

La oponibilidad de la cláusula arbitral estatutaria frente a terceros ajenos a la compañía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

María Camila Moncayo Rovalino*

Recibido/Received: 20/07/2020

Aceptado/Accepted: 29/09/2020

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Naturaleza y características del arbitraje estatutario. 2.1. Elementos conceptuales del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos. 2.2. El arbitraje estatutario como medio de resolución de conflictos en materia societaria. 2.3. El ordenamiento jurídico ecuatoriano acepta y regula el arbitraje estatutario. 3. Teoría de la extensión de la cláusula arbitral estatutaria a terceros ajenos a la compañía. 3.1. La teoría de la extensión establece que la cláusula no es oponible a terceros ajenos a la persona jurídica. 3.2. Escenarios en los que la cláusula arbitral se extiende a personas que no son socios o accionistas. 4. Aplicación de la teoría de extensión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 4.1. Ordenamientos jurídicos afines al Ecuador aplican la teoría de extensión de la cláusula arbitral estatutaria. 4.2 Aplicación de la teoría de extensión de la cláusula arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 5. Conclusiones.

* Estudiante de la carrera de Derecho en la Universidad de los Hemisferios. Participante en las ediciones XII y XIII de la Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario; el VIII Concurso Nacional de Arbitraje, organizado por la AMCHAM; la edición del 2020 del Concurso Manuel Muñoz Borrero, organizado por la Cruz Roja ecuatoriana; y, la II edición del Concurso Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario, organizado por la CICR y la Universidad de la Sabana. Ganadora del premio a mejor oradora del Pre-Moot General de la XIII Competencia Internacional de Arbitraje. Correo electrónico: camimoncayo@hotmail.com

M. C. MONCAYO ROVALINO, “La oponibilidad de la cláusula arbitral estatutaria frente a terceros ajenos a la compañía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 453-485.



RESUMEN: Los estatutos con los que se rigen las compañías generalmente tratan también la forma en la que estas resolverán sus controversias internamente. De este modo, una práctica que se ha vuelto usual con el paso del tiempo es la de acudir a arbitraje en caso de que exista una controversia entre los socios o accionistas de una compañía. Sin embargo, el alcance de estas cláusulas es limitado. Este artículo analiza los sujetos a los cuales se pueden extender los efectos del convenio arbitral contenido en un contrato de sociedad en el Ecuador, a la luz de las reformas promulgadas en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, que reguló de manera expresa el arbitraje estatutario, y demuestra que esta no es oponible a terceros ajenos a la compañía.

PALABRAS CLAVE: arbitraje estatutario, convenio arbitral, compañía, accionistas, terceros.

*The enforceability of the statutory arbitration
clause against third parties outside the
company in the Ecuadorian legal system*

ABSTRACT: The statutes by which companies are governed generally also address how they will resolve their internal disputes. Thus, a practice that has become common over time is to resort to arbitration in the event of a dispute between the partners or shareholders of a company. However, the scope of these clauses is limited. This article analyzes the subjects to whom the effects of this type of arbitration agreement can be extended in Ecuador, in light of the reforms promulgated in the Organic Law of Entrepreneurship and Innovation, which expressly regulated statutory arbitration, and shows that this is not opposable to third parties outside the company.

KEYWORDS: statutory arbitration, arbitration clause, company, shareholders, third parties.

1. INTRODUCCIÓN

Así como en un partido de fútbol, donde solo los equipos que han de enfrentarse pueden entrar a la cancha, un convenio arbitral cobija solo a las partes que lo han suscrito. Sin embargo, en los últimos años se han desarrollado teorías para traer más equipos a la cancha, a pesar de que en algunos casos estos nunca formaron parte del enfrentamiento; o, en otras palabras, del litigio. Uno de los escenarios en los que se han desarrollado las referidas teorías es el de extensión de las cláusulas arbitrales contenidas en los estatutos sociales de una compañía a terceros.

Este artículo está orientado al estudio del arbitraje estatutario y la posibilidad de traer a un tercero al proceso arbitral. Pues, por regla general, los terceros ajenos a la compañía no se encuentran cobijados por la cláusula arbitral estatutaria y, en consecuencia, no pueden accionarla. Ello en virtud de la naturaleza y alcance del documento que la contiene, en este caso, el estatuto de una compañía. Para comprobar dicha hipótesis se estudiarán diversos aspectos del arbitraje estatutario.

En primer lugar, se definirá al arbitraje en su dimensión de institución jurídica y a la cláusula arbitral como mecanismo para acceder a la misma. Se expondrá su concepto, ámbito de aplicación, características y principios, para después ahondar en la naturaleza del arbitraje estatutario como tal. Posteriormente, se analizarán todas sus características, analizando la naturaleza de la compañía y del estatuto, con las partes y voluntades que se ven reflejadas en el mismo. Ello para sentar las bases de la aplicabilidad del arbitraje estatutario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En segundo lugar, se estudiará la teoría de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral estatutaria a terceros.

El estudio se dividirá en dos partes: en la primera se darán las razones por las cuales la cláusula arbitral estatutaria es oponible únicamente a los socios o accionistas de la compañía; mientras que la segunda se centrará en las excepciones a la referida regla. Finalmente, se analizará la posibilidad de extender los efectos de una cláusula arbitral estatutaria a terceros ajenos a la compañía, con base en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello, se realizará un estudio de derecho comparado, con legislaciones que han regulado esta figura antes que el Ecuador.

Tal y como en un partido de fútbol, en el proceso arbitral los goles son los argumentos aceptados por el tribunal y el trofeo se compara con la obtención de un laudo favorable para una de las partes. Esto no cambia en el arbitraje estatutario pues, al ser una rama del arbitraje, comparte sus bases. Sin embargo, así como cada torneo tiene particularidades, el arbitraje estatutario tiene características propias y únicas. Lo que no varía en algún campo es el hecho de que, por regla general, el convenio es oponible únicamente a las partes que lo suscribieron.

2. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE ESTATUARIO

La aplicabilidad del arbitraje estatutario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe ser estudiada a partir de la naturaleza del arbitraje como institución jurídica. Por ello, se estudiará el arbitraje de manera general. Es decir: su definición, beneficios y características; y, los requisitos de existencia y validez de la cláusula arbitral. Posteriormente, se estudiará específicamente al arbitraje estatutario, así como la naturaleza del estatuto de una compañía, las partes de este contrato y las controversias que generalmente se resuelven a través de esta vía. Finalmente, se evaluará la aplicabilidad del arbitraje estatutario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de las

normas de la Ley de Compañías, así como las disposiciones en otros cuerpos normativos.

2.1. Elementos conceptuales del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos distinto a la justicia ordinaria¹. Este se presenta como una excepción al principio de unidad jurisdiccional, el cual exige la existencia de un solo poder judicial². Es decir, que no se atribuya la potestad jurisdiccional a algún órgano que no forme parte de la administración de justicia estatal. El arbitraje es considerado como una excepción a este principio ya que, un tribunal conformado por privados dirime la controversia que, de no haberse pactado el arbitraje, hubiera sido resuelta por un juez.

