



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**Arbitraje estatutario: antecedentes, alcance y aplicación en el
Ecuador.**

AUTOR:

García Medina, Galo Andrés

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPUBLICA DEL
ECUADOR**

TUTOR:

Rodríguez Freire, Boanerges Renier

Guayaquil, Ecuador

19 de febrero del 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **García Medina Galo Andrés**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Rodríguez Freire, Boanerges Renier

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández de Nath, María Isabel

Guayaquil, 19 de febrero del 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **García Medina Galo Andrés**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Arbitraje estatutario: antecedentes, alcance y aplicación en el Ecuador**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, 19 de febrero del 2019

EL AUTOR

f. _____
García Medina, Galo Andrés



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **García Medina, Galo Andrés**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Arbitraje estatutario: antecedentes, alcance y aplicación en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 19 de febrero del 2019

EL AUTOR:

f. _____
García Medina, Galo Andrés

The screenshot shows a web browser window with the URL <https://secure.orkund.com/view/46952649-494488-173693#q1bKLVayio7VUSrOTM/LTMtMTsxLTIWyMqgFAA==>. The page title is "URKUND". On the left, document details are listed: "Documento: Tesis final Galo García.docx (D48073371)", "Presentado: 2019-02-18 23:10 (-05:00)", "Presentado por: maritzareynosodewright@gmail.com", "Recibido: maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com", and "Mensaje: Tesis Galo García [Mostrar el mensaje completo](#)". A green progress bar indicates "0% de estas 11 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes." On the right, there are two tabs: "Lista de fuentes" and "Bloques". Under "Lista de fuentes", there are three expandable sections: "Categoría" (with sub-column "Enlace/nombre de archivo"), "Fuentes alternativas", and "Fuentes no usadas". The bottom of the interface features a toolbar with icons for search, zoom, and navigation, along with buttons for "0 Advertencias", "Reiniciar", "Exportar", and "Compartir".

f. _____

RODRÍGUEZ FREIRE BOANERGES RENIER

DOCENTE - TUTOR

f. _____

GARCÍA MEDINA GALO ANDRÉS

ESTUDIANTE - AUTOR

AGRADECIMIENTOS

*A mis padres, por estar siempre conmigo,
A mis hermanos, por apoyarme en cada decisión que tomo,
A mis abuelos, por ser una de las razones por la que quiero salir adelante,
A mi nana, por su amor incondicional,
A Dios por permitirme estar aquí.*

DEDICATORIA

A mi madre y a mi abuela Magdalena, quien siempre va a estar a mi lado.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

**AB. MARÍA ISABEL LYNCH FERNÁNDEZ DE NATH
DIRECTORA DE CARRERA**

f. _____

**AB. MARITZA GINETTE ELISE REYNOSO GAUTE
COORDINADOR DEL ÁREA**

f. _____

**AB. NURIA PEREZ PUIG-MIR
OPONENTE**



Facultad: **Jurisprudencia**
Carrera: **Derecho**
Periodo: **UTE B-2018**
Fecha: **19 de febrero de 2018**

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado *Arbitraje estatutario: antecedentes, alcance y aplicación en el Ecuador*, elaborado por el estudiante *García Medina Galo Andrés*, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **9 (NUEVE)**, lo cual lo califica como ***APTO PARA LA SUSTENTACIÓN***

Rodríguez Freire, Boanerges Renier

Docente Tutor

ÍNDICE

Contenido

1. El arbitraje	2
2. Antecedentes del arbitraje estatutario	3
2.1. Derecho romano	3
2.2. Italia.....	4
2.3. España.....	6
2.4. Francia	8
2.5. Common law.....	9
3. Sujetos de un arbitraje estatutario	11
3.1. Los socios y/o accionistas.....	11
3.2. La sociedad.....	13
3.3. Los administradores.....	13
3.4. Terceros ajenos a la sociedad	14
4. El arbitraje estatutario en Ecuador	17
5. Conclusión.....	19
6. Recomendación	21
7. Bibliografía.....	22

Resumen

El arbitraje es uno de los varios métodos alternos de solución de conflictos que existen en el ámbito jurídico, este método es cada vez más utilizado para la resolución de conflictos que se generen en distintas áreas del derecho, en la actualidad se está aplicando este mecanismo para resolver los conflictos que surjan dentro de las empresas, con la implementación de cláusulas arbitrales dentro de los estatutos sociales de una sociedad, estas cláusulas son conocidas como cláusulas estatutarias. Estas cláusulas estatutarias generan dudas acerca de que tan extenso podría ser el alcance de la misma contra personas que si bien mantienen relaciones jurídicas con la compañía cuyo estatuto social tiene plasmada dicha cláusula, no ha firmado convenio alguno en el cual se exprese su voluntad de someterse a un arbitraje en caso de que se genere cualquier conflicto que involucre a la compañía que tiene la cláusula estatutaria, entonces ¿Podría esta cláusula extenderse hacia aquellos que no firmaron convenio arbitral alguno? ¿Es factible aplicar el arbitraje estatutario dentro del territorio ecuatoriano toda vez que este no ha sido reconocido en ninguna norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico?

