

# HERRAMIENTA 4

## Volumen 1 : Fundamentos

### RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO



Global  
Corporate  
Governance  
Forum



# HERRAMIENTA 4

## Resolución de conflictos de gobierno corporativo

### VOLUMEN 1: FUNDAMENTOS





Los conflictos de gobierno corporativo involucran a la autoridad corporativa y su ejercicio. Esos conflictos, con frecuencia, involucran a los accionistas, los miembros de junta directiva y los ejecutivos senior de la sociedad. Estos conflictos constituyen una categoría propia, diferente a los conflictos laborales, los del consumidor u otros que afectan a la compañía.

Aunque estos son menos comunes en las compañías bien gobernadas, la mayoría de las compañías, de todas maneras, van a experimentar conflictos de gobierno corporativo.

Para asegurar que los conflictos en gobierno corporativo se prevengan debidamente o se resuelvan eficientemente, este módulo ayuda a sus usuarios a identificar los diferentes tipos de conflictos de gobierno corporativo y el contexto en el cual estos pueden surgir.

**ESTE MÓDULO EXAMINA LOS SIGUIENTES TEMAS:**

- ▶ Conflictos de gobierno corporativo
- ▶ Otros conflictos que involucran a las compañías
- ▶ Diferentes tipos de conflictos de gobierno corporativo
- ▶ Cómo los conflictos de gobierno corporativo afectan diferentes tipos de compañías
- ▶ Contextos en los cuales el conflicto de gobierno corporativo puede surgir

# MÓDULO 1

## ¿QUÉ SON LOS CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO?

### CONFLICTOS QUE AFECTAN A LA AUTORIDAD CORPORATIVA

El gobierno corporativo es “el sistema por el cual se dirigen y controlan las compañías”.<sup>1</sup> Implica un equilibrio de poder entre tres grupos corporativos claves: la junta directiva, que se encarga del monitoreo, la supervisión y la dirección de la compañía; los accionistas, que invierten sus fondos en las acciones de la compañía y, por lo tanto, tienen el derecho a elegir y eventualmente remover directores; y la gerencia de la compañía, la cual es elegida por la junta para que maneje la compañía en sus labores del día a día. Por ley, las juntas directivas tienen la responsabilidad final de los asuntos de la empresa, la contratación y dirección de la gerencia y la representación de los intereses de los accionistas de la compañía. Así, la junta directiva se encuentra en el centro de la estructura de gobierno de la compañía.



La junta directiva electa es el principal órgano de gobierno corporativo. La junta nombra a la gerencia, liderada por el presidente, pero retiene la responsabilidad última de proteger la integridad de la compañía y la inversión de los accionistas.

Adicionalmente a la junta directiva, los accionistas y la gerencia, una compañía tiene muchos otros órganos o “terceros interesados” que son importantes para el funcionamiento u operación de la sociedad. Estos terceros interesados pueden incluir a los empleados, los proveedores, los acreedores, las instituciones financieras, la comunidad e incluso las agencias públicamente reguladas.

### ¿Cómo definir los conflictos en gobierno corporativo?

Los conflictos de gobierno corporativo involucran a la autoridad corporativa y su ejercicio, así como también los poderes de la junta directiva y sus acciones o sus fallas o renuencia a actuar. Estos conflictos pueden surgir entre la junta directiva y sus accionistas, o entre los miembros de junta directiva y la gerencia ejecutiva. También pueden involucrar asuntos entre los mismos miembros de junta directiva, y entre la junta directiva y otras partes interesadas. Un conflicto en gobierno implica a la junta directiva de una manera o de otra, como una parte o como participante activo, y requiere de la concurrencia de los miembros de junta directiva para su solución.

Los conflictos de gobierno corporativo surgen de diferentes maneras. Los conflictos más comunes incluyen:

- **Desacuerdos entre los accionistas de la compañía y la compañía o su junta directiva.** Un accionista o un grupo de accionistas reclama que sus derechos como accionistas han sido violados o que el valor de sus acciones ha bajado.
- **Conflictos entre la junta directiva y el presidente y/o la alta gerencia.** La junta directiva contrata al presidente y le da el poder y la capacidad para manejar la compañía. La junta directiva puede cuestionar el desempeño del presidente, o no estar satisfecha con él o ella. El presidente puede estar preocupado con el proceso de toma de decisiones de la junta directiva. Ambas

situaciones pueden crear una atmósfera contaminada en la cual la productividad y valor de la compañía se pueda ver afectada.

- **Conflictos entre los miembros de junta directiva.** Estos pueden incluir al presidente de la junta directiva, el presidente de la compañía y todos los demás miembros de junta directiva, tanto ejecutivos como no ejecutivos.
- **Conflictos entre la junta directiva y los representantes de los empleados.** En países como Alemania o Eslovenia, en donde los empleados tienen voz en la Junta de Supervisión o Consejo de Vigilancia de la compañía, las diferentes preocupaciones y visiones respecto del trabajo y la gestión pueden jugar un rol importante en la sala de juntas y, a veces, tener repercusión en los medios de comunicación.
- **Conflictos entre la junta directiva y la comunidad y/o los activistas sociales.** Los desacuerdos entre los demás órganos con la compañía se pueden volver asuntos en los cuales la junta misma se vea involucrada. Los asuntos que tienen que ver con las políticas sociales, el medio ambiente y la sustentabilidad se vuelven asuntos de gobierno, cuando estos asuntos se dirigen a la compañía a través del proceso de votación por poder o la solicitud para que actúe la junta directiva.

### ¿Cómo diferenciar los conflictos de gobierno corporativo?

Para entender mejor qué son los conflictos en gobierno corporativo, es útil distinguirlos de otro tipo de conflictos que pueden involucrar a la compañía. Por ejemplo, un conflicto en relación con un contrato, una demanda laboral o un asunto comercial involucra a la compañía como entidad, pero no pertenece a su gobierno. Estos conflictos son habituales en la práctica de hacer negocios, y por lo general, el resolverlos está en las manos de la gerencia. Como parte de sus funciones de supervisión y monitoreo, la junta directiva normalmente se informa acerca de los litigios significativos que puedan afectar la reputación, operaciones y finanzas de la compañía. Adicionalmente, es adecuado que la junta directiva se asegure, por sí misma, que la compañía tiene políticas y mecanismos de resolución de conflictos disponibles para mitigar las interrupciones y los gastos límites resultantes de estos conflictos. Pero el negocio rutinario o los asuntos comerciales se manejan por la gerencia: la junta directiva no debe tomar acción directa para resolverlos.



PARA CONOCER MÁS ACERCA DEL ROL DE LA JUNTA DIRECTIVA EN LA ADOPCIÓN DE POLÍTICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CORPORATIVOS, VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 2.



## EJEMPLO

### Conflictos en gobierno corporativo más comunes

#### Brasil

El 18 de junio de 2008, el Instituto Brasileiro de Gobierno Corporativo (IBGC) organizó un foro de discusión sobre el gobierno corporativo y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Cuarenta y seis participantes, entre ellos abogados, miembros de juntas directivas de compañías, accionistas, consultores, académicos y dos periodistas, recibieron un cuestionario acerca de la naturaleza de los conflictos de gobierno corporativo. El cuestionario relacionaba 10 tipos de conflictos y ofrecía espacio para comentarios. Se les pidió a los participantes que marcaran los cuatro conflictos de mayor ocurrencia con base en sus experiencias individuales.

Estos fueron los resultados:

TIPOS DE CONFLICTOS	OCURENCIA
TRANSACCIONES RELACIONADAS CON LAS PARTES	61%
DECISIONES DE INVERSIONES	55%
DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS	52%
DESEMPEÑO DE LA GERENCIA	52%
DECISIONES ACERCA DE FUSIONES Y ADQUISICIONES	45%
NOMINACIÓN Y NOMBRAMIENTO DE DIRECTORES Y FUNCIONARIOS	42%
DECISIONES SOBRE DIVIDENDOS	36%
REESTRUCTURACIÓN FINANCIERA Y PLAZOS DE ENTREGAS	24%
REMUNERACIÓN DE DIRECTORES Y FUNCIONARIOS	21%
OTROS ( ESTRATEGIA DE NEGOCIOS, CONFLICTOS DE AGENCIA)	12%
APROBACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES Y ESTADOS FINANCIEROS	0%

#### COMENTARIO

Desde 2008, el IBGC ha usado este cuestionario en algunos de sus programas de capacitación, y todas las veces, los participantes escogen las "transacciones relacionadas con las partes" como la principal causa de conflictos de gobierno.

FUENTE: IBGC.



### Conflictos de gobierno corporativo

- ▶ Los conflictos de gobierno corporativo involucran a la autoridad corporativa y su ejercicio.
- ▶ Las partes de un conflicto de gobierno corporativo pueden incluir a los accionistas de la compañía, los miembros de la junta directiva y los ejecutivos *senior*. Las demás partes que retan al gobierno corporativo, la ética o la estrategia de la compañía también pueden verse involucradas.
- ▶ Los conflictos de gobierno corporativo generalmente requieren de la atención de la junta directiva, independientemente de si la junta directiva o los miembros de junta directiva a título individual son parte directa del conflicto.

### Otros conflictos corporativos

Los conflictos corporativos se diferencian de otros conflictos que la compañía puede tener. A continuación se encuentran algunas comparaciones:

- ▶ **Los conflictos comerciales** surgen de la conducción del negocio. Involucran a las partes interesadas externas, como son los clientes, los consumidores y los proveedores. Así, representan un amplio espectro de asuntos. En todos estos, algo ha salido mal, al menos a los ojos de una de las partes, en el curso normal del negocio. El conflicto puede ser sobre una variedad de asuntos, tales como el precio, la calidad, los términos del contrato y el pago. Esencialmente, los conflictos comerciales traen problemas en los cuales una o más partes reclaman que las transacciones del negocio fueron desviadas en algún aspecto. El rol de la junta directiva puede incluir el asegurarse que existan procedimientos adecuados de resolución de conflictos. No obstante, este tipo de conflictos serán manejados, normalmente, por la gerencia.
- ▶ **Los conflictos financieros** pueden ser vistos, a veces, como un subconjunto de los conflictos comerciales. Sin embargo, estos conflictos involucran fondos que se necesitan para operaciones de capital o de negocios. Pueden involucrar asuntos como los derechos y obligaciones en la financiación de la deuda, el recaudo de fondos que se reclaman y demás asuntos que tienen que ver con la porción de la deuda de la estructura financiera de la compañía.
- ▶ **Los conflictos de acciones.** Muchos conflictos surgen de la negociación pública de acciones o de los bonos. En estos conflictos, una parte reclama, por ejemplo, la violación de una regla, en la venta, compra o intercambio de acciones. Los conflictos sobre acciones pueden involucrar a las partes que facilitan estas transacciones, como son las bolsas de los mercados de valores o los comisionistas o corredores de bolsa. Algunos conflictos sobre acciones — en donde los derechos se hayan podido haber violado — también pueden ser conflictos de gobierno.
- ▶ **Los conflictos laborales.** Esta categoría incluye las controversias entre la empresa y sus empleados, o entre empleados de la compañía. Los conflictos de empleo o laborales involucran típicamente desacuerdos sobre los salarios, los beneficios sociales o el ámbito de los asuntos laborales. Los conflictos entre un empleado y el supervisor son otro ejemplo. Los conflictos de trabajo también pueden versar sobre las condiciones de trabajo como son los asuntos de seguridad, las horas de servicio y prácticas no éticas o inadecuadas (por ejemplo, el empleo de menores de edad, la discriminación y el acoso). Aquí, de nuevo, el rol de la junta directiva puede involucrar el asegurarse que se establezcan las políticas y los procedimientos adecuados, dejando que la gerencia maneje el conflicto.
- ▶ **Los conflictos regulatorios.** Los gobiernos imponen regulaciones y restricciones sobre las compañías y sus operaciones. Las compañías o sus ejecutivos, con frecuencia, discrepan con la interpretación de la agencia reguladora sobre sus propias regulaciones o con la aplicación de estas regulaciones a la compañía. Estos conflictos involucran a la compañía y a las agencias reguladoras relevantes.

Como regla general, se debe hacer un escrutinio estricto sobre la identidad de las partes y la naturaleza del conflicto para distinguir los conflictos de gobierno corporativo de otros conflictos corporativos. Por ejemplo, puede surgir un conflicto entre la junta directiva y la gerencia sobre un contrato de servicios o bienes que se otorgó en violación a las políticas de la compañía, en transacciones relacionadas con las partes. Esto será considerado como una disputa de gobierno corporativo. En contraste, si aparece un conflicto entre la gerencia y un proveedor sobre los términos de dicho contrato, normalmente sería un conflicto comercial. ■

## CONFLICTOS QUE AFECTAN A TODO TIPO DE COMPAÑÍAS

Uno puede entender mejor los conflictos de gobierno corporativo y cómo estos pueden afectar a todo tipo de compañías si revisa algunos conceptos básicos sobre la organización de cada compañía. Las estructuras corporativas varían ampliamente, pero toda empresa corporativa involucra, al menos, tres requisitos básicos: capital, trabajo y liderazgo. El liderazgo, a su vez, se divide entre aquellos que participan en el gobierno de la compañía (los miembros de junta directiva) y aquellos que están directamente involucrados en la supervisión de los empleados y en la producción de bienes y servicios (los gerentes). Las relaciones e interacciones que involucran estos tres elementos del negocio pueden ser un suelo fértil para los conflictos.

Teóricamente, una compañía tiene vida perpetua. Esto quiere decir que la compañía continuará operando incluso cuando aquellos que la fundaron o que trabajan en ella dejen de estar involucrados. Durante su existencia, la compañía evolucionará y muchos aspectos de su gobierno cambiarán también, incluyendo sus accionistas, la gerencia y los miembros de junta directiva. Lo que comenzó como

un pequeño negocio de familia o como una empresa de las llamadas “punto com” puede, eventualmente, convertirse en una gran empresa cuyas acciones se negocian en bolsas de valores.