Por lo anterior, se concibe al arbitraje como un fenómeno de privatización de la justicia³, el cual consiste en que las partes renuncian a la justicia ordinaria⁴ y a su derecho a ser juzgados por su juez natural⁵, para transferir esta competencia a un tribunal arbitral. Además, la privatización se ve reflejada en el costo del proceso. Entre las razones por las que las partes de un conflicto suelen preferir el arbitraje por sobre la justicia ordinaria, resaltan las siguientes: **(i)** es consensual, **(ii)** las partes seleccionan a los árbitros, **(iii)** las partes tienen una activa participación en el proceso, y **(iv)** es un procedimiento rápido, eficaz y confidencial⁶.

-
1. C. CONSTANTINO & C. SICKLES, *Designing Conflict Management Systems, A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations*, 1999.
 2. J. ZAVALA EGAS, "Unidad Jurisdiccional", *Revista Iuris Dictio*, 2000.
 3. L. DÍAZ, *Privatización de la Justicia*, 2da. Ed., Themis, 1998.
 4. P. FOUCHARD, E. GAILLARD & B. GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
 5. El arbitraje está regulado en el artículo 190 de la Constitución del Ecuador.
 6. H. BRISEÑO, *Sobre Arbitraje*, Estudios, Ed. Cárdenas, 1995.

Al ser un medio alternativo de resolución de conflictos, el fundamento que legitima la sustitución de los jueces estatales por árbitros es la autonomía de la voluntad⁷. La voluntad es la piedra angular del arbitraje⁸, por lo que debe manifestarse de forma expresa e inequívoca. Esta se manifiesta a través de un pacto llamado convenio arbitral⁹, que debe cumplir ciertos requisitos de existencia y validez, pues caso contrario sería nulo e ineficaz.

En nuestro ordenamiento jurídico, los artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)¹⁰ establecen que los requisitos de existencia del convenio arbitral son: **(i)** que se encuentre escrito y, **(ii)** que exista voluntad clara de las partes. A su vez el artículo 4 de la LAM, en concordancia con el artículo 1461 del Código Civil, dispone que sus requisitos de validez, así como los de cualquier otro negocio jurídico, son: **(i)** capacidad, **(ii)** objeto lícito, **(iii)** causa lícita, **(iv)** voluntad libre de vicios y, **(v)** solemnidades¹¹. Además, según el artículo 190 de la Constitución, el arbitraje es válido únicamente si versa sobre materia transigible, es decir aquella sobre la que se puede disponer libremente¹².

El efecto más importante de suscribir un convenio arbitral es el de atribuir competencia al árbitro o árbitros que serán designados para conocer la controversia¹³. Además, vincula a las partes a la vía arbitral. En otras palabras, atribuye el derecho a “enervar la pretensión de la otra parte si esta acude a la justicia estatal para resolver un diferendo cobijado por dicho convenio”¹⁴.

7. M. JARA VÁSQUEZ, “Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2012.

8. J. GRAHAM, *Lecciones de Arbitraje Internacional*, Zamanga Editores, 2018.

9. A. BULLARD, “¿Y quién está invitado a la fiesta?”, *Latin Arbitration Law*, 2014.

10. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículos 5 y 6, RO No. 417, 14/12/2006.

11. Código Civil, Artículo 1461, RO No. 46, 24/06/2005.

12. M. JARA VÁSQUEZ, N. 7; Constitución del Ecuador, Artículo 190, RO. No. 449, 20/10/2008.

13. R. CAIVANO, *Arbitraje*, Ed. Ad-Hoc, 2000.

14. O. SANTOS DÁVALOS, “Naturaleza Jurídica de los Efectos del Convenio Arbitral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

El arbitraje se rige bajo ciertos principios generales. Para motivos de la extensión de los efectos del arbitraje estatutario a terceros deben tomarse en cuenta tres de ellos: **(i)** *in dubio pro arbitri*, **(ii)** *kompetence-kompetence* y, **(iii)** *res inter alios acta*.

El principio base del sistema arbitral es el principio *in dubio pro arbitri*, plasmado en el artículo 7 de la LAM¹⁵. En virtud de este, se concede preferencia a la jurisdicción arbitral frente a la estatal, cuando exista duda respecto a cuál debería aplicarse. Este principio busca que prevalezcan tanto el sistema arbitral como el efecto útil del convenio. Por lo que, en palabras de JARA VÁSQUEZ, “garantiza que la voluntad de someterse a arbitraje sea respetada”¹⁶.

El principio *kompetence-kompetence* es entendido como la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia¹⁷. Este tiene un efecto positivo y uno negativo. El positivo es que el tribunal arbitral es el primer llamado a conocer la controversia, mientras que el negativo es la obligación de las partes de no acudir a la justicia ordinaria¹⁸.

Finalmente, el principio *res inter alios acta*, previsto en el artículo 1561 del Código Civil, manda que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes¹⁹. Este principio hace referencia a que la cláusula arbitral es oponible solo a las partes que lo celebraron y, en consecuencia, establece que esta no puede obligar a terceros²⁰. Su objetivo es evitar

15. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10, Artículo 7.

16. M. JARA VÁSQUEZ, N. 7.

17. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Proceso Arbitral No. 005-2006, proceso confidencial.

18. E. SILVA ROMERO, *Breves Observaciones sobre el Principio Kompetenz-Kompetence en el Contrato Arbitral*, Ed. Legis, 2008.

19. Código Civil, N. 11, Artículo 1561.

20. A. ORELLANA ÚBIDIA, “La línea gris entre la relatividad de los contratos y la inclusión de terceros no signatarios en el arbitraje”, *USFQ Law Review*, 2014.

que quien no haya expresado su consentimiento sea forzado a someter sus controversias a arbitraje²¹.

El proceso arbitral concluye con un laudo, el cual es la resolución obligatoria emitida por los árbitros²². “Este tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada”²³. Es decir, no es susceptible de recurso alguno.

En el Ecuador, se puede impugnar un laudo con dos acciones: la acción de nulidad y la acción extraordinaria de protección. Cualquiera de las partes podrá interponer la acción de nulidad cuando se presente una de las siguientes causales, cuando: **(i)** no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía, **(ii)** no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida la defensa de la parte, **(iii)** no se haya convocado, notificado la convocatoria o practicado las pruebas y, **(iv)** el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado²⁴. Además, el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución dispone la nulidad de resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados²⁵, lo cual también se aplica a los laudos arbitrales. Finalmente, si la decisión viola derechos constitucionales de las partes, que no se encasillen en las causales para anularla, se podría presentar una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional²⁶.