Palabras clave

Solución alternativa de conflictos, cláusulas estatutarias, arbitraje, convenio arbitral, sociedades, conflictos, estatutos sociales, y jurisdicción.

Abstract

Arbitration is one of several alternative methods of conflict resolution that exist in the legal field, this method is increasingly used for the resolution of conflicts generated in different areas of law, this mechanism is currently being applied to resolve the conflicts that arise within a company, with the implementation of arbitration clauses within the bylaws of a capital company, these clauses are known as statutory clauses. These statutory clauses raise doubts about how extensive the scope of the clause could be against persons who, although they maintain legal relations with the company whose social statute is embodied in said clause, have not signed any agreement in which they express their willingness to submit to an arbitration in the event that any conflict involving the company that has the statutory clause is generated, then could this clause be extended to those who did not sign any arbitration agreement? Is it feasible to apply the statutory arbitration within the Ecuadorian territory since this has not been recognized in any regulation within our legal system?

Key words

Alternative dispute resolution, statutory clauses, arbitration, arbitration agreement, capital company, conflicts, social statutes, and jurisdiction.

CAPÍTULO I

1. El arbitraje

El arbitraje es uno de los métodos de solución de conflictos que son alternativos a la justicia ordinaria. Mediante el arbitraje las partes, de mutuo acuerdo, por medio de un contrato que contiene una cláusula de sumisión al arbitraje; o, por medio de un convenio arbitral independiente, pero que hace referencia al negocio jurídico sobre el cual se está teniendo el conflicto, deciden someter y resolver sus diferencias a este método alternativo de resolución de conflictos. El arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, se encuentra debidamente reconocido en la Constitución de la República del Ecuador.

Al arbitraje, en nuestro país, se lo define como un método alternativo de solución de conflictos, en el que las partes ejerciendo el principio de la autonomía de la voluntad, someten de mutuo acuerdo las controversias que son susceptibles de transacción, controversias que pueden existir al momento de suscribir el convenio o que se puedan generar posteriormente, para que estas sean resueltas por tribunales arbitrales administrados o por árbitros independientes que se conforman para conocer el conflicto.

Como es bien conocido, el arbitraje nace a partir de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo este un principio universalmente reconocido por el derecho privado y sustancial en el derecho arbitral. Autores como Bernardo Cremades consideran a este principio como la piedra angular del arbitraje, debido a que, por medio de esta voluntad expresada por las partes, ya sea por la existencia de un convenio arbitral o por otro método por el cual exista una constancia por escrito de la voluntad de los intervinientes del negocio jurídico, en su clara intención de someterse a un proceso arbitral; el mismo que va a determinar el procedimiento, el límite, y el fundamento a aplicar durante el arbitraje.

Dentro del convenio arbitral, las partes renuncian a dirimir sus controversias a través de un proceso ante la justicia ordinaria (efecto negativo) y deciden someter sus conflictos ante la justicia arbitral (efecto positivo), en virtud de que dentro de este proceso arbitral, participa una tercera persona o, en su defecto, un tribunal neutral en conformidad con lo pactado por las partes. Estos terceros se los conoce como árbitros, y son quienes se envisten de jurisdicción y competencia que los faculta para evaluar y darle una solución al problema que resulte materia del arbitraje, brindando una solución que puede ser tanto en equidad como en derecho según lo debidamente establecido por las partes en el convenio arbitral.

2. Antecedentes del arbitraje estatutario

2.1. Derecho romano

Al hablar del Derecho Arbitral y de sus antecedentes históricos, debemos remontarnos al Derecho Romano, el mismo que es la cuna de las prácticas legales actuales. El arbitraje dentro de los procesos jurídicos practicados durante la época del Derecho Romano, se encontraban en los procedimientos llamados *legis actiones*. En dicho proceso las partes intervinientes, determinaban el objeto del litigio y fijaban la persona quien actuaría de juez imparcial en la controversia. El proceso a seguir consistía en lo siguiente: Un magistrado nombraba a un juez que las partes habían seleccionado previamente, o, en caso de existir algún desacuerdo respecto al nombramiento del juez, se escogía a cualquiera de una lista elaborada para tal efecto.

Existían dos tipos de convenio arbitral que se utilizaban en el derecho romano: (i) el llamado *cum-promiso facto*. En este convenio, las partes de mutuo acuerdo deciden confiar la resolución de su disputa a un tercero neutral llamado *arbiter*, excluyendo de esta manera a la justicia ordinaria; y, (ii) el *arbitrium recipere*. En este documento, es el árbitro quien se obliga frente a las partes. En este tipo de convenio, si el árbitro no quisiera dictar la sentencia

correspondiente, a pesar de ya haberse obligado en el *arbitrium recipere*, el pretor por medio de su autoridad se hace presente para que el obligado (el árbitro) cumpla con su cometido previamente aceptado.

