

Arbitraje societario: Discreción y prisa para la compañía



**Ab. Juan Sebastián
Alvear Zenck**

Docente Derecho UEES

Introducción

No es un secreto que la manera de solucionar conflictos en el Ecuador presenta muchas dificultades. Durante décadas hemos sido testigos de cómo nuestro sistema de administración de justicia evoluciona y luego involuciona de manera cíclica. El punto común que encontramos respecto a nuestra función judicial es la demora en la resolución de los juicios, que se debe a varios factores, pero sin duda la desmedida carga procesal es lo más notorio.

Arbitraje societario: Discreción y prisa para la compañía

Cada día, según publicaciones que realiza el Consejo de la Judicatura (máximo órgano administrativo de la función judicial), ingresan miles de causas en ventanilla de las distintas unidades judiciales, que requieren la intervención de un juez. Consecuentemente, si no tenemos miles de jueces en las unidades judiciales para que atiendan estas miles de causas que se ingresan a diario, el sistema colapsa.

Por este colapso los usuarios del sistema de administración de justicia se ven afectados por el tiempo en exceso que puede tomar el resolver su controversia. Hay usuarios que no pueden darse el lujo de esperar que la carga procesal se aligere para recibir justicia, como los niños y adolescentes, víctimas de delitos, entre otros grupos de atención prioritaria. También tenemos un grupo de usuarios que representan uno de los motores de la economía del país, a quienes cada día de retraso en resolver una controversia les significa pérdidas de millones de dólares que afectan sustancialmente a la economía nacional. Me refiero al sector empresarial, particularmente las compañías mercantiles.

¿Cuál es el problema de que las compañías tengan que usar la administración de justicia ordinaria? Hay varios. Un primer problema grave es la demora en el despacho de las causas, y a esto le sumamos otros dos problemas, la incertidumbre y la publicidad. Las compañías tendrán incertidumbre con respecto a las calificaciones de los juzgadores que resolverán sus disputas, que si bien son profesionales del Derecho altamente capacitados, no

Hay usuarios que no pueden darse el lujo de esperar que la carga procesal se aligere para recibir justicia, como los niños y adolescentes, víctimas de delitos, entre otros grupos de atención prioritaria.

son actores del mundo empresarial con el conocimiento especial que cada tipo de mercado necesita. Finalmente, según nuestra Constitución de la República en el artículo 76 numeral 7 literal d¹, los procesos judiciales serán públicos salvo los que por ley deben ser reservados; esto implica que cualquier conflicto judicial empresarial será de conocimiento público, lo que podría afectar su reputación y percepción en el mercado.

Ante estos desafíos, la propia Constitución ha reconocido un mecanismo alternativo de solución de conflictos que facilita la resolución de disputas en el sector empresarial: el arbitraje.²

1 Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:(...) d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

2 Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

1. EL ARBITRAJE

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos sobre materia transigible, mediante el cual un tercero imparcial denominado árbitro resolverá una disputa que ha sido sometida a su conocimiento por acuerdo de las partes involucradas. Es un sistema de administración de justicia privado que está regulado en la Ley de Arbitraje y Mediación que lo define de la siguiente forma:

“Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.”

De esta definición legal extraemos como esencial: 1) Que se trate de controversias susceptibles de transacción; y 2) Que son sometidas a este sistema por mutuo acuerdo de las partes. Entonces, para que pueda llevarse a cabo un arbitraje, entiéndase un juicio privado sin intervención del Estado, debe tratarse materia susceptible de transacción que las partes involucradas hayan decidido de mutuo acuerdo resolver en este mecanismo alternativo.

La materia transigible, es que la constituyen todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cua-

Arbitraje societario: Discreción y prisa para la compañía

les las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos; bienes y derechos estos cuya existencia y disposición no deben ser contrarios a la Ley, al orden público ni a las buenas costumbres.³ La materia empresarial es 100% de sustancia económica por lo que cualquiera de sus controversias es susceptible de arbitraje, salvo una prohibición legal específica.

Las ventajas más importantes para que el sector empresarial opte por el arbitraje a través del convenio arbitral para disputas sobre materia transigible, son la especialidad de los árbitros, su celeridad y confidencialidad.

El mutuo acuerdo de las partes para someter la controversia a arbitraje es el convenio arbitral. La Ley de Arbitraje y Mediación en el artículo 5 lo define como: (...) *el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*

Este convenio puede tratarse de un documento autónomo en que las partes involucradas acuerdan que controversias presentes o futuras serán sometidas a arbitraje. Será indispensable, para no entorpecer la sustanciación del proceso arbitral, que se detalle en el convenio si el arbitraje será en derecho o en equidad, cuántos árbitros deberán conformar el tribunal, el Centro de Arbitraje autorizado ante el Consejo de la Judicatura y que conste la obligación expresa de que, ante el surgimiento de las controversias, éstas serán tratadas en arbitraje.