La enorme variedad de compañías, sumado a las diferentes normas legales y culturales, trae aparejadas muchas situaciones en las cuales pueden surgir conflictos de gobierno corporativo. Aquellos involucrados en asuntos de gobierno — los miembros de junta directiva, los gerentes o administradores *senior*, los inversionistas y demás partes interesadas — deberían ser conscientes de los tipos de conflictos que pueden surgir a medida que evoluciona el negocio de la compañía, su base de propietarios y la estructura del capital de la sociedad.

### Las empresas pequeñas

En una empresa pequeña, de propiedad de una sola persona, esa persona puede llenar las tres funciones básicas necesarias para hacer funcionar un negocio — aportar el capital, liderar y manejar el negocio y trabajar para producir bienes y/o servicios. Este escenario se hace más complicado si los fundadores de la compañía incluyen a más personas que, conjuntamente con la conducción del negocio, tienen que manejar sus relaciones unos con otros. En otras palabras, incluso en una compañía pequeña, de una sola persona, pueden surgir conflictos dentro del pequeño grupo dueño de la compañía y que controla el negocio.

En la medida en que crece la compañía, diferentes personas o instituciones asumen estos roles. El capital puede provenir de personas o de instituciones que invierten fondos a cambio de participación accionaria. También puede provenir de prestamistas, tales como bancos y otro tipo de instituciones financieras.

Sin perjuicio de las fuentes de financiación, los accionistas eligen a los miembros de junta directiva. Los miembros de la junta directiva, a su vez, contratan al gerente de la compañía, el cual es el responsable de contratar a los empleados y de manejar el negocio. A medida que el negocio se expande, la composición de los accionistas puede fácilmente hacerse más diversa, a menudo cambiando regularmente — incluso diariamente — a través de la negociación en las bolsas de valores, las ventas entre individuos y las herencias.

La gerencia también puede cambiar muy rápidamente a medida que el negocio evoluciona. Los fundadores que tenían cargos ejecutivos puede que no trabajen más en el negocio directamente. Sus acciones pueden licuarse cuando la compañía emite más acciones para recaudar



### CITA

#### Conflictos en empresas de familia

*“Los conflictos dentro de las empresas de familia tienen un carácter especial. En la mayoría de los casos, lo que está comprometido no es sólo una diferencia de opinión acerca de las políticas de negocios, sino también asuntos familiares y su historia. La forma en que se manejan estos conflictos en la familia impacta en los conflictos de estas empresas. Si existe poco diálogo y consulta dentro de la familia, generalmente también ocurrirá lo mismo en la empresa”.*

#### JOSEPH LIEVENS

SOCIO, EUBELIUS LAW FIRM (FIRMA DE ABOGADOS)  
MIEMBRO DEL FORUM'S PRIVATE SECTOR ADVISORY  
GROUP (GRUPO CONSULTIVO DEL FORO DEL SECTOR  
PRIVADO)

FUENTE: Josef Lievens. “Collaborative Conflict Resolution — The ‘Harvard Approach’ Applied to Family Business.” 2002 working paper provided by the author to the GCGF.





## Conflicto en empresa de familia

### India: Reliance Industries

Dhirubhai Hirachand Ambani fundó Reliance Industries en 1966 para importar hilos de poliéster y exportar especies. En 1977, hizo pública la compañía y el volumen del negocio se disparó a \$10 billones anuales para el 2002, puesto que el negocio se expandió a las petroquímicas, los textiles, la producción de petróleo crudo y gas, y a los productos de poliéster y polímero. Reliance Industries se convirtió en uno de los holdings no estatales más poderosos de la India.

Cuando Dhirubhai murió en julio de 2002, la familia Ambani controlaba el 46.76 por ciento de la compañía. Sin embargo, el fundador no había dejado un plan de sucesión que especificara el liderazgo de la compañía. Tampoco había dejado un testamento, lo que significaba que el negocio debía repartirse entre sus dos hijos, sus dos hermanas casadas, y su esposa. Ni la esposa ni las dos hermanas expresaron interés en manejar el negocio.

Los dos hijos de Dhirubhai (Mukesh Ambani, que tenía un M.B.A de la Universidad de Standford, y Anil Ambani, graduado de la escuela de Wharton) tomaron formalmente el mando del grupo tras la muerte de su padre. Rápidamente surgió rivalidad entre los dos por el control de la compañía, lo que resultó en una fuerte disputa familiar, que atrajo la atención de los medios de comunicación y preocupó a los inversionistas.

El 27 de julio de 2004, la pelea llegó a un punto crítico cuando los miembros de junta aprobaron la propuesta de dar a Mukesh Ambani el poder de desautorizar las decisiones de Anil Ambani.

“Se dice que el núcleo de las diferencias, sin embargo, sería que Mukesh Ambani quiere un mayor control de Reliance Industries y sus subsidiarias”, informó el *New York Times*. “Las fisuras entre los hermanos, aparentemente, se extienden más allá del control del grupo Reliance. Se dice que Mukesh Ambani no está contento con que Anil se haya involucrado en la política ni con su nominación como miembro del parlamento.”

El 16 de noviembre, el conflicto entró a la arena pública. Mukesh Ambani le dijo a un periodista en Mumbai que había “disputas relativas a la propiedad de la compañía” dentro de Reliance. Las noticias anunciaron el 19 de noviembre la caída más grande — una

baja del 3.4 por ciento — en las acciones de Reliance en tres meses, día en el que circularon ampliamente los comentarios en los periódicos.

El 25 de noviembre, seis de los catorce miembros de junta directiva de Reliance Energy renunciaron sin dar explicación. Las acciones de Reliance Energy cayeron un 6 por ciento, su mayor caída en seis meses.

En diciembre, Anil cuestionó la decisión de la compañía de considerar un programa de recompra de acciones, diciendo que no había sido informado ni consultado acerca de este tema, de acuerdo con lo publicado en el periódico *Times of India*. Esta discusión pública se sumó a la volatilidad del precio de las acciones de Reliance Industries, la cual quedó atrás en su desempeño en comparación con sus competidores.

En junio de 2005, los hermanos Ambani acordaron dividir el negocio de \$20 billones y, por lo tanto, dieron fin a la pelea por la propiedad de la compañía. Mukesh retuvo el control de la refinería, el petróleo, la exploración de gas, y de los químicos, mientras que Anil se quedó con los celulares, la energía y los servicios financieros. La noticia hizo que las acciones de Reliance alcanzaran sus puntos más altos. “Finalmente se acabó la guerra de trincheras”, dijo uno de los inversionistas. “Estoy seguro que las acciones van a subir. Es positivo para los accionistas y para el mercado de valores que este acuerdo se haya firmado”.

La tranquilidad se rompió en febrero de 2006 cuando Anil discutió los términos de un contrato de suministro de gas con Mukesh, acusando a Mukesh y su grupo de actuar de “manera arbitraria, no transparente e injusta”. El conflicto llegó a las cortes de la India.

Tensiones mayores aún surgieron en mayo de 2008, cuando la compañía de Anil, Reliance Communications Ltd. estaba en conversaciones de compra con MTN Group, el operador de redes de telefonía celular más grande de Sudáfrica. Mukesh reclamaba que tenía derecho prioritario de compra de las acciones controlantes de Reliance Communications Ltd.

En enero de 2009, la Alta Corte de Bombay levantó temporalmente la prohibición de venta de gas natural, permitiendo a Mukesh explotar sus reservas de gas.

## COMENTARIO

Esta situación ilustra los problemas que pueden surgir cuando no hay un plan de sucesión claro, y cómo los conflictos de familia, fundados en emociones y diferencias en las perspectivas del negocio, pueden afectar a una compañía que cotiza en bolsa. Según el *International Herald Tribune* del 27 de abril de 2005, “la pelea entre hermanos en Reliance pone de relieve cómo los intereses de los accionistas pueden sufrir cuando los miembros de una familia no pueden resolver problemas fundamentales”. Este caso demuestra cómo los conflictos prolongados pueden seguir emergiendo sobre problemas nuevos, que se derivan de las tensiones de hostilidades anteriores. Los conflictos no resueltos afectaron el precio de las acciones.

FUENTE: Saritha Rai, “A Family Rift Roils the Market in India”. *New York Times*, 23 de noviembre de 2004. Disponible en: <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9B0CE7D7163EF930A15752C1A9629C8B63>. Abhay Singh and Ravil Shirodkar, “Indians Await Peace at Reliance” *International Herald Tribune*, 27 de abril de 2005. Disponible en: <http://www.ihrt.com/articles/2005/04/26/bloomberg/sxreliance.php>. Ravil Shirodkar, “Reliance Shares Hit Record on Accord.” *International Herald Tribune*. 21 de junio de 2005. Disponible en: <http://www.ihrt.com/articles/2005/06/20/bloomberg/sxreliance.php>. “Face-off: Ambani Brothers Trade Fresh Barbs”. *Times of India*. 5 de febrero de 2006. Disponible en: <http://timesofindia.indiatimes.com/articleshow/msid-1401519,prtpage-1.cms>. Associated Press, “India’s Ambani Brothers’ Feud over Reliance Communications’ Talks with South Africa’s MTN”. *International Herald Tribune*, 17 de junio de 2008. Disponible en: <http://www.ihrt.com/articles/ap/2008/06/17/business/AS-FIN-India-Reliance-MTN.php>. Archana Chaudhary, “Indian Court Lifts Ban on Reliance’s Gas Field Sales”. *Bloomberg*, 30 de junio de 2009. Disponible en: <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601091&sid=a13c.Oi0MQ9Y&refer=india>.

capital. Como resultado, puede ser que ya no sean los dueños del capital accionario que controle la compañía, perdiendo así su habilidad para determinar qué miembros de junta directiva serán electos.

Con la expansión viene la necesidad, normalmente, de contratar más gente y de diferenciar las responsabilidades de los cargos, incluyendo la separación de la administración de los empleados. Aunque los empleados pueden ser dueños de acciones, normalmente no poseen acciones suficientes para controlar una elección de la junta directiva.

En resumen, a medida que crece el negocio se ensancha la separación entre la propiedad y el gobierno, por un lado, y entre la propiedad y la gestión del negocio, por el otro. La complejidad creciente y la diferenciación de funciones pueden fácilmente desencadenar desacuerdos y disputas.

### Joint ventures

Un *joint venture* es una alianza entre inversionistas que tienen fortalezas complementarias. Invariablemente, los derechos de propiedad y control de una compañía *joint venture* son susceptibles de conflictos de gobierno corporativo. Los conflictos pueden surgir en la junta directiva, acerca de la dirección estratégica de la compañía *joint venture*. Por ejemplo, una expansión de un *joint venture* local a otro mercado puede amenazar o traer más competencia para el socio que tenga más presencia en el mercado, y por lo tanto, esto puede llevar a divisiones en la junta directiva. En situaciones en las que ningún socio es mayoritario, esos conflictos, a menos que se resuelvan adecuadamente, pueden a veces llevar a puntos muertos.

### Empresas de familia

Los negocios de propiedad y operación familiar son muy comunes. La familia misma ofrece una estructura social definida que puede traducirse en una organización exitosa para un negocio. Sin embargo, las familias no son simplemente grupos de personas que se juntan para llevar a cabo un negocio. Están vinculadas entre sí por relaciones emocionales, sociales, económicas y legales que se añaden a los imperativos culturales. Por lo tanto, los conflictos de gobierno pueden resultar en enfrentamientos familiares y viceversa. Los factores que hacen fuerte y duraderas las relaciones de familia se pueden traducir en una estructura de gobierno saludable. De la misma manera, los factores que pueden resultar en rencor o desconfianza en la familia pueden producir un gobierno disfuncional.

Por ejemplo, cuando una generación se jubila o muere, la siguiente generación debe asumir los roles de sus predecesores. Esto, por lo general, desencadena muchos problemas. ¿Quieren todos los miembros de la familia

trabajar en el negocio? ¿Están todos los miembros de la familia igualmente calificados para ello y trabajan todos igualmente duro? ¿Cómo se va a determinar la sucesión — por línea de sucesión, edad, género o por criterios no familiares? ¿Las rivalidades y celos entre los miembros de la familia van a afectar la gobernabilidad del negocio? Estos y otros problemas relacionados pueden ser la base de serios conflictos, si no hay procesos ni mecanismos para su resolución ellos.

En un negocio de propiedad familiar, los conflictos inicialmente deberían ser resueltos por la autoridad del fundador. Sin embargo, en la medida que una generación sucede a la otra, los lazos entre los miembros de la familia tienden a debilitarse. Por ejemplo, la autoridad del fundador sobre sus hijos puede ser más fuerte que la relación entre los hermanos que heredan el negocio.

La siguiente generación de la familia puede involucrar a los primos, cuyos lazos pueden ser sustancialmente más débiles que aquellos entre padres e hijos, o entre hermanos. La propiedad compartida puede volverse más fragmentada de generación en generación, en la medida que cada miembro de familia divide sus acciones entre sus hijos. Los primos no responden a la autoridad del patriarca o matriarca como lo harían sus hijos. Los celos que se derivan de las rivalidades de los hermanos se traducen en conflictos emocionales sobre el curso del negocio.

Los miembros de junta directiva independientes o no ejecutivos se nombran, muchas veces, en las empresas de este tipo con la expectativa de que ayudarán a solucionar conflictos entre los miembros de la familia. Sin embargo, los miembros de junta directiva independientes no siempre están preparados para ese rol y pueden ver el manejo de



## EJEMPLO

### Conflicto en empresa de familia

#### Brasil

Cuando murió el fundador de la empresa, fue como abrir una caja de Pandora. El fundador había desarrollado una compañía líder a nivel internacional, a la que dejó con una estructura de administración profesional y un acuerdo de accionistas que incluía una cláusula de arbitraje. Esta, sin embargo, falló en la prevención de conflictos entre los herederos. Los dos hijos del fundador pronto iniciaron una feroz batalla judicial, que ha perdurado por más de tres años. Uno de los hermanos gasta mucho, y su mayor prioridad es controlar la compañía y financiar su lujoso estilo de vida. El otro hermano tiene grandes reservas de efectivo, se rehúsa a negociar y está a favor de una adjudicación. Sólo se hablan a través de sus abogados. La junta directiva está compuesta de seis miembros, no ejecutivos, que fueron relativamente exitosos en escudar a la compañía de los efectos del conflicto, aunque no fueron neutrales. Las asambleas de junta directiva se volvieron campos de batalla, en donde los abogados fueron los que establecieron la mayoría de las estrategias. El poder judicial ha sido ineficiente porque los jueces, con frecuencia, prefieren una “solución salomónica” que equilibre los intereses de las partes involucradas, en lugar de tomar decisiones que ayuden a la compañía. El hermano casi quebrado, eventualmente, elevó el conflicto al buscar ayuda de un “caballero blanco” que, en lugar, probó ser un “caballero negro” por sus métodos turbios y sospechosos. Las perspectivas fueron empeorando para los accionistas y para la compañía misma. Los problemas aumentaron y la compañía empezó a sufrir, en la medida que el conflicto se expandió, involucrando otros interesados y atrayendo la atención de los medios de comunicación.

