

El pacto arbitral en el contexto societario colombiano: evolución y desafíos del principio de habilitación

María Isabel Osorio Lora[1]

1. Introducción [\[arriba\]](#)

En una edición anterior de esta misma publicación, se abordó el principio de habilitación como pilar fundamental del arbitraje en Colombia, el cual, consagrado en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros, siempre y cuando sean expresamente autorizados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.

El principio de habilitación encuentra su desarrollo legal en la Ley 1.563 de 2012, también conocida como Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano, según el cual, sin la existencia de un pacto arbitral[2] válido, el tribunal arbitral no puede asumir competencia para resolver el conflicto.

Así, en ausencia de pacto arbitral, la controversia debe ser dirimida por los jueces estatales, ya que, sin la voluntad expresa de las partes de someter sus diferencias a arbitraje, no es posible activar este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La habilitación requerida para que el arbitraje pueda operar ha generado ciertos desafíos en materia de conflictos societarios, los cuales pueden involucrar disputas entre accionistas, entre estos y la sociedad, o con sus administradores.

La particularidad de tales conflictos radica en su naturaleza multilateral. En efecto, a diferencia de las relaciones contractuales bilaterales típicas, en el ámbito societario las relaciones involucran a múltiples partes, cuyas voluntades pueden no siempre estar alineadas, lo que no en pocas ocasiones dificulta que se concrete la habilitación necesaria para que el arbitraje pueda abrirse paso.

Además, la dinámica propia de las sociedades comerciales implica que su composición pueda variar con el tiempo, siendo en muchos casos ese su destino natural y obligado, según ocurre, por ejemplo, con las sociedades que cotizan sus acciones en la bolsa.

En este contexto, el principio de habilitación se enfrenta a particulares desafíos: ¿Cómo se concilia el principio de habilitación con las reglas de mayorías que, usualmente, rigen las decisiones societarias? ¿Quedan los socios que no participaron en la decisión de incluir una cláusula arbitral en los estatutos, vinculados a sus efectos? ¿Qué sucede cuando nuevos socios se incorporan a una sociedad que ya tiene pactado el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos? Dichas preguntas han generado intensos debates, muchos de los cuales han sido ya superados, en tanto que otros permanecen sin respuesta clara aún.

En este artículo, nos proponemos abordar dos problemáticas específicas que ejemplifican algunos de los desafíos mencionados:

a) efectos de la inclusión, modificación o supresión de la cláusula arbitral respecto de socios ausentes y disidentes; y

b) efectos de la cláusula arbitral respecto de socios futuros.

2. Efectos de la inclusión, modificación o supresión de la cláusula arbitral respecto de socios ausentes y disidentes [\[arriba\]](#)

La discusión sobre los efectos de la inclusión, modificación o supresión de la cláusula arbitral respecto de socios ausentes y disidentes pone de manifiesto la tensión que existe entre dos principios que, desde ámbitos distintos, resultan fundamentales en el derecho colombiano. Por un lado, está el principio de habilitación que, como se explicó, constituye pilar fundamental del arbitraje y que exige el consentimiento expreso de las partes para someterse al referido mecanismo de resolución de conflictos. Por otro lado, se encuentra el principio de las mayorías que, a su turno, es pilar fundamental del derecho societario, al permitir que las decisiones adoptadas por la mayoría de los socios –salvo cuando haya exigencias especiales que así lo reclamen– sean vinculantes para todos, incluso para aquellos que no estuvieron presentes o que votaron en contra.

Actualmente, tanto para las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante SAS) como para las sociedades reguladas por el Código de Comercio se requiere el consentimiento unánime de los socios para incluir, modificar o suprimir una cláusula arbitral en los estatutos sociales. Sin embargo, los caminos recorridos para llegar a esta conclusión fueron distintos para cada tipo societario.

Para comprender tal evolución y sus implicaciones, es fundamental contextualizar previa y brevemente las diferencias que existen entre los precitados regímenes societarios en Colombia: (i) las SAS y (ii) las sociedades tradicionales reguladas por el Código de Comercio.

Las SAS, introducidas por la Ley 1.258 de 2008, representan la modernización del derecho societario colombiano. Este modelo de sociedades se caracteriza por su flexibilidad y simplicidad, permitiendo a los empresarios adaptar la estructura corporativa a sus necesidades específicas. Así, por ejemplo, las SAS pueden constituirse mediante un documento privado y gozar de un término de duración indefinido, además de que ofrecen una mayor libertad en la determinación del objeto social y en la organización interna de la persona jurídica.