Otra vía para formalizar el convenio arbitral es incluirlo como cláusula dentro de un contrato. Esto se lo denomina cláusula compromisoria. Al día de hoy es muy común que en los contratos civiles y mercantiles, las partes incluyan una cláusula de solución de controversias, y si esta solución es el arbitraje toma el nombre de cláusula compromisoria. De esta manera, cualquier controversia que surja con relación a ese contrato que contiene esta cláusula, deberá resolverse mediante arbitraje.

El Centro de Arbitraje y Mediación UEES ha desarrollado la siguiente cláusula modelo:

“Toda controversia sobre la ejecución, interpretación, incumplimiento, nulidad o cualquier otra pretensión, relativa a este instrumento se resolverá en arbitraje en derecho por un Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo – UEES, de acuerdo con sus nor-

mas, para lo cual los árbitros podrán dictar y ejecutar medidas cautelares, sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria o, inclusive la partes podrán acudir a un árbitro de emergencia del mismo Centro para su obtención y ejecución antes de la constitución del tribunal arbitral. La reconvencción, de haberla, también se sustanciará en arbitraje. Tanto la mediación como el arbitraje se realizarán en idioma castellano, con sede en Samborondón, provincia del Guayas, y según la ley vigente de la República del Ecuador”.

Las ventajas más importantes para que el sector empresarial opte por el arbitraje a través del convenio arbitral para disputas sobre materia transigible, son la especialidad de los árbitros, su celeridad y confidencialidad.

En el arbitraje las personas encargadas de administrar justicia son los árbitros. Estas personas ejercerán la labor de un juez privado y la particularidad de ellos radica en que se trata de profesionales destacados en distintas especialidades. Esto brinda un mayor sentimiento de certidumbre al saber que la disputa será resuelta por alguien familiarizado en la temática jurídico-empresarial.

Otro factor que distancia mucho al arbitraje de la administración ordinaria de justicia son los tiempos de resolución, pues mientras en la función judicial los juicios tardan años en resolverse por la excesiva carga procesal y la cantidad de impugnaciones que se pueden realizar a las sentencias, el arbitraje por dispo-

³ El arbitraje: La justicia alternativa. Salcedo Verduga, Ernesto; Edición: 2ªed. Actualizada

Arbitraje societario: Discreción y prisa para la compañía

sición legal no debe tardar más de 300 días, incluyendo las prórrogas que por ley son permitidas. Además, la Ley de Arbitraje y Mediación ha señalado que el laudo arbitral (equivalente a sentencia) es firme e inapelable, de tal manera que la decisión dictada para las partes es final y solo podrá ser impugnada bajo una acción de nulidad por motivos muy puntuales.

Finalmente, la confidencialidad es un atractivo adicional. El sector empresarial vive en constante competencia en los mercados, priorizan su reputación, imagen y la confianza que transmiten tanto a sus consumidores como a otras empresas en caso de asociación. Para cuidar esta percepción, la ley brinda la posibilidad de que las partes acuerden que los arbitrajes que tengan a futuro sean de carácter confidencial.⁴ No habrá un registro público que muestre los arbitrajes en que esté involucrada una empresa, así como también podrán establecerse sanciones en caso de romper la reserva.

Esta manera de someter los conflictos patrimoniales a arbitraje en el sector empresarial, puede ser replicado en las compañías mercantiles a través del “arbitraje estatutario” que da paso a que un determinado número de conflictos societarios puedan ser resueltos con agilidad y discrecionalidad para asegurar la operatividad funcional de la empresa.

2. EL ARBITRAJE SOCIETARIO

El arbitraje societario, método dirigido a solucionar disputas internas dentro de una compañía mercantil, no era un tópico de consenso sino hasta la expedición de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación del año 2020. Esta ley estableció reformas que incorporaron a la Ley de Compañías, la Sociedad por Acciones Simplificada, también conocida como “SAS”.

Antes de la expedición de esta trascendental reforma, resultaba complicado defender la incorporación de una cláusula de arbitraje dentro de los estatutos de las compañías mercantiles y más difícil aún era determinar hasta qué personas se extendía la obligatoriedad de la cláusula. Basta sólo con pensar en el escenario en que una persona adquiere acciones en una compañía ya constituida previamente para convertirse en su accionista, pero esta persona no fue parte de la suscripción del contrato de constitución de compañía en el que consta incorporada una cláusula de arbitraje para los conflictos societarios. A esto sumemos el escenario en que se cambia después de 5 años al administrador de esta misma compañía, sería un problema también determinar si este nuevo administrador está obligado por una cláusula de arbitraje que no suscribió.