En suma, el arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos en virtud del cual las partes someten sus controversias a la decisión de un tribunal arbitral. Este nace

-
21. E. SILVIA ROMERO, “El Artículo 14 de la Nueva ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration*, No. 4, 2011.
 22. M. JARA VÁSQUEZ N. 7.
 23. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 169-12-SEP-CC, Caso No. 1568-10-EP, 26/04/2012.
 24. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10, Artículo 31.
 25. Constitución de la República del Ecuador, N. 12, Artículo 76(7)
 26. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 123-13-SEP-CC, Caso No. 1542-11-EP, 19/12/2013.

por la voluntad de las partes al suscribir una cláusula arbitral, renunciando así expresamente a la justicia ordinaria. El convenio arbitral debe cumplir los requisitos de existencia y de validez que establece cada ordenamiento jurídico, siendo para el Ecuador los previstos en la LAM. El arbitraje, así como toda rama jurídica, tiene varios principios generales que se aplican en todo el proceso arbitral. Para motivos del estudio del arbitraje estatutario deben tenerse en cuenta los principios: **(i) *in dubio pro arbitri***, **(ii) *kompetence-kompetence*** y, **(iii) *res inter alios acta***. El proceso arbitral concluye con un laudo que tiene los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada, por lo que solo podrá ser impugnado mediante la acción de nulidad o la acción extraordinaria de protección.

2.2. El arbitraje estatutario como medio de resolución de conflictos en materia societaria

Previo a analizar la naturaleza del arbitraje estatutario, se desarrollará el concepto de persona jurídica y los estatutos sociales, posteriormente se hablará sobre las partes de este tipo de convenio arbitral y, finalmente, los posibles escenarios en los que se utiliza el arbitraje como método de resolución de conflictos societarios.

El artículo 564 del Código Civil define a la persona jurídica como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente²⁷. El contrato social es el documento que da origen a la existencia de una persona jurídica, en este caso, llamada compañía²⁸. Este regula su funcionamiento interno y que además determina los derechos y obligaciones de los socios o accionistas²⁹. En sus disposiciones también puede prever la

27. Véase, Código Civil, N. 11, Título XXX.

28. Ley de Compañías, Artículo 1, RO No. 312, 05/11/1999. A pesar de que el concepto compañía es económico y no jurídico, para motivos de este artículo se tratará como sinónimo de persona jurídica, pues la Ley de Compañías lo utiliza con ese alcance.

29. J. CARLIER, *Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad*, en A.I. CALVO CARAVACA & J.L. IRIARTE ÁNGEL, *Estatuto personal y multiculturalidad de la fami-*

vía por la cual se resolverán las posibles controversias que surjan dentro de la compañía³⁰. En ciertos casos, los socios o accionistas optan por la vía arbitral, escenario conocido como arbitraje estatutario. Doctrinariamente, su nombre radica en que este tipo de arbitraje se establece únicamente por medio del estatuto social³¹. En este sentido, si el arbitraje se origina por cualquier otro acuerdo de voluntades no plasmado en un estatuto, este será válido y obligará a las partes, pero no será considerado como estatutario.

El arbitraje estatutario requiere una cláusula arbitral especial, pues consiste en el sometimiento a la jurisdicción arbitral que realizan los socios o accionistas para resolver controversias respecto a su compañía³². A pesar de que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha ido flexibilizando el requisito de escritura del convenio arbitral a lo largo del tiempo, en este escenario permanece obligatorio³³. Esto debido a que, si se pacta mediante correspondencia o documento autónomo, el convenio no generaría los efectos propios de la cláusula estatutaria³⁴. El efecto principal de este tipo de cláusulas es que los socios o accionistas de la compañía estén vinculados al arbitraje³⁵, tanto los fundadores como aquellos que se incorporen con posterioridad³⁶. El momento en que los nuevos socios o accionistas se incorporan a la compañía, son parte de su estatuto, se encuentran amparados por los derechos reconocidos en el mismo y forzados al cumplimiento

lia, Ed. Colex, 2000.

30. F. VÁSQUEZ PALMA, “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización”, *Ius et Praxis*, Vol. 20/1, 2014.

31. T. JOHANSSON, *Statutory Arbitration in the Context of Arbitrability*, University of Helsinki, 2019.

32. S. SAN CRISTÓBAL, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, No. 46, 2013.

33. T. JOHANSSON, N. 31.

34. G. MÖLLER, “Motivos de Arbitraje. Helsinki”, *Colegio de Abogados de Finlandia*, 1997.

35. A. LIPTON, “Manufactured Consent: The problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 104/583, 2016.

36. M. RODRÍGUEZ, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2010.

de las obligaciones que en este se establezcan. Si bien es cierto los socios o accionistas posteriores no lo suscribieron, se entiende que lo ratificaron el momento de volverse parte de la compañía, pues las acciones quedan supeditadas al convenio arbitral estatutario³⁷.

En este sentido, el arbitraje estatutario es de carácter forzoso o necesario, pues el arbitraje no surge directamente por la voluntad de las partes que se incorporan con posterioridad al estatuto social, sino que viene impuesto³⁸. Ello en virtud de que la cláusula arbitral estatutaria pasa a tener la naturaleza propia de un acuerdo social y por lo tanto obliga a todos sus miembros. Así, “el arbitraje se impondrá al socio ausente o disidente sin su voluntad o contra su voluntad”³⁹. Esta medida tiene el objetivo de precautelar la seguridad jurídica, ya que no sería eficaz un acuerdo arbitral que vincule solo a unos socios o accionistas y no a otros⁴⁰. De esta manera, “la cláusula arbitral será obligatoria para el socio adquirente por disposición de la ley, sin necesidad de probar que este tenía conocimiento respecto de aquella al momento de efectuar la compra de acciones”⁴¹.

Con base en lo anterior, en el caso de que un accionista haya vendido sus acciones, pierde su derecho a accionar la cláusula arbitral estatutaria⁴². En principio, deja de formar parte de la compañía y no puede acogerse a los derechos que brinda la calidad de socio o accionista. Sin embargo, la extensión a un ex socio o accionista deberá ser analizada por cada ordenamiento jurídico y a su vez por la redacción de la cláusula arbitral. Es

37. F. BÉJAR PINEDO, “La Eficacia Subjetiva del Convenio Arbitral Estatutario en la Sociedad Anónima”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, No. 20, 2014.

38. C. MATHEUS, “Introducción al derecho de arbitraje peruano”, *Vniversitas*, No. 106, 2003.

39. M. OLIVENCIA, “Art. 11 bis”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 2da. Ed., Editorial Aranzadi, 2011.

40. M. ARIZA, *La regulación del arbitraje estatutario, en la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, Editorial La Ley, 2011.

41. F. VÁSQUEZ PALMA, N. 30.

42. J. LEE, “Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective”, *Chartered Institute of Arbitrators*, 2017.

por esto que es importante que el convenio arbitral se encuentre escrito específicamente en el estatuto, pues caso contrario la oponibilidad del convenio se vería afectada; y, no adquiriría la naturaleza de un acuerdo social. En otras palabras, los ex socios o accionistas permanecerían cobijados por la cláusula, mientras que los nuevos no lo estarían.

