente cuando ésta asuma el pago de la indemnización o de los gastos de defensa de sus representantes o administradores.”

107 “(...) el riesgo asegurable en esta clase de seguro, de acuerdo con lo señalado, es la obligación que puede surgir en cabeza del administrador de una sociedad de indemnizar los perjuicios que como consecuencia de su actuar doloso o culposo en desarrollo de sus funciones al mando de la sociedad o con ocasión del desarrollo de sus actividades, causen a la misma sociedad, a los socios o a terceros”

De esta manera, al momento de celebrarse el contrato de seguro se ampara hasta el límite asegurado el pago de indemnizaciones producto de la conducta del administrador de la sociedad, conducta en la que éste puede haber incurrido antes de tomarse el seguro, pero que genera un reclamo que se produce en el periodo de vigencia del mismo. No se cobijan aquellos reclamos formulados antes de la vigencia de la póliza, como tampoco quedan cubiertos aquellos casos que razonablemente podían dar lugar a un reclamo, es decir, se encuentran excluidas de cobertura las circunstancias anteriores al contrato que conoce el asegurado y que de una manera razonable pueden generar reclamos^(cita omitida). (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá [CCB], 2011)

El laudo planteó (CCB, 2011) puntualmente que “el reclamo lo constituye en este caso la denuncia penal” con independencia de la fecha de citación del administrador a la misma- y que la exclusión de circunstancias conocidas “se concreta a que el tomador, en la etapa precontractual no puede haber tenido conocimiento de los hechos en que se funda la investigación formal”. Descendiendo a los hechos concretos, el laudo concluyó que no obstante haberse pactado un periodo de retroactividad “en razón tanto a que la denuncia penal de 28 de mayo de 2008 fue presentada antes de la entrada en vigencia de la póliza (...), así como por fundarse la investigación a que dio origen aquella en hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, de pleno conocimiento del asegurado y que conforme se ha expuesto podían razonablemente dar lugar a una investigación formal”, no había lugar al pago de la indemnización.

La decisión arbitral reseñada resulta especialmente útil para efectos de entender la interacción entre las cláusulas de retroactividad y la exclusión de circunstancias conocidas.

Puntualmente, el laudo arbitral estableció que el contexto de conflicto entre accionistas existente antes de la entrada en vigencia de la póliza y que tuvo conexión directa con el reclamo presentado durante su vigencia, dio lugar a la configuración de la exclusión mencionada.

b. Laudo arbitral del 4 de noviembre de 2014 en proceso de Proyectar Valores S.A. comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa en contra de Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A.¹⁰⁸

La sociedad convocante solicitó que se declarara que los administradores asegurados bajo la póliza D&O expedida por las convocadas incurrieron en “*actos incorrectos*” que dieron lugar a la toma de posesión por parte de Superintendencia Financiera y a la pérdida de ingresos y utilidades, así como la pérdida de valor de la empresa como consecuencia de su liquidación.

Al sentar algunas consideraciones acerca de la póliza D&O, el tribunal destacó que estos seguros han “*dado lugar entre nosotros a equívocos y dificultades conceptuales que han generado inconvenientes a la hora de establecer cabalmente su identidad, el sentido y ámbito de su cobertura y el modo de su efectividad en un caso concreto.*” (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá [CCB], 2014).

El laudo señaló que tenían la condición de asegurados “*todas y cualesquiera personas naturales que hubieran sido miembros de uno cualquiera de los órganos de administración del llamado ‘Grupo Corporativo’ o titulares en él de poderes de decisión o de gobierno o sus*

108 Árbitros: Carmenza Mejía Martínez, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Juan Manuel Díaz – Granados Ortiz. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

herederos, albaceas o derechohabientes, o que, nombrados por Proyectar, hubieran sido miembros de un comité de inversión de un fondo de capital privado administrado por ella” (CCB, 2014). Lo anterior pone de presente que este tipo de seguros suelen incorporar una definición amplia de asegurados que no implica una identificación particular de cada uno de ellos y que puede ser más amplia que la definición legal de administradores incorporada en el artículo 22 de la ley 222 de 1995.

Se recordó además, que por tratarse de un seguro de responsabilidad civil, las víctimas ostentan la calidad de beneficiarios, sin perjuicio de la protección patrimonial que las pólizas D&O otorgan a los asegurados¹⁰⁹. El laudo puntualizó, además, que la sociedad tomadora puede actuar como beneficiaria del seguro de resultar afectada por un acto de administración negligente.

El asunto central de la decisión arbitral consistió en determinar la relación entre la acción directa de la víctima en el contrato de seguro de responsabilidad y el régimen de la acción social de responsabilidad introducido por el artículo 25 de la ley 222 de 1995 como instrumento para la reconstitución del patrimonio social afectado por la conducta imputable a los administradores. El tribunal concluyó que cuando la sociedad tomadora pretende hacer valer su condición de beneficiaria del seguro por los daños que le hayan causado quienes ostenten la calidad de administradores a la luz de la ley 222 de 1995, el ejercicio de la acción directa derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil, debe encausarse a través de la acción social de responsabilidad. Teniendo en cuenta que en este caso concreto la sociedad convocante no agotó los requisitos correspondientes para el

109 “(...) Por lo demás, esta concepción se sigue naturalmente del hecho de que, como quedó dicho atrás, se está ante un típico seguro de responsabilidad civil, género este que, “en la actualidad cumple dos importantes e inescindibles funciones, destacadas ampliamente por la doctrina comparada especializada (‘función dual’) (y de suyo, acogidas por la mens legislatoris. La primera de ellas: preservar el patrimonio del asegurado, el cual se puede ver expuesto a una afectación de naturaleza objetiva (función de indemnidad). Y la segunda indemnizar o resarcir los perjuicios sufridos por la víctima como consecuencia del daño generado por el asegurado (función de indemnización).”

ejercicio de la acción social de responsabilidad, el laudo declaró la ausencia de legitimación en la causa por activa, respecto de los reclamos orientados a cuestionar la conducta de los asegurados que ostentan la calidad de administradores sociales.

La decisión luego se ocupó de analizar el amparo de reembolso a la sociedad tomadora, respecto del cual destacó lo siguiente:

En criterio de este Tribunal, el amparo en cuestión cubre el siniestro consistente en el reclamo por aquella pérdida que, siendo imputable a un acto incorrecto de administración de uno o más de los directores o administradores asegurados, hubiera dado lugar a la responsabilidad del 'Grupo Corporativo' –léase, Proyectar– y tenido por tanto que ser asumida por este. Es decir, que hubiera sido la causa de una responsabilidad civil a cargo de Proyectar, como persona jurídica, y por ende de que esta hubiera tenido que indemnizar la pérdida en cuestión al tercero afectado.

Se trata, en el ámbito de la responsabilidad civil, de la responsabilidad directa de la persona jurídica. Así se ha tenido por reconocido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (citación omitida), con fundamento en el principio del artículo 2341 del Código Civil, bajo cuyo postulado la sociedad es responsable directa de las actuaciones culposas de los agentes, independiente del cargo o posición que estos tengan en la organización social. Con otras palabras, la persona jurídica no es un tercero obligado a responder por el hecho ajeno -el de sus

dependientes- sino que está obligada a indemnizar el daño que se produce por el ejercicio o con ocasión de las funciones de aquellos.

(...)

En tal virtud, con las restricciones previstas en el contrato de seguro, esta cobertura operará en los casos en que la sociedad pretenda el reembolso de lo que haya pagado como indemnización por cuenta de su responsabilidad directa originada en los actos de sus administradores, no así las que hubiera asumido por su mero designio o por razón de un convenio por el cual la sociedad exonere de responsabilidad al administrador y asuma para sí la pérdida que a este corresponda. (CCB, 2014)

En consecuencia, el laudo aceptó que el amparo mencionado tiene efectividad en Colombia y que no se encuentra limitado exclusivamente a operar en ordenamientos en los que se reconozca la validez de obligaciones contractuales o estatutarias de indemnidad de la sociedad frente a sus administradores.

El tribunal también precisó que, tratándose de este tipo de seguros, la prescripción ordinaria de la acción directa empieza a correr para la víctima desde la fecha en que se formuló el reclamo.

Al margen de otros aspectos puntuales del caso concreto, se destacan de esta decisión arbitral las precisiones acerca de la posibilidad de introducir en las pólizas D&O una noción de asegurado más amplia que la contemplada en la ley 222 de 1995, la necesidad de observar las reglas propias de la acción social de responsabilidad cuando la sociedad

pretende hacer efectiva su calidad de víctima y beneficiaria de una póliza D&O y la conclusión acerca de la efectividad del amparo de reembolso a la sociedad tomadora de las pérdidas asumidas por ésta al ser declarada como directamente responsable por actos imputables a sus administradores.

c. Laudo Arbitral del 13 de septiembre de 2018 en proceso de Renting Tecnológico S.A.S. y Conix S.A.S., contra Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.¹¹⁰

Las sociedades convocantes pretendieron la indemnización de un perjuicio patrimonial que atribuyeron a la negligencia de una administradora asegurada, a quien se imputó un error aritmético contable en una transacción societaria, que habría conducido a generar un menoscabo patrimonial a Renting Tecnológico S.A.S., sociedad tuvo que asumir un mayor valor en el pago de un impuesto por concepto de ganancias ocasionales. El problema jurídico principal consistía en determinar si el impuesto de ganancia ocasional sufragado por dicha convocante como consecuencia de las conductas atribuidas a la representante legal de Conix S.A.S. constituye una pérdida asegurada bajo la póliza D&O.

El tribunal (2018) destacó, en primer lugar, que la efectividad de la cobertura reclamada por las convocantes supone la acreditación de un hecho imputable al administrador asegurado, lo cual de conformidad con el régimen de responsabilidad subjetivo incorporado en el artículo 200 del Código de Comercio supone una conducta dolosa o culposa. En la misma línea del laudo arbitral del 4 de noviembre de 2014 en el proceso de Proyectar Valores, este laudo destacó que, tratándose de la acción directa de la sociedad tomadora, resulta indispensable agotar los requisitos de la acción de responsabilidad social.

¹¹⁰ Árbitros: Ana Inés Uribe Osorio, Juan Guillermo Hincapié Molina y Ramiro Rengifo. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Luego de echar de menos la acreditación de la culpa de la administradora asegurada y de los requisitos para ejercer la acción social de responsabilidad, el tribunal se ocupó de analizar la validez de la exclusión de reclamos de asegurado contra asegurado, la cual se encuentra orientada a evitar que se persiga la cobertura de las pérdidas derivadas de operaciones que han sido consentidas por el grupo corporativo u otros asegurados bajo la póliza. Esta exclusión, que tiene una orientación similar a la de reclamos del accionista mayoritario que también se encuentra con frecuencia en estas pólizas, pretende evitar que se acuda al seguro como mecanismo de cobertura de riesgos empresariales consentidos por la persona que formula el reclamo.

El tribunal reconoció la validez y eficacia de la exclusión mencionada, apoyándose para el efecto en la doctrina internacional, según la cual:

El principal propósito de esta exclusión ha sido el evitar reclamos en los cuales la entidad tomadora o los administradores puedan ver en el seguro de D&O como un activo por liquidar [The Insurance Institute of London, Op. Cit. p. 53]. Así mismo, técnicamente no es conveniente dar cobertura a este tipo de circunstancias porque las mismas obedecen o se originan en conflictos o desarreglos internos de la sociedad, de manera que no será posible su cálculo actuarial al no obedecer a errores propiamente dichos del administrador, sino más bien a enemistades o retaliaciones [Fernández del Morral Op. Cit., p. 151]. (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2018)

La decisión arbitral analizada refuerza la doctrina acerca de la necesidad de darle curso a la acción social de responsabilidad cuando la sociedad tomadora del seguro pretende ejercer la acción directa como beneficiaria del seguro. Adicionalmente, este laudo resulta relevante

para delimitar el tipo de riesgos que las aseguradoras están dispuestas a asumir tratándose de responsabilidad de administradores. Al reconocerse la validez y eficacia de la exclusión de “asegurado contra asegurado” comúnmente encontrada en las pólizas D&O con distintas redacciones y limitaciones, se advierte que estos seguros no están normalmente llamados a operar para atender reclamos de otras partes o interesados en el seguro que han tomado parte de las decisiones corporativas que se reputan como actos incorrectos de un asegurado.

d. Laudo arbitral del 10 de junio de 2021 en proceso del Fondo Nacional de Ahorro Carlos Lleras Restrepo (FNA) contra Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.¹¹¹

El FNA solicitó el reconocimiento y pago de una indemnización bajo la cobertura de responsabilidad civil de directores y administradores incluida en una sección de la póliza de infidelidad y riesgos financieros tomada por la entidad, por los perjuicios derivados del pago de intereses y sanciones tributarias a la DIAN como consecuencia de un error no doloso de funcionarios asegurados.