#### COMENTARIO

La falta de planificación de la sucesión es una fuente común de conflictos en las empresas de familia a lo largo del mundo. Los miembros de los negocios de familia, con frecuencia, demoran estos procesos por varias razones, con frecuencia influenciados por el contexto cultural. En algunos casos, a los líderes se les dificulta dejar ir la empresa en manos de otros. En otros casos, las discusiones acerca de la sucesión se posponen por el miedo a que las decisiones puedan crear conflictos y produzcan críticas. En otras culturas, es aún más complicado o incómodo discutir la jubilación de uno de sus líderes o su muerte. Esto puede llevar a conflictos muy amargos y bochornosos que pueden herir la reputación de la compañía y su desempeño.

*FUENTE: Leonardo Viegas, Director, IBGC; Miembro del Forum's Private Sector Advisory Group (Grupo Consultivo del Foro del Sector Privado)*

estos conflictos como desconcertante y desafiante y, por lo tanto, permanecer “neutrales” a medida que se desarrolla(n) el(los) conflicto(s).



TEXTO EN RECUADRO: PARA VER LAS HABILIDADES QUE SE NECESITAN PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 3, MÓDULO 1.

### Compañías de propiedad del estado

Para algunas compañías, el gobierno del país en el cual está ubicado el negocio puede ser uno de los accionistas más significativos. En esas situaciones, los conflictos pueden ir más allá de los problemas o asuntos de negocios, e involucrar la política y los asuntos públicos. En los países en donde la política pública cambia de propiedad estatal y control industrial a privatización, el cambio en la estructura de gobierno, en la composición del grupo controlante y en los objetivos percibidos de la compañía pueden ser todos un suelo fértil para conflictos.

### Compañías que cotizan en bolsa

Pero, ¿qué ocurre cuando el negocio pequeño — sea de dominio familiar o no — prospera y crece? A medida que el número de accionistas se expande, sólo unos pocos de ellos formarán parte de la junta directiva y participarán en el gobierno de la sociedad. Es muy probable que ningún individuo o miembro de familia sea socio controlante del capital accionario de la compañía. Los requisitos de capital o el atractivo de una mayor riqueza para los accionistas pueden resultar en que la compañía se “vuelva pública”. La compañía y/o sus accionistas pueden vender acciones al público para reunir capital. Como las acciones de la compañía se negocian en las bolsas de valores públicas, la composición de los accionistas puede cambiar diariamente.

Los accionistas, con frecuencia, son instituciones tales como fondos de pensiones, compañías de seguros, fundaciones, fondos de capital privado, fondos mutuos (*mutual funds*) y fondos de capital de riesgo (*hedge funds*). Una compañía puede comenzar su vida con capital de una fuente institucional, y esa institución puede ser uno de los accionistas — o, quizás, un accionista controlante.

Una vez una compañía se hace pública, la gente que se vuelve accionista lo hace por objetivos de inversión propios. Los lazos emocionales no participan en las motivaciones de los accionistas, quienes pueden no tener una relación directa con la junta directiva ni con la administración de la sociedad. Así, la propiedad de la compañía puede divorciarse gradualmente del control de su junta y de su administración. Sin embargo, si estos accionistas no están



## EJEMPLO

### Conflictos en compañías de propiedad del Estado

#### Bulgaria: E.ON Bulgaria

Cuando la república de Bulgaria poseía un tercio de la compañía de servicios públicos regionales E.ON Bulgaria entre 2003 y 2005, las relaciones entre el gobierno y el propietario extranjero se tornaron cada vez más tensas. En 2005, el Ministro de Economía de Bulgaria, Petar Dimitrov, cuestionó el manejo de los dueños en una venta de dos distribuidoras de energía en Gorna Oriahovitsa y Varna a E.ON de Alemania. También objetó la falta de distribución de dividendos que debía haber ocurrido cuando la venta se completó. La venta se esbozó, inicialmente, a finales de 2004, con una fecha límite de abril 30 de 2005. En caso de que la operación se concretase para la fecha límite, el dividendo de 2004 se distribuiría proporcionalmente a los accionistas de acuerdo con sus participaciones en el capital. E.ON Bulgaria, en efecto, realizó la venta a principio de 2004, pero no pagó los dividendos prometidos bajo el acuerdo de venta. Los altos costos de reestructuración en los dos años anteriores a la venta de la empresa de servicios públicos y el auge de la construcción causaron que la demanda de electricidad se disparara. La compañía sostuvo que los dividendos debían ser volcados en inversiones necesarias para modernizar la red de transmisión, respondiendo a las acusaciones de que los dividendos estaban siendo expatriados.

#### COMENTARIO

En empresas de propiedad del Estado o en compañías parcialmente privatizadas, conflictos acerca de las metas estratégicas de corto plazo de la sociedad pueden surgir con mucha facilidad entre accionistas privados y accionistas públicos. El Estado, como accionista, puede tener expectativas de políticas públicas que no son ni una prioridad ni una preocupación para la compañía. Sea de propiedad del Estado o no, una junta debe actuar en el mejor interés de la sociedad y sus accionistas. Sin embargo, a los representantes del Estado puede resultarles difícil ignorar las presiones políticas y sociales que pueden entrar en conflicto con los mejores intereses de la compañía.

FUENTE: “Bulgaria: Raps Power Distributors for Dividend Non-payment”, *Dnevnik*, 9 de agosto de 2007.

satisfechos con la dirección o desempeño de la compañía, pueden buscar influenciar su gobierno.

La compañía puede crecer por fusiones, adquisiciones o expansión global. Su cultura puede cambiar. Estos desarrollos, a su turno, pueden traer a nuevos directores y gerentes o administradores *senior* que no tengan experiencia trabajando juntos.

En la medida que la compañía crece y cambia, las posibilidades de conflictos aumentan exponencialmente. Pueden surgir tensiones entre los miembros de junta directiva. Las compañías fundadas por familias pueden tener miembros de junta directiva, ejecutivos o accionistas significativos que sean descendientes del fundador. O algunos miembros de junta directiva pueden haber desarrollado lazos emocionales con la compañía. Estas superposiciones emocionales pueden enfrentarse con la

perspectiva del inversionista o de los miembros de junta directiva, que pueden estar motivados por sus propios objetivos financieros.

Los accionistas y los miembros de junta directiva con una visión de largo plazo de la compañía pueden aceptar retornos financieros más bajos, en el corto plazo, para fortalecer el futuro de la compañía. Otros accionistas o miembros de junta directiva pueden estar a favor de ganancias a corto tiempo. Los conflictos acerca de estos y otros asuntos estratégicos pueden emerger entre los accionistas o la junta directiva de la empresa. Si se dejan sin resolver, estos conflictos pueden llegar a un punto en donde los accionistas descontentos buscan reemplazar algunos o la mayoría de los miembros de junta directiva ejerciendo su poder, por medio de los derechos de voto de sus acciones. ■



## EJEMPLO

### Conflictos de estrategia corporativa

#### Estados Unidos – Emiratos Árabes Unidos: Sonus Networks vs. Legatum Capital

Sonus y su accionista mayoritario, Legatum Capital de Dubai, se encuentran en conversaciones para manejar varios conflictos.

En una declaración de junio de 2008, Legatum Capital de Dubai, empresa de la que se dice que posee el 25 por ciento de Sonus Networks Inc., planteó varios asuntos y dijo que iba a abstenerse de dar sus votos a aquellos directores que se presentarían a la elección a celebrarse en la asamblea anual del 20 de junio. Sostenía que el precio de las acciones de la compañía estaba llegando a la mayor baja en cinco años y se quejaba de que los tres miembros de junta en cuestión “habían presidido durante años de desempeño operativo regular”, que a la “compañía le faltaba transparencia” y que “su junta directiva... no respondía a las preocupaciones de los accionistas”.

Dos días después, Sonus respondió que estaba molesto con la declaración de Legatum y que necesitaba saber más de la estructura de Legatum. Sonus dijo que su negocio tocaba la infraestructura de seguridad nacional de telecomunicaciones de los Estados Unidos. No estaba claro quién, a través de Legatum, tenía las acciones de Sonus.

En la asamblea anual, los accionistas eligieron a tres directores, incluyendo al presidente de junta directiva y el presidente de la compañía, Hassan M. Ahmed. Legatum no otorgó su voto. Después, Sonus dijo que estaba dispuesta a discutir el nombramiento de un representante de Legatum en la junta directiva, después de un análisis del candidato por parte del comité de nombramientos de la junta y sujeto a que ambas partes firmaran de un acuerdo de preservación del *status quo*.

A mediados de mayo de 2009, la compañía nombró a Richard N. Nottenburg como presidente y gerente general. Sucedió a Ahmed, quien continuó en el cargo de presidente de la junta directiva.

### COMENTARIO

Este conflicto en gobierno corporativo transfronterizo ilustra las visiones en conflicto de la estrategia de la compañía. Mientras la prioridad de los accionistas minoritarios principales es buscar mayor involucramiento y mejores retornos, una de las prioridades de la junta directiva ha sido la preservación de los intereses de seguridad nacional.

*FUENTE: Robert Daniel “Sonus in Talks to Address Legatum’s Concerns”. Market Watch, 23 de junio de 2008. Disponible en <http://www.market-watch.com/story/sonus-networks-uas-investor-in-talks-to-resolve-dispute>.*

## CONFLICTOS QUE AFECTAN A PARTES INTERESADAS INTERNAS Y EXTERNAS

La mayoría de las compañías pueden experimentar conflictos en gobierno corporativo en algún momento. Estos conflictos caben en dos grandes categorías: internos y externos.

Los conflictos de gobierno corporativo internos ocurren dentro de la compañía, especialmente entre los miembros de junta directiva o entre estos y los gerentes o administradores senior. Estos conflictos con frecuencia tienen origen en la relación entre el presidente de la compañía y el presidente de junta directiva y/o los miembros de junta directiva, ejecutivos y no ejecutivos.

Los conflictos de gobierno externos involucran partes interesadas fuera de la compañía, principalmente los accionistas. Por ejemplo, los accionistas disidentes o dominantes pueden ver un cambio en las políticas de la compañía o en la composición de la junta directiva. En algunos casos, otros interesados, como son los empleados o la comunidad, pueden tener agravios o quejas que prefieren que sean resueltos por la junta directiva y no por la gerencia.

Los conflictos internos son obviamente los más perjudiciales para la toma de decisiones de la junta directiva, pero los conflictos de los accionistas preocupan cada día más a los miembros de junta. Si se dejan sin resolver, los conflictos de gobierno corporativo internos y externos pueden inhabilitar la capacidad de la junta directiva para funcionar y mejorar el desempeño de la compañía.



PARA ANALIZAR CON MAYOR PROFUNDIDAD EL IMPACTO DE LOS CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 2.

### Conflictos internos

Como las juntas directivas, por lo general, operan fuera de la vista del público, existe muy poca información empírica relacionada con los conflictos internos. Sin embargo, las pruebas de carácter anecdótico de los conflictos de juntas directivas que se hacen públicos indican que estas no siempre funcionan con fluidez, que algunas veces experimentan discordias y contiendas.

En los Estados Unidos, las compañías que cotizan en bolsa tienen que revelar los detalles de los conflictos internos que involucran a los miembros de junta directiva cuando un miembro renuncia o se rehúsa a presentarse para su

re-elección debido a desacuerdos que involucran las operaciones, las políticas o las prácticas de la compañía.<sup>2</sup>

Los conflictos de junta directiva, con mucha frecuencia, revelan serios problemas que la firma está atravesando. Esta situación puede llevar a grandes bajas en el valor de las acciones, desencadenar cambios en la alta gerencia e interrumpir el trabajo de la junta directiva.

Los conflictos de junta directiva se pueden clasificar en tres grandes categorías:

- los procesos de la junta directiva
- los problemas de agencia
- la estrategia corporativa



### EJEMPLO

#### Conflicto en la composición de la junta directiva Estados Unidos: Phoenix Timber Corporation

En 1985, un grupo de accionistas minoritarios, liderados y conducidos por el miembro de junta Michael Hermann, buscaba nombrar tres miembros de junta directiva independientes. El presidente de junta directiva del momento, Dennis Cook, quería mantener a los miembros ejecutivos en la junta. Hermann alegaba que la estructura existente era contraproducente y que le faltaba tanto innovación como espíritu de equipo debido a la intensa competencia interna. En una reunión muy tormentosa, ambas partes reclamaban que representaban el legado del anterior CEO de la compañía. La solicitud de Hermann no fue oída ni seguida; la estructura de la junta directiva se mantuvo igual. La inestabilidad, sin embargo, continuó y ello condujo a un bajo desempeño corporativo. Phoenix tuvo que anunciar una pérdida sustancial para ese año. Esto, a su turno, condujo a la renuncia de varios de sus directores, incluyendo al presidente de junta directiva, en el año siguiente al conflicto.

#### COMENTARIO

El conflicto dentro de la junta directiva puede crecer hasta el punto en que la junta se paraliza y se hace totalmente ineficaz. Los conflictos irresueltos de la junta directiva pueden llevar a un mal desempeño corporativo.