Sin lugar a dudas este procedimiento con el que contaban las partes para resolver un conflicto de manera particular y privada, distinta al proceso judicial ordinario de la época, les permitió resolver de manera expedita sus problemas a partir del sutil encargo a un tercero neutral que brindaba soluciones en estos casos de conflictos de intereses. Este es el antecedente histórico de mayor relevancia en las prácticas arbitrales dentro del Derecho Romano

2.2.Italia

Italia fue el primer país en regularizar y formalizar estas prácticas o mecanismos alternativos de conflicto, estableciendo el arbitraje estatuario dentro de su legislación interna, lo que impulsó a que varios países vecinos en Europa sigan este mismo patrón, implementando al arbitraje estatutario dentro de sus normativas. Entre los países con mayor avance en la implementación de estas prácticas, tenemos a España o Francia.

Los cuerpos legales italianos que regulan el arbitraje estatutario son el *Codice di Procedura Civile* en sus artículos 806 y siguientes; el Decreto Legislativo 17 *gennaio* 2003, n 5, en sus artículos 34 y siguientes; y, la reforma de la *Legge 3 del Diritto Societario ottobre* 2001, n. 366. Los legisladores en las normas anteriormente mencionadas no fijan una definición sobre que es el arbitraje en sí, sino que se dedican en fijar cuál será su objeto, o razón que induce a la aplicación del mismo, además de los límites de aplicación y el procedimiento a seguir en cada caso.

Sin embargo cabe recalcar que el arbitraje estatutario se encuentra específicamente regulado en la reforma de la *Legge 3 del Diritto Societario ottobre 2001, n. 366*. Este cuerpo normativo promueve la aplicación del arbitraje intrasocietario como un método de solución alternativa de conflictos en materia societaria.

Esta reforma a la ley de derecho societario italiana no significa que sea aplicable únicamente al arbitraje estatutario para resolver conflictos en materia societaria, sino que incluye por su parte, la participación activa de terceros de manera voluntaria, es decir, la posibilidad de que los árbitros puedan conocer el *incidenter tantum* sobre aquellas materias no comprometibles, así como también la facultad de dictar medidas cautelares, tales como la suspensión de los acuerdos sociales, y las que el árbitro crea necesarias de acuerdo a su sana crítica

Adicionalmente, los legisladores italianos han establecidos requisitos para la aplicación del arbitraje estatutario, como resulta en la obligación que tienen las partes de someterse previamente a un arbitraje en los propios estatutos; el arbitraje debe ser en derecho, excluyendo de esta manera la aplicación del arbitraje en equidad en los conflictos de materia societaria; y, que el laudo sea impugnabile por la existencia de violación de norma alguna o por error en la aplicación de las normas de carácter imperativo, sin dejarlo a la libre disposición de las partes.

Las sociedades que frecuentemente aplican cláusulas arbitrales en sus estatutos de constitución son las sociedades personalistas, sociedades de capital o cooperativas. La única prohibición que existe consiste básicamente en las sociedades que cotizan sus acciones en la bolsa, debido a que se considera que los accionistas de estas sociedades son meros inversores. La doctrina los define como consumidores, es decir que estos no tendrían un interés real en la

gestión de la sociedad, en virtud de que solo están interesados en los resultados económicos que se obtengan de estas compañías.

Al ser esta la única prohibición existente en la normativa italiana respecto al arbitraje estatutario, se puede comprender que a partir del principio universal de legalidad del derecho privado, se permite hacer todo aquello que no se encuentre prohibido por la ley, esto implica que cualquier sociedad tiene la capacidad de implementar este tipo de cláusulas en sus estatutos, con excepción de aquellas sociedades que cotizan en la bolsa.

2.3.España

En España, el primer cuerpo normativo en adaptar el arbitraje estatutario fueron las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Estas ordenanzas tenían un carácter impositivo, donde obligaban a los fundadores de las compañías a implementar cláusulas arbitrales dentro de sus escrituras de constitución, con la finalidad de resolver cualquier diferencia o duda que pueda resultar con el transcurso del tiempo.

La particularidad de esta norma, consistía en que era de obligatorio cumplimiento, es decir estaba fuera de la autonomía de la voluntad de las partes decidir que método para solucionar sus conflictos era el más adecuado a sus necesidades, imponiéndoles el arbitraje de manera imperativa.

El segundo cuerpo normativo en integrar el arbitraje fue la Constitución Española de 1812. Aquí se dio reconocimiento constitucional al arbitraje como método de solución de controversias, toda vez que se le elevó a rango constitucional al arbitraje, y la estructura normativa empezó a transformarse y se establecieron normas de menor rango que regulaban estas prácticas de conformidad con lo establecido en la carta magna. Estas normas reguladoras fueron las siguientes, el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829 y la

Ley Procesal de 1830. Estas dos normas, al igual que las Ordenanzas de Bilbao, consideraban al arbitraje como un único medio, y por ello se investía de un carácter de obligatorio, para solucionar los conflictos generados entre los comerciantes y sus corporaciones. Esta corriente de pensamiento fue adoptada por los legisladores para la creación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y del Código Civil de 1889, en cuyos casos el arbitraje seguía siendo obligatorio entre los socios, indistintamente de que se haya estipulado o no en el contrato de sociedad.