El principal problema jurídico analizado en el laudo consistió en establecer la modalidad de determinación temporal del amparo de responsabilidad civil de directores y administradores. Luego de hacer una síntesis sobre la evolución legislativa que condujo a la autorización de las modalidades de cobertura por descubrimiento y por reclamación en la ley 389 de 1997, el tribunal determinó que de:

Lo expuesto se colige que la facultad otorgada por el artículo 4° de esta Ley es de carácter taxativo y excluyente, de modo que únicamente podrá pactarse la

¹¹¹ Árbitros: María del Pilar Galvis Segura, Antonio Pabón Santander y Jorge Santos Ballesteros. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

modalidad ‘por descubrimiento’ en contratos de seguro que amparen el manejo de recursos y en general las consecuencias de infidelidad y riesgos financieros y, a su turno, la modalidad ‘por reclamación’ o ‘claims made’ en los seguros que cubren la responsabilidad civil, conclusión que no requiere de mayores elucubraciones, ni de interpretación alguna, puesto que así quedó claramente referido en el artículo mencionado. (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá [CCB], 2021)

Luego de explicar la dinámica de la cobertura bajo la modalidad *claims made*, el tribunal describió las modalidades de cobertura especial o *sunset*¹¹² y descubrimiento¹¹³, también autorizadas por el artículo 4 de la ley 389 de 1997. El tribunal planteó:

Fluye de lo expuesto que así como acaece con la modalidad de Claims Made, que sólo es posible pactar en los seguros de Responsabilidad Civil, el sistema Descubrimiento únicamente es admitido para los seguros de Manejo e Infidelidad y riesgos Financieros pues de forma expresa así lo autoriza la ley

112 Sobre el punto, explicó el laudo: “Bajo esta modalidad entonces, la configuración de un siniestro exige que se verifiquen dos requisitos indispensables: por un lado, la ocurrencia del hecho dañoso durante la vigencia del seguro, pero adicionalmente, es menester que la víctima presente su reclamación dentro del periodo pactado en la póliza para tales efectos (...)” el cual, se agrega, según la regulación colombiana no podrá ser inferior a 2 años.

113 Al respecto, se indica en el laudo: “Tal excepción, consagrada también en el artículo 4 de la ley 389 de 2001, responde igualmente a la necesidad del mercado y a la evolución histórica de las denominadas Pólizas Globales Bancarias (Bankers Blanket Bonds) que como su nombre lo indica, reúnen bajo un amparo global diversas coberturas, diseñadas inicialmente para los bancos y que al extenderse a otras entidades se han venido a denominar localmente Seguros de Infidelidad y Riesgos Financieros, otorgan fundamentalmente siete amparos básicos a saber: i. Infidelidad de Empleados, ii. Predios (que ampara pérdidas de bienes en oficinas por hurto, atraco o eventos similares), iii. Tránsito (con la misma finalidad del anterior, pero para pérdidas durante el transporte), iv. Falsificación de Cheques y Otros Documentos, v. Dinero Falso, vi. Pérdida de Derechos de Suscripción y vii. Gastos de Defensa. Otro tanto sucede con el seguro de Manejo, que más adaptado a las necesidades de las entidades frente a la pérdida de dineros a manos de quienes tienen la función de manejarlos (de ahí su nombre), es una versión más restringida de protección para actos también de naturaleza defraudatoria pero típicamente delictuales. Son pues seguros mediante los cuales se busca brindar amparo frente a actos típicamente defraudatorios, fraudulentos o dolosos (y no en pocas ocasiones delictuales) que generan pérdidas muchas veces indetectables en su gestación y que solo afloran con el pasar del tiempo. Es por ello que internacionalmente y desde el año 1992 en Colombia “este tipo de pólizas operan sobre la base de descubrimiento de pérdidas” (citas omitidas).

y por ello no hay lugar a acoger la posición expuesta por el demandante y por el Ministerio Público, según la cual, la póliza de responsabilidad y riesgos financieros expedida por Mapfre, se rige por esta última modalidad.

(...)

Corolario de lo anterior es que no resulta posible extender la modalidad de Descubrimiento a seguros distintos de los mencionados, pues todos los demás contratos aseguraticios distintos de los de Manejo y Riesgos Financieros, por no haber sido objeto de expresa autorización legal, caen bajo los preceptos normativos comentados, que hacen depender la asegurabilidad de la incertidumbre objetiva, entendida esta, a voces del artículo 1054 varias veces citado, como la mera probabilidad futura de ocurrencia del riesgo, y que proscriben de contera el aseguramiento del riesgo putativo. Inadmisibile así mismo de cara a la ley resultaría el otorgamiento de un seguro de Responsabilidad Civil bajo el sistema de Descubrimiento, pues ni este se ajusta a la naturaleza del riesgo que aquel ampara ni existe norma legal que así lo permita, aspecto que arroja conveniente claridad sobre la controversia que se analiza. (CCB, 2021)

Más adelante el laudo explicó que las pólizas de servidores públicos son una especie de las pólizas D&O “particularmente diseñadas para cubrir las especiales responsabilidades de los funcionarios públicos las cuales, se encuentran regidas por la normativa especial propia de su calidad y que no solamente abarca la típica responsabilidad civil de los administradores, sino que se extiende a la administrativa, la fiscal y la disciplinaria”, respecto de las cuales no solo ostenta interés asegurable el funcionario asegurado sino también la entidad pública tomadora que está interesada en *“proteger su propio patrimonio que de contragolpe puede verse afectado por los reclamos dirigidos en contra de sus administradores y directores, particularmente los derivados de la responsabilidad fiscal, como lo ha sostenido la propia*

Contraloría General de la República” (CCB, 2021). El laudo precisó además que la entidad tomadora puede ostentar también interés como asegurada¹¹⁴, en la medida en que su patrimonio puede resultar afectado como consecuencia de un reclamo en contra de sus directores y administradores.

El tribunal concluyó, finalmente, que la cobertura D&O otorgada por la convocada operaba sobre la modalidad *claims made* y que no era posible predicar respecto de la misma la cobertura bajo de modalidad de descubrimiento. Puntualmente, precisó que era:

Inadmisible el argumento expuesto por la parte convocante, según el cual, en atención a que en la carátula de la póliza se consignó que la modalidad delimitación temporal sería “por descubrimiento” y que, además, la misma aseveración fue incluida como requisito dentro del pliego de condiciones mínimas de la licitación que condujo a la expedición del seguro, exigencia que, por demás, fue cumplida por la aseguradora convocada sin salvedad alguna, debe concluirse que el seguro se expidió bajo tal modalidad. Y es que acoger tal tesis implicaría darle eficacia a una disposición contractual que es abiertamente contraria a la ley que gobierna el negocio jurídico típico que tuvo lugar, es *contra legem* y ello constituye motivo suficiente para descartar el argumento en análisis. (CCB, 2021)

114 “De otra parte y como quedó precisado anteriormente el hecho de que el Fondo Nacional del Ahorro apareciese como Asegurado y Beneficiario además de Tomador en nada afecta su naturaleza de seguro de responsabilidad civil, pues es claro, como se ha indicado, que la entidad tomadora tiene sin duda un interés asegurable indirecto y concurrente en la contratación del seguro y que a consecuencia de ello, no es extraño que en este tipo de pólizas el otorgar ciertas coberturas a la propia entidad, para ampararla de las consecuencias adversas de los reclamos que se formulen en contra de sus directores y administradores. Tal particularidad, como fue objeto de análisis, es precisamente lo que justifica que una entidad pública pueda contratar una póliza por cuenta de terceros, sus directores y administradores, y además pagar la prima respectiva con recursos públicos.”

Las anteriores consideraciones condujeron a rechazar las pretensiones de la convocante, al no haberse establecido que se hubiese formulado un reclamo por la DIAN, un tercero, la Contraloría o por el mismo FNA durante la vigencia del seguro.

El laudo arbitral contiene importantes precisiones sobre las distintas modalidades de cobertura permitidas por la ley colombiana y que son utilizadas en el mercado asegurador y, adicionalmente, permite entender que aunque el amparo D&O se contrate como un módulo, capítulo o sección de una póliza global bancaria o de una póliza de infidelidad y riesgos financieros, su modalidad de cobertura no podrá ser la de descubrimiento, ya que esta no se encuentra autorizada para seguros de responsabilidad civil. Adicionalmente, el laudo explica que bajo ciertos amparos de las pólizas D&O, la sociedad o entidad pública tomadora protege no solo el patrimonio de sus directores y administradores asegurados, sino también el suyo propio, que puede resultar afectado como consecuencia de reclamos en contra de sus órganos¹¹⁵.

e. Laudo arbitral del 26 de marzo de 2021 en proceso promovido por Seguros Generales Suramericana S.A. (SURAMERICANA) contra A&S Asesores de Seguros LTDA. (A&S)¹¹⁶.

La aseguradora que emitió la póliza D&O para amparar a los directores y administradores de la sociedad Grupo INTERBOLSA y sus siete filiales solicitó la declaratoria de nulidad del seguro D&O por reticencia, con fundamento en lo previsto en el artículo 1058 del Código

115 “En tal virtud, nada tiene de exótico que el seguro de responsabilidad civil de servidores públicos otorgado por la aseguradora se hubiese extendido a ‘Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas’, pues ello tan solo implica que la póliza no solo ampara los daños que el director o administrador ocasione a terceros, sino aquellos que la entidad tenga que indemnizar a consecuencia de los errores de gestión de sus directores y administradores y aun los que estos le causen de modo directo a su patrimonio, los cuales de suyo, por tratarse de recursos públicos, implican usualmente la iniciación de procesos de responsabilidad fiscal, no solo contra el servidor público sino contra la propia entidad.”

116 Árbitros: Ana Gabriela Monroy Torres, Juan Bernardo Tascón Ortiz y César Julio Valencia Copete. Centro de Arbitraje y Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

de Comercio. Puntualmente, se analizó el proceso de suscripción de la póliza, toda vez que 15 días después de su expedición se produjo la intervención de la sociedad comisionista del Grupo INTERBOLSA, por hechos que fueron objeto de amplia difusión en su momento.

En primer lugar, el tribunal concluyó que la sociedad demandada, que fue incluida como asegurada bajo la póliza, estaba legitimada en la causa para resistir las pretensiones, en virtud de la condición de “*asegurado mancomunado*” según la cual, debía considerarse como tomadoras del seguro a todas las entidades del grupo corporativo, de las cuales solo subsistían las dos convocadas al arbitraje, una de las cuales transigió el litigio en una etapa preliminar de arbitraje.

Luego de realizar un análisis de las características generales de las pólizas D&O, las partes e interesados en este tipo de seguro, el riesgo asegurable y la modalidad de cobertura, el laudo se concentró en analizar la problemática de la nulidad relativa por reticencia o inexactitud del tomador.

El tribunal se refirió al principio de la buena fe en la etapa precontractual y a las reglas aplicables particularmente en materia de la declaración del estado del riesgo para efectos de la celebración del contrato de seguro. El tribunal indicó que la obligación de declarar:

Sinceramente el estado del riesgo, cobra máxima relevancia en los seguros cuya modalidad de cobertura es la de reclamación o *claims made*, en tanto que en estos casos la cobertura se centra, no en la ocurrencia, que puede haberse dado en el pasado, sino en el desconocimiento del tomador y del asegurado respecto de la comisión de un acto incorrecto, y de la posibilidad de haber generado perjuicios con el mismo, circunstancias que pueden dar lugar a una reclamación contra el director

o administrador. (Centro de Arbitraje y Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia [CCMA], 2021)

En este punto, el tribunal analizó también los efectos y la finalidad de la exclusión de circunstancias conocidas a la que se ha hecho referencia anteriormente.

Sobre la dinámica particular de la sanción de nulidad relativa contemplada en el artículo 1058 del Código de Comercio, el laudo indicó:

En relación con este aspecto, es importante destacar que en el caso de los seguros de responsabilidad civil de Directores y Administradores, al ser la sociedad en la que éstos desempeñan sus funciones quien toma el seguro, es la propia sociedad la que asume la obligación de declarar el estado del riesgo y quien normalmente diligencia el formulario de asegurabilidad proporcionado por la aseguradora. Lo anterior “plantea la cuestión de determinar si el conocimiento por un administrador asegurado del hecho que provoca la reclamación debe entenderse que implica conocimiento por la propia sociedad-tomadora y, en consecuencia, determina la no cobertura de la misma...”, circunstancia que deberá analizarse en cada caso particular. Sin embargo, “sin perjuicio del debate que pudiera existir con respecto a este último punto, es indispensable mencionar que todos aquellos hechos y circunstancias que declare conocer la entidad tomadora en el formulario de solicitud del seguro cuando contrate por primera vez la póliza quedaran exentos de cobertura, salvo que expresamente se haya pactado lo contrario por las partes contratantes del seguro (citación omitida). (CCMA, 2021)

Luego de realizar un análisis detallado de las declaraciones e información suministrada por los representantes de Interbolsa para la celebración del contrato de seguro y de las pruebas que reflejaban la situación del estado del riesgo para esa época, el tribunal concluyó que “los tomadores incurrieron en reticencias e inexactitudes de diversa índole, como quiera que en las declaraciones de asegurabilidad y demás documentos anexados como soporte en la etapa previa a la formación del acuerdo de voluntades, ocultaron soterradamente datos relevantes acerca del estado del riesgo, situación corroborada con la prueba testimonial practicada y otras probanzas que obran en el expediente.”