Para resolver estos escenarios que generaban incertidumbre en la procedibilidad y extensión del arbitraje estatutario, la reforma del 2020 que introdujo la figura de la SAS, contempló una disposi-

El sector empresarial vive en constante competencia en los mercados, priorizan su reputación, imagen y la confianza que transmiten tanto a sus consumidores como a otras empresas en caso de asociación.

ción expresa sobre el arbitraje societario en un artículo innumerado:

“Art. (...) Resolución de conflictos societarios.- Las diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad por acciones simplificadas, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva, así como el abuso del derecho, podrán ser resueltas a través de una mediación. En caso de no llegarse a un acuerdo amistoso, las diferencias mencionadas en el inciso anterior podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social. En este último caso, al dorso de los títulos de acciones constará una mención de la correspondiente cláusula compromisoria, incorporada al estatuto de la sociedad. Cumplido aquel requerimiento, se entenderá que el cesionario de una transferencia de acciones ha aceptado, de manera expresa, someterse al convenio arbitral previsto en el estatuto social.”

⁴ Ley de Arbitraje y Mediación: Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.

Arbitraje societario: Discreción y prisa para la compañía

Estas reglas que facilitaron la aplicación del arbitraje societario (estatutario), fueron posteriormente replicadas de igual manera para la compañía de responsabilidad limitada y la compañía anónima mediante reformas del año 2020 y 2023. La Ley de Compañías señala que este método de solución de conflictos se aplicará para diferencias surgidas entre:

1. Los socios de una compañía de responsabilidad limitada.
2. Los socios y la compañía.
3. Los socios y los administradores.
4. La compañía y las personas que la administran.

Estas diferencias deberán tener relación con la existencia o funcionamiento de la compañía de responsabilidad limitada, incluida la impugnación de determinaciones de junta general o Directorio, así como el abuso del derecho. La ley señala que estas diferencias serán tratadas en arbitraje tanto si se acordó en los estatutos a través de una cláusula compromisoria, como si se acordó en un convenio arbitral fuera de éstos.

En caso de que los estatutos de las compañías contengan esta cláusula de arbitraje, todos los socios, accionistas y administradores que fueron parte de su constitución quedarán obligados a someter sus diferencias bajo este mecanismo. Con respecto a socios, accionistas y

administradores que se incorporan a la compañía con posterioridad a su fundación, la ley nos brinda una solución clara para determinar si estas nuevas personas estarán obligadas a ser parte de un arbitraje, de verse involucrados en disputas societarias.

Sobre los nuevos accionistas que se incorporan a la sociedad, la Ley de Compañías dispone:

Art. 146.1.- (...)

Las diferencias mencionadas en el inciso anterior también podrán someterse a decisión arbitral, si así se pactare en el estatuto social o fuera de este mediante un acuerdo de accionistas. En este caso, se aplicarán las reglas que, libremente, los accionistas hubieren resuelto incluir en dicho acuerdo.

De efectuarse una transferencia de acciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario entre el cesionario y todos los accionistas amparados por el convenio arbitral, mismo que podrá plasmarse a través de cualquier medio verificable, físico o digital, que demuestre la voluntad de todos los accionistas.(...)"

Para la sociedad por acciones simplificadas y la compañía de responsabilidad limitada se aplican las mismas reglas. La norma ordena que en cualquier caso que se cedan acciones o participacio-

nes a una tercera persona que adquirirá la calidad de nuevo accionista o socio, ésta quedará obligada a arreglar sus diferencias societarias mediante arbitraje, a menos que exista un pacto expreso en contrario con todos los demás miembros de la sociedad.

Ahora, para el caso de nuevos administradores, la misma ley dispone en el siguiente artículo innumerado que regula a la SAS:

"Art. (...).- Resolución de conflictos societarios.-(...)

Se deberá incluir a la cláusula arbitral al momento de extender un nombramiento a favor de los administradores de la sociedad por acciones simplificadas. De aceptar el nombramiento bajo dichas condiciones, los administradores quedarán sujetos a la cláusula arbitral. Caso contrario, éstos no quedarán obligados por el convenio."

De esta manera queda establecido que los administradores actuales y futuros quedarán sometidos a la cláusula de arbitraje que consta en los estatutos para disputas societarias, si esta cláusula está incluida en los respectivos nombramientos. En virtud de la remisión que contemplan los artículos 137.2 y 146.1 de la ley, esta misma regla se aplica a los administradores de la compañía de responsabilidad limitada y la compañía anónima.

Adicionalmente, se prevé que la acción de levantamiento del velo societario que