La primera ley especial sobre la materia fue la Ley de Arbitraje Privado ("LAP") de 1953, que derogó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Esta ley resultó ser un dolor de cabeza para quienes practicaban el arbitraje, ya que era considerada poco flexible y de un carácter extremadamente formal. Según la LAP, el arbitraje debía limitarse a conflictos de naturaleza estrictamente civil, por lo que excluía su aplicación como medio alternativo de controversias en las demás ramas del derecho. Incluso se llegó a considerar que esta ley de arbitraje era más bien una práctica contradictoria al arbitraje en sí, por las restricciones y el buen número de formalismos que se habían impuesto a quienes hacían uso de este medio de solución de polémicas

Aquella norma fue derogada por la Ley 36/1988 del 5 de diciembre, que resultó ser llamativa en su praxis, sin llegar a ser considerada completa debido a la ausencia de mención o referencia sobre el arbitraje societario; sin embargo, la falta de mención no significaba que quedaba prohibida la arbitrabilidad de la materia societaria.

El 7 de enero de 2011 se publicó la Ley de Enjuiciamiento Civil 01/2000, la cual si generó cambios relevantes en el arbitraje, dotándole de seguridad jurídica a diferencia de leyes predecesoras. Esta ley se encuentra vigente y es aplicada en la actualidad, otorga la posibilidad de que se pueda someter a arbitraje cualquier cuestión litigiosa, exceptuándose los

casos en que la ley prohíba o sea atentatoria al orden público, es decir mientras la ley no lo prohíba, las controversias societarias son susceptibles de tratamiento arbitral.

La última ley de arbitraje que se promulgó fue la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2015. Esta no contiene cambios relevantes, así que no es necesario compararla con sus antecesoras, razón por la cual únicamente será susceptible de mención por cuestiones informativas.

2.4. Francia

Se considera al Derecho Francés como un ordenamiento jurídico compatible con el proceso arbitral, ya que este es aplicado para resolver cualquier tipo de conflicto que se suscite. Sin embargo el conflicto mercantil es el que se denomina un caso particular debido a que, en el año 1560, el arbitraje era obligatorio para los conflictos generados entre comerciantes, por problemas de herencia entre parientes o para aquellos conflictos que tengan que ver con la administración de cuentas.

Con el paso del tiempo, específicamente en el año 1673, la obligatoriedad que existía de ventilar en arbitraje los conflictos generados entre parientes fue suprimida, pero seguía existiendo esa particular obligación de someterse a arbitraje cuando se generaban conflictos entre asociados, obligación que se mantendría hasta finales del siglo XIX, donde se eliminó la obligatoriedad del arbitraje y se instauró un procedimiento especial en los tribunales de comercio de la época.

Con la implementación de esta reforma, hubo un cambio bastante relevante para el mundo del arbitraje, pues a partir de ese momento solo se podía usar convenios arbitrales para la resolución de conflictos actuales, es decir, los convenios debían suscribirse una vez que se haya generado el conflicto; por lo que ya no tenían validez las cláusulas compromisorias para

la resolución de conflictos futuros, puesto que estas cláusulas fueron consideradas como “cláusulas de estilo” que no guardaban ninguna garantía para las partes dentro de un conflicto.

Este método de aplicación del arbitraje se siguió aplicando hasta 1925, año en el que las cláusulas compromisorias recobraron valor, a través de la legalidad, puesto que estas solo eran aplicables en conflictos de materia comercial, mientras que los demás conflictos de materias ajenas al campo del comercio debían tener un compromiso arbitral estipulado para dicho caso particular. En la actualidad las normas que regulan el arbitraje son el *Code Civil* en sus artículos 2059 y siguientes; el *Nouveau Code de Procedure Civil* en su Libro IV; y el *Code de Commerce*. Estos cuerpos normativos ya mencionados establecen someramente las materias susceptibles a un tratamiento arbitral.

2.5. Common law

Los ordenamientos anglosajones se rigen en parte por el *Common Law* o Derecho Consuetudinario, el cual se caracteriza por carecer de una referencia directa al derecho legislado, es decir, los principios bajo los que se rigen son producto de una jurisprudencia progresiva

En estas estructuras jurídicas se permite la aplicación del arbitraje como método para resolver controversias desde el siglo XVII, desde ese entonces ya se establecían procedimientos y normas especiales que debían ser aplicadas por una persona experta en la materia. El uso del arbitraje para la resolución de conflictos entre comerciantes era lo más común. Esta práctica en el comercio se debía a la poca confianza que se tenía sobre los jueces civiles en esa época, además del poco conocimiento de los jueces civiles sobre temas de comercio, y de que los conflictos que se ventilaban por la vía judicial ordinaria tardaban demasiado en llegar a una resolución.