El tribunal (2021) concluyó entonces que se imponía la declaratoria de nulidad relativa del contrato de seguro, la cual tiene efectos retroactivos y *“ante la ausencia de una disposición legal en contrario (...) se extiende, no sólo a la parte tomadora de la póliza, sino también a los asegurados y beneficiarios del seguro, pues al quedar la aseguradora liberada de cualquier obligación surgida de la póliza, esto es, al extinguirse el vínculo jurídico, el contrato deja de producir retroactivamente efectos frente a cualquiera que pudiera derivar derechos del mismo”*, incluidos, los directores y administradores asegurados y las víctimas.

Además de analizar la dinámica de suscripción de las pólizas D&O, la decisión pone de presente que las reticencias e inexactitudes culposas de la sociedad tomadora pueden dar lugar a la anulabilidad del seguro, sanción que produce efectos retroactivos y se comunica tanto a los asegurados como a las víctimas, que en virtud de la pérdida de efectos vinculantes del contrato quedarán desprovistos de protección. En esta medida, los directores y administradores, que son los principales interesados en obtener la protección de la póliza D&O, tienen también especial interés en validar que la sociedad tomadora haya observado en debida forma los deberes de buena fe y diligencia en la etapa de suscripción del seguro.

Balance

En los últimos años hemos evidenciado un incremento en los reclamos judiciales, tanto frente a los administradores, como frente a los aseguradores bajo las pólizas D&O. Si bien el autor no conoce estadísticas particulares sobre la materia, sondeos informales con aseguradoras, intermediarios de seguros y sociedades tomadoras dan cuenta de un número creciente de reclamos por concepto de gastos de defensa en investigaciones oficiales –por ejemplo, promovidas por las Superintendencias en ejercicio de sus funciones-, procesos penales, así como procesos disciplinarios adelantados por la Procuraduría General de la Nación y procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las Contralorías de distinto orden.

Aunque las pólizas D&O han sido ofrecidas en el mercado colombiano durante más de dos décadas, aún en la actualidad subsisten una serie de discusiones importantes acerca de su dinámica e interpretación. Para citar un ejemplo, se han presentado una serie de decisiones administrativas que pusieron de presente la falta de claridad sobre la forma en que opera la modalidad de cobertura de reclamación o *claims made*¹¹⁷. El mercado asegurador cuestionó con razón, particularmente una serie de decisiones de la Contraloría General de la República en procesos de responsabilidad fiscal en las que se vinculó como terceros civilmente responsables a aseguradoras de pólizas D&O por vigencias distintas a aquella en que se presentó por primera vez el reclamo. Con ocasión del debate jurídico y académico generado por esos asuntos, el Contralor General de la República emitió la Circular 005/20 del 16 de marzo de 2020, en la cual planteó parámetros para orientar las decisiones de vincular compañías de seguros dentro de los procesos de responsabilidad fiscal y, particularmente, en la cual reconoce la legalidad de la modalidad de cobertura *claims made*

117 Sobre el particular puede consultarse la monografía para optar al grado de especialistas en seguros de Begué Hoyos, M. y Valencia Cardona, D. (2020). Modalidad de cobertura por reclamación “Claims Made” en el ordenamiento jurídico colombiano. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/52599/Trabajo%20de%20grado.pdf?sequence=3>

y se plantean guías para la correcta selección de la vigencia afectada. Como lo ponen de presente las decisiones arbitrales analizadas, las discusiones acerca de la forma en que opera la modalidad *claims made* también han sido recurrentes en el arbitraje.

Las controversias que suscitan estos seguros, que son relativamente especializados, usualmente implican también cuestiones complejas en materia de derecho corporativo, financiero y de responsabilidad civil. Las decisiones arbitrales reseñadas en este capítulo ofrecen guías interpretativas importantes y han zanjado discusiones sobre la interpretación de algunas condiciones y exclusiones que son usuales en este tipo de seguros.

El arbitraje ha demostrado ser un foro eficaz para la solución de controversias derivadas de las pólizas D&O. El entendimiento cabal de la dinámica actual del litigio de responsabilidad de administradores y, de manera más amplia, de los riesgos asociados a la gestión administrativa, no solo supone tener conocimiento del estado de la doctrina y de la jurisprudencia en materia societaria, sino también comprensión sobre la forma en que este tipo de asuntos han sido analizados de cara a los seguros diseñados para proteger tanto a los administradores, como a las sociedades tomadoras y a los potenciales afectados como consecuencia de actos u omisiones imputables a los administradores. De allí la importancia del estudio de los laudos arbitrales que se han expedido y de los que se expedirán en el futuro sobre la materia.

Referencias

Begué Hoyos, María. y Valencia Cardona, D. (2020) Modalidad de cobertura por reclamación “Claims Made” en el ordenamiento jurídico colombiano. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/52599/Trabajo%20de%20grado.pdf?sequence=3>

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral, Árbitros Florencia Lozano Reveiz, Henry Sanabria Santos y Juan Pablo Estrada Sánchez. 7 de diciembre de 2011.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral, Árbitros Carmenza Mejía Martínez, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Juan Manuel Díaz – Granados Ortiz. 4 de noviembre de 2014.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral, Árbitros Ana Inés Uribe Osorio, Juan Guillermo Hincapié Molina y Ramiro Rengifo. 13 de septiembre de 2018.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral, Árbitros María del Pilar Galvis Segura, Antonio Pabón Santander y Jorge Santos Ballesteros. 10 de junio de 2021.

Centro de Arbitraje y Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Laudo Arbitral, Árbitros Ana Gabriela Monroy Torres, Juan Bernardo Tascón Ortiz y César Julio Valencia Copete. 26 de marzo de 2021.

Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Artículos 200 – 1037 - 1055. 16 de junio de 1971.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 52001-31-03-004-2000-00276-01, M.P. Alberto Arrubla Paucar; 15 de diciembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030412001-01023-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda; 30 de agosto de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030412000-01098-01, M.P. Fernando Giraldo Gutierrez; 18 de diciembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 7600131030012001-00192-01, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 18 de julio de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030312002-01133-01, SC 130-18, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; 12 de febrero de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030152008-0102-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta; 3 de diciembre de 2019.

Díaz-Granados Ortiz, J. (2006). El seguro de responsabilidad civil. (1ª ed). P. 235 y ss. Centro Editorial Universidad del Rosario.

Isaza Posse, M. (2009). Algunos aspectos relacionados con el seguro de responsabilidad civil para directores y administradores- D&O, en Colombia. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 18(31). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/15063>

Ley 389 de 1997. Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio. 24 de julio de 1997. D.O. 43.091.

Ley 1258 de 2008. Por medio del cual se crea la sociedad por acciones simplificada. 5 de diciembre de 2008. D.O. No. 47.194.

Londoño Arango, M. (2011). La responsabilidad civil y la empresa en crisis. En Isaza Upegui, A. y Londoño Restrepo, A (Eds.). Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. (3ª Ed). P. 350. Legis.

O'Kelly, C. y Thomson, R. (2006). Corporations and Other Business Association. (5ª Ed). P. 9. New York: Aspen Publishers.

Paz-Ares, C. (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. InDret. Working paper N° 162. <https://indret.com/la-responsabilidad-de-los-administradores-como-instrumento-de-gobierno-corporativo/>

Superintendencia de Sociedades. Sentencia nº 800-52, 9 de junio de 2016.

Uribe Lozada, N. (2016). Análisis Técnico-Jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o "Claims Made" en los seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 25(44). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris44.atjm>

Viney, G. (1995). Traité de Droit Civil, Introduction á la Responsabilité . (2ª ed). P.63 Paris: L.G.D.J.

7

De la nulidad y la responsabilidad como mecanismos para disciplinar administradores y socios (y algunas inquietudes a que da lugar la cláusula compromisoria estatutaria)

Sobre los autores

Sergio Pablo Michelsen Jaramillo

Socio del equipo de fusiones y adquisiciones de Brigard Urrutia Abogados. Abogado de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho Comercial de la Universidad París II, Francia, con cursos sobre Project Finance en el Euromoney Institute, en Nueva York y de negociación y management en la Universidad de Harvard. Árbitro de la Lista A del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.



Fernando Alfredo Castillo Mayorga

Socio del equipo de fusiones y adquisiciones de Brigard Urrutia Abogados. Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en derecho contractual y en derecho financiero de la misma institución. Magíster en Derecho Privado General de la Universidad París II, Francia. Magíster en leyes (LLM) de la Universidad de Nueva York (NYU). Profesor de Sociedades en la Universidad del Rosario.



Resumen

El litigio en contra de administradores y socios controlantes es una de las estrategias que el derecho adopta para mitigar los problemas de agencia en el contexto societario. Para ello, la ley confiere a las partes afectadas diversas acciones que buscan, normalmente, restituir a la sociedad o socios perjudicados los activos que fueron expropiados por los administradores o socios controlantes. Ello se logra, por lo general, anulando el acto expropiatorio o condenando al responsable al pago de una indemnización. Puesto que esta estrategia se basa en que una parte interesada inicie un proceso, es de suponer que la existencia de una cláusula compromisoria en los estatutos de la sociedad puede tener un impacto sobre su eficacia. Al fin de cuentas, esta cláusula determina, en parte al menos, quién será el juez llamado a sancionar la conducta expropiatoria de administradores o controlantes. Ahora, el impacto de la cláusula no es necesariamente el mismo para todas las acciones reconocidas por el derecho societario. Distintas acciones dan lugar a distintas inquietudes con respecto al impacto de la cláusula compromisoria sobre la eficacia del litigio para controlar a administradores y socios controlantes. Por ello, en este artículo, se analiza el posible impacto que la cláusula puede tener sobre la eficacia del litigio societario como mecanismo de mitigación de problemas de agencia, teniendo en cuenta los distintos tipos de acciones a disposición de las partes perjudicadas (sociedad, socios y terceros). En el proceso, se revisan algunos problemas que normalmente se asocian al arbitraje – particularmente, su costo – y se ponen en contexto junto con otros problemas que se derivan de la existencia de los distintos tipos de acciones y pretensiones a disposición de las partes afectadas.

Introducción

Hoy es un lugar común afirmar que la reducción de los costos de agencia es al menos una de las finalidades del derecho societario y que son varias las estrategias para lograr este

propósito (Armour y Enriques. 2017, pp. 29 et ss).

Una de estas estrategias – que llamaremos “la estrategia litigiosa” – consiste en la imposición de sanciones¹¹⁸, *ex post* y a instancia de parte interesada, a quienes causan perjuicios a la sociedad y los socios (Armour y Enriques. 2017, pp. 41-42). La imposición de la sanción, en este supuesto, supone un litigio en el cual administradores o socios ocupan el lugar de demandados.

1. La selección del foro en el cual se ventilen estos litigios debería tener algún impacto sobre esta estrategia de mitigación de costos. En ese marco, la inclusión de una cláusula compromisoria en los estatutos de una sociedad aparece como protagonista de primera línea. Esta estipulación, en efecto, no sólo determina quién será el encargado de analizar y definir la procedencia de la sanción, sino que también impone ciertas cargas y limitaciones para el desarrollo del proceso en que se impone la sanción. La cláusula puede tener, así, un impacto sobre la eficacia del litigio como mecanismo para disciplinar a administradores y controlantes. Dicho esto, la real dimensión de este impacto no se puede evaluar de forma genérica. Son varios los tipos de acciones que pueden intentarse en contra de administradores o controlantes, y el efecto de la cláusula compromisoria en los estatutos no tiene por qué ser igual en todos los casos.

2. El propósito de este artículo es presentar las principales acciones que pueden usarse

118 Acá se usa el término en el sentido técnico que le da el artículo 4 del Código Civil (“La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. || En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.”).

para disciplinar a administradores y controlantes, y plantear algunas inquietudes acerca del impacto que la cláusula compromisoria estatutaria puede tener en estas acciones. A partir de este análisis será posible hacer algunos comentarios acerca del impacto del arbitraje sobre la eficacia de la estrategia litigiosa como mecanismo de reducción de costos de agencia. Con ello, se persigue un objetivo modesto: formular unas preguntas y dejar planteadas algunas inquietudes y, ojalá, indicios que permitan llevar a cabo análisis ulteriores que aporten al estudio de la materia.