Generalmente, este tipo de cláusulas contemplan conflictos que pueden existir entre los socios o accionistas con respecto a: **(i)** las controversias entre ellos, **(ii)** las controversias con respecto a los derechos y obligaciones que se encuentran en los estatutos, **(iii)** la validez de acuerdos, **(iv)** conflictos con respecto al objeto social⁴³ y, **(v)** a la venta y comercialización de acciones⁴⁴. Los ejemplos enlistados son los escenarios más aplicados, pero no los únicos en los que se podría pactar este tipo de arbitraje. Asimismo, la lista tampoco implica que la cláusula arbitral estatutaria debe contemplar todos esos escenarios de aplicación, pues su redacción dependerá de la voluntad de los socios o accionistas y de las limitaciones impuestas por cada ordenamiento jurídico.

El carácter confidencial del arbitraje es la principal razón por la cual los socios o accionistas deciden pactarlo para resolver los conflictos antes mencionados⁴⁵. Pues, en el arbitraje existe una gran reserva en cuanto a la existencia del proceso frente a terceros⁴⁶. Tanto los documentos que se presentan como los conflictos entre las partes y sobre todo el laudo arbitral permanecen confidenciales y protegidos. De esta manera, se protege la reputación de las partes frente a

43. El artículo 11 de la Ley 11/2011 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado de España enumera los posibles conflictos que pueden ocurrir en una empresa.

44. M. OLIVENCIA, *Ley de Arbitraje. Cláusula Estatutaria Arbitral y el anteproyecto del Código Mercantil en libro Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illeras Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

45. J. LEE, N. 42.

46. M. BUCKSTEIN, "An Introductory Primer on Pre-Litigation ADR Counseling for the Outside Lawyer", *Dispute Resolution Journal*, 1997.

terceros⁴⁷. En este sentido, es lógico que una compañía, y sobre todo sus accionistas, busquen que sus conflictos internos se mantengan confidenciales, pues su reputación va directamente relacionada con su posicionamiento en el mercado y, en cierta medida, con las ganancias obtenidas.

En conclusión, el arbitraje estatutario es un medio de resolución de conflictos internos de la compañía. Para que pueda ser llamado como tal, la cláusula arbitral debe estar escrita en sus estatutos. Los conflictos que se pueden resolver a través de esta vía son múltiples y dependerán de la redacción de la cláusula arbitral, es decir de la voluntad de los socios o accionistas. Finalmente, se debe recalcar que la principal característica por la que las compañías adoptan este tipo de convenios es debido a la confidencialidad del proceso arbitral, que permite solucionar los conflictos dentro de casa.

2.3. El ordenamiento jurídico ecuatoriano acepta y regula el arbitraje estatutario

Hasta inicios del año 2020, la figura del arbitraje estatutario no se encontraba expresamente regulada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta figura fue incorporada en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación de febrero de 2020, la cual reformó a la Ley de Compañías.

El artículo innumerado 69, luego del artículo 317 de la Ley de Compañías, regula la resolución de conflictos societarios en las sociedades por acciones simplificadas (SAS) de la siguiente manera:

[L]as diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad por acciones simplificada, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de

47. C. CEPEDA, "El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad", *USFQ Law Review*, Vol. 1 No. 1, 2013.

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. Si no se hubiere pactado arbitraje para la resolución de conflictos societarios, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por el Juez de lo Civil del domicilio principal de la sociedad por acciones simplificada (énfasis añadido)⁴⁸.

La norma menciona que los conflictos que pueden ser resueltos a través de la vía arbitral son varios. Incluso, pueden llegar a ser todos los que tengan que ver con el manejo o funcionamiento de la compañía y las relaciones entre sus miembros. Además, al establecer que el cesionario acepta de manera expresa la cláusula arbitral al momento de adquirir las acciones, confirma que el convenio arbitral debe estar contenido en los estatutos y que las acciones de la compañía quedan supeditadas a este.

Por otro lado, el artículo innumerado 70, luego del artículo 317 de la Ley de Compañías, regula la suscripción y modificación de las cláusulas arbitrales estatutarias. En su parte pertinente manda que estas: “[s]ólo podrán ser incluidas o modificadas mediante la resolución unánime de los titulares del cien por ciento (100%) del capital social”⁴⁹. Esto quiere decir que para incorporar o eliminar la cláusula arbitral de los estatutos, los socios o accionistas actuales deben consentir de forma unánime. De este modo, cuando hay un nuevo socio o accionista que pretende reformar la cláusula arbitral y no

48. Ley de Compañías, N. 28, Artículo Innumerado 69 luego del Artículo 317.

49. Ídem, Artículo Innumerado 70 luego del Artículo 317.

cuenta con el apoyo del 100% del capital social, no podrá hacerlo. Una vez que la cláusula arbitral está incorporada en el estatuto, la voluntad unánime de los socios o accionistas prevalecerá por sobre la voluntad individual de cada uno⁵⁰.

Ambos artículos se han incorporado dentro de las disposiciones que regulan a las sociedades por acciones simplificadas. Sin embargo, esto no limita su aplicación a todos los tipos de compañía reguladas en la Ley de Compañías. Esto debido a que la razón por la cual se puede incorporar una cláusula arbitral estatutaria no es la existencia de norma expresa, sino la autonomía de la voluntad de las partes. Ello con base en la máxima: “toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes”⁵¹. En razón de este principio las partes de un contrato, en este caso del estatuto, tienen la libertad de pactar todas las cláusulas que les parezcan convenientes, siendo una de ellas, la arbitral. Esto se demuestra tanto a través de la interpretación literal de la ley, como de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano⁵².

El artículo 1 de la Ley de Compañías, el cual hace referencia al estatuto de manera general, manda que: “el contrato social se rige por las disposiciones de la ley y por los convenios de las partes” (énfasis añadido)⁵³. Es decir, las partes podrán decidir las disposiciones y convenios que deseen incorporar. Al no establecer qué tipo de convenios están permitidos, se entiende que las partes tienen plena libertad de incorporar todos aquellos pactos lícitos que juzguen convenientes.

50. J. LEE. N. 42.

51. J. LÓPEZ, Los contratos, Parte General, Editorial Jurídica, 1995.

52. Código Civil, N. 11, Artículo 18. El artículo 18 del Código Civil prevé el uso de métodos de interpretación cuando exista oscuridad en una norma o falta de una disposición que regule un supuesto de hecho.

53. Ley de Compañías, N. 28, Artículo 1.

Con respecto a la interpretación sistemática, esta busca entender al cuerpo normativo como un conjunto, es decir, pretende deducir el tratamiento de una disposición desde el sentido general del ordenamiento jurídico⁵⁴. La interpretación sistemática confirma que la voluntad de las partes justifica la incorporación de una cláusula arbitral estatutaria en todo tipo de compañías. En este sentido, el artículo 1 de la Ley de Compañías no solo se entiende al analizar sus términos específicos, sino también por su relación con el resto de las normas y los cuerpos normativos directamente relacionados.

