



Superintendencia
de Sociedades



PAUTA LEGAL NÚMERO 11:

LA CLÁUSULA COMPROMISORIA ESTATUTARIA

Tesauro



PAUTA LEGAL NÚMERO 11: LA CLÁUSULA COMPROMISORIA ESTATUTARIA

PREGUNTA PROBLEMA: ¿Cuáles han sido las diferentes posturas, efectos e interpretaciones que se han generado en torno a la cláusula compromisoria societaria?

PAUTA LEGAL: La jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades ha ido cambiando en cuanto a su postura respecto de diversos aspectos de la cláusula compromisoria societaria, en tanto que la de las altas cortes, como la Constitucional y la Suprema de Justicia se han mantenido un poco más uniformes; por tal motivo la pauta que actualmente se recomienda comprende los siguientes aspectos; a saber:

1. **ALCANCE:**

En este punto se da respuesta a la vinculación de la cláusula compromisoria respecto de socios futuros, cesionarios, herederos de los socios, entre otros causahabientes del socio original que aceptó el pacto arbitral estatutario, por cuanto en momentos anteriores la postura era que, dado el Principio de la Voluntariedad, a la justicia arbitral sólo se puede acceder por ejercicio de la autonomía de la voluntad privada (artículo 116 de la Constitución Política); por lo tanto, la cláusula compromisoria estatutariamente prevista sería inoponible a los socios que llegaren con posterioridad a la constitución de la sociedad y que simplemente se hubieren adherido, ya que se requeriría específicamente de su aceptación expresa y escrita a dicha cláusula.

En efecto, en algunas ocasiones, tanto la Superintendencia de Sociedades (Auto número 800-10498 del 10 de agosto de 2015; Sentencia número 800-37 del 28 de abril de 2016; Auto número 800-6687 del 2 de mayo de 2016; entre otras providencias), como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil (por ejemplo, en la sentencia del 5 de diciembre de 2012), estimaron que, por tratarse de un negocio autónomo no se regiría por las reglas de las mayorías del contrato social, sino que se necesitaría la unanimidad de quienes lo celebraron.

No obstante, actualmente se considera que la inclusión de la cláusula compromisoria es un elemento accidental del contrato social, tal como explícitamente lo faculta el numeral 11 del artículo 110 del Código de Comercio, al igual que el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, **el cual es aplicable a todas las sociedades supervisadas por la Superintendencia de Sociedades por expresa disposición del artículo 252 de la Ley 1450 de 2011.**

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en Sentencia C-014 de 2010 (por medio de la cual se desató una demanda de inexequibilidad del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008), al igual que la propia Superintendencia de Sociedades en Sentencia número 480-000027 del 7 de junio de 2012.

Además, **como el contrato social se encuentra inscrito en el registro mercantil, con ello no sólo se le da publicidad, sino que se produce la oponibilidad de sus cláusulas.**

Igualmente, cuando un nuevo socio adquiere las correspondientes alícuotas sociales, dicha aceptación no puede fraccionarse, sino que es integral, tal como lo advierte el artículo 384 del Código de Comercio al indicar que, con el perfeccionamiento del contrato de suscripción de acciones, no sólo se está obligando a pagar el aporte sino a someterse a los estatutos sociales; efecto que también es aplicable en las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 372 del Código de Comercio) y la sociedad en comandita por acciones (artículos 349 y 352) y a los socios comanditarios de la sociedad en comandita simple (artículo 341 de la referida codificación que a su vez remite a las normas de la limitada), **dado que el cesionario con su adhesión está aceptando integralmente todas las cláusulas de los estatutos sociales sin que le sea legítimo desconocer o separarse de algunas de ellas.**

Desde la óptica de la cesión de la posición contractual (sucesión por acto entre vivos) quien sustituye asume los mismos derechos y obligaciones que hasta ese momento tenía el cedente, en las mismas condiciones sin que le sea discrecional aceptar algunos o rechazar otros, dado que reemplaza al cedido dentro de la relación jurídica que existía, lo cual resulta armónico con lo consagrado en el artículo quinto de la Ley 1563 de 2012 sobre cómo la cesión del contrato que contenga la cláusula compromisoria conlleva la cesión de esta última.