3. Ahora, en estas líneas no se abordará el análisis de algunas acciones que ya han recibido bastante atención de la doctrina (como las acciones de impugnación del artículo 190 del Código de Comercio), ni temas que se abordan con suficiencia en otros capítulos de esta obra. Así, el resto de este artículo se divide de la siguiente manera: en la sección II se presenta el catálogo de las principales acciones que el derecho societario¹¹⁹ brinda para disciplinar a administradores y controlantes; en la sección III se formulan algunas preguntas acerca de los efectos que puede tener la inclusión de una cláusula compromisoria estatutaria sobre estas acciones; y en la sección IV se dejan planteadas algunas ideas acerca de posibles impactos de la cláusula compromisoria sobre la estrategia litigiosa como medio de control de administradores y controlantes.

Las Acciones

4. En esta sección se analizan algunas acciones propias del derecho societario que buscan mitigar costos asociados a la expropiación por parte de administradores y

119 Quizás está de más aclararlo, pero en este artículo no se analizan la vía penal o la constitucional como mecanismo de disciplina en el derecho societario. Tampoco se analizan ciertos mecanismos, propios de regulaciones específicas, como la del mercado de valores o aquellas que tienen alcance sectorial (como, por ejemplo, las del sector financiero). En general, no se aborda el análisis de cualquier otro tipo de acción (contractual, del derecho de la competencia, etc.) que pueda usarse en el contexto societario.

controlantes. Dependiendo del tipo de acción, serán distintas las personas que pueden iniciarla o contra las cuales se dirige.

El Catálogo

5. Las sanciones que persigue la estrategia litigiosa tienden a recaer sobre aquellos que pueden disponer de los activos de la sociedad – y así causar perjuicios a la sociedad, socios o terceros. Los candidatos principales para ocupar este lugar son, entonces, quienes tienen poder de gestión, directa o indirectamente, de los negocios sociales: administradores y controlantes. Por otra parte, las sanciones, buscan, por regla general¹²⁰, dejar a la parte perjudicada en la situación que estaba antes del acto perjudicial. Esta finalidad se puede conseguir a través de dos expedientes principales: la nulidad y la responsabilidad¹²¹. La primera restituye a la sociedad los activos expropiados a través de la ficción del efecto retroactivo de la anulación (CSJ, Sala Casación Civil, 4163, 1994), mientras que la segunda lo hace a través de una condena en perjuicios. En cualquiera de los dos casos, la idea es que esta estrategia litigiosa cumpla un objetivo resarcitorio y otro disuasivo (Weitzel, 2013, p. 73). Cumple el objetivo resarcitorio en la medida en que devuelve a los accionistas perjudicados los recursos que fueron expropiados por la administración o el controlante¹²²; y cumple el disuasivo en cuanto, se supone, la perspectiva de litigio elimina, al menos parcialmente, el incentivo para expropiar a los socios (Weitzel, 2013, p. 75).

120 Pero no siempre. En algunos casos, lo que perjudica a socios o terceros es el mantenimiento del status quo. Es el caso, por ejemplo, de la retención de utilidades. La división que se presenta en el texto sólo tiene una finalidad expositiva.

121 Estas no son las únicas sanciones que la Delegatura ha aplicado. También ha, por ejemplo, dado órdenes para que los socios voten en determinado sentido. Véase: Superintendencia de Sociedades, 1012-801-061.

122 Lo cual sólo es cierto en la medida en que sean los administradores o socios (y no la sociedad) quien paga la condena. De otro modo, la condena la pagan los mismos accionistas. Lo que sería, entonces, es un dividendo con un alto costo de transacción. (Coffee, 2006, p. 1545).

6. Si se dejan de lado las acciones de impugnación, habría, entonces, cuatro tipos principales de acciones para proteger a los potenciales perjudicados, como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 1 - Tipos principales de acciones de protección

		DEMANDADOS	
		Socios	Administradores
TIPO DE ACCIÓN	Nulidad	Nulidad por violación de deberes del socio	Nulidad por violación de deberes del administrador
	Responsabilidad	Responsabilidad del socio	Responsabilidad del administrador

7. Estas sanciones no se imponen en el vacío. Son la consecuencia jurídica del supuesto de hecho de alguna norma. Esta norma, por lo general, lo que hace es imponer, de forma más o menos directa¹²³, algún tipo de carga o deber a los socios o administradores, cuya violación da lugar a la sanción correspondiente.
8. ¿Y cuáles son esos deberes y cargas? Sin pretensión de exhaustividad, los de mayor relevancia práctica, creemos, son los siguientes:

¹²³ En algunos casos, la norma es explícita en cuanto al deber que impone. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que impone deberes explícitos a los administradores, o el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en el cual el legislador establece la forma en que deben votar los accionistas. En otros casos, el deber se deduce de una norma más general, como ocurre con el supuesto deber de lealtad del socio – que sería, según algunos, un corolario del principio de buena fe en la ejecución de los contratos. Véase: Superintendencia de Sociedades, 2014-801-50, 2014.

Tabla 2 - Deberes y cargas de socios y administradores

		DEMANDADOS	
		Socios	Administradores
TIPO DE ACCIÓN	Nulidad	<p>Nulidad por violación de deberes del socio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deber de no votar abusivamente - Deber de no aprobar operaciones conflictuadas y perjudiciales para la sociedad - Deber de no usar la persona jurídica para fines ilegítimos - Deber de lealtad del administrador de hecho 	<p>Nulidad por violación de deberes del administrador:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deber de abstenerse de participar en actos que impliquen un conflicto de intereses
	Responsabilidad	<p>Responsabilidad del socio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deber de no votar abusivamente - Deber de no usar la persona jurídica para fines ilegítimos - Deber de lealtad del socio (de admitirse) - Deberes de los administradores cuando actúan como administradores de hecho 	<p>Responsabilidad del administrador:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deber de cuidado - Deber de lealtad - Deber de buena fe

9. ¿Y cómo opera la sanción en cada uno de estos supuestos? La respuesta – algo extensa – es distinta en cada cuadrante de la tabla.
10. La nulidad por violación de deberes de los socios tiene al menos cuatro manifestaciones. En unos casos, se trata de la nulidad de decisiones sociales; en otros, se trata de la eventual nulidad de actos celebrados por la sociedad. Así:

- a. El primer caso se presenta por la violación de la prohibición de votar abusivamente. Según el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 y el artículo 24 del Código General del Proceso, es posible anular las decisiones de junta de socios adoptadas con el voto de un mayoritario que vota abusivamente. Esta sanción sólo opera en los casos de abuso de mayoría pues, por definición, no puede operar en casos de abuso de minoría y paridad – en los cuales no hay decisión que anular (Moya, 2020, p. 53). En ocasiones, la anulación de la decisión es “remedio” suficiente. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el mecanismo expropiatorio es la creación de una junta directiva espuria. La anulación de la creación de la junta, en este caso, deja indemnes a los socios¹²⁴. En otros casos, la anulación de la decisión es sólo un primer paso en una cadena necesaria para lograr la indemnidad. Esto ocurre, por ejemplo, cuando lo que se demanda es la decisión de junta que autoriza una operación viciada por un conflicto de intereses, o cuando se demanda la decisión de junta que niega que se inicie una acción social contra el administrador¹²⁵.
- b. El segundo supuesto se entrelaza con el régimen de deberes de los administradores. Éste obliga al administrador que pretende llevar a cabo una operación que le genera un conflicto de intereses a solicitar autorización de la asamblea de accionistas e impone a los socios la prohibición de autorizar operaciones perjudiciales para la sociedad. Así, se puede suponer que la autorización de una operación perjudicial es nula por violación de norma imperativa¹²⁶. Si ello es así, la autorización de asamblea no es válida, lo que

124 Elimina el mecanismo expropiatorio hacia el futuro y, en virtud de los efectos retroactivos de la nulidad, puede dar lugar a una restitución a la sociedad de los activos expropiados.

125 Véase, por ejemplo, Superintendencia de sociedades, 2015-800-104, 2015.

126 Al respecto, ver Gil, 2015, pp. 433: “si se otorga la autorización del máximo órgano social, pero de todas maneras el acto o contrato autorizado resulta manifiestamente lesivo a los intereses sociales . . . podrá ser absolutamente nula la decisión del máximo social [sic] expedida en tal sentido, por desconocimiento de una norma imperativa . . .”

supone que el contrato celebrado por la sociedad tampoco lo es (Uribe, 2017, pp. 137). En ese caso, la nulidad del contrato es, por disposición expresa del Decreto 1074 de 2015, absoluta.

- c. El tercer caso es menos obvio y se presenta cuando el socio controlante utiliza a la sociedad con fines ilegítimos. El artículo 42 de la Ley 1258 permite levantar el velo corporativo y anular actos defraudatorios en ciertas circunstancias. Con base en esta disposición, es posible imputar actos realizados por una sociedad a su socio controlante y analizar la validez del contrato como si hubiese sido suscrito por el socio. Si la interposición de la persona jurídica tenía por efecto burlar la aplicación de una norma que le impedía al socio (pero no a la sociedad) contratar, esta modalidad de levantamiento del velo permite anular el contrato así celebrado (Superintendencia de Sociedades, 801-055, 2013).

- d. El último caso se presenta cuando la sociedad contrata con personas vinculadas al controlante-administrador de hecho en una sociedad¹²⁷. Puede ser el caso de la suscripción de un contrato entre la sociedad y un familiar cercano de un controlante-administrador de hecho. En este caso, el conflicto del administrador de hecho activa el sistema de aprobación del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Por tanto, la falta de aprobación puede dar lugar a la nulidad del contrato¹²⁸.

11. La nulidad por violación de deberes de los administradores se presenta en casos de

127 La contratación directa con el controlante es anulable con base en la violación del régimen de deberes de los administradores. Lo mismo debe pasar en los casos de contratación con otras sociedades subordinadas del controlante. Véase, por ejemplo: Superintendencia de Sociedades, 2014-801-099, 2016.

128 Esta parece ser la posición de la Superintendencia de Sociedades. Véase: Superintendencia de Sociedades, 26-03-2019, 2019.

violación del régimen de conflictos de intereses. En efecto, el Decreto 1074 de 2015 permite anular los contratos celebrados por la sociedad en violación de este régimen. En ese supuesto, el contrato así celebrado es absolutamente nulo por violación de norma imperativa¹²⁹.

12. La responsabilidad de los socios por violación de sus deberes es el escenario con más variantes. Así:
 - a. La violación del deber de abstenerse de votar abusivamente, además de comprometer la validez de la decisión, puede dar lugar a la responsabilidad del socio (Ley 1258 de 2008, artículo 43).
 - b. Según el artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1074 de 2015, los socios que autorizan operaciones afectadas por un conflicto de intereses que son perjudiciales para la sociedad responden solidariamente por los perjuicios causados.
 - c. El uso ilegítimo de la persona jurídica es un concepto amplio que, en este caso, se usa para designar supuestos en que la persona jurídica es utilizada en perjuicio de terceros. Acá se trata, normalmente, de sociedades con activos insuficientes para atender sus acreencias. Dos normas, que se suelen asociar al fenómeno de levantamiento del velo corporativo, se ocupan de este supuesto. *Primero*, el

129 Esta no es la única calificación posible. La Corte Suprema, por ejemplo, parece favorecer la rescisión. Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad. No. 11001-31-03-021-2009-00244-01., 2017. Esta posición, no obstante, parece ignorar la existencia de una norma en el Decreto 1074 de 2015 que dispone expresamente que la nulidad, en este caso, es absoluta. Para una crítica de esta sanción, véase: Gaviria, 2017, pp. 333 et ss.

artículo 42 de la Ley 1258, con base en el cual la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades ha condenado a los socios de sociedades que se insolventan a través de la creación de filiales a pagar las deudas de la sociedad insolvente (Superintendencia de Sociedades, 800-122, 2017). Y, *segundo*, las normas de la ley de insolvencia que sancionan a los socios que extraen recursos de la sociedad y la dejan en estado de insolvencia¹³⁰.

- a. Si se reconoce que los socios tienen este deber¹³¹, con el alcance que propone la Delegatura, debería concluirse que su incumplimiento da lugar a la responsabilidad contractual del socio. En efecto, en la visión de la Delegatura, el deber de lealtad es un deber secundario de conducta derivado de la exigencia de ejecutar los contratos de buena fe (Superintendencia de Sociedades, 2014-801-50, 2014). Si ello es así, su incumplimiento es un incumplimiento del contrato de sociedad. En esa medida, la sanción al incumplimiento debería ser la sanción propia de la inejecución contractual: la responsabilidad civil¹³². Y puesto que la contraparte en ese contrato son los demás socios, los acreedores legitimados para hacer efectiva esta responsabilidad no podrían ser sino los socios no controlantes.

130 Ley 1116 de 2006, artículo 61. Con base en una norma similar, la Corte Constitucional creó otro supuesto de responsabilidad subsidiaria del socio controlante en la cual no se sanciona su conducta (Corte Constitucional, Sentencia SU-1023, 2001). Así, en este caso, se impone responsabilidad al socio si bien éste no viola un deber impuesto explícita o implícitamente por el ordenamiento. Así, no se trata de un supuesto de responsabilidad. Es, más bien, una garantía personal.