El artículo 190 de la Constitución del Ecuador reconoce al arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Esto demuestra que el principio de autonomía de la voluntad no es absoluto⁵⁵, pues la Constitución limita la competencia de los árbitros para resolver sobre aquellas controversias susceptibles de transacción⁵⁶. Es decir, las partes tienen plena libertad de suscribir un convenio arbitral dentro de las materias transigibles. En palabras de SALCEDO VERDUGA: “[l]a materia transigible constituye todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos y cuya disposición no es contraria a la Ley, orden público y buenas costumbres”⁵⁷. La materia societaria cumple estos requisitos ya que es de carácter patrimonial y las partes pueden resolver un conflicto por medio de renunciaciones y concesiones mutuas. Por lo tanto, los socios y accionistas de cualquier tipo de compañía pueden incorporar una cláusula arbitral al estatuto social.

54. R. GUASTINI, *Interpretación y razonamiento jurídico*, Vol. II, ARA Editores, 2010.

55. J. FERNÁNDEZ, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, No. 19, 2005.

56. M. ANDRADE, “Ley de Arbitraje y Mediación Transigible y Arbitraje en Equidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011.

57. E. SALCEDO VERDUGA, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, Editorial Miguel Mosquera, 2001.

Por otro lado, el artículo 137 de la Ley de Compañías permite incorporar pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen convenientes al estatuto, pues manda:

La escritura de constitución será otorgada por todos los socios, por sí o por medio de apoderado. Los comparecientes deberán declarar bajo juramento lo siguiente: [...] *Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley* (énfasis añadido)⁵⁸.

El convenio arbitral cumple estas características. Es un acuerdo de voluntades, es decir constituye un pacto; es lícito, pues la Constitución lo prevé en su artículo 190, y la materia societaria, al ser parte del derecho patrimonial, es transigible. Además, es una condición especial, pues sale de la esfera de lo general, que vendría a ser la justicia ordinaria. Por lo tanto, a través del mencionado artículo se afirma que el convenio arbitral siempre pudo incorporarse al estatuto de cualquier compañía, aún sin la existencia de una norma expresa.

Finalmente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce al estatuto como un contrato de derecho privado⁵⁹. En este sentido, el artículo 1460 del Código Civil manda que se podrán incorporar al contrato cláusulas especiales, es decir, cláusulas que naturalmente no le pertenecen pero que se agregan por voluntad de las partes. La cláusula arbitral es una cláusula especial que se puede incorporar accidentalmente al estatuto de una compañía, por lo que está permitida.

En definitiva, los socios y accionistas siempre han tenido la facultad de optar por la vía arbitral como medio de resolución de controversias societarias, esto con base en la autonomía de la voluntad de las partes. Las disposiciones con respecto al arbitraje estatutario en las sociedades por acciones

58. Ley de Compañías, N. 28, Artículo 137.

59. Código Civil, N. 11, Artículo 1957.

simplificadas únicamente ratifican la libertad de los socios y accionistas para incorporar este tipo de convenios. Por lo tanto, el arbitraje estatutario es reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para todo tipo de compañías.

3. TEORÍA DE LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL ESTATUTARIA A TERCERNOS AJENOS A LA COMPAÑÍA

El ámbito de aplicación de la cláusula arbitral ha ido aumentando en los últimos tiempos, pues se han desarrollado varias teorías para incluir en el proceso arbitral a partes no signatarias de la cláusula arbitral⁶⁰. En el arbitraje estatutario no es diferente. En este capítulo se estudiará la teoría de que la cláusula arbitral estatutaria, como regla general, cobija únicamente a los socios o accionistas de la compañía, lo que impide la aplicación de la teoría de partes no signatarias, salvo ciertas excepciones.

3.1. La teoría de la extensión establece que la cláusula no es oponible a terceros ajenos a la persona jurídica

El fin del convenio arbitral estatutario es la posibilidad de resolver controversias societarias⁶¹. Su eficacia es la sumisión a arbitraje frente a conflictos que puedan surgir entre los miembros del contrato social⁶². Es decir, la cláusula tiene como finalidad resolver los posibles conflictos que puedan surgir entre quienes forman parte de la compañía. Por lo tanto, como regla general, las partes amparadas por la misma son únicamente sus socios o accionistas. Es consecuencia, la cláusula arbitral estatutaria no cobija las controversias que se den entre la compañía y terceros ajenos a esta.

60. H. GARCÍA, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Juris Dictio*, Vol. 15, 2013.

61. M. OLIVENCIA, N. 44.

62. M. GONZÁLEZ, *Comentario del artículo 10 de la Ley de Arbitraje*, en J. GARBERRÍ LLOBREGAT, *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bosch, 2004.

En el estatuto de una compañía, las partes son los socios o accionistas, pues esta ha nacido como consecuencia de su voluntad. Tomando en consideración un contrato solo obliga a sus partes, un tercero ajeno a los estatutos no puede estar vinculado por el mismo⁶³, esta regla se intensifica en el arbitraje debido a su carácter excepcional. Al ser excepcional a la justicia ordinaria, el convenio arbitral debe ser interpretado en sentido restrictivo⁶⁴, sin permitir que este se extienda a quienes no lo han suscrito o a quienes no se han incorporado a la compañía con posterioridad.

No se puede pretender que personas externas a la compañía tengan un derecho propio de los socios o accionistas. En este sentido, la voluntad de los terceros ajenos a una compañía de arbitrar, basándose en la cláusula arbitral contenida en los Estatutos, es irrelevante. No podrán utilizar la vía del arbitraje para sustanciar sus reclamos. Si se acepta que la voluntad del tercero que busca demandar a una compañía con base en la cláusula arbitral de sus estatutos es suficiente para iniciar el proceso arbitral, entonces bajo la misma premisa, también se entendería que este tiene la potestad de hacer valer derechos tales como el de voto o el de recibir dividendos, que son exclusivos de los socios o accionistas⁶⁵.

Este tipo de cláusulas contemplan conflictos que claramente son propios de los socios o accionistas, un tercero ajeno nada tendrá que ver en dichos escenarios. Incluso, en el supuesto caso de que la cláusula también contemple la venta y comercialización de acciones, esta será con respecto a la venta parcial; en donde ninguno de los accionistas deja de ser parte de la compañía.

63. J. CORDOVA, *¿Arbitrar o no Arbitrar? He Ahí el Dilema: La Vinculación del Convenio Arbitral a los No Signatarios*, Tesis para optar por el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

64. F. TRAZEGNIES, "El rasgado del velo societario en la determinación de la competencia dentro del arbitraje", *Juris Dictio*, No. 11, 2007.

65. Artículo 114 de la Ley de Compañías manda los derechos de los socios, los cuales se encuentran en el contrato social.

En otras palabras:

El convenio arbitral incluido en una cláusula de estatutos no puede servir para sujetar a arbitraje todas las controversias extra-corporativas de los socios. Los estatutos son las reglas de funcionamiento del contrato de sociedad, en consecuencia, las únicas relaciones jurídicas que pretenden disciplinarse son las societarias [...]. Existen, pues, controversias entre socios que son litigios societarios y luego, litigios extra-societarios. Las primeras están cubiertas por el convenio arbitral estatutario, las segundas no pueden estarlo (énfasis añadido)⁶⁶.