A esa conclusión también se debe llegar si la sucesión es por causa de muerte, dado que el adjudicatario recibe las alícuotas sociales en las mismas condiciones que las tenía el causante.

Luego, el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria debe entenderse respecto de la eventualidad de una posible nulidad, inexistencia, ineficacia o cualquier vicisitud que llegare a afectar el contrato en donde se encuentra incorporada, con el propósito de que los árbitros no pierdan su competencia; ésa es su funcionalidad para la habilitación constitucional, la cual no podría estar por encima del principio de causahabencia.

2. EXTENSIÓN:

También se ha cuestionado qué cobija la cláusula compromisoria societaria, si se requiere una enunciación particular de cada uno de los posibles conflictos y si tal manifestación puntual se puede o no hacer extensiva a otras controversias societarias; o, si una redacción general comprendería toda diferencia sin limitación alguna.

A semejanza del numeral anterior, la posición de la Superintendencia de Sociedades ha variado en el tiempo.

Sin embargo, en la actualidad se privilegia el Principio de Coherencia al igual que el Postulado de los Actos Propios, para impedir que, si un socio hizo valer la cláusula

compromisoria para un determinado aspecto, después vulnere la confianza legítima que ha generado, transgrediendo su propio comportamiento anterior.

Ahora bien, en cuanto a los administradores y si por el hecho de su aceptación al cargo quedan vinculados o no a la cláusula compromisoria estatutaria, las posiciones también han sido disímiles, **la Pauta que se recomienda es que, por la publicidad de los estatutos sociales en razón a su inscripción en el registro mercantil, la cláusula compromisoria les sería oponible. Frente a las Sociedades por Acciones Simplificadas no habría mayor discusión porque expresamente el legislador así lo previó en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008.**

Por lo tanto, al tratarse de órganos sociales (como sería la Junta o Consejo Directivo, o el de Representación Legal), y con la simple aceptación del cargo, ya habría quedado vinculado el administrador, sin necesidad de una manifestación expresa adicional. La conclusión anterior también es predicable del revisor fiscal, porque igualmente se trata de un órgano social.

En resumen, sin importar el tipo societario, en razón a la oponibilidad del registro mercantil y a la teoría de los órganos sociales la cláusula compromisoria cobijaría a los administradores y al revisor fiscal sin necesidad de que en el pacto arbitral expresamente se les mencione, puesto que hacen parte del contrato social por ser órganos, resultando imprescindibles para el funcionamiento de la sociedad y, en general, frente a la ejecución del contrato social, a menos que de la redacción de la cláusula se evidencie que fueron excluidos; ya que si no se limita, el pacto arbitral contemplaría toda controversia que surja del contrato de sociedad.

Tampoco se requiere una aceptación expresa adicional frente a la cláusula compromisoria, por cuanto su consentimiento está dado por adhesión cuando aceptan el cargo de administrador (miembro de la Junta o del Consejo Directivo o como Representante legal) **y, de manera complementaria, porque con dicha aceptación quedan inmersos en la obligación legal de respetar la ley y los estatutos sociales**, los cuales le son oponibles dada su inscripción en el registro mercantil.

3. INCLUSIÓN, MODIFICACIÓN O SUPRESIÓN:

La pregunta en este escenario es si las reglas de las mayorías debidamente acatadas por medio de las cuales quedarían vinculados aún los socios ausentes y disidentes, también resultan aplicables ante la posibilidad de incluir, modificar o suprimir la cláusula compromisoria en los estatutos sociales; o si, por el contrario, sosteniendo que es un contrato autónomo e independiente del negocio social, se requeriría la unanimidad de todos los socios.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades también ha sido cambiante, diferenciando el tipo societario en el que se encuentre, ya que en la

mayoría de las ocasiones ha estimado que frente a sociedades por acciones simplificadas se requeriría de la unanimidad, por señalamiento expreso del artículo 41 de la Ley 1258 de 2008; en tanto que frente a los demás tipos societarios las posturas han variado, a veces exigiendo la unanimidad y, en otras ocasiones, aplicando las reglas de las mayorías para su inclusión, modificación o supresión.