FUENTE: R. Reuben, *Corporate Governance: A Practical Guide for Dispute Resolution Professionals*. Washington, D.C.: American Bar Association, 2005.



## Conflictos que conducen a la renuncia de los directores Estados Unidos

Esta tabla nos muestra una clasificación de 168 conflictos en cuatro categorías, con base en el problema principal que citan los directores cuando renuncian: problemas de agencia, procesos de la junta directiva, estrategia corporativa y conflictos varios. Los episodios de los conflictos se identificaron en los archivos SEC 8-K entre 1995 y 2006, que contienen un *Anexo 17* (carta de renuncia del director) en donde menciona el desacuerdo.

CLASE DE CONFLICTO	EJEMPLOS DEL PROBLEMA QUE SE CITA	FRECUENCIA
<b>Procesos de junta directiva</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Las asambleas especiales de la junta directiva se citaron con poca anticipación, en relación con la importancia de los temas.</li> <li>Se les dio información insuficiente a los directores acerca de las finanzas y operaciones de la sociedad.</li> <li>El resignante fue forzado a votar sobre asuntos que no le eran familiares, sin el debate suficiente en la junta.</li> <li>No se revisó la información revelada de la compañía ni los contratos de trabajo de los ejecutivos.</li> <li>La compañía hizo un uso inadecuado del nombre del renunciante como firmante del formulario 10-K.</li> <li>Hay conflicto por el dinero (en efectivo o acciones) que se le debe a quien renuncia.</li> <li>No se renovaron los seguros de los directores y demás funcionarios.</li> </ul>	65
<b>Problemas de agencia</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>La gerencia parece trabajar por sus propios intereses, sin restricciones por parte de la junta directiva.</li> <li>Se le otorgaron facultades excesivas al presidente de la compañía.</li> <li>Las decisiones de la junta directiva, en relación con el personal administrativo, no protegieron los intereses de los accionistas.</li> <li>Hay desacuerdo en la adopción del plan de derechos de los accionistas.</li> <li>Los pedidos de renuncia del CEO/presidente de la junta fueron ignorados por este.</li> <li>Las prácticas de gobierno de la junta, especialmente en la compensación del presidente de la compañía y su sucesión.</li> <li>El presidente de la compañía usó un pseudónimo para publicar mensajes engañosos en las carteleras de mensajes de las bolsas de valores en Internet.</li> </ul>	42
<b>Estrategia corporativa y política financiera</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Hay desacuerdo sobre la dirección de la compañía</li> <li>La compañía perdió su foco de investigación y desarrollo (I+D) en detrimento de los accionistas.</li> <li>Hay falta de claridad en los planes de negocio, mercadeo y finanzas.</li> <li>Hay desacuerdo con la gerencia sobre cómo restaurar la rentabilidad de la compañía.</li> <li>La junta directiva rechazó una oferta de toma de posesión que hubiera agregado valor a los accionistas.</li> <li>Condiciones inadecuadas de oferta privada.</li> <li>La compañía está sub-capitalizada y, por lo tanto, es incapaz de hacer planes a largo plazo.</li> <li>El renunciante no está de acuerdo con la decisión de la compañía de tomar un crédito de financiación de \$15 millones.</li> </ul>	43
<b>Conflictos varios</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El ambiente de trabajo era contraproducente.</li> <li>La gerencia no fomentaba la diversidad en el sitio de trabajo.</li> <li>El presidente de la compañía retuvo los salarios de los empleados de línea.</li> <li>Los impuestos sobre los salarios de los empleados, que debió haber retenido y abonado la compañía, están impagos.</li> <li>Desacuerdos no específicos con la operación, políticas y prácticas de la compañía.</li> </ul>	18

FUENTE: Anup Agrawal and Mark. A. Chen. Julio de 2008. "Boardroom Brawls: An Empirical Analysis of Disputes Involving Directors" Universidad de Alabama y Universidad del Estado de Georgia. Documento de trabajo. Disponible en: <http://papers.ssrn.com>.



## EJEMPLO

### Conflicto de estrategia corporativa Rusia: TNK-BP

James Owen, el gerente financiero de TNK-BP anunció su decisión de renunciar en agosto de 2008. Owen explicaba por qué estaba dejando su cargo en una carta al presidente de TNK-BP, Robert Dudley, y a la junta directiva. En su opinión, el conflicto de la junta con los accionistas no le permitía lograr sus tareas como director financiero de forma transparente e independiente.

Después de asumir su cargo de gerente financiero en enero de 2006, Owen se convirtió también en un miembro de la gerencia *senior* de TNK-BP. Participaba con regularidad en las asambleas de la junta directiva y era el presidente de los comités claves en gobierno corporativo. Previamente, trabajó en Chevron.

El conflicto corporativo entre los accionistas de TNK-BP rusos y británicos involucraba conflictos acerca del desarrollo estratégico y el gobierno corporativo de la compañía. Los accionistas rusos insistían en la expansión de TNK-BP en los mercados internacionales, incluso si esto entraba en competencia con BP. Sugerían que BP tenga miembros independientes en su junta para asegurar la paridad con la junta de TNK-BP y sus compañías "hijas". Los rusos propusieron que Dudley fuera reemplazado por un miembro de junta independiente.

Los accionistas rusos también solicitaron que las contrapartes británicas mantuvieran el equilibrio entre el número de expertos extranjeros y rusos que trabajaban en TNK-BP. Los accionistas británicos ya habían rechazado estas sugerencias. A octubre de 2008, el conflicto estaba pendiente en los tribunales de justicia. Dudley tuvo que dejar Rusia y continuar manejando la compañía desde el exterior.

#### COMENTARIO

Este ejemplo muestra cómo los desacuerdos en estrategia y gobierno pueden evolucionar en conflictos muy destructivos, que pueden interrumpir el trabajo de la junta directiva, malherir la reputación de la compañía y llevar a la renuncia de ejecutivos clave.

FUENTE: RBC News, "English CFO Resigns". 4 de agosto de 2008.



## EJEMPLO

### Conflicto sobre fusión corporativa Estados Unidos: Hewlett-Packard

En 2002, la junta directiva se vio envuelta en una pelea acerca de la estrategia de la compañía, específicamente sobre si HP se debía fusionar o no con Compaq. Todos los miembros de junta apoyaron la fusión, excepto Walter Hewlett, el hijo del co-fundador de HP, Bill Hewlett. Muy pronto después de que Hewlett expresara su oposición, la familia de David Packard, el otro co-fundador de HP, anunció su apoyo a la posición de la familia de Hewlett. Juntas, las dos familias eran propietarias del 18% de las acciones con derecho al voto en circulación. El resto de la junta directiva fue muy expresa en apoyar la fusión; autorizaron enviar cartas a los accionistas, las cuales desacreditaban la opinión de Hewlett, diciendo que él era "un músico y un académico" y que "nunca había trabajado para la compañía". Walter Hewlett respondió relevando que los CEOs de ambas compañías recibirían un paquete total de compensación de \$115 millones si la fusión finalmente se completaba. La gerencia de HP acusó luego a Hewlett de diseminar información falsa acerca de las condiciones de empleo de los ejecutivos senior. También aclararon que la entonces presidente de HP, Carly Fiorina, sólo recibiría un paquete de compensación considerable si se mantenía en su cargo por tres años y producía un aumento significativo en el precio de las acciones. El conflicto entre Hewlett y la junta directiva condujo a una demanda muy costosa. Hewlett no fue nombrado de nuevo como director de la compañía fusionada HP-Compaq, y la imagen de la compañía se vio dañada por la campaña de los medios de comunicación.

#### COMENTARIO

Este famoso conflicto muestra lo sensibles que pueden ser las fusiones y las adquisiciones, y cuán fácilmente pueden llevar a conflictos muy costosos. Más aún, este conflicto nos da una visión de cómo los negocios y los asuntos personales se entrelazan, a medida que el conflicto se agrava. Estos conflictos, con frecuencia, no se pueden contener dentro de la junta directiva. Los medios de comunicación se vuelven un campo de batalla para las partes involucradas.

FUENTE: R. Reuben, Corporate Governance: A Practical Guide for Dispute Resolution Professionals. Washington, D.C.: American Bar Association, 2005.



Aunque son inevitables ciertas diferencias en cualquier grupo, en el ambiente corporativo ciertas situaciones aumentan significativamente el riesgo de que un desacuerdo pueda evolucionar y convertirse en un conflicto. Con frecuencia, estas situaciones ocurren durante las transiciones y antes o después de ciertos acontecimientos trascendentales:

- **La adopción de nuevas estrategias.** Cuando la compañía necesita un cambio de curso, la opinión de los miembros de junta directiva pueden diferir o sus ideas respecto a cuál debe ser su nueva estrategia pueden variar.
- **Fusiones y adquisiciones.** Una compañía puede someterse a grandes cambios estructurales y estratégicos durante su existencia. Las fusiones y las adquisiciones significativas pueden alterar la cultura y el dinamismo de la compañía, particularmente si la compañía se encuentra embarcada en un curso diferente al que tenía antes de la fusión. No todos los miembros de junta directiva puede sentirse cómodos con los cambios.
- **Cambio fundamental en la sociedad.** El determinar el curso último de la compañía puede exacerbar las tensiones de la junta directiva. Por ejemplo, las propuestas de capitales de inversión (*private equity*) de comprar una compañía y volverla privada involucran preguntas acerca de si la compañía mantendrá su forma actual. La posibilidad de una fusión o venta de una parte sustancial de la compañía hace surgir muchos problemas profundos acerca del negocio en sí mismo, pero con frecuencia tienen además un componente emocional.
- **La transformación de una compañía sin ánimo de lucro a una con ánimo de lucro.** Las organizaciones no gubernamentales, con frecuencia, se inclinan a cambiar de un modelo sin ánimo de lucro a uno con ánimo de lucro para atraer más capital para alcanzar sus metas de crecimiento. Por ejemplo, las instituciones de micro-finanzas están experimentando, cada vez más, esa transformación al constituirse ellos mismos en bancos, para movilizar depósitos y diversificar el rango de sus productos. Los conflictos de la junta directiva, en ciertas empresas, pueden surgir cuando algunos miembros de junta directiva temen que se produzca un desplazamiento de los objetivos originales de la compañía (*mission drift*) y quieren continuar alineando tales objetivos sociales con el objetivo de sus accionistas de obtener utilidades.
- **Situaciones de crisis.** No todos los miembros de junta directiva tienen el mismo enfoque respecto del manejo de las crisis. Estas situaciones pueden conducir fácilmente a conflictos contraproducentes en la sala de juntas.

Sea que la crisis se deba a los alarmantes resultados financieros, a grandes problemas en la calidad de sus productos o servicios o a un desastre natural, la visión de los miembros de junta en cuanto a cómo sortear la crisis suele variar. Algunos miembros de la junta directiva tienden a querer minimizar el impacto del problema, mientras otros prefieren revelar ampliamente (más allá de los requisitos obligatorios de revelación) los problemas — incluso si esto puede resultar en una baja, a corto plazo, del valor de las acciones.

- **Ambientes post-crisis.** Cuando la compañía ha emergido de una crisis significativa — financiera, operacional, de requerimiento gubernamental, litigio, etc. — la crisis, por sí misma, puede haber sido el elemento unificador de la junta directiva. El objetivo inmediato de sobrevivir a la crisis supera otras metas. Una vez la crisis se termina, la junta directiva se puede encontrar a sí misma sin metas compartidas ni lazos fuertes para unir a los miembros de junta. Como resultado, pueden surgir diferencias en relación a la estrategia y metas corporativas.

La composición de la junta directiva puede cambiar con el transcurso del tiempo. Algunos miembros se van y gente nueva toma sus lugares. Estos cambios no siempre ocurren con suavidad, especialmente cuando involucran un gran número de miembros de junta o el nombramiento de un nuevo CEO o presidente de junta directiva.



## ENFOQUE

### No todo desacuerdo es un conflicto

El discurso y el debate están en el corazón del trabajo de la junta directiva. La razón para tener una junta diversa e independiente es incluir un amplio espectro de visiones e ideas en las deliberaciones de los directores. Las diferentes visiones, perspectivas e ideas promueven el debate constructivo. Esto trae mayor información al proceso de toma de decisiones, desafía los preconceptos y agudiza el enfoque del negocio. El debate, sin embargo, no debería ser un lugar para que todos opinen del modo en que les parezca. Hay que establecer reglas y procedimientos para asegurar que el debate se dé ordenada y productivamente.

- **Cambio en la composición de la junta directiva.** Los cambios en la composición de la junta directiva que incluyen un número significativo de nuevos miembros en un periodo corto de tiempo, pueden conducir a malos entendidos y aumentar notablemente los conflictos. Por ejemplo, una fusión puede incluir miembros de junta directiva de la compañía adquirida que se unen a la junta del adquirente. O, se puede formar una junta totalmente nueva, y los miembros de junta directiva no estar familiarizados unos con otros puesto que no han trabajado juntos antes. Hasta que los miembros del grupo no hayan experimentado el trabajar juntos, el riesgo de tener discordias subyacentes y disputas abiertas es sustancialmente mayor.
- **Sucesión en la junta directiva y en la gerencia.** El escoger sucesores involucra estar de acuerdo con las necesidades actuales y futuras de la compañía. A su vez, estas percepciones se relacionan con el entendimiento de las estrategias de largo plazo. Cuando los miembros de junta directiva no están de acuerdo con estos asuntos fundamentales surgen desacuerdos y conflictos.
- **Nuevo CEO; nuevo presidente de junta directiva.** Cuando el CEO o el presidente de la junta directiva es nuevo, tiene que simultáneamente manejar su cargo nuevo desarrollando relaciones con los miembros de junta directiva. Estas grandísimas tareas abundan en posibilidades de malos entendidos y mala comunicación. La confianza es indispensable para las buenas relaciones entre el CEO, el presidente de la junta directiva y la junta directiva misma, y cualquier cosa que impida la construcción y sostenibilidad de esa confianza es una oportunidad para el conflicto.
- **Miembros de junta directiva nombrados por accionistas disidentes.** Una vez que alguien es elegido para una junta, tiene que usar su criterio y actuar sólo en interés de la compañía y sus accionistas. Entonces, los miembros de junta directiva nombrados y elegidos por los accionistas disidentes no deben servir únicamente como representantes o portavoces de los intereses específicos y las estrategias de inversión de aquellos que los nombraron y que votaron por ellos. Sin embargo, en términos prácticos, cuando se nombran miembros de junta directiva nominados por los accionistas disidentes, llegan a la junta directiva con opiniones acerca de la concentración y de la dirección de la compañía, que muy probablemente difieren de aquellos de las operaciones tradicionales. Esta colisión de ideas y visiones se torna inmediatamente propicia para los conflictos.