Por su lado, las sociedades reguladas por el Código de Comercio, cuyo origen se remonta a 1971, presentan un marco más tradicional, en el que se incluyen formas societarias, tales como la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad en comandita. Su regulación tiende a ser más rígida y detallada, con requisitos más formales para su constitución y funcionamiento. Así, por ejemplo, generalmente requieren una escritura pública para su creación y se encuentran reguladas por normas más estrictas en cuanto a su estructura organizativa y la definición de su objeto social.

Esta distinción entre los dos regímenes ha sido fundamental en la evolución del tratamiento de las cláusulas arbitrales en el contexto societario colombiano. En efecto, más moderno, el régimen de las SAS abordó de manera directa la cuestión. Así, el artículo 41 de la Ley 1.258 de 2008 establece que la inclusión o modificación de la cláusula arbitral en los estatutos de una SAS solo puede adoptarse mediante la aprobación del 100% de las acciones.

La precitada disposición resuelve de manera inequívoca la tensión entre el principio de habilitación y el de mayorías, inclinándose decididamente por la salvaguarda del primero. En efecto, al exigir la aprobación unánime para la inclusión o modificación de la cláusula arbitral, la Ley prioriza el respeto a la voluntad individual de cada accionista en lo que respecta al arbitraje, garantizando así que ningún socio sea sometido a este mecanismo de resolución de conflictos sin su expreso consentimiento.

Ahora bien, para las sociedades reguladas por el Código de Comercio, la construcción de la respuesta ha sido más compleja y ha requerido de desarrollos jurisprudenciales, según pasa a explicarse.

El caso de Rudy Kerckhaert contra Metal Tek S. A. constituye un hito emblemático de la cuestión. Kerckhaert, un accionista extranjero y minoritario de una sociedad anónima, impugnó la decisión de la asamblea general de accionistas de modificar los términos de la cláusula compromisoria inicialmente pactada, argumentando que tal modificación requería unanimidad y no simple mayoría. En primera instancia, la Superintendencia de Sociedades[3] falló en contra de Kerckhaert, sosteniendo que la cláusula compromisoria, como parte integral de los estatutos, podía modificarse con las mayorías requeridas para las reformas estatutarias[4]. Sin embargo, el Tribunal Superior de Bogotá[5], en su calidad de superior jerárquico de la Superintendencia de Sociedades, revocó tal decisión en segunda instancia, estableciendo así un precedente crucial. El Tribunal Superior sostuvo, en línea con lo que plantea el Estatuto Arbitral[6], que la cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo.

En tal sentido indicó que su inclusión, modificación o extinción requiere el consentimiento unánime de todas las partes involucradas. Así, se decanta, como ya lo había hecho el legislador para las SAS, por la prevalencia del principio de habilitación en el que se edifica el arbitraje, sobre el de las mayorías propio del derecho societario.

Esta sentencia tuvo un impacto significativo que llevó a que la Superintendencia de Sociedades cambiara su criterio y comenzara a exigir unanimidad para la modificación, inclusión y supresión de cláusulas arbitrales en todas las sociedades regidas por el Código de Comercio. Tal situación ha generado que voces autorizadas cuestionen la razonabilidad de la exigencia de unanimidad. Quienes son de tal postura sostienen que la cláusula arbitral, como parte de los estatutos, debería regirse por el principio de mayorías, habida cuenta de que este es un pilar del derecho societario.

A pesar de los cuestionamientos y las innegables dificultades prácticas que conlleva la exigencia de unanimidad, es imperativo reconocer que la ley colombiana establece inequívocamente el pacto arbitral como un negocio jurídico autónomo. El pacto constituye el fundamento sobre el cual se erige el arbitraje, un mecanismo de administración de justicia de carácter excepcional que solo se materializa ante la habilitación expresa de las partes involucradas.

En suma, las complejidades derivadas de requerir la aprobación unánime de los socios, aunque significativas, no pueden erigirse como justificación para eludir o flexibilizar el principio de habilitación. Hacerlo supondría socavar los cimientos

mismos del sistema arbitral en Colombia, los cuales, según quedó antes explicado, son de raigambre constitucional.