Por lo tanto, de la cláusula arbitral estatutaria no puede inferirse la voluntad de la compañía de ir a arbitraje con terceros ajenos. La voluntad es un requisito de existencia del acuerdo arbitral. A falta de dicho requisito, se estaría en presencia de la “nada jurídica”⁶⁷, es decir de la ausencia de obligaciones, particularmente, de la obligación por parte de la compañía de acudir a la vía arbitral con terceros ajenos a esta. Es diferente si se celebra un contrato entre la compañía y los terceros ajenos a la misma, en el cual se suscriba una cláusula arbitral⁶⁸.

En el supuesto caso de que un tribunal arbitral vincule a terceros ajenos a la compañía, el laudo que emita podrá ser anulado. Esto sucedió en un caso llevado en España, en el cual una compañía, que tenía una cláusula arbitral en su estatuto, tuvo un conflicto con un tercero ajeno por un tema comercial. El tribunal arbitral se declaró competente y emitió un laudo, ante esta situación, el demandado interpuso un recurso de nulidad ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Dicho tribunal falló a favor de la anulación del laudo, indicando que:

[e]n el caso que nos ocupa constituye un conflicto de carácter patrimonial en el seno de una relación particular y que se trata

66. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la sentencia de la Audiencia Provisional de Barcelona”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 2, 2001.

67. F. GONZÁLES DE COSSIO, *Arbitraje*, 2da. Ed, Porrúa, 2008.

68. J. CÓRDOVA, N. 63.

de cuestiones relacionadas con la sociedad. No se trata de una controversia entre socios que se desenvuelva en el ámbito de la sociedad, sino externamente a ella, aunque pueda tener un efecto reflejo para sociedad. *La cláusula arbitral vincula a los socios en relación exclusivamente a las controversias dimanantes del contrato de sociedad, no, como en el caso examinado, a las controversias dimanantes del contrato de compraventa de acciones en el cual no se pactó la remisión al arbitraje (énfasis añadido)*⁶⁹.

En definitiva, la cláusula arbitral estatutaria no podrá entenderse como una oferta por parte de la compañía a arbitrar. Cuando una compañía incorpora en su estatuto una cláusula arbitral es para resolver sus conflictos internos. Es decir, no podrá ir a arbitraje con terceros ajenos a la compañía justificándolo en la cláusula arbitral estatutaria, pues esta solo cobija a los socios o accionistas. Ello en virtud de que los conflictos que se resuelven son societarios, es decir conflictos que únicamente se suscitan entre socios o accionistas o entre estos y la compañía.

3.2. Escenarios en los que la cláusula arbitral se extiende a personas que no son socios o accionistas

Apesar de que la cláusula arbitral estatutaria no es oponible a terceros que no forman parte de la compañía, es necesario hacer una diferenciación entre terceros relacionados y terceros ajenos a la misma. Ello debido a que existen escenarios en los que ciertas personas, a pesar de no ser socios o accionistas, son cercanas o incluso indispensables para el funcionamiento de una compañía. Estos terceros relacionados pueden ser personas naturales que, sin ser accionistas, se rigen por el contrato social; o, personas jurídicas que tienen una relación estrecha con la compañía⁷⁰.

69. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, Recurso de anulación del laudo del TAB, 20/11/1998, tercer fundamento.

70. R. CAIVANO, "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", *Lima Arbitration*, No. 1, 2006.

En otras palabras, son personas naturales o jurídicas que no firmaron el contrato de sociedad con el que nació la compañía y que, luego de constituida, no han adquirido la calidad de socios o accionistas. La relación que tienen con la compañía es circunstancial y tiene fines económicos o comerciales.

Es a partir de esta diferenciación que se plantearán escenarios específicos en los que los efectos de la cláusula arbitral estatutaria pueden extenderse a terceros relacionados. Estos son con respecto a (i) los administradores y, (ii) la teoría del grupo de sociedades. En estos dos escenarios se verá que las partes que no han convenido expresamente la cláusula arbitral estatutaria pueden invocarla a su favor y accionarla⁷¹.

Con respecto al primer escenario, entre los administradores y la sociedad existe un contrato desde el momento en el que los primeros aceptan el cargo⁷². A partir de ese momento el administrador se obliga a acatar todas las normas que rigen a la sociedad, siendo estas la ley y el estatuto de creación⁷³. Este nexo entre la sociedad y la administración es independiente del hecho de que los administradores sean o no accionistas.

El que la administración se regule por el contrato social significa que tiene la obligación de someterse a esas normas en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, esta obligatoriedad también puede versar sobre convenio arbitral, dependiendo de su redacción⁷⁴. Si su redacción es amplia, significa que esta cobija a quienes forman parte de la compañía sin ser socios o accionistas, como los administradores⁷⁵. Por el contrario, si la cláusula delimita los conflictos que se resolverán a través de la vía arbitral a conflictos que se dan únicamente entre sus socios

71. F. ORREGO, "La extensión de la cláusula arbitral a terceros: realidades económicas y ficciones jurídicas", *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, No. 2, 2012.

72. G. GARCÍA, *Arbitraje estatutario: antecedentes, alcances y aplicación en el Ecuador*, Tesis para la obtención del título de abogado, Universidad Católica de Guayaquil, 2019.

73. F. BÉJAR PINEDO, N. 37.

74. G. GARCÍA, N. 72.

75. J. LEE, N. 42.

o accionistas, claramente los administradores estarán fuera de su ámbito de aplicación.

El segundo escenario es con respecto a las sociedades relacionadas o grupos de sociedades. Estos terceros relacionados son un conjunto de empresas, jurídicamente independientes, que se encuentran sujetas por una misma unidad económica⁷⁶. Todas las decisiones que se toman siguen el interés común de todos los miembros del conjunto. El fenómeno de los grupos de sociedades se ha dado como respuesta a nuevas necesidades de organización corporativa⁷⁷. Es la descomposición de la empresa en una pluralidad de sociedades, bajo una dirección unificada. Es por esto que se podría entender que la cláusula arbitral es vinculante para las compañías que forman parte del grupo.

El planteamiento y desarrollo de esta teoría se origina en el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, en donde se estableció que:

[I]a cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron⁷⁸.

En este sentido, si una de ellas ha incorporado una cláusula arbitral a su estatuto, las demás sociedades pueden ser cobijadas por esta. Ello en virtud de que esta teoría se ha utilizado para tratar a estas sociedades como una sola⁷⁹. En el

76. F. BÉJAR PINERO, N. 37.

77. F. GALGANO, "Los Grupos Societarios", *Foro de Derecho Mercantil*, No. 1, 2003.

78. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, Caso 4131, 1982.

79. S. MCKINNIS, "Enforcing Arbitration with a non-signatory: Equitable Stoppel and Defense Piercing of the Corporate Veil", *Journal of Dispute Resolution, University of Missouri*, 1995.

caso citado el conflicto se da por un contrato que contiene una cláusula arbitral, es por esto que terceros ajenos a la compañía la han accionado y han incorporado a otras empresas del grupo. En el arbitraje estatutario se podría verificar esta teoría si una de las compañías del grupo tiene una cláusula arbitral en su estatuto y, al presentarse una controversia entre esta y otra compañía integrante, esta última acciona la cláusula arbitral de la primera.