Actualmente, la Pauta que se recomienda no desconoce la autonomía e independencia del pacto arbitral, sólo que, restringidas para habilitar a los árbitros en caso de eventuales falencias del contrato social, por inexistencia, nulidad, ineficacia, inoponibilidad y demás vicisitudes. En otras palabras, se reconoce que la legislación mercantil no creó mayorías especiales o calificadas para la inserción de la cláusula compromisoria, su modificación o supresión en los estatutos (salvo en las SAS). Por tanto, se trata de un elemento accidental del contrato social, que se regirá por las mismas exigencias que para cualquier reforma estatutaria, prevaleciendo las reglas de las mayorías (artículo 188 del Código de Comercio), así como las diferentes remisiones directas y expresas consagradas por el legislador.

En efecto, con excepción de las Sociedades por Acciones Simplificadas a las que se les exige la unanimidad para incluir, modificar o suprimir la cláusula compromisoria en los estatutos sociales por expresa disposición legal como ya se advirtió (artículo 41 de la Ley 1258 de 2008), para los demás tipos societarios **se aplican las reglas de las mayorías para la reforma estatutaria quedando obligados aún los ausentes y los disidentes, por cuanto se trata de una decisión de carácter general, lo cual resulta armónico con los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional sobre la “democracia societaria” y el énfasis en el interés colectivo.**

Si se analizan los artículos 40 y 41 de la Ley 1258 de 2008 en ninguna parte se exige la manifestación de voluntad de la sociedad como persona jurídica para que quede vinculada a la cláusula compromisoria; en cambio, sí se exige el voto unánime para ese tipo particular societario con lo cual está reconociendo que no es una decisión autónoma individual de cada socio, sino que se trata de una decisión social adoptada por el máximo órgano social, la cual para el resto de tipos societarios se adoptaría con las mayorías previstas para las reformas estatutarias, siendo así coherentes con el Principio de Igualdad entre los socios, ya que no podría ser que la misma cláusula compromisoria resulte oponible para los que votaron a favor e inoponible para los que votaron en contra o no asistieron, cuando todos conocían los estatutos sociales y la posibilidad de su modificación según las reglas sociales.

4. SOBRE EL DESISTIMIENTO TÁCITO:

Frente a este tema, también se han sostenido diversas posiciones, ya que en un principio tanto la Corte Suprema de Justicia como la Superintendencia de Sociedades señalaban que, si se entabló una demanda ante la justicia ordinaria y no se interpuso la excepción de cláusula compromisoria o no se recurrió el auto admisorio, según corresponda

dependiendo del trámite en el que se encuentre, habría ocurrido un desistimiento tácito o una renuncia al pacto arbitral por la parte demandada.

No obstante, la Sala Plena del Consejo de Estado en una Sentencia de Unificación “(...) *concluyó que, así como las partes de común acuerdo decidieron someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral mediante la celebración de un pacto expreso y solemne, estas deben proceder de la misma manera para dejarlo sin efectos, esto es, por acuerdo expreso y solemne. (...)*”. (Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, radicado 17.859).

En esa misma línea y de manera más reciente, la referida Corporación concluyó que: “(...) *La Sección Tercera en esa oportunidad recogió la jurisprudencia tradicional sostenida hasta el momento –que aceptaba la renuncia tácita de la cláusula compromisoria– para sostener, con base en el principio de que “las cosas se deshacen como se hacen”, que la única forma de retractarse del compromiso es mediante un acuerdo de voluntades que cumpla con las mismas formalidades del pacto inicial.(...) es importante precisar que este cambio jurisprudencial solo resulta aplicable a los compromisos que no se rijan por la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral Colombiano), por cuanto este cuerpo normativo consagró a nivel legal la posibilidad de renunciar tácitamente al pacto arbitral o cláusula compromisoria. (...)*” (Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2017, expediente 50001-23-33-000-2015-00667 01(58461). El resaltado es fuera del texto).