En otras palabras, preservar la integridad de este principio es crucial para mantener la legitimidad y eficacia del arbitraje en el contexto societario colombiano. Solo así se garantiza que cada socio que se someta a dicho mecanismo de resolución de conflictos lo haga de manera verdaderamente voluntaria y consciente, en plena consonancia con los preceptos constitucionales que fundamentan el arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Efectos de la cláusula arbitral respecto de socios futuros [\[arriba\]](#)

Las dinámicas del mercado hacen cada vez más evidente el hecho de que la composición societaria es cambiante, lo cual se debe a diversas razones, como la cesión de cuotas o acciones, según el caso[7], el fallecimiento de socios, o la entrada de nuevos inversionistas a través de capitalizaciones.

En este contexto, surge la pregunta: ¿quedan los nuevos socios vinculados por el pacto arbitral acordado en los estatutos sociales? Las respuestas han evolucionado con el tiempo y difieren según el tipo de sociedad del que se trate.

En efecto, en el caso de las SAS, la respuesta ha sido clara desde la creación de tal tipo de sociedades, dado que el artículo 40 de la Ley 1.258 dispone que “las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos”.

La Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad[8] del precitado artículo, señaló que los estatutos son la manifestación del querer de los socios y, por lo tanto, si estos incluyen una cláusula compromisoria, se entiende que todos los socios, incluidos los futuros, aceptan que sus conflictos sean dirimidos mediante árbitros.

Lo señalado por la Corte Constitucional respecto de las SAS zanja cualquier duda sobre la vinculatoriedad del pacto arbitral para los nuevos accionistas en tal tipo de sociedades, en donde el asunto es claro y, por ende, no ha tenido que ser objeto de mayores debates.

En contraste con la claridad establecida para las SAS, la situación para las sociedades reguladas por el Código de Comercio ha sido más compleja y ha experimentado una evolución significativa. La postura inicial, liderada por la Superintendencia de Sociedades, exigía el consentimiento expreso de los nuevos socios para quedar vinculados al pacto arbitral, al estimar que solo así se garantizaba la protección del principio de habilitación. Sin embargo, según pasa a verse, tal interpretación ha cambiado sustancialmente con el tiempo, por lo que, en la actualidad, es claro que los nuevos socios, independientemente de la forma en la que hayan adquirido tal calidad, quedan vinculados al pacto arbitral existente en los estatutos sociales.

A continuación, examinaremos el proceso que ha tenido que surtir para llegar a tal claridad respecto de las sociedades reguladas por el Código de Comercio.

La postura inicial de la Superintendencia de Sociedades se evidenció en el caso de Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp. contra Solla S. A. en 2016[9]. En dicho proceso las demandantes argumentaban que, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral en los estatutos, nunca habían aceptado acudir a la jurisdicción arbitral para resolver sus diferencias.

La Superintendencia de Sociedades señaló que la jurisprudencia sobre la vinculación automática de nuevos accionistas al pacto arbitral se limitaba al régimen de las SAS y que no podía extenderse a otras formas societarias, concediéndole así la razón a la demandante. Esta misma línea de pensamiento fue sustentada por la Superintendencia de Sociedades en casos en los que la calidad de socio había sido adquirida por vía de sucesión.

Así, en el caso de María Victoria Solarte Daza vs. CSS Constructores S. A. y otros en 2015, la Superintendencia sostuvo que un heredero adjudicatario no quedaba vinculado al pacto arbitral a menos que lo aceptara explícitamente.

En dicho caso, la Superintendencia consideró que la demandante, quien había adquirido sus acciones por adjudicación en un proceso sucesorio sin manifestar expresamente su adhesión a la cláusula compromisoria, no estaba obligada por el pacto arbitral. Por fortuna, tal posición resultó modificada por las altas cortes. En efecto, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han afirmado que el mero hecho de ingresar a una sociedad implica aceptar la cláusula arbitral estatutaria[10].

Este cambio de criterio se fundamenta en el principio de causahabencia, según el cual el sucesor (sea por compra, por herencia o por cualquier otro título) queda vinculado con los acuerdos aceptados por su causante.

Un caso emblemático que ilustra tal cambio de postura se dio en 2016[11], cuando la Corte Suprema de Justicia, al decidir sobre una acción de tutela contra la Superintendencia de Sociedades, señaló que la causahabencia se sobrepone al principio de habilitación.