Parece que la norma que sanciona a socios y administradores de sociedades insolventes que afectan la prenda general de los acreedores sigue la misma lógica del artículo 61. Véase: Superintendencia de Sociedades, 800- 31, 2017.

131 Para una crítica de la forma en que este deber ha sido construido por la Superintendencia de Sociedades (Superintendencia de Sociedades, 2014-801-50, 2014), véase: Castillo Mayorga, 2021, pp. 494-501.

132 Técnicamente, ésta es sólo una de las posibles sanciones. En la visión contemporánea del “sistema remedial” ante la inejecución contractual, la responsabilidad se concibe como una de varias posibles sanciones que tienden a proteger el interés del acreedor (De la Maza, 2017, pp. 133 et ss). Dicho esto, la viabilidad de otras sanciones, como la resolución del contrato, la excepción de contrato no cumplido o la ejecución forzosa, es (cuando menos) dudosa en el escenario de la violación de un supuesto deber de lealtad en la ejecución del contrato de sociedad.

- b. Finalmente, en el caso de las sociedades por acciones simplificadas, los socios pueden verse sometidos a los deberes de los administradores cuando llevan a cabo actos positivos de gestión de los negocios sociales (Ley 1258, 2018, art. 27). Esto puede exponerlos a acciones de responsabilidad por violación de los deberes de cuidado, lealtad y buena fe en los mismos términos que los administradores. De este modo deberían poder ser demandados por la sociedad a través de una acción social de responsabilidad, o por los socios a través de una acción individual.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores, ésta se consagra de forma expresa en el artículo 200 del Código de Comercio, según el cual “[l]os administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.” Como se acaba de mencionar a propósito de los administradores de hecho, la responsabilidad de los administradores puede ser reclamada por la sociedad a través de la acción social, o por socios o terceros a través de una acción individual¹³³. De hecho, para cada acción la ley determina quién puede demandar. Este punto acerca de la legitimación se aborda en la siguiente sub-sección.

Las partes del proceso

13. La legitimación en la causa por activa en los anteriores casos depende del tipo de acción. En los casos de responsabilidad civil, el legitimado es la parte que padece el perjuicio. Esta parte puede ser la sociedad misma, los socios individualmente considerados, o terceros. En los casos de nulidad, la legitimación depende del tipo de nulidad. Si se trata de la nulidad de una decisión social, la legitimación la tienen las

133 En efecto, según la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, la acción social y la individual son excluyentes. Véase, por ejemplo: (Superintendencia de Sociedades, 2014-801-50, 2014). Aparentemente en contra: Gil, Hernán, 2015, pp. 581 et ss.

personas designadas en la ley – que serían, en principio, administradores, socios ausentes o disidentes y la revisoría fiscal. Si se trata de nulidad de contratos, en los supuestos de nulidad absoluta la legitimación la tienen las partes, el ministerio público y cualquier tercero con interés en ello (Código Civil, art.1742)¹³⁴. La misma regla aplica en los casos en que se demanda la inoponibilidad de la personalidad jurídica (Superintendencia de Sociedades, 2015-800-23, 2015).

14. De lo anterior, resultan al menos nueve tipos de procesos que se podrían intentar para controlar la gestión de los negocios sociales por parte de administradores y controlantes, con distintos demandantes y demandados dependiendo del tipo de acción. Por la parte potencialmente perjudicada y el tipo de sanción perseguida, los posibles demandantes y demandados en estas acciones se muestran en la siguiente tabla:

Tabla 3 - Tipos de procesos para controlar la gestión de los negocios sociales por parte de administradores y controlantes

No.	PRETENSIÓN	DEMANDANTE	DEMANDADO
1.	Anulación de una decisión adoptada abusivamente y del contrato autorizado por la asamblea	Anulación de la decisión ¹³⁵ - Administradores - Socio minoritario ¹³⁶ - Revisoría fiscal - ¿Otros terceros con	Anulación de la decisión - La sociedad

134 Superintendencia de Sociedades, 2015-800-23, 2015. En este Auto, la Delegatura retoma jurisprudencia de la Corte Suprema y aplica analógicamente normas sobre legitimación para demandar la nulidad absoluta del contrato social, para restringir el universo de terceros que pueden demandar la nulidad absoluta.

135 Las tres primeras partes legitimadas se determinan a partir de la legitimación prevista en el artículo 191 del Código de Comercio. Puesto que dicho artículo se refiere a la impugnación de decisiones por violación de la ley, e incluye supuestos de nulidad absoluta – concretamente, aquellos contemplados en el artículo 190 del mismo Código – parece que esta misma norma de legitimación puede aplicar a las acciones de nulidad absoluta por abuso del derecho.

136 Técnicamente, según el artículo 191 del Código de Comercio, la legitimación la tienen los socios ausentes o disidentes. Para Bejarano, esta última categoría incluye a los socios que no votan o votan en blanco: (Bejarano, 2016, p. 116)

No.	PRETENSIÓN	DEMANDANTE	DEMANDADO
		interés en ello? ¹³⁷	
		Anulación del contrato - Tercero con interés en ello - minoritarios ¹³⁸	Anulación del contrato - La sociedad - Tercero que contrata con la sociedad
2.	Anulación de una decisión perjudicial para la sociedad y del contrato autorizado por la asamblea	Anulación de la decisión ¹³⁹ - Administradores - Socio minoritario - Revisoría fiscal	Anulación de la decisión - La sociedad - Socios que aprueban la decisión
		Anulación del contrato - Tercero con interés en ello - minoritarios	Anulación del contrato - La sociedad - Persona que contrata con la sociedad
3.	Levantamiento del velo y anulación de acto defraudatorio	- Tercero con interés en ello ¹⁴⁰	- Sociedad - Socio controlante
4.	Anulación de contrato por violación de régimen de	- Tercero con interés en ello -	- La sociedad - Tercero que

137 Por ejemplo, según Jorge Hernán Gil, si la impugnación se basa en la violación de norma imperativa, causa u objeto ilícito, “puede accionar cualquier persona que acredite un interés serio (art. 2º L. 50/36).” La legitimación restringida prevista en el artículo 191 del Código de Comercio, según este autor, sólo aplica para la impugnación de decisiones absolutamente nulas “según las causas del artículo 190” (Gill, 2015, pp. 355 y 433).

138 La legitimación de los socios minoritarios como terceros con interés en la nulidad absoluta del contrato se reconoce por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, entre otras decisiones, en Superintendencia de Sociedades, 2014-801-50, 2014.

139 Esta sería, creemos, una nulidad absoluta por violación de norma imperativa. Al respecto, Gill, 2015, p. 433: “si se otorga la autorización del máximo órgano social, pero de todas maneras el acto o contrato autorizado resulta manifiestamente lesivo a los intereses sociales . . . podrá ser absolutamente nula la decisión del máximo social . . .” En el mismo sentido: Uribe, 2017, p.137. En esa medida, se podría sostener que la legitimación por activa la determina el artículo 191 del Código de Comercio, por las razones expuestas en la nota al pie No. 18. Dicho esto, podría sostenerse también, por las razones expuestas en la nota al pie No. 19, que la legitimación la tiene cualquier tercero con interés en ello.

140 En este caso, “los terceros que pretendan la inoponibilidad de la personificación independiente de una compañía no podrán basar su legitimación, exclusivamente, en la defensa del orden público. Es decir que, de no acreditarse un interés concreto en los actos o negocios jurídicos controvertidos, tales sujetos carecerán de legitimación para presentar la correspondiente demanda.” (Superintendencia de Sociedades, 2015-800-23, 2015).

No.	PRETENSIÓN	DEMANDANTE	DEMANDADO
	conflictos de interés por parte del administrador o de un administrador (de hecho o derecho)	minoritarios ¹⁴¹	contrata con la sociedad
5.	Responsabilidad del socio controlante por votar abusivamente	- Socios minoritarios - Sociedad - Terceros perjudicados ¹⁴²	- Socio controlante
6.	Responsabilidad del socio por aprobar operaciones perjudiciales para la sociedad	- Socios ausentes y disidentes - Sociedad - Terceros ¹⁴³	- Socio controlante
7.	Responsabilidad subsidiaria del socio por deudas de la sociedad	- Tercero acreedor	- Sociedad - Socio controlante
8.	Responsabilidad por violación del deber de lealtad del socio	- Socio minoritario	- Socio mayoritario
9.	Responsabilidad del administrador (de derecho o de hecho) por violación de deberes de los administradores	- Sociedad (acción social) - Socios o terceros (acción individual)	- Administradores

Algunos problemas e inquietudes

15. De esta revisión de las acciones que proceden para controlar a administradores y

141 Gill Echeverry (Gil, 2015, p. 449) sostiene que “todo socio tiene interés directo y personería para solicitar la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado en conflicto de interés . . .”. La Delegatura, por su parte, ha sostenido que “[d]e conformidad con lo previsto en el artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede ser reclamada en juicio ‘por todo el que tenga interés en ello.’” (Superintendencia de Sociedades, 2014-801-50, 2014).

142 En efecto, según la ley, el voto abusivo puede perjudicar a la sociedad, socios y terceros. Así lo dispone la letra e) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 pareciera restringir la legitimación a la sociedad y los socios.

143 Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.3.4.

controlantes surgen algunas inquietudes acerca de la inclusión de una cláusula compromisoria en los estatutos y los efectos que puede tener sobre este tipo de acciones.

16. Como punto de partida, con base en los artículos 233 de la Ley 222 de 1995, y 40 y 44 de la Ley 1258 de 2008, parece posible afirmar que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos tiene vocación universal (Gil Echeverry, 2017, p. 400). Esto es, que el pacto arbitral en este caso “sirve para dirimir cualquier conflicto que se origine entre los socios y los administradores, y entre estos y la sociedad” (Gil Echeverry. 2017, p. 401). Dicho esto, parece también claro que la cláusula compromisoria sólo se puede invocar por o frente a quienes son parte en el contrato de arbitraje¹⁴⁴. Luego, la cláusula compromisoria contenida en los estatutos no puede ser invocada por o contra quien no dio su consentimiento (Gil Echeverry. 2017, p. 465).

17. Ahora, puesto que, como muestra la Tabla 3, demandante y demandado no son siempre socios – que son, técnicamente, las únicas partes del contrato de sociedad – la existencia de una cláusula compromisoria estatutaria podría no resultar suficiente para convocarlos a todos a un solo proceso. Ahora, no es lo mismo cuando las partes de un proceso son la sociedad, sus administradores o sus accionistas, que cuando la acción involucra a un tercero que contrata con la sociedad.

Acciones “Internas”: Sociedad, Socios y Administradores

18. Los socios concurren a formar el contrato de sociedad para que ésta desarrolle un negocio, normalmente a través de personas contratadas para el efecto: los administradores. Así presentadas las cosas, pareciera que sociedad, socios y administradores son todos engranajes de una misma máquina, en calidad de persona jurídica societaria, partes del contrato social y órganos sociales, respectivamente. Pero esta metáfora oculta el fenómeno contractual subyacente. La sociedad no es parte del contrato que la constituye¹⁴⁵, y los administradores contratan con la sociedad pero no con los socios. La voluntad de adherir a los estatutos, entonces, sólo se puede predicar claramente de los asociados. Y lo mismo se puede decir de la voluntad de someter disputas a arbitraje. Luego, aun a este nivel “interno”, el alcance del pacto arbitral estatutario puede dar lugar a problemas. Estos problemas son más obvios cuando se trata de involucrar a los administradores. Dicho esto, incluso entre socios y sociedad se pueden presentar problemas de aplicación de la cláusula compromisoria.

Los Administradores

19. Los administradores no son, en tal condición, parte del contrato de sociedad. No lo son en el momento de celebración del contrato de sociedad (o en el de celebración de posteriores contratos de suscripción de acciones), ni lo son como cesionarios, causahabientes o partes de una cadena de contratos¹⁴⁶. En esta medida, pareciera, están más allá del alcance de la cláusula compromisoria estatutaria. Si se les hace parte de un proceso arbitral conforme a tal cláusula es porque opera alguna forma de extensión *ratione personae* del pacto arbitral (Train, 2017, No. 2, § 1, p. 390). Varias teorías se han propuesto para lograr esta extensión.