En Estados Unidos las asociaciones de comerciantes imponían como requisito a sus integrantes el uso de contratos tipo que contenían una cláusula arbitral de manera obligatoria. Cabe destacar que en Estados Unidos el arbitraje encuentra menos limitaciones respecto de las materias susceptibles de procesos arbitrables. Materias que por su importancia frente al Estado se encuentran restringidas en los ordenamientos occidentales, son perfectamente arbitrables en los ordenamientos anglosajones, tales como el derecho laboral, derechos del consumidor y hasta se permite resolver mediante arbitraje cuestiones que afecten al orden público sustantivo.

En Inglaterra por su parte, el arbitraje generó desconfianza por parte de los jueces, quienes intervenían excesivamente y supervisaban a los tribunales en los procesos arbitrales. Pero, como todo en derecho va cambiando, ya que el derecho es una ciencia viva que no puede quedarse estancada en prejuicios personales, esta mentalidad de los jueces ingleses fue cambiando, hasta el punto de optar por un sistema de intervenciones mínimas en los procedimientos arbitrales, dándole absoluta libertad a las partes para decidir el mejor método para resolver sus conflictos.

Con lo que respecta al arbitraje estatutario, ambos ordenamientos (británico y estadounidense) permiten las aplicaciones de cláusulas compromisorias dentro de los estatutos sociales de una compañía. Esta cláusula de sumisión a arbitraje será eficaz en litigios que se generen frente a la sociedad, entre la sociedad y sus socios, conflictos de los socios entre sí, y cualquier problema que tenga su causa en la sociedad.

CAPÍTULO II

3. Sujetos de un arbitraje estatutario

Si bien es cierto, al momento de querer encasillar a las personas naturales o jurídicas que pueden intervenir dentro de un arbitraje instaurado por una cláusula compromisoria dentro de un contrato social, los primeros en quienes pensamos son los socios que suscribieron dicho contrato, pero, qué pasa con los terceros que no siendo suscriptores de dicha cláusula compromisoria, ven que puede existir afectación alguna de sus derechos, y tales derechos se encuentran estrictamente vinculados con la sociedad en sí.

Podría decirse que las personas cuyos derechos se pueden ver afectados son los socios fundadores de la sociedad, los socios que se vayan incorporando a esta en el futuro mediante cualquier título, ya sea por causa de muerte o por un acto entre vivos, respecto de los derechos sociales que tenían en su patrimonio los titulares.

Pero no solo debemos ver a los socios como los únicos intervinientes dentro de un arbitraje estatutario, también es necesario extender la eficacia de esta cláusula compromisoria a la sociedad como tal, a su administración y a los problemas que pueden generarse respecto de sociedades relacionadas o grupos societarios existentes y las diversas doctrinas y teorías que explican su extensión a tales figuras.

3.1. Los socios y/o accionistas

Las acciones y participaciones conllevan varios derechos y obligaciones frente a los socios y accionistas que las adquieren, estos derechos y obligaciones están establecidos en la ley y/o en el estatuto de creación de la sociedad, debido a esto, como estos derechos y obligaciones son inherentes de cada acción y/o participación, van a transferirse de manera

automática sin importar mediante que título se traspasó el dominio, por lo que “la voluntad del nuevo socio es irrelevante al respecto. Si existe un convenio arbitral en la estructura fundacional de la sociedad, necesariamente las acciones van a quedar supeditadas a este, siendo oponibles en todo lo que no sea contrario a derecho al socio posterior”

Siguiendo lo idea del párrafo anterior, se puede apreciar que, en efecto, la cláusula arbitral estatutaria obliga tanto a los socios fundadores, como a los socios que posteriormente adquieran aquella calidad. De esta manera se resuelve en el caso *Powell Duffryn plc c. Wolfgang Petereit*, donde la decisión que el tribunal europeo adoptó fue que el consentimiento de los estatutos equivale al consentimiento de la cláusula de elección del tribunal preferida en los estatutos de la compañía, siendo esta el convenio arbitral.

La decisión tomada por aquel tribunal europeo encuentra su sustento en el hecho de que al existir una cláusula arbitral dentro de los estatutos de una sociedad, lo establecido en el *contrato* social de fundación de la compañía no solo será aplicable a quienes lo suscribieron en un principio(socios fundadores), sino que tal efecto del convenio va a exceder el límite que tiene un contrato normal, que vincula solo a quienes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes decidieron someterse a una cláusula compromisoria. Este efecto de obligatoriedad se va a ampliar también hacia los socios que posteriormente se incorporen a la sociedad.

Se puede llegar a considerar este contrato social que contiene una cláusula arbitral como un tipo de contrato de adhesión para los futuros socios o accionistas, ya que ellos no tienen la libertad para negociar los términos y estipulaciones, debiendo someterse de manera obligatoria a las cláusulas preexistentes en los estatutos.