## GLOSARIO

### Accionistas y directores disidentes

- ▶ Accionistas disidentes son quienes se oponen a la gerencia o política de administración de la firma. Por ejemplo, los accionistas disidentes de Hewlett-Packard se opusieron a aquella oferta para comprar Compaq Computer.
- ▶ Directores disidentes son los que quieren cambiar las políticas de la firma y que generalmente actúan en oposición a las posiciones de los demás directores.

FUENTE: <http://financial-dictionary.thefreedictionary.com>.



## EJEMPLO

### Conflicto por aumento de capital

#### Kenia: Tsavo Securities Group

En octubre de 2008, el periódico Business Daily de Kenia reportó que los desacuerdos entre los directores de la agencia de asesoría financiera y de corretaje de acciones, Tsavo Securities Group, habían elevado sus preocupaciones sobre el gobierno corporativo de los intermediarios del mercado de capital.

Tsavo es el segundo caso, en un corto periodo de tiempo, en donde las intrigas de la junta directiva han amenazado el buen manejo de una firma de la industria de los valores financieros. Se cree que las batallas de Tsavo se iniciaron con el intento de la compañía de intentar recolectar más capital para financiar su expansión por medio de una colocación privada de acciones por valor de 250 millones de chelines keniatas.

#### COMENTARIO

Aunque la mayoría de los conflictos se mantienen en la sala de juntas, los medios de comunicación, cada día más, están informando sobre conflictos en gobierno corporativo internos, que muy probablemente empañan la reputación de la compañía.

FUENTE: Emmanuel Were y Eunice Machihi, "Boardroom Intrigues Threaten Tsavo Securities". Business Daily, 17 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.bdafrica.com>.

Otros asuntos con un alto riesgo de conflicto también involucran permanentes perturbaciones en el funcionamiento de la junta directiva. Estos incluyen:

- **No respetar el rol de la junta directiva versus el rol de la gerencia.** Las juntas directivas tienen un rol de supervisión y policía. Si los directores empiezan a cruzar la línea y comienzan a gerenciar, o si la administración no respeta el rol de la junta directiva, es probable que la compañía tenga problemas. De igual manera, la administración puede exceder su rol, inmiscuyéndose en áreas que la junta directiva cree que le pertenecen. En una estructura de junta directiva de dos niveles, esto se traduciría en el no respeto al rol de supervisión de la junta directiva versus el rol de administración de la junta directiva.
- **Dificultades entre la junta directiva y el CEO.** La junta directiva depende del presidente de la compañía para manejarla y desarrollar estrategias que la junta puede analizar y adoptar. El CEO, normalmente, tiene un doble rol — gerente y miembro de la junta directiva. Las relaciones con el presidente de la junta directiva pueden llenarse de tensiones y oportunidades para el diseño.
- **Dificultades entre el CEO y el de presidente de la junta directiva.** En compañías en donde los cargos de presidente de junta directiva y el de la compañía están separados o se encuentran en una junta directiva con una estructura de dos niveles, pueden surgir conflictos importantes entre las personalidades dominantes que defienden visiones diferentes para la compañía o quienes fallan en entender los parámetros de sus diferentes roles.
- **Insatisfacción con el contenido y la conducta de las asambleas de la junta directiva.** Sea que los cargos en la asamblea de junta directiva son el problema, o que la junta directiva haya estado usando procedimientos



## EJEMPLO

### Conflicto de la junta directiva vs. el CEO Estados Unidos

El recientemente reclutado CEO se dio cuenta, muy pronto, que el principal producto de mediana capitalización relacionado a la tecnología, era obsoleto. Con la ayuda de los consultores externos, el nuevo presidente ejecutivo desarrolló estrategias alternativas, una de las cuales fue finalmente adoptada por la junta directiva. Como primer paso en la ejecución de la nueva estrategia, adquirió otra compañía de mediana capitalización. La estrategia sirvió: el precio de las acciones aumentó, hubo felicidad en Wall Street y vinieron felicitaciones de la junta directiva.

Varios meses después, la junta directiva convocó al CEO, a su pesar, a una asamblea especial. En esta, el director de la junta directiva le entregó una carta de tres páginas que lo acusaba formalmente de violar las políticas de la compañía, incluyendo el código de ética. Siendo una persona muy decorosa, el presidente de la compañía no creía que jamás hubiera violado el código de ética de la compañía. La acción de la junta directiva no le dio la oportunidad de refutar los cargos. Furioso, herido y avergonzado por lo que el CEO percibía como una serie de acciones injustas por parte de la junta directiva, resolvió esperar hasta que sus acciones de tiempo restringido vencieran, y finalmente renunciar. El conflicto con la junta directiva nunca se resolvió aunque, desde el punto de vista del negocio en general, el CEO había impulsado un cambio estratégico efectivo. Finalmente, el presidente se fue de la compañía argumentando “razones de salud”.

#### COMENTARIO

En este caso, se habían estado gestando tensiones entre la junta directiva y el CEO. El CEO falló en establecer buenas relaciones con los directores y en entender sus puntos de vista individuales sobre la compañía y su negocio. La junta no hizo ningún esfuerzo por trabajar con el CEO, explicar sus preocupaciones, e intentar resolver los problemas antes de que derivaran en una confrontación. Ningún director actuó como el mentor del CEO.

Este caso ilustra las consecuencias potenciales cuando prácticamente no se utilizan mecanismos de prevención ni técnicas de administración de conflictos. Como las comunicaciones fueron ineficientes, los problemas aumentaron progresivamente, debajo de la superficie, y no se hizo ningún esfuerzo para solucionarlos en colaboración.

que prevengan las discusiones, la insatisfacción con las asambleas, en sí mismas, se puede volver un problema constante.

- **Uno o más directores con bajo desempeño.** Ser un director involucra un gran esfuerzo tanto de trabajo como de responsabilidad. Los directores que no comparten esta carga, o cuyo desempeño es pobre, obstaculizan a toda la junta directiva en el cumplimiento de sus objetivos.
- **Conflictos de interés potenciales.** Cuando aparecen conflictos de interés, puede que los directores breguen en direcciones opuestas. Por ejemplo, ante una oferta de adquisición que conlleva control, por parte de un fondo de capitales de inversión (private equity) en donde se le da al CEO la oportunidad de continuar en su rol después de que la compañía sea vendida, los intereses personales de este pueden ser diferentes a aquellos de los demás accionistas. Un CEO, que también es miembro de la junta directiva y que presiona una agenda que lo beneficia directamente, puede crear desacuerdos y conflictos dentro de la junta.
- **Enfrentamientos de personalidad.** Algunas veces los conflictos ocurren por enfrentamientos de personalidades. Dos directores pueden simplemente no caerse bien y su hostilidad puede envenenar el ambiente de la junta directiva. El hecho de que los miembros de junta directiva se caigan bien o no, no es un criterio para ser miembro de la misma. La gente tiene que poner sus diferencias personales y emocionales a un lado cuando trabajan en grupo en una junta. Los conflictos entre el presidente de junta directiva y el CEO — con uno u otro tratando de dominar la junta directiva — puede ser especialmente incómodo y perjudicial para el trabajo de la junta.
- **Directores controversiales.** Periódicamente, algunas personas prestan sus servicios en juntas que son contrarias o quienes, por personalidad u otros aspectos, no pueden llegar a un consenso con otros al actuar como directores. Este tipo de personalidad crea una serie constante de conflictos. Algunas veces, un director es, por temperamento, un contradictor que establece su punto de vista llevando la contraria de la opinión prevalente. En otras situaciones, particularmente aquellas que involucran directores menos experimentados, el director no entiende que uno pueda discutir un caso y participar en un debate, sin adoptar una actitud de confrontación. De igual manera, los directores menos experimentados pueden sentir inicialmente que su *status* de director independiente les exige que confronten abiertamente a la administración de la empresa. El ser un contradictor y desafiar las normas vigentes puede ser beneficioso y



## CITA

### Conflictos de juntas directivas

*“Los conflictos de juntas directivas, por lo general, involucran la alta gerencia de la firma y raramente ocurren sólo entre los directores externos. Más aún, en la mayoría de los casos, estos conflictos están relacionados a peleas sustanciales entre las visiones de los directores y la gerencia con respecto al funcionamiento de la junta, los problemas de agencia, la estrategia de la firma o las transacciones específicas de control corporativo o financiero. Esto sugiere que los conflictos de juntas directivas, muy probablemente, son los resultados de las luchas de poder entre la alta gerencia y ciertas facciones de la junta directiva”.*

**ANUP AGRAWAL**

PROFESOR, UNIVERSIDAD DE ALABAMA

**MARK A. CHEN**

PROFESOR, UNIVERSIDAD DEL ESTADO DE GEORGIA

FUENTE: Anup Agrawal y Mark A. Chen, “Boardroom Brawls: An Empirical Analysis of Disputes Involving Directors”. 1 de julio de 2008. Tercera Conferencia Anual sobre Ensayos de Estudios Legales Empíricos. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101035>.



## EJEMPLO

### Conflicto de la junta directiva versus el CEO Estados Unidos: Merrill Lynch

El presidente de junta directiva y de Merrill Lynch, Stan O’Neal, fue atacado en 2007 cuando la firma de corretaje más grande del mundo anunció pérdidas en su tercer trimestre de \$2.3 billones. Sin embargo, la exploración de O’Neal sobre las posibilidades de una fusión con Wachovia — sin el conocimiento ni la aprobación de la junta — condujo a la pérdida del apoyo de 11 directores de la firma, en lo que se llamó un motín corporativo. O’Neal fue despedido en octubre de 2007.

#### COMENTARIO

Para evitar conflictos sobre el rol de la junta en contra del de la gerencia o administración, todos los directores y ejecutivos senior deben tener un entendimiento claro y común de los deberes de la junta y sus responsabilidades.

FUENTE: NPR, 30 de octubre de 2007. Disponible en: <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=15768986>

estimulante para una junta directiva. Sin embargo, el desafío para la junta directiva es animar el pensamiento libre, el debate, y llegar a un consenso sin deliberaciones que se conviertan en conflictos y disputas internos.

- **Hallazgos de regulaciones adversas.** La gerencia está encargada de manejar y hacer funcionar la compañía de acuerdo con todos los requisitos legales aplicables. Si las agencias reguladoras acusan o determinan que la sociedad ha violado alguna regulación, pueden iniciarse recriminaciones y volverse esto una fuente de conflictos.
- **Mala conducta de algún ejecutivo.** Cuando el CEO es acusado de mala conducta, o si la junta directiva cree que este ha incurrido en mala conducta, sea cierto o no, pueden surgir malos entendidos y conflictos.

Cuando las circunstancias descritas arriba ocurren — o incluso sólo se sospechan — las juntas directivas deben reconocer el riesgo creciente de que se produzca un conflicto en el corto plazo. En estos casos, la responsabilidad de la administración involucra el reconocer el riesgo elevado y desarrollar procedimientos para resolver los desacuerdos antes de que se vuelvan conflictos o, en caso de que lleguen a serlo, acercarse a las partes para alcanzar un consenso.



PARA REPASAR EL TEMA DE LOS PROCESOS Y TÉCNICAS PARA PREVENIR Y RESOLVER CONFLICTOS EN LA SALA DE JUNTAS, VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 1.

### Conflictos externos

Hace no tantos años, los directores raramente tenían algún contacto directo con los órganos de la compañía diferentes a la administración. Los fundamentos para el aislamiento de la junta directiva era simple: para asegurarse que la compañía hablara con una sola voz, las juntas le dejaban a la administración la comunicación directa con las partes interesadas externas, incluyendo los accionistas. Los tiempos han cambiado. Los accionistas ya no son pasivos. Como resultado de los escándalos de alto perfil y la creciente desconfianza, los accionistas están escrutando más activamente la estrategia y el desempeño de las compañías, al mismo tiempo que están buscando un involucramiento mayor en los asuntos de la junta.

Los accionistas dominantes (grandes inversionistas institucionales, por ejemplo) con frecuencia expresan su desacuerdo con las políticas y las acciones de la junta directiva. Cada día más, los accionistas descontentos



## EJEMPLO

### Conflicto de fusión corporativa

#### Alemania: Deutsche Telekom y T-Online

La mayoría de los accionistas de T-Online le habían dado el visto bueno, en abril de 2005, a la reintegración de la compañía en Deutsche Telekom, el gigante alemán de las telecomunicaciones. Sin embargo, Deutsche Telekom no pudo avanzar en sus planes para reintegrar T-Online — su empresa de Internet que cotizaba en bolsa por separado — porque varios accionistas se opusieron a los términos de la oferta. T-Online le pidió a la corte que permitiera que su fusión con Deutsche Telekom se diera a pesar de las objeciones de los accionistas disidentes. Pero la corte decidió en contra de la fusión, y T-Online tuvo que apelar la decisión en la corte regional en Darmstadt. Un año después, en junio de 2006, la Corte Federal de Justicia despejó el camino para la fusión.

#### COMENTARIO

Este caso muestra cómo las batallas legales en relación a conflictos de gobierno corporativo pueden demorar decisiones importantes de estrategia corporativa. A pesar de todo, los problemas de Deutsche Telekom con los accionistas no terminaron ahí. Algunos accionistas minoritarios continuaron impugnando la tasa de participación de cambio a raíz de la fusión, diciendo que no reflejaba el precio de las acciones de T-Online. En marzo de 2009, una corte decidió que el gigante alemán de las telecomunicaciones debía reembolsar a los antiguos accionistas de T-Online. El costo podría alcanzar un total de \$252 millones. Los demandantes todavía consideran que la cifra es muy baja y podrían interponer una nueva demanda ante los tribunales.