Como complemento, al revisar el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012 (junto con los artículos 3 y 21 de la Ley 1563) claramente se advierte que la cláusula compromisoria sigue vinculante así se hubiere iniciado un proceso ante la justicia ordinaria o de lo contencioso administrativo, por cuanto en cualquier momento se puede hacer valer y, en consecuencia, incoar el correspondiente trámite arbitral, evento en el cual, ante el posible conflicto, prevalecerá la decisión de los árbitros consignada en el respectivo laudo que se hubiere proferido.

5. EN LA IMPUGNACIÓN DE DECISIONES SOCIALES:

Bajo esta óptica, cabe recordar que el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 expresamente derogó el artículo 194 del Código de Comercio, en el cual existía la restricción de adelantar la impugnación de las decisiones sociales a través de la justicia arbitral.

En la actualidad no existe duda sobre la viabilidad de la cláusula compromisoria para entablar, a través del trámite arbitral, el proceso de impugnación de decisiones sociales, si así se previó en los estatutos sociales.

En cuanto a la competencia de la Superintendencia de Sociedades para conocer del proceso de impugnación de decisiones sociales, su facultad legal se encontraba, en un principio, en el artículo 137 de la Ley 446 de 1998, el cual quedó expresamente derogado

a partir del primero de enero de 2016, con base en lo dispuesto en el Acuerdo por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura estableció la entrada en vigencia del Código General del Proceso (Acuerdo 15-10392 del primero de octubre de 2015), siendo dicho código la norma que actualmente consagra tal facultad en el literal c) del numeral quinto del artículo 24.

Ahora bien, las dudas que han surgido es sobre cómo aplicar la prohibición que existía por el artículo 194 del Código de Comercio, respecto de sociedades constituidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, más aún si se tiene en cuenta que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración (artículo 38 de la Ley 153 de 1887), por lo que tanto la Superintendencia de Sociedades en diversas jurisprudencias, al igual que la Corte Suprema de Justicia en algunas ocasiones, han considerado que se debe diferenciar si al momento de constitución de la respectiva sociedad estaba o no vigente el artículo 194 del Código de Comercio con su prohibición del pacto arbitral en relación con la impugnación de las decisiones sociales.

En la actualidad, la Pauta que se recomienda es que se debe revisar de forma completa el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, ya que después del primer inciso (en donde se prevé la aplicación de las leyes vigentes al momento del perfeccionamiento del negocio jurídico), se contemplan las excepciones a dicha aplicación, como sería lo concerniente al modo de reclamar en juicio los derechos que resulten del contrato, siendo normas cuya aplicación sería de manera inmediata.

Así mismo, si se tienen en cuenta las reglas sobre el tránsito de legislación frente a las normas procesales (artículo 40 de la Ley 153 de 1887 modificado a su vez por el artículo 624 del Código General del Proceso), las nuevas disposiciones son de observancia inmediata, aunque la sociedad se hubiere constituido cuando estaba en vigencia otra ley procesal anterior.

Dicha conclusión es reafirmada por lo consagrado en el artículo 13 del referido Código General del Proceso, el cual es enfático en la aplicación de las normas procesales sin que resulte viable desconocerlas so pretexto de una ultra-actividad de la norma precedente.

De manera complementaria y para el caso específico del contrato de sociedad, el artículo 120 del Código de Comercio consagra qué norma se le debe aplicar, por ser un negocio jurídico de ejecución sucesiva, contemplando que, en cuanto a la administración social y las relaciones derivadas del contrato, tanto entre los socios como frente a terceros, se debe aplicar la nueva ley; es decir el Estatuto Arbitral, artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, por lo que la prohibición habría quedado derogada, más aún cuando en materia societaria el artículo 106 del Código de Comercio consagró que una vez abolida la prohibición legal que originaba el objeto o la causa ilícita, el contrato de sociedad habría quedado purgado de dicho vicio de nulidad, lo que es consecuente con

lo previsto a su vez en el Código Civil artículo sexto, ya que desaparecida la prohibición los negocios jurídicos que hubieren estado viciados, se entenderían en adelante válidos.