145 Dicho esto, la sociedad puede adherir y ser parte del pacto arbitral contenido en sus estatutos.

146 Sobre la noción de parte y, en particular, las categorías expuestas en el texto, véase: Terré, 2018, pp. 746 et ss.

20. Como expone Gil Echeverry (2017), hay tres tesis acerca del alcance de la cláusula compromisoria estatutaria con respecto a los administradores. Según la primera, la cláusula no los vincula pues no son parte del contrato social. Según la segunda, los administradores estarán vinculados por la cláusula compromisoria cuando el texto de tal cláusula disponga expresamente que los vincula¹⁴⁷. Y, según la tercera, los administradores siempre están vinculados por la cláusula compromisoria estatutaria. Esta última tesis tendría, al parecer, dos sustentos: por un lado, la buena fe objetiva, que extendería la cláusula compromisoria como una consecuencia que se sigue de los usos y la ley (Gil Echeverry. 2017, pp. 473). De otro lado, la teoría organicista, en virtud de la cual los administradores, al ser un órgano social, están vinculados por la cláusula compromisoria que obliga a la sociedad (Gil Echeverry. 2017, pp. 476).
21. Estas teorías, creemos, no son plenamente satisfactorias. Una disposición en los estatutos, que no es suscrita por los administradores, no es una manifestación de voluntad que los vincule al pacto. Tampoco lo es ser un órgano social. Si bien se puede coincidir en la conveniencia de unificar foros para el litigio societario, y en hacerlo a través del arbitraje, como afirma Conejero Roos, “[t]odas [las] razones prácticas no pueden soslayar una limitación evidente que nace del carácter consensual del arbitraje: nadie puede beneficiarse de o ser arrastrado a un arbitraje si no ha consentido en someterse al mismo.” (Roos e Ibarra de la Cruz, Lima Arbitration N° 5 - 2012/2013, pp.59). Si se ha de aplicar la cláusula al administrador es porque se puede concluir que dicho administrador aceptó, de una u otra forma, el pacto. Como afirma Conejero, “la única manera de conciliar el efecto relativo del contrato con la inclusión de una persona o entidad no signatario del contrato que contiene el convenio arbitral

147 Esta tesis tiene una variación. Algunos consideran que la cláusula vincula al administrador que acepta el cargo cuando la cláusula ya está incluida en los estatutos, pero no vincula a aquellos que aceptan el cargo cuando la cláusula no está incluida si la misma se incluye después. Esta variación se basa en que, según estos autores, el administrador se obliga a cumplir los estatutos cuando se vincula a la sociedad. Si la cláusula se incluye en los estatutos con posterioridad a la vinculación del administrador, el principio de voluntariedad implica que el administrador debe aceptar expresamente la inclusión. (Cárdenas, 2020, pp.329-331).

... consiste precisamente en establecer que ella ha “consentido” o ha “acordado” ser parte del convenio arbitral.” (Roos, e Ibarra de la Cruz, 2012/2013, pp. 60). Este consentimiento no se configura de la misma forma en los casos en que el administrador demanda que en los casos en que es demandado.

El Administrador Demandante

22. Como se vio, los administradores pueden demandar a la sociedad para impugnar decisiones de asamblea. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la decisión se adopta con abuso del derecho o cuando se autoriza una operación perjudicial en que media conflicto de intereses de los administradores. En estos casos, cualquiera que sea la tesis que se adopte en términos de legitimación¹⁴⁸, parece que es posible que sean los administradores quienes demanden a la sociedad.

23. Acá la pregunta es si los administradores pueden valerse de la cláusula compromisoria contenida en los estatutos. Si se desechan las tesis que extienden la cláusula compromisoria con base en el texto de los estatutos o la teoría organicista, lo que queda es encontrar el consentimiento del administrador. ¿Puede tratarse de una estipulación a favor de terceros en los estatutos? Si ello fuese así, los socios tendrían, simultáneamente, la condición de estipulante y promitente, mientras que el administrador ocuparía la posición de beneficiario. Adicionalmente, pare que este análisis funcione, se debería exigir que la cláusula compromisoria estipule expresamente que la misma se extiende a conflictos que involucren a los administradores. Si se admite este análisis, se podría afirmar, como lo ha hecho la Corte de Casación francesa, que “la cláusula arbitral que vincula al estipulante con el

148 Pueden tener legitimación por activa, dependiendo de la tesis que se adopte, o bien las personas que pueden impugnar actas conforme al artículo 191 del Código de Comercio (administradores, revisores fiscales y socios ausentes o disidentes), o bien cualquier tercero con interés en ello.

promitente puede ser invocada por y en contra del beneficiario de una estipulación por otro . . .” (Corte de Casación Francesa, Primera Sala Civil, Sentencia de 11 de julio de 2006, pp. 315). Esta ampliación del alcance *ratione personae* de la cláusula se puede justificar bien porque la cláusula se entiende anexa al derecho del tercero a solicitar la ejecución del contrato, bien por la intención de estipulante y promitente de celebrar el acuerdo arbitral con el beneficiario (Andrea Meier, 2016, pp. 62 *et ss*). Lo relevante es que el consentimiento que habilita la actuación arbitral estaría determinado por la aceptación del beneficiario – que se manifestaría con la interposición de la demanda ante el tribunal arbitral. Luego, pareciera, el administrador tendría la posibilidad de elegir el foro ante el cual se impugna la decisión: o bien acepta la estipulación de cláusula compromisoria a su favor, en cuyo caso la decisión se impugna ante los árbitros, o bien la rechaza y demanda ante los jueces.

De este breve análisis puede concluirse que las acciones de nulidad de decisiones sociales pueden, dependiendo del demandante y la tesis que se adopte, estar sometidas a reglas distintas en cuanto al foro en que se debe litigar. *Primero*, si el demandante es un socio ausente o disidente parece que se debe litigar en el foro arbitral. En este caso, si bien técnicamente la sociedad no es parte del contrato social, parece que su voluntad de quedar vinculada por el pacto no se puede poner en duda. *Segundo*, si el demandante es un administrador, y se aceptan tesis como la de su vinculación al pacto arbitral por la mera condición de órgano social, el litigio se lleva, de nuevo, ante el foro arbitral. *Tercero*, si se considera que el administrador no es parte del pacto arbitral, la impugnación se tramita ante los jueces. Y, *cuarto*, si se considera que los estatutos contienen una estipulación a favor del administrador, éste podría escoger el foro: jueces o árbitros.

Lo que nos lleva a las preguntas: ¿debería el administrador tener la opción de escoger el foro? Si no la tiene, ¿ante quién debe interponer la demanda? ¿Qué ocurre si una parte (por ejemplo, los socios) demandan en un foro y el administrador en otro? Y, para complicar las cosas un poco más: ¿qué ocurre si quien demanda es el revisor fiscal? ¿Aplicaría, en este caso, el mismo análisis que con respecto a los administradores?

El Administrador Demandado

24. Si la nulidad da lugar a preguntas sobre el administrador demandante, la responsabilidad genera la mayor parte de inquietudes en el escenario en que el administrador es demandado. Dejando de lado las acciones de terceros contra el administrador, a nivel “interno”, éste puede ser demandado por la sociedad, a través de una acción social, o por los socios a través de una acción individual.

25. En el caso de la acción social de responsabilidad, si el contrato entre la sociedad y el administrador contiene una cláusula compromisoria, parece claro que el administrador puede y debe ser demandado en el foro arbitral. Si no la contiene, algunos sostienen que el pacto arbitral se extiende al administrador por expresa disposición del Decreto 1074 de 2015. Esta posición, creemos, desconoce el principio de voluntariedad sobre el que se edifica el arbitraje. Para sostener que el administrador puede ser demandado ante un tribunal de arbitramento constituido conforme a la cláusula compromisoria estatutaria deberá acudirse a algunas de las tesis expuestas anteriormente. Ahora, en este caso, la fórmula de la estipulación para otro no opera. El administrador es demandado y no puede ser obligado a aceptar la jurisdicción arbitral. Luego, parece, o se acepta que la cláusula compromisoria vincula al administrador en cuanto órgano social, o se acepta que es preciso demandar ante los jueces.

La acción individual es más compleja. Para empezar, el perjuicio individual parece más difícil de configurar que el perjuicio social¹⁴⁹. Y, más importante para nuestro análisis, en el caso de la acción individual hay un debate acerca de la calificación de la responsabilidad. Por un lado, están quienes sostienen que la acción individual de responsabilidad es de naturaleza contractual. Según esta postura, entre socio y administrador habría un contrato – el contrato social (Gil Echeverry. 2017, pp. 532). Este punto de partida, no obstante, es discutible. Para empezar, es claro que el administrador no suscribe el contrato social. Y si bien el administrador, una vez vinculado a la sociedad, obra en interés de la sociedad teniendo en cuenta el interés de los socios, ello no lo hace parte del contrato de sociedad – parece obvio que el administrador, en ese momento, no hace aporte y no se somete a los estatutos. Y que no se diga que los términos del contrato social se incorporan a su contrato – laboral o comercial – con la sociedad en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Esta norma los obliga a velar por el cumplimiento de los estatutos; no dice que estén vinculados por los estatutos¹⁵⁰. La tesis contractual, entonces, enfrenta serias dificultades.

En esta medida, es quizás mejor sostener que la acción individual es el vehículo para hacer una reclamación extracontractual. Si se acepta esta tesis, al no mediar contrato entre los socios y el administrador (Córdoba, 2014, pp. 588 et ss.), la cláusula compromisoria estatutaria no alcanzaría esta acción. Dicho esto, si se reconoce que el administrador está vinculado por la cláusula compromisoria, que las controversias extracontractuales se pueden someter sin problema a arbitraje, y el texto de la cláusula es lo suficientemente amplio, podría intentarse la acción en el foro arbitral. Acá, de nuevo, el problema parece

149 Difícil no significa imposible. Pude haber supuestos de daño individual en casos de trato inequitativo de los accionistas, o de decisiones que los impactan directamente (como puede ocurrir, por ejemplo, en un caso de retención de utilidades o con el pago de un dividendo en especie subvalorado). Dicho esto, en los casos de expropiación más típicos el perjuicio lo suele padecer directamente la sociedad.

150 Juan Pablo Cárdenas (2020, p. 330) parece entender lo contrario. Esta lectura de la ley es debatible. El administrador, según la ley y como se expone en el texto, debe velar por cumplimiento de las disposiciones estatutarias (Ley 222 de 1995, art. 23, numeral 2), lo que no es igual a que se obligue a cumplir los estatutos. De hecho, no puede hacerlo. No puede hacer un aporte, no puede cumplir las cargas que corresponden a los socios para ejercer su derecho de voto, no puede ser obligado a recibir dividendos, etc. Todo lo cual se sigue del hecho que el administrador no es parte del contrato social.

ser que, dependiendo de la tesis con la cual se extiende la cláusula compromisoria al administrador, éste podría evadir el foro arbitral (si ese fuese su interés).

Estas reflexiones dejan en el aire una gran pregunta: ¿en qué foro se debe demandar al administrador?

Socios y Sociedad

26. Los casos de la sociedad que demanda a sus socios o de socios que demandan a la sociedad no deberían ser tan controversiales – salvo por que la sociedad no es parte del contrato social¹⁵¹. Así, en el primer supuesto, las acciones para el cobro de perjuicios padecidos por la sociedad por el voto abusivo de un socio, por aprobar operaciones en que media conflicto de interés de un administrador y son perjudiciales para la sociedad, o por violación de sus deberes como administrador de hecho¹⁵² deberían poder tramitarse por la vía arbitral. En el segundo, las acciones de impugnación de decisiones sociales, parece claro, también se llevan ante los árbitros.

27. Los casos de socios que demandan a la sociedad o a otros socios también deberían ser sencillos. Esto es lo que ocurre cuando un socio (normalmente minoritario) demanda a otro socio (normalmente mayoritario), por ejemplo, por la violación de su deber de lealtad (de admitirse que existe) o porque vota abusivamente. En estos supuestos no debería haber debate con respecto a la aplicación de la cláusula

151 Para algunos, al menos en la medida en que se acepte la tesis conforme a la cual la cláusula compromisoria estatutaria sólo puede ser aprobada, eliminada o modificada por unanimidad, la cláusula compromisoria no vincularía a la sociedad pues ésta no concurre a constituirse ni manifiesta su consentimiento al pacto arbitral. Véase: Arellano, 2019, pp. 150. Dicho esto, la doctrina más autorizada, al menos en lo que se refiere a las sociedades por acciones simplificadas, parece aceptar pacíficamente que la cláusula compromisoria estatutaria vincula a la sociedad (Cárdenas, 2020, pp. 325).

152 Dicho esto, en este caso, los términos del pacto arbitral pueden ser muy relevantes. Por ejemplo, ¿el socio que adquiere un paquete controlante de acciones y adhiere a la cláusula compromisoria contenida en los estatutos, acepta llevar al foro arbitral reclamaciones en su contra en calidad de administrador de hecho?

compromisoria contenida en los estatutos de la sociedad.