FUENTE: Agencia France Presse. 29 de noviembre de 2005.



## Conflicto de estrategia corporativa

### Canadá: Environmental Management Solutions Inc.

En un comunicado de prensa del 3 de marzo de 2005, los accionistas disidentes de Environmental Management Solutions Inc. (EMS) anunciaron que habían depositado declaraciones juradas diseñadas para asegurar que la asamblea especial de los accionistas de EMS se celebrara según se había programado el 17 de marzo de 2005. “La asamblea fue convocada porque habían perdido totalmente la confianza en la junta directiva. El cambio drástico en la visión, dirección y estrategia de la compañía ha sido desastroso para todos los accionistas. Estos creen que la junta actual está intentando demorar la asamblea especial con el fin de dar tiempo para continuar con la estrategia de vender los activos principales y las divisiones de EMS.

“Los accionistas disidentes creen que esta es la estrategia equivocada para la compañía y que sólo continuará el proceso de erosión del valor del accionista. El 20 de enero de 2004, el día en que la actual junta directiva fue anunciada, las acciones de EMS cotizaban a \$3,60 por acción. El precio de la acción al cierre de la Bolsa de Toronto el 2 de Marzo de 2005 fue de \$0,78 por acción, una reducción del 78 por ciento.

“Los accionistas de EMS deben tener el derecho de elegir una lista de candidatos a directores que arregle inmediatamente la crítica situación financiera de EMS y que efectúe una apropiada emisión de deuda para que EMS pueda licitar contratos importantes. A menos que la asamblea del 17 de marzo de 2005 proceda, que sea electa una nueva junta directiva y que se ponga en marcha una financiación apropiada, EMS perderá la oportunidad de presentar ofertas millonarias en contratos y EMS y el interés de sus accionistas será irreparablemente dañado...

“Los accionistas disidentes creen que el modelo del negocio actual de EMS cambió tan dramáticamente que ya no se basa en la idea de ofrecer soluciones totales sino que se ha convertido en una organización con una pérdida de identidad, dirección y visión. Los accionistas disidentes creen en la visión y estrategia originales por las cuales se fundó EMS: volverse un proveedor nacional de servicios integrados para la industria de soluciones ambientales”.

### COMENTARIO

Los accionistas, incluyendo los disidentes y los minoritarios, están desafiando progresivamente las decisiones de las juntas. Si las opiniones y preguntas de los accionistas no se tratan de manera oportuna y adecuada, es probable que surjan conflictos que se revelen a los medios de comunicación y/o se terminen llevando a los tribunales.

Como ocurrió en este caso, el costo de estos conflictos puede ser extremadamente alto. El Informe Anual de EMS de 2005 decía: “El antiguo presidente y gerente general, a raíz de la terminación de su cargo, instauró una serie de demandas en contra de la compañía y la junta directiva. Estos costos, junto con los costos asociados de defenderse contra una solicitud de un accionista disidente liderada por el anterior gerente general resultó en cargos de reestructuración y otros ítems por \$5.3 millones durante los doce meses que terminaron el 31 de diciembre de 2005, compuestos por:

- ▶ \$1,0 millones en gastos de indemnizaciones por despido de empleados de la compañía;
- ▶ \$2,0 millones en cargos por asesoría legal y forense, de contabilidad y de consultoría en relación con la reorganización de la gerencia general;
- ▶ \$1,7 millones por la conciliación del litigio iniciado por el anterior gerente general y las partes relacionadas;
- ▶ \$0,3 millones en costos por cierre de locales y costos para salir de las instalaciones arrendadas; y
- ▶ \$0,3 millones en costos adicionales asociados con la asamblea general especial;
- ▶ Otros costos relacionados con la reorganización de las operaciones del oeste de Canadá se calificaron como parte de las operaciones descontinuadas”.

Más aún, el informe dice que “mientras la posibilidad de un litigio es un riesgo que cargan la mayoría de las compañías, EMS gastó la mayor parte del 2005 involucrada en litigios con varias partes asociadas con el antiguo presidente y gerente general, Frank D’Addario, lo que era una amenaza a su viabilidad como negocio. La incertidumbre producto de estas acciones legales fue una barrera para reestructurar sus préstamos de largo plazo, hacer los ajustes del caso para una futura financiación y asegurar la financiación necesaria para ganar nuevos contactos significativos. La conciliación que se negoció en 2005 y que se terminó en el primer trimestre de 2006 reduce los costos continuos y, más importante aún, remueve la significativa incertidumbre del futuro de la compañía.”

FUENTE: Business Wire, “EMS Dissident Shareholders Seek to Protect Shareholders”. Disponible en: <http://www.allbusiness.com/company-activities-management/company-structures-ownership/5029597-1.html>. Environmental Management Solutions Inc. Informe Anual de 2005 Business Wire, 3 demarzo de 2005. Disponible en: [http://www.englbecorp.com/pdf/annual-report/2005\\_Annual\\_Report.pdf](http://www.englbecorp.com/pdf/annual-report/2005_Annual_Report.pdf).



## Conflicto acerca de la divulgación de información financiera

### Bulgaria: Petrol

En junio de 2008, los tenedores de bonos de la empresa gasolinera Petrol estaban preocupados por el incumplimiento de la compañía en la declaración de sus números financieros auditados y consolidados para el 2007. Petrol había colocado oferta de bonos de 100 millones de euros con un cupón de 8,375% en octubre de 2006. Estos bonos se negociaban en la Bolsa de Valores de Londres.

En ese momento, los tenedores de bonos dijeron que el informe consolidado llegaba dos semanas tarde y que sus solicitudes de información de Petrol no habían recibido respuesta.

Extraoficialmente, las fuentes de las compañías le echaban la culpa de la demora en su informe financiero a la venta de 75 estaciones de servicio de Petrol y de una base de gasolina a la rival local Lukoil. Este negocio, aparentemente, hizo necesario realizar correcciones en los informes consolidados de 2006 y 2007.

Petrol ya había mostrado un alza de 2,3 veces sus utilidades netas no consolidadas para el primer trimestre de 2008 a 103.7 millones de leva (BGN, moneda nacional búlgara), como resultado de la transacción de Lukoil.

Los tenedores de bonos también se quejaban de que no habían podido obtener información acerca de los planes de gasto de las ganancias del acuerdo con Lukoil.

Un tenedor de bonos de Petrol reveló entonces que estaban contentos con el modelo de negocio del vendedor de gasolina y con la solución amigable de su disputa con Lukoil. Pero el hecho de que el bono se estuviera negociando por debajo del precio nominal era una fuente de preocupación, y ellos querían que la administración mirara con atención las actividades de la compañía.

Sin embargo, la venta de una gran parte de los activos es un evento desencadenante que puede mover a los tenedores de bonos a buscar el repago acelerado de su principal, de acuerdo con algunos tenedores de bonos.

Bajo las condiciones de las notas, Petrol está obligada a invertir sus ganancias de la venta de sus estaciones en una actividad de negocio similar o de lo contrario buscar el consentimiento de los inversionistas para canalizar los fondos en otro negocio.

El ambiente se enrareció alrededor del distribuidor de gasolina búlgaro después de que la agencia global de calificación *Fitch Ratings*, el 30 de septiembre de 2008, publicara la calificación de su solvencia y bonos en *Rating Watch Negative*.

Este movimiento se desencadenó por un mal manejo administrativo al gastar 463.5 millones de leva de ganancia por venta de activos en la recompra de acciones en el segundo trimestre de 2008, y otros fines que derivaban del plan de expansión del negocio que se le presentó a la agencia.

El distribuidor de gasolina recompró acciones que valían más de 90 millones de leva para distribuir dividendos a los propietarios mayoritarios a costa de los tenedores de bonos, poniendo en peligro la liquidez de la compañía, dijo Fitch.

La agencia alertó que, a menos que Petrol entregara información adicional acerca de las malas actuaciones, su perspectiva de calificación podría bajarse a negativa. Petrol le dijo a Fitch que la recompra de acciones era una inversión temporal.

### COMENTARIO

Este caso ilustra un conflicto público entre los tenedores de bonos y los accionistas que da una muy mala imagen a la compañía y su junta. Se espera que la junta sea más transparente acerca de los planes de la compañía y que resuelva el conflicto para darle seguridad a los tenedores de bonos, revertir la mala calificación y mejorar su imagen ante los medios de comunicación.

FUENTE: Dnevnik Daily, 4 de junio de 2008.

nominan a sus propias listas de directores disidentes cuando estos fallan en resolver sus asuntos con la junta. Los conflictos que se dejan sin resolver pueden amenazar la estructura de gobierno y el desempeño de la compañía.

Existen varias situaciones que pueden conducir, particularmente, a conflictos entre la junta y los accionistas. En Finlandia, por ejemplo, el conflicto más común está relacionado a la valoración del precio de las acciones durante la fusión o la adquisición. Comúnmente, se produce una batalla entre los accionistas mayoritarios, quienes inician la transacción, y los accionistas minoritarios, quienes temen resultar perjudicados por los precios que se fijen en la operación. Al dejarlos sin resolver, estos conflictos pueden conducir a pleitos de alto perfil en los tribunales, incrementar el riesgo a la reputación, perjudicar el gobierno de la compañía y amenazar con cambiar el curso de

la sociedad. No todos los accionistas actúan y piensan parecido. Los conflictos entre accionistas se pueden volver extremadamente complejos dada la variedad de puntos de vista en juego.

Los asuntos y áreas que están conduciendo a batallas entre las juntas y los accionistas de las compañías con mayor frecuencia incluyen:

- **Fusiones y adquisiciones.** Son muy comunes los conflictos entre los accionistas y las juntas respecto a una propuesta de adquisición o disposición de una parte sustancial de los activos de la compañía.
- **Procesos de toma de control.** Los accionistas, cada vez más, analizan los términos y condiciones de una toma que se propone, incluyendo el cumplimiento de las reglas internas (por ejemplo, los estatutos) y/o externos



## EJEMPLO

### Conflicto en el precio de las acciones

#### Rusia: UTK

En diciembre de 2004, y a pesar de las objeciones de los directores independientes, la junta de UTK decidió vender 52,5 por ciento de sus acciones en Telesot-Alania por \$6,196,575. Los directores independientes de UTK creían que este precio de transacción estaba por debajo del precio del mercado, con base en los estimativos de las agencias de calificación.

En diciembre de 2005, su evaluación fue confirmada cuando MTS compró el restante 47,5 por ciento de Telesot-Alania de un tercero por \$32,600,000. El precio de las acciones de Telesot-Alania era cinco veces más alto en diciembre de 2005 que en los años anteriores cuando se vendieron las acciones controladoras de la compañía.

Bajo la ley rusa, a pesar que son las juntas las que evalúan el valor de los activos, esta valoración tiene que basarse en el precio justo del mercado.

El 21 de junio de 2007, la Asociación de Protección al Inversionista (*Investor Protection Association*), a nombre de los accionistas minoritarios de UTK, interpusieron una acción legal en contra de la junta de UTK por los daños sufridos por la compañía.

Los accionistas minoritarios alegaban que el lucro cesante debido a la venta de las acciones por debajo del precio en 2004 causó que UTK sufriera daños sustanciales. Los accionistas minoritarios de UTK solicitaron que los directores de UTK indemnizaran a la compañía por daños estimados en \$8 millones.

El 30 de agosto de 2007, la Corte de Arbitraje de Moscú (una corte comercial) rechazó el caso en la primera audiencia. Insatisfechos con la decisión, la Asociación para la Protección del Inversionista sigue tratando de obtener una reparación en nombre de los accionistas minoritarios.

### COMENTARIO

Mundialmente, los accionistas minoritarios están examinando, cada día más, las decisiones que toman las juntas y están pidiendo acción, si sienten que sus derechos no se han respetado o — como en este caso — si creen que la junta tomó una decisión que no es en el mejor interés de la compañía. Este ejemplo también muestra que pueden surgir conflictos importantes entre los accionistas — especialmente entre los accionistas que controlan la compañía y los minoritarios.

FUENTE: *Investor Protection Association* (Asociación de Protección al Inversionista), Rusia — 8 de Junio de 2008.



(por ejemplo, las reglas de cotización en bolsa, la legislación sobre activos financieros).

- **Valoración de acciones y bonos.** Los conflictos entre los accionistas y la junta en la valoración de las acciones y/o los bonos son cada vez más frecuentes cuando existe una adquisición obligatoria de los intereses de un grupo pequeño de accionistas por parte de una sociedad anónima, por medio de compensaciones

en efectivo (la expresión en inglés es “squeeze out”; literalmente, “exprimir la compañía”). En Alemania, por ejemplo, un grupo de accionistas propietarios de al menos 95 por ciento de las acciones de la compañía tiene el derecho de excluir a los accionistas minoritarios restantes pagándoles una compensación adecuada. La decisión de “exprimir la compañía” debe ser tomada por votación en una asamblea de accionistas. Como la parte mayoritaria, ya de hecho, domina la mayoría de



## EJEMPLO

### Conflicto por sustentabilidad Estados Unidos: Exxon Mobil

Un grupo de fondos de pensiones e inversionistas institucionales acusó a Exxon Mobil Corp. de no actuar ante las preocupaciones sobre calentamiento global y solicitó una reunión con la junta de la compañía para tratar este tema.

Exxon Mobil había sido durante mucho tiempo el blanco de los ambientalistas y activistas por cuestionar el fundamento científico del calentamiento global.

Las demandas para que la compañía hiciera más para manejar las preocupaciones sobre el cambio climático y para que invirtiera en fuentes de energía renovable llegaron a su apogeo en los días siguientes a la asamblea anual de la sociedad, programada para el 31 de mayo de 2006, en Dallas.

El grupo, compuesto por administradores de fondos de pensiones de ocho estados y la ciudad de Nueva York, así como otros ocho inversionistas institucionales, dijeron que estaban preocupados por el manejo de Exxon sobre los problemas de cambio climático que la dejó rezagada frente a sus competidoras BP y Royal Dutch Shell.