FUENTE LEGAL:

- Constitución Política artículo 116.
- Código de Comercio artículo 106.
- Código de Comercio artículo 110 numeral 11.
- Código de Comercio artículos 112.
- Código de Comercio artículo 113.
- Código de Comercio artículo 120.
- Código de Comercio artículo 362.
- Código de Comercio artículo 372.
- Código de Comercio artículo 384.
- Código de Comercio artículo 887.
- Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012) artículo quinto.
- Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012) artículo 29.
- Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012) artículo 118.
- Código General del Proceso artículo 13.
- Código General del Proceso artículo 24 numeral quinto literal c).
- Código General del Proceso artículo 626.
- Ley 153 de 1887 artículo 37.
- Ley 153 de 1887 artículo 38
- Ley 153 de 1887 artículo 40 (modificado por el artículo 626 del Código General del Proceso).
- Ley 446 de 1998 artículo 137 (actualmente derogado).
- Ley 1258 de 2008 artículo 40.
- Ley 1258 de 2008 artículo 41.
- Ley 1258 de 2008 artículo 44.
- Ley 1450 de 2011 artículo 252.

FUENTE JURISPRUDENCIAL:

- Corte Constitucional, Sentencia SC-621 de 2003.
- Corte Constitucional Sentencia SC-707 del 6 de julio de 2005.
- Corte Constitucional Sentencia SC-542-2008.
- Corte Constitucional SC-014 del 14 de julio de 2010.
- Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de julio de 2012, Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutiérrez.
- Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, radicado 17.859.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias STC-1857 del 18 de febrero de 2016 y 2511-2016 del 2 de marzo de 2016.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de agosto de 2016.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión, Sentencia de 2008

- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión, Sentencia de 2016.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión, Sentencia del 19 de marzo de 2021.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 7 de junio de 2012 (declarada nula en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sala Civil de Decisión, en Sentencia del 5 de diciembre de 2012.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Auto 2017-01-479529 del 12 de septiembre de 2017.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Auto 2018-01-066014 del 22 de febrero de 2018.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Auto 2019-01-040728 del 22 de febrero de 2019.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Auto 2020-01-113341 del 23 de marzo de 2020.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Auto 2021-415367 del 21 de junio de 2021.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Auto 2021-01-562317 del 16 de septiembre de 2021.

FUENTE DOCTRINAL:

- Jorge Hernán Gil Echeverry, “RÉGIMEN ARBITRAL COLOMBIANO”, Parte General, Tomo I, 2017, Bogotá D.C., Editorial Ibáñez.
- Daniel Posse Velásquez, artículo “EL PACTO ARBITRAL SOCIETARIO: LA TESIS DE LA SUPERINTENDENCIA DE BE MORIAR”, Arbitrio Número 2, de julio de 2018, Revista de Derecho Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Luis Eduardo Arellano, artículo “LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD FRENTE A AUSENTES Y DISIDENTES”, en la Obra Colectiva titulada LECCIONES DE ARBITRAJE EN DERECHO SOCIETARIO, 2021, Bogotá D.C. Centro de Conciliación y Arbitraje, Superintendencia de Sociedades; Comité Colombiano de Arbitraje.
- Juan Pablo Liévano Vegalara y Yolima Prada Márquez, artículo “EL PACTO ARBITRAL EN EL CONTRATO SOCIETARIO: COMPARATIVO JURISPRUDENCIAL”, Arbitrio Número 2, de julio de 2018, Revista de Derecho Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

REFERENCIAS A PAUTAS LEGALES

SENTENCIAS AFINES:

- **PARCIALMENTE (en cuanto al respeto por la cláusula compromisoria pactada):** Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 13/12/2021, número de proceso 2021-800-00026, número de radicado 2021-01-742179.

SENTENCIAS DISCORDANTES:

1. Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 13/08/2015, número del proceso 2015-800-046, con número de radicado 2015-01-351420.
2. Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 27/03/2015, número del proceso 2014-801-247, con número de radicado 2015-01-101731.
3. Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia del 28/04/2016, número del proceso 2015-800-165, con número de radicado 2016-01-238418.



**Superintendencia
de Sociedades**



Línea de atención al usuario

018000 114319

PBX

601- 324 5777- 220 1000

Centro de fax

601-220 1000, opción 2 / 601-324 5000

Avenida El Dorado No. 51 - 80

Bogotá - Colombia

Horario de atención al público

Lunes a viernes 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

webmaster@supersociedades.gov.co



www.supersociedades.gov.co