3.2. La sociedad

En el momento en que se incluye una cláusula arbitral dentro de los estatutos sociales de una compañía, esta cláusula se convierte en una norma de obligatorio cumplimiento de la sociedad y sus socios en lo que respecta a sus relaciones recíprocas. Es imposible desvincular a la sociedad de su momento de creación, ya que es exactamente en ese momento donde nace y donde se establecen las cláusulas que serán las reglas que van a regir durante su existencia. Sería incoherente aplicar las demás normas estatutarias durante la vigencia de la sociedad y no la cláusula arbitral. “De este modo, los únicos legitimados para dar el consentimiento por la sociedad, que en ese momento la representan y manifiestan su voluntad, son los socios fundadores y no puede hacerse ahí una separación entre su voluntad y la voluntad social. El alcance del convenio arbitral respecto a la sociedad como tal debe analizarse desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que nace la siguiente interrogante ¿la sociedad como tal se ve obligada a acatar un convenio arbitral? Pues sí, ya que debemos ver a la sociedad no como el Código Civil la define en su artículo 1957, esto es, un ente jurídico donde la voluntad individual de los socios no tiene incidencia, sino que hay que ver a la sociedad y a su voluntad en específico como la configuración de los intereses de los socios, por lo que la sociedad se obliga frente al convenio arbitral ya que así los socios lo han decidido.

3.3. Los administradores

Ahora bien, después del breve análisis respecto a los socios y la sociedad como tal, surge la siguiente interrogante ¿quedan los administradores al alcance de una cláusula arbitral estatutaria? Pues nuevamente sí, la administración al ser un órgano creado dentro de una determinada sociedad, se encuentra regulada tanto por la ley como por el estatuto que lo creó, por lo que quienes ostentan el cargo de administradores tienen la obligatoriedad de someterse

a dichas normas que tienen un carácter imperativo en el ejercicio de sus funciones, y si aquel es el caso de que el estatuto de creación contiene una cláusula arbitral, también quedan obligados a este convenio.

En la actualidad, se considera que los administradores al momento de aceptar el cargo a desempeñar frente a la sociedad, se configura un contrato entre el administrador aceptante y la sociedad como tal, pues es a partir de aquel momento en el que el administrador se obliga en acatar todas las normas que rijan a la sociedad, siendo estas normas la ley y el estatuto de creación. Este nuevo vínculo lo someterá no sólo al cumplimiento de lo que se pactó expresamente, sino también se encuentra vinculado a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes con la buena fe, los usos y la Ley.

Concretamente, la cláusula arbitral se vuelve obligatoria para los administradores, aunque dicha cláusula no regule explícitamente las controversias que puedan generarse para con ellos, en sus relaciones mercantiles con la sociedad, ya que han de ser los primeros custodios de los estatutos y, en consecuencia, conocedores de la cláusula arbitral que, como órgano social, deben asumir, acatándola y haciéndola acatar.

3.4. Terceros ajenos a la sociedad

En lo que respecta a la extensión de la cláusula arbitral a terceros ajenos a la sociedad, la postura tradicional señala que dicha cláusula solo sería oponible a quienes suscribieron el convenio arbitral. Pero esa es una postura que ya en parte ha quedado en el pasado, “en la actualidad existen partes que no siendo suscriptores del convenio arbitral pueden invocar en su favor los derechos que de este convenio emanan y obligarse a su respecto”

Esta extensión de la cláusula arbitral a terceros es un tema que debe analizarse caso por caso, ya que es necesario dicho análisis particular para determinar si estos terceros se vinculan a la cláusula compromisoria.

Dentro de los terceros que pueden verse afectados por una cláusula arbitral estatutaria se encuentran los obligacionistas y las sociedades pertenecientes a un mismo grupo económico, que si bien siendo ajenos completamente a la sociedad y a sus órganos, puede existir una vinculación debido a la relación jurídica que mantengan con dicha sociedad.

Los obligacionistas son terceros acreedores de la sociedad. Desde el punto de vista de la relación que mantiene con la sociedad, se podría inferir que este tercero no se ve vinculado por una cláusula compromisoria, ya que desde el punto de vista mercantil este es un mero acreedor y la sociedad su deudor, pero a pesar de aquello, doctrinarios como Fernando Olaizola sostienen que estos simples acreedores tienen obligaciones convertibles en acciones, al tener por ejemplo, derecho de suscripción preferente o de impugnación de acuerdos sociales, aun siendo terceros, son potencialmente socios y por lo tanto si se encuentran vinculados al convenio arbitral

En lo que respecta a los grupos de sociedades, también hay que analizar el caso en concreto, ya que solo de esta forma se podrá concluir si la cláusula compromisoria se puede extender hacia las otras sociedades que pertenecen al grupo económico empresarial del que forman parte.

La teoría del grupo de sociedades o grupo económico es una de las doctrinas más desarrolladas en la jurisprudencia arbitral y es el fundamento de la vinculación de terceros como parte no signataria de un acuerdo arbitral. Esta es una situación que comúnmente se presenta en el comercio internacional, donde empresas de carácter multinacional negocian,

celebran y ejecutan contratos internacionales, en los cuales se evidencia una amplia participación e interés del grupo económico del que forman parte

Otra forma de ver al grupo de sociedades, es como el conjunto de empresas jurídicamente independientes pero que se encuentran sometidas bajo una misma unidad económica, es decir no tienen autonomía en cuanto a la toma de decisiones que involucren beneficios económicos individuales. Todas las decisiones que se vayan a tomar siguen el interés común de todos los miembros del conjunto.