28. Pero hay casos más problemáticos. Piénsese en un socio que demanda la nulidad absoluta de un contrato entre la sociedad y su accionista controlante por violación del régimen de conflictos de interés. Supóngase que el contrato de venta contiene una cláusula compromisoria y se somete a una ley extranjera. ¿Debería poder anularse por un tribunal arbitral constituido conforme a la cláusula compromisoria estatutaria? Hay autores y decisiones arbitrales que admiten que la validez de contratos entre socios se ventile ante un tribunal de arbitramento constituido conforme al pacto arbitral estatutario (Gil Echeverry. 2017, pp. 512). Dicho esto, ésta parece ser una solución problemática por, al menos, la siguiente razón: la extensión de la cláusula tiene como efecto dejar sin efecto el pacto de ley y de arbitraje contenido en el contrato entre la sociedad y el socio, lo cual es un problema de seguridad jurídica de no poca monta.
29. Ahora, este es un problema común a los casos de nulidad absoluta. Si quien demanda es un tercero con interés en ello, ese tercero, por definición, no es parte del pacto arbitral contenido en el contrato cuya validez se impugna. Luego, el tercero debe demandar ante el juez competente según las normas procesales aplicables. Si ese tercero es parte de otro contrato (el de sociedad), en el cual son parte los contratantes parte del acuerdo cuya nulidad se busca, la pregunta es ésta: ¿puede valerse de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de sociedad? La respuesta, ciertamente debatible, es que no debería poder alegarse la cláusula compromisoria estatutaria. Lo que se juzga, en el ejemplo propuesto, es la legalidad de un contrato, no una diferencia entre los socios, o entre éstos y la sociedad.

Acciones “Externas”: Terceros que Contratan con la Sociedad

30. Hay ciertos casos en que terceros demandan a socios o a administradores que, claramente, no deberían quedar cobijados por el pacto arbitral estatutario¹⁵³. Así ocurrirá cuando terceros demandan a socios, por ejemplo, para que respondan por (i) deudas sociales en virtud de alguna aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo, (ii) eventuales perjuicios a que puede dar lugar un voto abusivo, o (iii) daños causados cuando los socios aprueban una operación en que media un conflicto de intereses de los administradores y es perjudicial para la sociedad. La misma conclusión aplica cuando lo que se analiza es la responsabilidad de administradores (de hecho o derecho) frente a terceros por violación de sus deberes.
31. La mayor complejidad se presenta en los casos en que socios demanden a terceros. A primera vista, parece obvio que ninguna reclamación de este tipo se debería poder tramitar a través de la cláusula compromisoria estatutaria. Y esto es correcto. El problema es cómo articular acciones contra terceros que tienen un “componente societario”.

El caso potencialmente problemático es el de la nulidad de contratos celebrados en violación del régimen de conflictos de intereses. En este caso, si el tercero que contrata con la sociedad no es socio, parece claro que la cláusula compromisoria no aplica (Cárdenas, 2020, pp. 518); si es socio, quizás sí¹⁵⁴. Ahora, para ilustrar la dificultad, piénsese en el ejemplo de una operación en que una sociedad en liquidación vende un activo a una

153 Esta es la regla general cuando demandan terceros. Podría haber excepciones particulares si se reconoce la aplicabilidad de ciertas tesis sobre la extensión del pacto arbitral. Véase: Cárdenas, 2020, pp. 332-333.

154 Acá se aplicaría, eventualmente, el raciocinio que se ha aplicado en casos de extensión de la cláusula compromisoria a la evaluación de contratos de venta de acciones entre socios que violan el derecho de preferencia.

subsidiaria del socio controlante¹⁵⁵. Supóngase también que, para anular el contrato, es necesario demandar primero una decisión de asamblea – lo que ocurrirá, por ejemplo, si la operación en que hay conflicto es perjudicial, pero es autorizada por la asamblea. En este caso, el minoritario que quiera perseguir la declaratoria de nulidad del contrato deberá acudir a dos foros: al arbitral para impugnar la decisión y al judicial para impugnar el contrato. Y, cuando llegue al judicial, va a terminar sometiendo un contrato cuya validez se debería determinar a la luz de la ley escogida por las partes en el contrato entre la subsidiaria y la sociedad a las normas colombianas sobre conflictos de intereses.

Posible impacto de la cláusula compromisoria estatutaria sobre la estrategia litigiosa

De lo expuesto parece claro que la discusión sobre el alcance del pacto arbitral estatutario no está exenta de ambigüedades e inquietudes. Lo cual, creemos, puede constituir un real problema de cara a la eficacia de la estrategia litigiosa. Otros “problemas” del arbitraje en materia societaria, particularmente su costo, creemos, podrían ser menos importantes de lo que se cree.

Problemas más Aparentes

32. El costo del arbitraje es, intuitivamente, una barrera para que minoritarios y terceros puedan disciplinar a controlantes y socios a través del litigio. Ello sería malo pues el litigio societario siempre es útil para la sociedad y los socios. Tanto la premisa como la conclusión requieren mayor análisis.

155 Estos son, en forma simplificada, los hechos del caso de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en que sienta su doctrina acerca de los conflictos de intereses entre partes vinculadas. Véase: Superintendencia de Sociedades, 2014-801-50, 2014.

La Premisa

33. La premisa, parece, es que la existencia de un pacto arbitral obligatorio para todos los socios y los administradores incrementa los costos del litigio.
34. Esta premisa, no obstante, es una cuestión de hecho que requiere verificación. Los costos de los abogados, se puede suponer, son los mismos, o al menos similares, ante un juez que ante un árbitro¹⁵⁶. Si son mayores en uno u otro caso es porque la parte escoge asesores más costosos. Este resultado no parece depender del foro ante el cual se litiga. De otro, lado, los costos asociados a la recopilación y generación de pruebas, parece, también podrían ser similares los mismos en los dos escenarios¹⁵⁷.
35. El mayor costo del arbitraje está, entonces, en los costos administrativos y los honorarios de árbitros y secretario. Dicho esto, esos costos aparejan, al parecer, tres ahorros: uno de tiempo (si se asume, como se hace constantemente, que el proceso arbitral es más expedito que el judicial)¹⁵⁸, otro de instancias (en la medida en que el laudo arbitral no puede ser apelado); y, finalmente, uno de error judicial (si se asume que, para ciertas disputas, los árbitros tienen más probabilidades de proferir una decisión “correcta” (Afshar, 2014, pp. 331)¹⁵⁹).

156 Anecdóticamente, existe la percepción de que el costo de abogados es más alto cuando la diferencia se somete a arbitraje. Ello puede obedecer a razones como la intensidad del trabajo, el breve tiempo para adelantar el proceso, u otras consideraciones. Dicho esto, no tenemos conocimiento de estudios que confirmen esta evidencia anecdótica. De otro lado, no es claro que esta intuición considere los costos adicionales del proceso judicial en términos de tiempo, ni los costos de los abogados en la potencial apelación.

157 Esto no es cierto en algunas jurisdicciones. En Estados Unidos, por ejemplo, en la medida en que el arbitraje limita la práctica del discovery, el arbitraje se considera una opción más económica que el litigio judicial. Véase: Weitzel, 2013, 84.

158 El ahorro en tiempo, en el cual se debería considerar el proceso de apelación, podría tener un ahorro reflejo: la menor duración del litigio disminuiría los incentivos de potenciales demandantes de iniciar acciones frívolas con el objetivo de obtener negociar un pago transaccional. Véase: Jennings, 2018, pp. 48-49.

159 “para casos complejos . . . esta flexibilidad permite a las partes escoger un árbitro con experiencia relevante, dando lugar a decisiones más razonables de las que se obtendrían en Cortes menos experimentadas.” Esta afirmación, no obstante, debe tomarse con mucho cuidado – al menos en el caso colombiano. En Colombia, la jurisdicción especializada en temas societarios cuenta con un expertise sustancial en temas asociados al control de administradores y controlantes. No es seguro que la vía arbitral incremente la calidad de la decisión.

36. La pregunta es si, considerados costos y ahorros, sigue siendo cierto que el arbitraje es más costoso que el litigio judicial. Puede que lo sea. De nuevo, esta es una cuestión empírica sobre la cual, hasta dónde sabemos, no hay estudios en Colombia. No obstante, partir de la premisa que el arbitraje es necesariamente más costoso parece algo contrafactual. Si las partes pactan arbitraje es porque consideran que es superior a la alternativa del litigio judicial. Y que una opción sea superior a la otra debería medirse en términos de costos totales. En otras palabras, las partes escogerían arbitraje porque, considerando todos los costos involucrados en la resolución de la disputa, es más económico que ir al juez.

Adicionalmente, en el caso de la responsabilidad de administradores, la distinción entre acciones individuales y sociales parece relevante en materia de costos, pero quizás no lo es tanto. En la acción social, el demandante es la sociedad, por lo cual los costos del proceso los asume la persona jurídica, de modo que el impacto en los socios es indirecto, y cada socio lo sufre a prorrata de su participación en la sociedad. La condena a favor de la sociedad tiene un impacto similar, aunque en la forma de un beneficio. En las acciones individuales, el socio asume los costos del litigio y recibe la totalidad de los beneficios de una condena. Así, en el caso de las acciones sociales al menos, los socios minoritarios no deben incurrir directamente en los costos del arbitraje. Sólo los absorben indirectamente, a través de una menor utilidad de la sociedad – sin esfuerzo de caja de su parte. El impedimento al litigio, en este caso, no parecería asociarse a los costos del arbitraje.

37. Las acciones individuales operan de otra forma. Éstas imponen la totalidad del costo del arbitraje al demandante, pero también le otorgan la totalidad de la eventual condena. En estos supuestos, el demandante no subsidia a terceros u otros socios,

por lo cual, si considera que su pretensión es meritoria y que la condena excede el costo del litigio, debería estar dispuesto a asumir los gastos asociados al arbitraje. Lo cual aplica a otras acciones, si se quiere, “individuales” en que el demandante recibe la totalidad de la condena: acciones directas por perjuicios asociados al abuso del derecho de voto o la violación del deber de lealtad, o acciones individuales contra el administrador de hecho. Si, en estos casos, se asume que el arbitraje no es, considerando todos los costos, más caro que el litigio, el impedimento a la estrategia litigiosa tampoco provendría del costo del arbitraje.

38. Finalmente, hay otras acciones en que el socio incurre en el costo del litigio, pero el beneficio es de la sociedad. Se trata, en particular, de las acciones de nulidad por objeto ilícito. En estos casos, la condena a las restituciones mutuas sólo podría beneficiar a la parte del contrato que se anula. Acá, a diferencia de lo que ocurre con las acciones individuales, sí hay un problema de incentivos pues el socio demandante subsidia a los demás socios y a terceros. Pero, y esto es lo importante, acá el problema es común al litigio judicial y al arbitraje.

39. Así, no es del todo claro que el costo total del arbitraje sea, necesariamente, un desincentivo fuerte para litigar.

La Conclusión

40. Supóngase, para efectos de discusión, que los costos totales del arbitraje sí son más altos. Esto, se podría pensar, es negativo pues la menor litigiosidad conllevaría una correlativa indisciplina de administradores y socios.

41. El argumento es el siguiente: entre más alto es el costo de litigar menos litigios se deben iniciar. Para que el litigio valga la pena, el valor esperado de la condena, descontado por la probabilidad de éxito, debería ser mayor que los costos reales del litigio (Jackson, 2010, pp. 6 *et ss.*). Por tanto, entre mayores los costos, mayor debe ser el valor esperado de la condena – lo que implica que se iniciarían menos procesos de menor cuantía. Por otro lado, sigue el argumento, entre más litigios, mayor control de los administradores y accionistas mayoritarios por parte de los minoritarios. Así, de ser esta ecuación cierta, y se acepta que el arbitraje incrementa los costos totales del litigio, su efecto neto es que disminuye el monitoreo y control de los administradores y minoritarios. Lo que sigue en el argumento es que ese menor monitoreo es malo.

42. Ahora, eso no es necesariamente cierto. Como cualquier cosa, en exceso, el monitoreo puede ser nocivo. Puede generar más daños que beneficios (Weitzel, 2013, pp. 69) en la forma de menor innovación y toma de riesgos por parte de la sociedad, así como los costos directos del litigio (Weitzel, 2013, pp. 71). El arbitraje, entonces, es malo si (1) se acepta la premisa de que es más costoso, y (2) precluye acciones que generan beneficios para la sociedad, socios y terceros. Este último supuesto es, de nuevo, un punto que requiere verificación empírica.

43. Dicho esto, hay dos factores que, creemos, se deben considerar en futuras investigaciones sobre este tema. *Primero*, la duración del proceso. Si es cierto que el proceso arbitral ahorra tiempo y que esto desincentiva acciones no meritorias – cuya probabilidad de dar lugar a un pago a través de una transacción incrementaría con la duración del proceso (Jennings, 2018, pp. 48-49) –, el arbitraje podría tener el efecto favorable de reducir el “monitoreo excesivo”. *Segundo*, el (supuesto) mayor costo del

arbitraje tiene un componente temporal: la totalidad de los costos se incurren en un tiempo que, idealmente, es breve. El eventual mayor costo del litigio, en cambio, puede estar más diferido en el tiempo. El arbitraje, entonces, aun si pudiese implicar ahorros en los costos totales del litigio, podría implicar mayores exigencias de liquidez al demandante. Esto podría, efectivamente, tener el efecto de desincentivar demandas, particularmente en los casos en que el demandante asume todos los costos del arbitraje y la condena beneficia a la sociedad. Luego, el efecto de los costos del arbitraje sobre el nivel óptimo de monitoreo sería ambiguo: habría razones para pensar que desincentiva acciones no meritorias, pero, podría sospecharse, también desincentiva algunas que sí tienen mérito.