“Exxon Mobil está apostando en gran medida, con el dinero de sus accionistas, a que la adicción mundial por el petróleo no se reducirá en muchas décadas”, dijo la Tesorera de Estado de Connecticut, Denise Nappier, en una declaración. “Como inversionistas, estamos preocupados porque Exxon Mobil no se está preparando suficientemente para ‘la energía del mañana’ y está corriendo el riesgo de verse rezagada, significativamente, detrás de sus rivales”.

En respuesta, Exxon dijo que tenía un diálogo continuo con los miembros del grupo y acordó una reunión para julio de 2006 para discutir estos temas.

Sin embargo, la reunión de julio se esperaba que fuera sólo con el personal de Exxon, dijo un portavoz del grupo inversionista, notando que estaban buscando una reunión con la junta de la empresa.

Exxon reveló su informe anual de la ciudadanía corporativa diciendo que estaba respondiendo al problema de cambio climático mejorando su eficiencia energética y deteniendo sus emisiones de gases que contribuyen al efecto invernadero, entre otras cosas.

“En parte, nuestra posición incluye el hecho de que reconocemos que la acumulación de gases que contribuyen al efecto invernadero en la atmósfera de la tierra impone riesgos que pueden ser significativos para la sociedad y el ecosistema”, dijo Exxon Mobil en su declaración. “Creemos que estos riesgos justifican acciones en este momento, pero la selección de las acciones debe considerar la incertidumbre que queda”.

### COMENTARIO

Los accionistas están responsabilizando a las compañías por sus obligaciones de prácticas comerciales sustentables. Mantener el diálogo, compartir la propiedad de los problemas y demostrar el compromiso en el manejo y dirección de las preocupaciones de los accionistas son algunas de las formas en las que las juntas pueden resolver los conflictos.

FUENTE: Reuters, “Investors Attack Exxon Mobil on Global Warming”. 19 de mayo de 2006. Disponible en: [http://www.enn.com/top\\_stories/article/4288](http://www.enn.com/top_stories/article/4288).

los votos, esto es, normalmente, una mera formalidad. El valor de la compensación se determina por la situación financiera de la sociedad cuando se produce la asamblea general, siendo la compensación mínima el precio promedio de la acción durante los pasados tres meses.

- **Falta de divulgación.** Los conflictos entre los accionistas y las juntas con frecuencia se relacionan a la pobre divulgación de información, financiera y no financiera, con base en las mejores prácticas y regulaciones.
- **Acuerdos de accionistas.** Cuando se compran acciones de una compañía, los accionistas mayoritarios firman, cada vez más, un acuerdo de accionistas que describe el gobierno de la compañía, incluyendo acuerdos parasocietarios para la venta y compra de acciones, las políticas de inversión, etc. Aunque pueden ayudar a proteger a los inversionistas, estos acuerdos también pueden ser suelo fértil para conflictos.
- **Incumplimiento de las mejores prácticas de gobierno corporativo.** Con la adopción de los códigos de mejores prácticas de gobierno corporativo a lo largo del mundo y los requisitos de cotización de las bolsas de valores, los accionistas pueden repasar el gobierno de las compañías en las que invierten accediendo a las páginas web de las mismas y comparando las prácticas de la compañía con las normas de gobierno. Los conflictos pueden surgir en cuanto a la interpretación e implementación de los códigos y la aplicación efectiva del principio de “cumpla o explique”, según se expone en varios códigos de gobierno corporativo.
- **Aprobación de la gestión y despido de los miembros individuales de la junta o de los ejecutivos.** Los accionistas, cada día más activamente, expresan su satisfacción o insatisfacción con los miembros de la junta. Pueden surgir conflictos acerca del desempeño de miembros de junta individuales y/o por la supuesta mala administración de un ejecutivo senior.



## EJEMPLO

### Conflicto transfronterizo

#### Malasia: Nike - Hytex

Nike Inc. dijo que había tomado algunos pasos para corregir los problemas de abuso a los trabajadores en una fábrica que utiliza en Malasia. El gigante de la ropa deportiva dijo que sus acciones reflejaban su preocupación por la escasez crónica de mano de obra en el país y cómo esta afectaba a los empleados de la fábrica.

Nike alegó la existencia de abusos en Hytex Integrated Bhd, un productor de ropa con base en Kuala Lumpur que es propietario de una fábrica que produce camisetas Nike. Nike, que tiene base en Beaverton, Oregon, dijo que había terminado su investigación inicial en cuanto a los “reclamos por las condiciones de vida inaceptables, la retención de los pasaportes de los trabajadores y el embargo de salarios” que comenzó justo después de que un informe de la televisión australiana informara del presunto maltrato en Hytex.

Michael Saw, director ejecutivo de Hytex, dijo que la compañía se había reunido con los funcionarios de cumplimiento de Nike para discutir las violaciones al código de conducta de Nike para los contratos con productores extranjeros, y que Hytex había rectificado la situación. “Hemos estado trabajando para Nike por los últimos 15 años”, dijo Saw, y sostuvo que los cuestionamientos acerca de los abusos revelados por el reportero australiano eran “desproporcionados” en relación con los hechos.

Nike se ha enfrentado a las críticas de sus prácticas laborales desde la década de los 90s.

### COMENTARIO

Los inversionistas y accionistas están presionando cada día más a las compañías para que se adhieran a las prácticas que aseguran que los empleados a nivel mundial tengan condiciones humanas de trabajo. Como resultado, las políticas de RSE y de gobierno corporativo adoptadas por compañías internacionales pueden resultar en conflictos con sus subsidiarias o proveedores. Estos conflictos transfronterizos se pueden complicar aún más por las diferencias legales, las costumbres sociales, los procesos judiciales y las prácticas de gobierno corporativo.

FUENTE: The Wall Street Journal Asia. 4 de agosto de 2008.

- **Nominación/nombramiento de los miembros de la junta.** Con mucha facilidad surgen conflictos entre accionistas mayoritarios y minoritarios (o disidentes) y entre accionistas y la junta sobre la nominación o nombramiento de los miembros de la junta directiva o ejecutivos senior, así como sobre los criterios de nominación.
- **Remuneración/bonus de los miembros de junta y de los ejecutivos senior.** El desacuerdo sobre la remuneración y/o bonus de los miembros de junta directiva y los ejecutivos senior, así como sobre las políticas de compensación de la junta es, efectivamente, un desacuerdo con el desempeño de la junta como supervisora de la administración y gerencia de la compañía. Si se rechazan las decisiones sobre la compensación de la junta, los directores sufren una vergüenza pública, y se hace claro que la junta y los accionistas, cuyos intereses representa la junta, no están alineados. El llamado *Say on pay*, o en español el “tener la palabra en cuanto a la remuneración”, por el cual los accionistas expresan su aprobación o desaprobación de la compensación de los ejecutivos senior es un tema muy sensible, altamente publicitado que puede desatar conflictos.

En jurisdicciones donde “tener la palabra en cuanto a la remuneración” no se exige, la cuestión de si la junta debe o no aceptar esta práctica, puede ser, en sí misma, contenciosa.

- **Responsabilidad Social Empresaria.** Los asuntos sociales y éticos que involucran al rango más amplio de partes interesadas de la compañía se están volviendo, cada día más, un tema para los accionistas, especialmente las instituciones que invierten traspasando fronteras. Pueden surgir conflictos acerca de las preocupaciones de los accionistas sobre las políticas de empleo y/o la interacción de la compañía con la comunidad, o incluso los países en los cuales tienen negocios.
- **Sustentabilidad.** A medida que el mundo se concentra cada vez más en asuntos que involucran la sustentabilidad, surgen preguntas sobre el futuro a largo plazo de la

compañía y las estrategias que aumentarán el precio de la empresa mientras se trabaja para proteger el ambiente y operar de manera sustentable.

- **Operaciones transfronterizas.** La globalización y el comercio transfronterizo aumentan los riesgos de una empresa de que las diferencias sociales, políticos y culturales puedan crear profundas divisiones entre la compañía y sus entidades externas. Los riesgos reputacionales y operacionales pueden aumentar dramáticamente.

Cuando el negocio de una compañía cruza los límites nacionales, o cuando los accionistas o directores provienen de diferentes países o culturas, el potencial de conflictos aumenta. Pueden existir diferentes perspectivas en cuanto al objeto social de la sociedad y si ese objeto social incluye el crear riqueza para la compañía y sus accionistas, o si la compañía existe principalmente para desempeñar cierta función pública. Por ejemplo, en algunos países, el objetivo principal de las empresas de servicios públicos, como las empresas de energía eléctrica o agua, es servir al bien común. Los directores y accionistas con perspectivas nacionales o culturales diferentes pueden ver el objeto principal de esa misma compañía como el crear valor para los accionistas, medido este en términos financieros. Así, las diferentes perspectivas nacionales, políticas o culturales pueden resultar en tomadores de decisiones que utilizan diferentes criterios para darle forma a sus diferentes visiones y decidir sus votos. Esta variedad de perspectivas pueden volverse la base de varios conflictos, muy arraigados en los valores culturales y percibidos como intereses nacionales o políticos.

Otros asuntos que pueden tener que ver con la cultura, la ley o política nacional pueden fácilmente existir también en la arena ética, o en situaciones en las cuales las políticas de un país difieren de aquellas de otro. Las empresas globales pueden estar sujetas a leyes que entran en conflicto y a mandatos éticos muy diferentes, situaciones que deben resolver. ■

## Notas Finales

1 Esta definición de gobierno corporativo fue suministrada por Sir Adrian Cadbury en 1992 en el *Report on Financial Aspects of Corporate Governance in the United Kingdom*. Londres: Gee and Company. Disponible en: <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>.

2 Anual Agrawal and Mark. A Chen. Julio de 2008. “Boardroom Brawls: An Empirical Analysis of Disputes involving Directors”. Universidad de Alabama y Universidad del Estado de Georgia. Documento de trabajo. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101035>.

# VOLUMEN 1: FUNDAMENTOS

## MÓDULO 2: ¿Por qué preocuparse por los conflictos de gobierno corporativo?

# 1.2



Las empresas, sus juntas directivas, los inversionistas y demás interesados claves tienen que cuidar los conflictos de gobierno corporativo una vez que existen, pues pueden herir de muerte a la compañía. Si se dejan sin ponerles atención, los conflictos de gobierno corporativo pueden tener un alto impacto negativo sobre la reputación de la sociedad, sus operaciones y su desempeño, y por lo tanto, conducir a la pérdida del valor de los accionistas y de su situación en el mercado.

Aunque los tribunales judiciales son la forma tradicional de resolver los conflictos en muchas jurisdicciones, el impacto del litigio de conflictos de gobierno corporativo puede ser altamente contraproducente. Los procesos pueden aumentar el conflicto, incrementar los costos, dañar la reputación de la compañía y demorar la resolución de los asuntos estratégicos. Más aún, los conflictos en gobierno corporativo, con frecuencia, no tienen las bases legales para ser tratados en los tribunales o se fundamentan más en asuntos personales y/o juicio de negocios que en principios legales.

### ESTE MÓDULO EXAMINA:

- ▶ El impacto de los conflictos de gobierno corporativo sobre la reputación de la compañía, operaciones y valor de los accionistas
- ▶ Los impedimentos y límites de los conflictos de gobierno corporativo en litigio
- ▶ La necesidad de tratar con eficiencia los conflictos de gobierno corporativo

# MÓDULO 2

## ¿POR QUÉ PREOCUPARSE POR LOS CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO?

### CONFLICTOS QUE PONEN A LA EMPRESA EN RIESGO

Por lo general, los desacuerdos en la sala de juntas son inevitables, especialmente cuando el directorio está compuesto por personas hábiles y con pensamiento independiente. Esto no es algo malo. Tienen que haber discusiones en la sala de juntas, y las decisiones deberían resultar de un proceso en el cual los directores consideren toda la información razonable disponible. Una junta directiva que nunca discute ni tiene desacuerdos, es más proclive a ser una junta directiva inactiva, pasiva o que no pone atención — en otras palabras, es una junta directiva poco eficiente que no cumple con sus funciones de supervisión ni lleva a cabo el deber de cuidado.



#### EJEMPLO

#### La necesidad de desacuerdo en las salas de juntas directivas

##### Estados Unidos: General Motors

El gurú de los negocios del siglo veinte, Alfred Sloan (1875-1966), quien era el presidente de junta directiva de General Motors de 1937 a 1956, hacía énfasis en la importancia de las discusiones en las salas de juntas, resumiendo el final de una reunión ejecutiva de GM de la siguiente manera:

“Señores, parto de la base de que estamos todos en total acuerdo con esta decisión” dijo. Todo el mundo asintió con su cabeza en acuerdo. “Entonces” agregó, “propongo que pospongamos las demás discusiones de este asunto hasta la próxima reunión, para darnos tiempo para desarrollar desacuerdo, y quizás entender mejor de qué se trata la decisión de la que estamos discutiendo”.

#### COMENTARIO

Las juntas directivas deberían discutir y debatir las decisiones estratégicas. Los desacuerdos no son conflictos, pero si se dejan sin hablar, pueden convertirse en conflictos.

*FUENTE:* The Economist, “Guru: Alfred Sloan”. Enero 30 de 2009. Disponible en: [http://www.economist.com/business/management/displaystory.cfm?story\\_id=13047099](http://www.economist.com/business/management/displaystory.cfm?story_id=13047099).

El activismo o habilidad de los accionistas de afirmar su poder como propietarios de la empresa para influenciar su comportamiento, es una moda positiva. Los accionistas que hacen escrutinio del desempeño de la sociedad y cuestionan sus decisiones estratégicas contribuyen a un buen sistema de salud corporativa, que ayuda a proteger los derechos de los accionistas y mantiene alerta a los miembros de la junta y ejecutivos *senior*.

Sin embargo, si los desacuerdos en la sala de juntas y/o conflictos de accionistas no se tratan adecuadamente, se pueden convertir en conflictos mordaces, que socavan el desempeño de la compañía. Si se dejan desatendidos y sin revisar, estos conflictos pueden intensificarse muy rápidamente, hasta volverse asuntos públicos que pueden producir consecuencias graves y a largo plazo para la compañía y sus accionistas claves.