Jurídicamente se considera que no es oponible dicha cláusula arbitral a las sociedades que no firmaron el convenio, pero observando desde un punto de vista económico, estas sociedades se encuentran directamente vinculadas por la unidad de dirección y de actuación real que tienen

Se ha planteado a través del amplio surgimiento y desarrollo de esta teoría, una serie de elementos vinculados a la doctrina del “grupo económico”. Su origen puede encontrarse en una decisión hito en el arbitraje comercial, Dow Chemical c. Isover Saint Gobain, Caso CCI N. ° 4131. Allí se estableció que:

“La 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 surgieron.”

La base de la decisión citada fue la existencia de un grupo de compañías que constituían una única realidad económica, independientemente de las distintas personalidades jurídicas de los miembros del grupo.

Es necesario, por tanto, hacer un análisis de cada caso en lo que respecta a la voluntad de las partes para poder determinar si se puede o no realizar la extensión de la cláusula arbitral, en interés de la seguridad jurídica de aquellos terceros que no suscribieron el convenio. Pero en cualquier caso, con el fin de no corromper la institución arbitral, la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a un sujeto que no ha sido parte, como sería una sociedad del grupo, debe ser la excepción, debiendo justificarse suficientemente.

4. El arbitraje estatutario en Ecuador

En la actualidad no hay norma jurídica que regule el arbitraje estatutario en nuestro país. Si bien es cierto el arbitraje se encuentra reconocido en la Constitución de 2008 como un método alternativo para solucionar conflictos, la falta de norma específica respecto al arbitraje estatutario puede causar cierto temor sobre la implementación de este tipo de cláusulas en los estatutos fundacionales de las sociedades, ya sea por el desconocimiento de cómo aplicarlas y la duda sobre el alcance que tendrían respecto a las personas naturales o jurídicas que de algún modo se relacionan con la sociedad y mantienen relaciones jurídicas con esta.

A pesar de la falta de norma especial sobre el tema, no podría decirse que esta institución arbitral no se podría aplicar dentro del territorio ecuatoriano, ya que nuestro ordenamiento jurídico contiene normas que bien podrían dar paso a la implementación de dicho método de solución de conflictos en el ámbito societario.

Entre los requisitos que se establecen en el artículo 137 de la Ley de Compañías, específicamente en su numeral decimo, se manifiesta la posibilidad de que los socios al momento de constituir la sociedad puedan incluir: “los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley”.

Por lo tanto, incluir el convenio arbitral dentro de la escritura, constituye un pacto lícito. De acuerdo con Lipton es “completamente valida la incorporación de la cláusula arbitral en el contrato social por el hecho de que, si los particulares pueden libremente pactar una cláusula arbitral, también lo pueden hacer sus accionistas por medio de la escritura de constitución bajo el principio de autonomía de las partes”

Adicionalmente, en el 2017 con la implementación de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, se incorporó un inciso al artículo 191 de la Ley de Compañías. En dicho inciso se permite la aplicación de los llamados pactos parasociales entre socios. Estos pactos son acuerdos contractuales que pueden llegar hasta a modificar las reglas internas que regulan las relaciones entre los socios, es decir, los estatutos. Con la aplicación de los pactos parasociales bien podrían los socios de una compañía acordar someterse a un arbitraje en caso de que existan conflictos intrasocietarios.

Pero al ser este un pacto entre los socios, ajeno a lo estipulado en los estatutos de la sociedad, el efecto de dicho acuerdo parasocial solo le es oponible a quienes lo firmaron y no a terceros.

Al ser este un acuerdo con un alcance restringido respecto a los demás miembros de la sociedad, estos pactos parasociales no serán motivo de estudio dentro del presente trabajo, ya que la remisión a este tema es solo en virtud de conocer que normas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano nos dan luz a la posibilidad de instaurar un arbitraje en relación a los conflictos intrasocietarios.

5. Conclusión

A lo largo del presente trabajo se han analizado los antecedentes que tiene el arbitraje de conflictos intrasocietarios desde sus inicios y su desarrollo en diversos países que lo fueron acogiendo en sus ordenamientos jurídicos.

Otro análisis se refiere a la eficacia subjetiva del arbitraje estatutario, es decir, el alcance que tiene una cláusula arbitral que se encuentra inserta dentro del estatuto fundacional de una sociedad.

PRIMERA: la aplicación del arbitraje por medio de una cláusula compromisoria para la resolución de conflictos que se generen dentro de la sociedad es una práctica relativamente nueva en la mayoría de los países analizados, pero que ha tenido un gran avance en su desarrollo gracias a la doctrina y la jurisprudencia, ayudando de esta manera a que el arbitraje estatutario sea reconocido y regulado por distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo.