La Corte argumentó que quien adquiere acciones por sucesión queda atado a la cláusula arbitral de la misma manera que su causante. La decisión se basó en parte en el artículo 5 de la Ley 1.563 de 2012[12], que, si bien establece la autonomía de la cláusula arbitral, también dispone que esta obliga no solo a quien la pactó, sino también a sus cesionarios.

Así, la posición actual en el derecho societario colombiano respecto a la vinculación de nuevos socios con el pacto arbitral es clara y no admite distinciones en función del tipo de sociedad del que se trate. Los nuevos socios de cualquier tipo societario, independientemente de cómo adquieran esa calidad —ya sea por compra, herencia o suscripción de acciones—, quedan automáticamente vinculados al pacto arbitral contenido en los estatutos sociales, en la medida en que el nuevo socio entra a ocupar la posición de su causante, sin que pueda seleccionar qué cláusulas estatutarias acepta y cuáles no.

En efecto, si bien es cierto que el pacto arbitral es un negocio independiente, ello no implica que pueda circular como rueda suelta e independiente al contrato social.

En síntesis, tanto para la inclusión, modificación o supresión de cláusulas arbitrales como para su aplicación a nuevos socios, se ha establecido un criterio uniforme que, sin distinguir el tipo de sociedad del que se trate, respeta el principio de habilitación y reconoce la naturaleza especial del pacto arbitral. Esta evolución, aunque resuelve muchas incertidumbres que se presentaban en el pasado, plantea claros desafíos en la práctica societaria que merecerán atención continua de la doctrina y la jurisprudencia.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] María Isabel Osorio Lora es abogada de la Universidad de la Sabana (2004) y especialista en derecho contractual de la Universidad del Rosario (2013). Desde 2004 ha dedicado su ejercicio profesional a la resolución de conflictos civiles y comerciales, principalmente en sede arbitral. Ha sido profesora titular de diversas cátedras en la Universidad de la Sabana, tales como obligaciones, contratos y mecanismos alternos de resolución de conflictos. Es árbitro de la lista del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

Actualmente es directora del área de resolución de disputas de Posse Herrera Ruiz.

[2] El principio de habilitación se materializa a través del pacto arbitral, que puede adoptar dos formas: la cláusula compromisoria o el compromiso. La cláusula compromisoria se incluye en un contrato o en un documento anexo a él, para someter futuras controversias relativas a ese contrato a la decisión de árbitros. Por su parte, el compromiso es el acuerdo en virtud del cual las partes convienen someter a arbitraje controversias ya existentes, las cuales pueden o no ser de naturaleza contractual.

[3] La Superintendencia de Sociedades es una autoridad administrativa que ejerce funciones jurisdiccionales en materia societaria, conforme a lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política y desarrollado en el artículo 24 del Código General del Proceso. Esta facultad le permite resolver conflictos societarios con la misma fuerza vinculante que las decisiones de los jueces ordinarios.

[4] Superintendencia de Sociedades, sentencia de primera instancia, proceso verbal de Rudy Kerckhaert vs. Metal Tek S. A., 7 de junio de 2012, superintendente delegada para procedimientos mercantiles: Angela María Echeverry.

[5] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión, sentencia de segunda instancia, proceso verbal de Rudy Kerckhaert vs. Metal Tek S. A., 5 de diciembre de 2012, MP: Liana Lizarazo.

[6] El artículo 3 de la Ley 1.563 de 2012 dispone que “el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”.

[7] Se hace la distinción, dado que en las sociedades por acciones la participación se representa mediante acciones, mientras que en las restantes se hace en cuotas o partes de interés.

[8] La exequibilidad se refiere a la conformidad de una norma con la Constitución. Cuando la Corte Constitucional analiza la exequibilidad de una ley en su totalidad o de un artículo en particular, evalúa si se ajusta a las disposiciones establecidas en la Constitución Política. Si la norma es declarada exequible, puede seguir aplicándose; de lo contrario, pierde vigencia.

[9] Auto que resuelve recurso de reposición, del 6 de enero de 2016, emitido por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en el caso de Oceanis Global Investment LLC y Step Group Corp. contra Solla S. A.

[10] Ver Corte Constitucional, Sentencia C-014/2010 del 20 de enero de 2010, magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

[11] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC-1776 del 15 de febrero de 2016, MP: Álvaro Fernando García Restrepo.

[12] El artículo 5 de la Ley 1.563 de 2012 establece que “la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido. La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria”.