Problemas más Reales

44. Este artículo ha buscado poner de presente que el pacto arbitral estatutario puede tener distintos efectos dependiendo del tipo de acción que se intente¹⁶⁰. En ese proceso, se han detectado algunos problemas que pueden tener un impacto real en la eficacia del arbitraje societario.

45. *En primer lugar*, un problema de inseguridad jurídica. Por un lado, no siempre hay certeza acerca del foro en que se debe litigar. En particular, tratándose de acciones contra administradores, no es claro si el pacto arbitral debe vincularlos y, de ser así, con base en que teoría. Y, de otro lado, no siempre hay certeza acerca de quién puede demandar. En particular, en el caso de impugnación de decisiones sociales por violación de norma imperativa (*e.g.*, autorización de operaciones en que media

¹⁶⁰ Algunos problemas detectados no son exclusivos del ámbito societario, pero se pueden exacerbar en él. Un ejemplo se relaciona con la interrupción de la prescripción (o caducidad) mediante la interposición de la demanda. Si se presenta la demanda ante un tribunal arbitral y el mismo se disuelve por falta de pago de los honorarios, la presentación de la demanda ante el tribunal, se sostiene, no conserva el efecto de haber interrumpido la prescripción (o caducidad). En casos como el de impugnación de actas, que tienen un término muy breve de dos meses, esto puede significar que el demandante ya no tiene una pretensión viable.

conflicto de intereses y que son perjudiciales para la sociedad), no es claro si la legitimación la tiene cualquier tercero con interés en la declaratoria de nulidad, o si debería restringirse a la revisoría fiscal, administradores, y socios ausentes y disidentes. Esta ambigüedad, como sea que se resuelva, vuelve a plantear el problema del foro: aun si se admite que el pacto arbitral se extiende a administradores, parece claro que no se extiende a los terceros que invocan la nulidad absoluta. La inseguridad resultante puede implicar costos adicionales de litigio, en la forma de mayor cantidad de recursos y excepciones, que pueden tener un impacto real en el volumen de acciones que se intentan.

46. *En segundo lugar*, se pueden anticipar problemas asociados a la imposibilidad de acumular procesos. A diferencia de lo que puede ocurrir en otras jurisdicciones, la cláusula compromisoria no evita litigios en múltiples foros (Afshar, 2014, pp. 331). En nuestro medio, la cláusula compromisoria crea este riesgo. La distinta legitimación para impugnar decisiones sociales y contratos implica que, en ocasiones, será necesario tramitar procesos paralelos con las mismas pretensiones, o que habrá que llevar procesos sucesivos para obtener la condena buscada. Lo primero puede pasar si una misma decisión es impugnada por un tercero (o un administrador) y por un socio. En este caso, el problema es para la sociedad o el controlante que debe invertir el doble de costos para defenderse de la misma acción. Lo segundo puede pasar en supuestos en que se quiere demandar la nulidad de un contrato celebrado en violación del régimen de conflictos de intereses de los administradores. Si para ello es necesario impugnar primero la decisión de asamblea que autoriza el acto, el socio disidente deberá interponer primero, ante el tribunal arbitral, la acción de impugnación para, una vez ésta sea exitosa, demandar la nulidad del contrato. En este caso, parece, el problema es para el socio que se enfrenta a más obstáculos procesales para intentar resarcir a la sociedad, lo que puede desincentivar este tipo de

procesos¹⁶¹. El problema, entonces, es que hay muchas acciones en un escenario, y muy pocas en el otro. Y, como ya se vio, tanto el monitoreo excesivo como muy poco monitoreo son soluciones problemáticas.

47. De forma relacionada con el anterior problema, se tiene la imposibilidad o dificultad de alegar pleito pendiente. Sobre este aspecto, en materia local, la existencia de una acción ante un juez, parece, difícilmente cumplirá los exigentes requisitos establecidos en el artículo 161 del Código General del Proceso para suspender un proceso por litispendencia. En materia internacional, por otra parte, el artículo 70 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “[n]o obstante haberse entablado ante la autoridad judicial la acción . . . se podrán iniciar o proseguir la actuación arbitral y dictar un laudo aunque la cuestión esté pendiente ante la autoridad judicial.” (Cardenas, 2020, pp. 338-339) ¹⁶² Y, si la situación fuere a la inversa, tampoco se podría configurar la excepción pues las partes en los procesos no serían las mismas¹⁶³. El problema, de nuevo, es la eventual necesidad de defenderse en múltiples foros.
48. Y esta necesidad es peligrosa. Supone que los demandados deben defenderse ante varios jueces por los mismos hechos, lo cual incrementa los costos de litigio para el demandado y crea el riesgo de fallos contradictorios, con lo cual se enfrenta a una situación de “imposibilidad de ganar” (*no win situation*) (Afshar, 2014, pp.331). De nuevo, esta es una situación de potencial monitoreo excesivo, que puede terminar

161 Problema que se puede exacerbar si se tiene presente que el demandante en este caso “subsida” a los socios no demandantes pero que se benefician de la condena a favor de la sociedad.

162 Sobre la posibilidad de pactar arbitraje internacional en materia societaria, véase: Cardenas, 2020, pp.338-339. Y, en el mismo sentido, y añadiendo la posibilidad de pactar, aparentemente sin restricciones, que el contrato se someta a una ley extranjera: Martínez Neira, Néstor Humberto. Cátedra de sociedades, 1ª ed., Legis, 2020, pp. 27.

163 Sobre la identidad de partes, véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. No. 25000-23-26-000-1998-01148-01, 2008.

por perjudicar a la sociedad y los socios.

49. A lo que habría que agregar, para finalizar, que este análisis no agota el espectro de medidas para controlar a socios y administradores, así como la forma en que estas medidas pueden interactuar con el pacto arbitral estatutario. Otras preguntas relevantes que deberán resolverse se relacionan, por ejemplo, con las acciones contra socios y administradores por violación de las leyes del mercado de valores¹⁶⁴, pretensiones que se tramitan a través de acciones constitucionales¹⁶⁵, etc. Las respuestas deberán ser el resultado de un esfuerzo conjunto del legislador, jueces, practicantes y académicos.

* * *

Como se anunció en la introducción, este artículo busca formular algunas inquietudes acerca del impacto de la cláusula compromisoria estatutaria sobre las acciones contra administradores y socios, para, ojalá, dejar algunas pistas de análisis que permitan profundizar en estos temas. No se ha pretendido dar respuesta a todos los interrogantes planteados, ni proponer soluciones a los problemas detectados. Estas son tareas para investigaciones futuras. Por el momento, baste con dejar los interrogantes en el aire. Esto, esperamos, puede ser una manera útil de aportar al desarrollo de una materia – la del arbitraje societario – que, creemos, sólo crecerá en importancia

164 Piénsese en la acción por divulgación de información inexacta contemplada en el proyecto de modernización de la ley del mercado de capitales. Si esta acción tipo 10b-5 se incorpora en nuestro ordenamiento, accionistas que venden o adquieren acciones con base en información inexacta tendrían la posibilidad de demandar a distintas personas, lo que dará lugar a inquietudes como las planteadas en este artículo.

165 Piénsese en casos de acciones populares o acciones de tutela. Si bien no se trata de acciones que, en principio, sean las adecuadas para ventilar conflictos societarios, su uso es una realidad.

Referencias

Afshar, V. A. (2014). A blended approach to reducing the costs of shareholder litigation. *Mich. L. Rev.*, 113, 315.

Albán, J. O., & Olivares, A. V. (2020). El concepto unitario de incumplimiento en el moderno derecho de contratos. *Vniversitas*, 69.

Cárdenas Mejía, J. El arbitraje en las sociedades por acciones simplificadas, en: *Diez años de la S.A.S. Análisis y perspectivas desde una visión académica.* (2018). Editorial Ibañez.

Castillo Mayorga, Fernando Alfredo. Deberes de administradores y socios en el contexto de una adquisición: ¿Qué tan aplicables son algunas instituciones y doctrinas estadounidenses en Colombia? En: *Derecho Societario Contemporáneo, Artículos* (Darío Laguado, Ed.). (2021). Ibañez.

Coffee Jr, J. C. (2006). Reforming the securities class action: An essay on deterrence and its implementation. *Columbia law review*, 1534-1586.

Congreso de la República (12 de julio de 2012) [Ley 1258 de 2008] Código General del Proceso. DO. 48.489.

Congreso de la República (12 de julio de 2012) Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. [Ley 1563 de 2012] DO. 48.489.

Congreso de la República (27 de diciembre de 2006) Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. [Ley 1116 de 2006] DO 46.494.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de noviembre de 2008. Rad. No. 25000-23-26-000-1998-01148-01 (16335). CP Enrique Gil Botero.

Corte Constitucional, Sentencia SU-1023 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte de Casación Francesa, Primera Sala Civil, Sentencia de 11 de julio de 2006, Bulletin 2006 I N° 368 p. 315.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de marzo de 1994, M.P. Alberto Ospina Botero, Exp. 4163.

Corte Suprema, por ejemplo, parece favorecer la rescisión. Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de junio de 2017, Rad. No. 11001-31-03-021-2009-00244-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Echeverry, J. H. G. (2015). La especial responsabilidad del administrador societario. *Legis*.

Gaviria, J. A. (2017). Una crítica al régimen sobre conflictos de intereses en el derecho societario colombiano. *Rev. Derecho Privado*, 32, 333.

Gil Echeverry, J. H. 1847. (2017). Régimen arbitral colombiano: Parte general y parte procesal /. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Guzmán, R. B. (2016). Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. Temis.

Jackson, H. E., Kaplow, L., Shavell, S., Viscusi, W. K., & Cope, D. (2011). *Analytical Methods for Lawyers*. Foundation Press/Thomson Reuters.

Jaramillo, L. E. A. (2019). Cláusula compromisoria en el contrato de sociedad frente a ausentes y disidentes. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1(370), 139-161.

Jennings, A. K. (2018). Firm Value and Intracorporate Arbitration. *Rev. Litig.*, 38, 1.

Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Pargendler, M., Ringe, W.-G., & Rock, E. (2017). *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (3.^a ed.). Oxford University Press.

Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa c. Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista et al. No de proceso: 2014-801-099. Y, en similar sentido: Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia proferida en el caso de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. c. Jorge Iván Echeverry y Alfonso Antoñanzas.

Meier, A., & Setz, A. L. (2016). Arbitration Clauses in Third Party Beneficiary Contracts—Who May and Who Must Arbitrate? *ASA Bulletin*, 34(1).

Moya, J. La Ley 1258 de 2008 y la evolución de la regulación del gobierno corporativo en las sociedades de capital en Colombia, en: *El arbitraje en las sociedades por acciones simplificadas, en: Diez años de la S.A.S. Análisis y perspectivas desde una visión académica.* (2018). Editorial Ibañez.

Presidencia de la República (26 de mayo de 2015) Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo [Decreto 1074 de 2015] DO.

Rodríguez Roblero, M. I., Martínez Martínez, M. T., & e-libro, C. (2010). *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Universidad Complutense de Madrid.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, caso de Isabel Cristina Sánchez c. el Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S, No. Proceso: 1012-801-061.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, 801-055 del 16 de octubre de 2013, Fondo de Financiamiento para el Sector Agropecuario (Finagro) c. Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., et al. No de proceso: 2012-801-070.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Auto proferido en el caso de Wilson Neber Arias Castillo c. Riopaila Castilla S.A., Agroforestal El Milagro S.A.S. et al. Proceso No. 2015-800-23.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Héctor Adonías Acosta González c. Luis Alfonso Robayo Gómez, Proceso No: 2019-800-00361.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, No. Proceso: 1012-801-061.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia proferida en el caso de Carlos Hakim Daccach c. Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow et al., No de Proceso 2014-801-50.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia proferida en el caso de Fondo de Panavías Ingeniería & Construcciones S.A. en reorganización c. Agro Repuestos S.A.S. en liquidación, Importadora Dimar S.A.S., et al. No de proceso: 800-122.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia proferida en el caso de Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa c. Alessandro Corredori, Jhon Jairo Herreño Marín.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia proferida en el caso de María Victoria Solarte Daza c. CSS Constructores S.A, Carlos Alberto Solarte et al. No de proceso: 2015-800-104.

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia proferida en el caso de Sebastián Agustín Martínez Arango c. María Carolina Martínez Flórez, Proceso No. 26-03-2019

Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia proferida en el caso de Serviucis S.A. c. Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., No de proceso: 2012-801-05.

Terré, F., Simler, P., & Lequette, Y. (2013). Droit civil. Les obligations. Dalloz.

Train, F. X. (2017). L'extension de la clause compromissoire—Chronique des années 2012-2017. Revue de l'arbitrage, 2017(2).



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**