SEGUNDA: la duda que existe respecto al alcance que tendría una cláusula arbitral estatutaria es uno de los puntos más controvertidos de este tipo de arbitrajes, ya que en principio el arbitraje obliga solo a las partes que suscribieron dicho acuerdo, en este caso las partes vienen a ser los socios fundadores, pero lo particular del arbitraje estatutario es su extensión a terceros que si bien no son suscriptores del contrato de sociedad, mantienen una relación jurídica directa con la sociedad, obligándose de manera automática en virtud de la ley y los estatutos a acatar todas las cláusulas existentes, incluyendo al convenio arbitral pactado en su fundación.

TERCERA: a pesar de la falta de norma específica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que regule la aplicación de cláusulas arbitrales estatutarias, esta no es una

práctica que se considera prohibida, ya que se puede encontrar en algunas normas artículos que si bien es cierto no mencionan particularmente al arbitraje estatutario, dan luz verde a la posible aplicación de dicho método.

6. Recomendación

PRIMERA: se sugiere que exista una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación y a la Ley de Compañías, en la que se implemente la figura del arbitraje estatutario y respectiva regulación como método de resolución de conflictos societarios.

SEGUNDA: se sugiere que los distintos Centro de Arbitraje y Mediación del país implementen en sus reglamentos modelos de clausula arbitrales estatutarias, como la de la Asociación Europea de Arbitraje:

“Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente, en el Centro XXXX , mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros, de conformidad con su Reglamento y Estatutos. Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración, y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se sustanciarán y se decidirán en un mismo procedimiento arbitral. En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propio Centro XXXXXX fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen hacen constar, como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.”

7. Bibliografía

Normativa:

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Asamblea Constituyente.

Ley de Compañías. (1998). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Quito: Registro Oficial .

Ley de Arbitraje y Mediación. (2005). *Asamblea Nacional del Ecuador* . Quito: Publicaciones Jurídicas.

Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera. (2017). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Quito: Registro Oficial

Doctrina:

Aguilar, H. (2001). *La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Bejar, F. (2014). LA EFICACIA SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL ESTATUTARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. *Revista de Derecho de la Universidad de San Sebastian*, 160-171.

Bianchini, M. (2006). Osservazioni in tema di (in)validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell'arbitrato c.d. endo-societario. *GIURISPRUDENZA COMMERCIALE*.

Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

Carazo, M. (2005). *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Gimenez, T. (1992). *Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones*. Barcelona: Tribunal Arbitral de Barcelona.

- Kassis, A. (1988). Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, t. 1, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel. *Revue internationale de droit comparé*, 911-912.
- Lipton, A. (2016). Manufactured Consent: The Problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws. *The Georgetown Law Journal*, 583-641.
- Martin, J. (2000). Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales. *Revista del Poder Judicial* , 237-300.
- Merino, J. (2013). Configuración del arbitraje intrasocietario en la ley 11/2011. *Revista Juridica de Castilla y León* , 7-8.
- Olaizola, F. (2005). El arbitraje societario en los tiempos de la globalización. *Revista juridica del notariado*, 85-142.
- Orrego, F. (2012). La extensión de la cláusula arbitral a terceros: Realidades económicas y ficciones jurídicas. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje: Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje.*, 131.
- Rodriguez, M. (2010). *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **García Medina, Galo Andrés**, con C.C: # **1205069311** autor del trabajo de titulación: **Arbitraje estatutario: antecedentes, alcance y aplicación en el Ecuador**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **19** de **febrero** del **2019**

f. _____

Nombre: **García Medina, Galo Andrés**

C.C: **1205069311**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Arbitraje estatutario: antecedentes, alcance y aplicación en el Ecuador.		
AUTOR(ES)	Galo Andrés, García Medina		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Boanerges Renier, Rodríguez Freire		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	19 de febrero del 2019	No. DE PÁGINAS:	23
ÁREAS TEMÁTICAS:	Arbitraje, Derecho Societario		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Solución alternativa de conflictos, cláusulas estatutarias, arbitraje, convenio arbitral, sociedades, conflictos, estatutos sociales.		

RESUMEN/ABSTRACT:

El arbitraje es uno de los varios métodos alternos de solución de conflictos que existen en el ámbito jurídico, este método es cada vez más utilizado para la resolución de conflictos que se generen en distintas áreas del derecho, en la actualidad se está aplicando este mecanismo para resolver los conflictos que surjan dentro de las empresas, con la implementación de cláusulas arbitrales dentro de los estatutos sociales de una sociedad, estas cláusulas son conocidas como cláusulas estatutarias. Estas cláusulas estatutarias generan dudas acerca de que tan extenso podría ser el alcance de la misma contra personas que si bien mantienen relaciones jurídicas con la compañía cuyo estatuto social tiene plasmada dicha cláusula, no ha firmado convenio alguno en el cual se exprese su voluntad de someterse a un arbitraje en caso de que se genere cualquier conflicto que involucre a la compañía que tiene la cláusula estatutaria, entonces ¿Podría esta cláusula extenderse hacia aquellos que no firmaron convenio arbitral alguno? ¿Es factible aplicar el arbitraje estatutario dentro del territorio ecuatoriano toda vez que este no ha sido reconocido en ninguna norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico?

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593982942219	E-mail: galogarciamed@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette Elise	
	Teléfono: +593 994602774	
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	