En este escenario, el consentimiento de las demás sociedades del grupo se deriva del conocimiento de la existencia del convenio arbitral⁸⁰. Además, para que se puedan incorporar las demás sociedades que forman parte del grupo, se debe comprobar que integran un patrimonio y voluntad común⁸¹.

Estos dos escenarios son excepciones a la regla general sobre la extensión de la cláusula arbitral estatutaria. En el caso de los administradores, su participación en la cláusula arbitral será decidida por los socios o accionistas al momento de redactar el convenio. Mientras que, en la teoría de grupos de sociedades, se debe justificar y probar que las sociedades forman un conjunto económico. Al ser excepciones, estos escenarios se deben justificar dentro del proceso arbitral, toda vez que siguen siendo terceros no signatarios del convenio.

4. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

La LAM no contempla ni regula el arbitraje estatutario en sus artículos. Sin embargo, este tipo de arbitraje se regula en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, que reformó la Ley de Compañías. Al ser una regulación nueva, no ha sido

80. J. SANTISTEVAN, “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 8, 2009.

81. TRAZEGNIES, N. 64.

interpretada. Es por esto que se utilizará Derecho comparado para dar luces de la interpretación que se debe adoptar con respecto a la extensión de la cláusula arbitral estatutaria a terceros ajenos a la compañía en el Derecho ecuatoriano.

4.1. Ordenamientos jurídicos afines al ecuatoriano que aplican la teoría de extensión de la cláusula arbitral estatutaria

Varios ordenamientos jurídicos se han adelantado en regular el arbitraje estatutario. Dentro de los que se analizarán a continuación se encuentran: Chile, Perú y España.

El numeral 10 del artículo 4 de la Ley 18.046 de Chile, referente a las sociedades anónimas, especifica que:

[l]a escritura de la sociedad debe expresar: [...] 10. La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las *diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre estos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador [...]* (énfasis añadido)⁸².

En este sentido, la mencionada norma manda que la cláusula de arbitraje estatutario solo es oponible a las partes del contrato de sociedad. El ordenamiento jurídico chileno ha extendido los efectos de la cláusula arbitral a los administradores de la compañía, quienes no necesariamente tienen la calidad de socios o accionistas. Por lo tanto, este artículo vincula a terceros relacionados al arbitraje al afirmar que el arbitraje estatutario surge para “diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre estos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación”.

82. Ley 18.046 de Chile, Artículo 4(10), referente a las sociedades anónimas, 21/10/1981.

Por otro lado, la Sexta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje de Perú prevé que:

[p]uede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos. El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público⁸³.

Dicha norma establece que la cláusula arbitral estatutaria cobija las personas que forman parte de la compañía. Extiende su ámbito de aplicación a los directivos, administradores, representantes, funcionarios e incluso a las personas que han dejado de tener tal calidad. Cabe mencionar que esta disposición fue incorporada en la reforma a la LAM, pues su anterior artículo 11 limitaba el ámbito de aplicación a conflictos que susciten entre los socios y accionistas actuales.

MANTILLA, al comentar acerca de la reforma a dicho artículo ha mencionado que: “esta extensión forzada del convenio arbitral dará lugar a abundante debate en materia de jurisdicción del tribunal arbitral”⁸⁴. Ello en virtud de que se ha extendido la cláusula arbitral estatutaria a terceros relacionados que no son parte directa del estatuto o que han dejado de serlo. Sin embargo, PÉREZ considera que esta disposición únicamente, “reafirma la voluntad del legislador [...] de cerrar el círculo de una sociedad en la solución de las

83. Decreto Legislativo 1071 de Perú, 01/09/2008.

84. F. MANTILLA, “Breves Comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration*, No. 4, 2011.

controversias que se puedan suscitar”⁸⁵. Pues, dicha extensión afirma que además de los socios o accionistas, los únicos que pueden ser cobijados por la cláusula son los terceros relacionados. En consecuencia, manda tácitamente que los terceros ajenos a la compañía quedan excluidos del ámbito de aplicación. Dentro de los tres ordenamientos jurídicos que se analizan, el peruano es el único que menciona la extensión a los antiguos administradores o socios, lo que ratifica que, para realizar dicha extensión, debe existir norma expresa.

Finalmente, el artículo 11 *bis* de la Ley de Arbitraje de España manda que:

*Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral (énfasis añadido)*⁸⁶.

El ordenamiento jurídico español hace referencia a que todos los conflictos que se puedan dar en este tipo de sociedades podrán ser resueltos en arbitraje. Esta disposición es amplia y no menciona específicamente quienes son las partes de dichas controversias. Sin embargo, MERINO MERCHÁN al comentar sobre este cuerpo normativo menciona que quienes están cobijado por la cláusula arbitral estatutaria son: **(i)** los socios fundadores y socios futuros; **(ii)** los socios que disienten de la introducción del convenio arbitral; **(iii)** los socios que niegan su condición de tales; y, **(iv)** los conflictos

85. M. PÉREZ, “El Convenio Arbitral en el arbitraje societario y sus efectos en la sociedad”, *Actualidad Jurídica*, No. 299, 2018.

86. Ley 60/2003 de Arbitraje de España, última modificación, 06/10/2015.

entre el administrador y la sociedad, cuando la redacción del convenio lo permita⁸⁷.

Por otro lado, menciona que tanto los obligacionistas como los titulares de derechos reales sobre las acciones y/o participaciones de las compañías quedan excluidos del arbitraje ya que ostenten la posición de terceros frente a la compañía⁸⁸.

Además, en el segundo numeral afirma que la voluntad que se ve plasmada en la cláusula arbitral es la de los socios o accionistas. Al ser estos los que manifiestan su voluntad al momento de suscribir una cláusula arbitral estatutaria, se deduce que las partes del convenio son los socios o accionistas. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico español impide que terceros ajenos a la compañía aleguen estar cobijados por la cláusula arbitral estatutaria.

Las posturas de estos ordenamientos jurídicos varían en temas prácticos. Pero en esencia son los mismos, hacen referencia a que la cláusula arbitral estatutaria cobija únicamente a accionistas y en ciertos casos a personas relacionadas directamente con la compañía. Es decir, los terceros ajenos que tengan una controversia con la persona jurídica no pueden accionar la cláusula arbitral.

4.2. Aplicación de la teoría de extensión de la cláusula arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Las características, efectos y extensión de una cláusula arbitral devienen del documento en el que está contenida, en este caso el estatuto de una compañía. El artículo 114 de la Ley de Compañías manda que: “[e]l contrato social establecerá

87. F. MERINO MERCHÁN, “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *El Notario del siglo XXI*, No. 66, 2013.

88. *Ibidem*.

los derechos de los socios en los actos de la compañía, especialmente en cuanto a la administración, como también a la forma de ejercerlos, siempre que no se opongan a las disposiciones legales [...]”. Claramente los estatutos sociales cobijan y generan derechos y obligaciones únicamente para los socios o accionistas; por lo tanto, es ilógico pensar que una persona ajena a esta podría beneficiarse de una cláusula arbitral contenida en un estatuto.

La cláusula arbitral se podrá incorporar al estatuto en dos momentos. El primero es el de creación y constitución de la compañía y, el segundo, una vez que ya se encuentra constituida, con una reforma de estatutos previa decisión de la junta general de accionistas⁸⁹.

El artículo 221 de la Ley de Compañías establece claramente que las decisiones que se toman en junta no pueden afectar derechos de terceros⁹⁰. En este sentido, si se acepta que la cláusula arbitral del estatuto de una compañía puede cobijar a terceros ajenos a la misma, se estaría violentando el derecho de los terceros de someterse a la justicia ordinaria. Además, significaría una violación al derecho de elección de la compañía respecto a las controversias que resolverá a través de la vía arbitral y a través de la justicia ordinaria. Por lo tanto, la cláusula arbitral incorporada en un estatuto no debe interpretarse como una oferta de la compañía para arbitrar con terceros.

En el caso *Edmundo Acosta. c. Cía IANCEM S.A.*, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador sentenció que: “[l]os Estatutos de una compañía son aplicables únicamente a sus socios o accionistas ya que es producto de su exclusiva voluntad”⁹¹. El convenio arbitral en los estatutos de una empresa es una de las

89. J. LEE, N. 42.

90. Ley de Compañías, N. 28, Artículo 221.

91. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Edmundo Acosta c. Cía. IANCEM S.A.*, 24/04/2000.

tantas disposiciones que únicamente afectan a sus accionistas porque son ellos quienes presentan su voluntad para redactar los estatutos o incluso para reformarlos.

El convenio arbitral se contempla como un contrato de derecho privado⁹². En este sentido, el artículo 1561 del Código Civil manda que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes. Por lo tanto, si los contratantes son los socios o accionistas de una empresa, son ellos los únicos que pueden ejecutar la cláusula arbitral. Esto incluye a los futuros socios o accionistas ya que, al incorporarse a la compañía, adquieren la calidad de contratantes.

Finalmente se debe analizar el artículo innumerado 69, luego del artículo 317, de la Ley de Compañías, el cual es el que más interesa a la presente teoría, pues en su parte pertinente manda que:

“[l]as diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad por acciones simplificada, 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” (énfasis añadido)⁹³.

Al establecer que tanto los accionistas como los administradores y la sociedad pueden accionar la cláusula arbitral, afirma que el convenio arbitral estatutario cubre a los socios, accionistas y en ciertos casos a, terceros relacionados. Cuando habla de “sociedad” hace referencia a la persona jurídica como tal, al ente ficticio, por lo tanto, todos los integrantes de la misma no son considerados parte. Siguiendo

92. L. MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en arbitraje civil*, Ed. Civitas, 1991.

93. Ley de Compañías, N. 28, Artículo 317.

esta lógica es imposible pensar que terceros ajenos a la compañía son cobijados por la cláusula arbitral estatutaria, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

5. CONCLUSIONES

El arbitraje es un medio alternativo, privado, de resolución de conflictos, que se basa en la voluntad de las partes. A pesar de las distintas teorías que pueden aplicarse para incorporar a terceros no signatarios, la voluntad sigue jugando un rol fundamental. Ello en virtud de que constituye la renuncia a un derecho constitucional, es decir, al derecho a ser juzgado por su juez natural, por lo que la voluntad debe ser clara e inequívoca.

Por otro lado, el arbitraje estatutario consiste en el sometimiento a la jurisdicción arbitral de los conflictos internos de una compañía. Es decir, de los conflictos que pueden generarse entre socios o accionistas o incluso entre estos y la compañía como tal. Este tipo de arbitraje nace por la suscripción de una cláusula arbitral en el estatuto de una compañía. Los socios o accionistas son las partes del contrato que contiene la cláusula arbitral, por lo tanto, esta los cobija únicamente a ellos. El límite de la extensión de la cláusula arbitral estatutaria se rige principalmente por tres principios jurídicos: **(i) *in dubio pro arbitri***, **(ii) *kompetence-kompetence*** y **(iii) *res inter alios acta***. A través del primer principio, en caso de duda, la vía arbitral prevalece por sobre la justicia ordinaria, lo cual se aplica en el caso de los nuevos socios o accionistas. El segundo principio afirma que las partes del arbitraje estatutario son quienes han suscrito la cláusula, es decir, los socios y accionistas. Finalmente, el principio *kompetence-kompetence* tiene principal importancia cuando la competencia del tribunal arbitral se vea comprometida, ya sea por la voluntad, tiempo, persona o materia, en este caso se lo aplicaría específicamente cuando se

pretenda incorporar a terceros ajenos a la compañía o incluso a terceros relacionados al proceso arbitral.

En ciertos casos se pueden presentar excepciones a dicha regla. Sin embargo, estas excepciones se deben tratar con pinzas, pues caso contrario, el laudo que emita el tribunal podría sufrir vicios de nulidad. Los escenarios en los que generalmente se puede incorporar a un tercero son respecto a los administradores de la compañía y la teoría de grupo de sociedades. El primer caso sucede cuando la cláusula así lo prevé o cuando su redacción es muy amplia y no delimita a las partes ni a los conflictos que se resolverán a través de la vía arbitral. El segundo caso opera siempre que se haya probado que las sociedades forman un mismo grupo económico y se guían por un interés común, la cláusula arbitral estatutaria operará cuando surja un conflicto entre los accionistas de estas sociedades o entre las sociedades que conforman dicho grupo económico.

Varias compañías han optado por incorporar cláusulas arbitrales en su estatuto ya que es una herramienta de protección por el carácter confidencial que tiene el arbitraje. Este tipo de cláusulas se las utiliza para que los conflictos con respecto a la sociedad, a la venta de acciones, al objeto social o con respecto a los derechos y obligaciones que emanan del estatuto, no se filtren y perjudiquen a la reputación de la compañía. Además, al ser conflictos delicados las partes prefieren que la responsabilidad de resolverlos recaiga sobre un árbitro y no sobre un juez, debido a la reputación que tiene la vía arbitral.

En el Ecuador, este tipo de arbitraje se encuentra regulado en la Ley de Compañías, la cual prevé que se podrá incorporar una cláusula arbitral en el estatuto de las sociedades por acciones simplificadas. Esto no limita su aplicación a todo tipo de compañías, ello en virtud de la interpretación por analogía

y sistemática. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se ha adoptado el criterio de que la cláusula arbitral estatutaria cobija a los socios o accionistas y también a administradores. Sin embargo, la extensión a administradores dependerá de la voluntad de los socios o accionistas, reflejada en la redacción de la cláusula.



PINO/ELIZALDE
A B O G A D O S

www.pinoelizalde.com