Cuando los conflictos se hacen públicos y se discuten en la prensa o se desata un litigio, significa que hubo una gran falla en el gobierno. Esto expone un mal manejo de los conflictos en la junta directiva o entre la compañía y los interesados — principalmente los accionistas, pero algunas veces también con sus proveedores, clientes, acreedores y comunidades en las que la compañía opera. Los conflictos de gobierno corporativo reflejan la habilidad de los gerentes ejecutivos o miembros de junta para manejar los principales asuntos de estrategia y los conflictos.

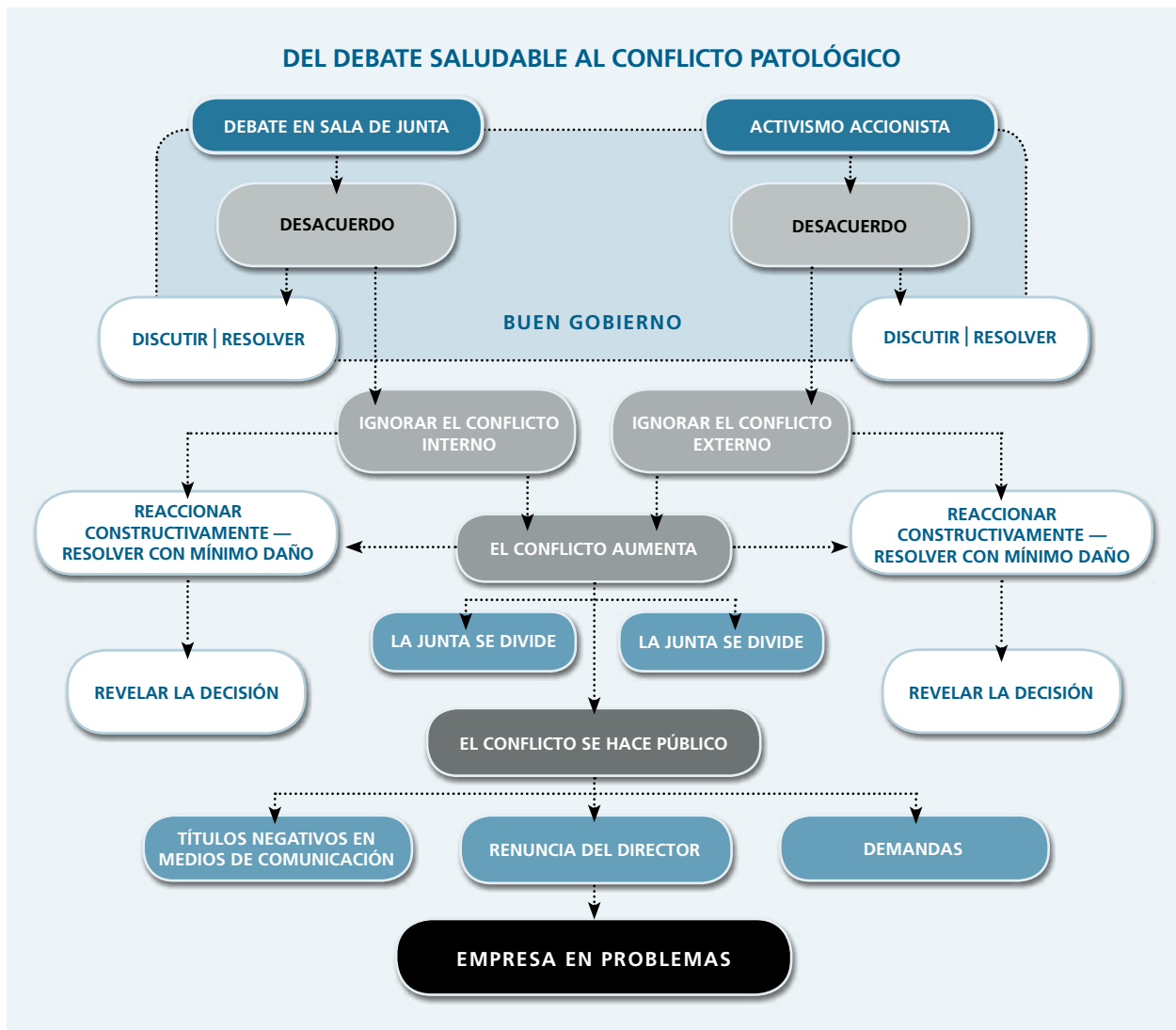


PARA SABER MÁS SOBRE CONFLICTOS INTERNOS Y EXTERNOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 1.

Los conflictos de gobierno corporativo minan la confianza en la compañía y dañan su posición competitiva. Los conflictos internos y externos de gobierno corporativo pueden impedir la habilidad de la firma de prosperar y crecer. A menos que se resuelvan rápidamente, y especialmente si se vuelven objeto de una demanda judicial y de los titulares de prensa, los conflictos de gobierno pueden debilitar la confianza del mercado de capitales en la compañía, amenazando su capacidad para atraer capital y retener inversionistas.

Las implicancias de los conflictos, por lo general, no resultan totalmente claras hasta que estos no se hacen públicos. En la mayoría de los casos, el conflicto se vuelve “tóxico” tan pronto como las organizaciones de noticias y/o los *bloggers* informan acerca de este. La reputación de la compañía se ve afectada inmediatamente, creando dudas para los accionistas y demás interesados (por ejemplo los inversionistas potenciales, clientes y proveedores). Los inversionistas pueden querer vender sus acciones. Las agencias de crédito le pueden bajar la calificación. Los acreedores y proveedores pueden hacerse más flexibles en las condiciones de los negocios que están dispuestos a aceptar. Los empleados pueden empezar a cuestionar el futuro de sus empleadores; los más capaces pueden dejar el trabajo por empresas mejor manejadas. En resumen, la compañía puede encontrarse bajo una presión tremenda para resolver el conflicto y restaurar el valor de sus acciones, a medida que el conflicto en curso se maneja públicamente.

Los medios de comunicación pueden ser un elemento crítico en el desarrollo del conflicto. Mientras que los accionistas e interesados tienen derecho a ser informados sobre los conflictos en curso, la gerencia *senior* o la junta directiva deben asegurar que el suministro de información se maneje adecuadamente, si no quieren que la situación se salga de control. Los medios de comunicación, con frecuencia, son usados por las partes en conflicto, los miembros disidentes de la junta directiva y los accionistas como herramientas para llamar la atención y presionar a la(s) otra(s) parte(s) o a la compañía para que manejen y enfrenten el conflicto y encuentren una solución. Esto es especialmente cierto cuando se involucran grandes empresas o existen asuntos sociales o éticos. Las juntas directivas deben ser capaces de comunicarse con efectividad y de manera oportuna con los medios de comunicación en todo momento, pero especialmente cuando la compañía atraviesa una crisis o está enredada en un conflicto.





## ENFOQUE

### Impacto de las disputas de gobierno corporativo

Aunque a la compañía le puede estar yendo bien, los conflictos de gobierno corporativo que se dejan sin revisar ni resolver pueden tener los siguientes impactos negativos sobre la empresa:

#### NIVEL 1

- ▶ Desviar los recursos de la junta directiva
- ▶ Interrumpir el trabajo de la junta directiva
- ▶ Obstruir las operaciones de la empresa
- ▶ Demorar las principales decisiones estratégicas

#### NIVEL 2

- ▶ Socavar la reputación de la compañía
- ▶ Reducir la participación en el mercado
- ▶ Disuadir a los inversionistas
- ▶ Hacer que el valor de la acción caiga
- ▶ Desviar los recursos financieros de la compañía
- ▶ Desviar los recursos humanos de la compañía
- ▶ Debilitar la confianza interna y externa de los interesados
- ▶ Acelerar la renuncia de los miembros de junta y ejecutivos *senior*

#### NIVEL 3

- ▶ Perjudicar el crecimiento
- ▶ Aumentar los costos de gobierno
- ▶ Acarrear altos costos de litigio
- ▶ Causar una ruptura en las relaciones de los interesados
- ▶ Afectar los resultados corporativos



## PRÁCTICA

### El costo de los conflictos de gobierno corporativo

Todas las compañías sufren consecuencias negativas de los conflictos en gobierno corporativo. El impacto real puede ser difícil de medir. En la mayoría de los casos, el impacto se subestima y sólo se toma en cuenta el costo directo del conflicto, si es cuantificable, y los honorarios legales asociados — especialmente si el conflicto llega a los tribunales. Cuando se evalúa el impacto de un conflicto, se deben considerar los siguientes factores:

- ▶ El costo del conflicto, en relación al valor del asunto en conflicto
- ▶ El número de miembros del personal involucrado en el manejo del conflicto
- ▶ Cantidad de tiempo del personal involucrado en el manejo del conflicto
- ▶ El grado de satisfacción con el resultado del conflicto
- ▶ El nivel de recuperación del conflicto
- ▶ La incidencia de la destrucción de las relaciones de negocios
- ▶ La incidencia de las renuncias de los miembros de junta y/o ejecutivos *senior*
- ▶ La incidencia de la pérdida de accionistas
- ▶ La incidencia de la pérdida de oportunidades de negocios
- ▶ El número de decisiones estratégicas demoradas
- ▶ La reputación o valor llave perdidas
- ▶ La cantidad de cobertura negativa por parte de los medios de comunicación
- ▶ ¿Otros?



## ENFOQUE

### Los conflictos de gobierno corporativo y los medios de comunicación

Si se dejan sin resolver ni enfrentar rápida y efectivamente, el conflicto atraerá la cobertura por parte de los medios de comunicación. Dada la proliferación de las tecnologías de comunicaciones, los grandes conflictos en gobierno corporativo no se pueden mantener ocultos por mucho tiempo.

#### La información puede filtrarse anónimamente o revelarse voluntariamente a los medios de comunicación por:

- ▶ La(s) parte(s) del conflicto (por ejemplo accionistas, miembros de junta directiva, ejecutivos *senior*)
- ▶ Denunciantes (por ejemplo empleados, acreedores, clientes)
- ▶ La compañía (por ejemplo a través de una declaración oficial de la empresa)
- ▶ Los interesados, incluyendo los accionistas disidentes
- ▶ Una demanda (por ejemplo los archivos públicos)

#### Las razones para la divulgación en los medios de comunicación incluyen:

- ▶ Fortalecer la posición de una parte
- ▶ Atraer la atención hacia el conflicto
- ▶ Actuar por el bien común
- ▶ Interponer una demanda
- ▶ Silenciar rumores

#### Los beneficios de la divulgación en los medios incluyen:

- ▶ Informar a los accionistas e interesados
- ▶ Generar presión para resolver el conflicto
- ▶ Contener y aplastar los rumores

#### Los riesgos de la divulgación en los medios incluyen:

- ▶ Crear información parcial, no balanceada, sobre el conflicto
- ▶ Aumentar los rumores
- ▶ Aumentar el conflicto (por ejemplo los medios de comunicación se vuelven el sitio de batalla del conflicto)
- ▶ Crear vergüenza pública



## EJEMPLO

### Conflicto de sala de juntas revelado al público

#### Australia: National Australia Bank (Banco Nacional de Australia)

A finales de 2003, para prepararse para su sucesión, Charles Allen, el presidente de la junta directiva del National Australia Bank, buscaba promover a uno de sus directores, Graham Kraehe, al cargo de presidente de junta alterno. Ocho de los nueve miembros de junta estaban de acuerdo con esta elección. Algunos analistas creyeron que el miembro de junta con mayor antigüedad en su cargo, Catherine Walter, pronunciaba su objeción porque ella misma quería la presidencia. La junta directiva decidió posponer su decisión en vez de parecer divididos.

En febrero de 2004, Allen y el gerente general, Frank Cicutto, renunciaron en vista de un escándalo grave de comercialización de divisas. Esta vez, Graham Kraehe fue escogido, por votación unánime, como el nuevo presidente de la junta directiva.

Aunque Catherine Walter, quien presidía el comité de auditoría de la junta, se ofreció voluntariamente para ser la supervisora de la investigación de PricewaterhouseCoopers sobre la pérdida en una negociación de 360 millones de dólares australianos (AUD), la junta directiva le impuso esta tarea a Kraehe, quien también era la cabeza del comité de riesgos. Las personas externas creen que esta decisión desencadenó la colisión entre los dos miembros de junta directiva de alto perfil, irrumpiendo con la colegialidad de la junta.

Las personas internas supusieron que Walter creía que el informe de PwC se usaría por parte del presidente de junta directiva Kraehe para removerla de la junta. Ella cuestionó la independencia de PwC, acusó al presidente de la junta de no compartir la información con los demás miembros de junta directiva y afirmó ser víctima de una venganza. Para evitar cualquier crítica, el presidente de junta decidió contratar al rival de PwC, Deloitte, para investigar las áreas en que la investigación de PwC pudiera considerarse que presentaba problemas. También contrató una firma de abogados para que supervisara el trabajo de PwC.

Walter, además, criticaba al comité de riesgos. El mismo se había establecido el año anterior pero sólo se había reunido una vez, pese a conocer la preocupación del regulador financiero en relación a las actividades de comercialización de divisas del banco.

Con las tensiones en alza dentro de la junta directiva, Kraehe acusó a Walter, en marzo, de filtrar



información a los medios de comunicación. Walter respondió que estaba compartiendo información en el mejor interés de los accionistas, pero que jamás había divulgado información confidencial.

En marzo, cuando el informe de PwC fue revelado, Walter tuvo que dejar su cargo de presidente del comité de auditoría. Aunque el informe no individualizó a Walter, sí señaló a los miembros de junta directiva refiriéndose a asuntos de supervisión de la junta. Los miembros y compañeros del comité de auditoría Kraehe y Ken Moss fueron promovidos.

Walter aceptó a decisión de la junta de removerla del comité de auditoría, pero expresó sus preocupaciones sobre la campaña de medios que libraba una batalla para derrocarla.

El presidente le escribió el 18 de marzo diciéndole que ya no contaba con su confianza ni la de los miembros de la junta. Siete miembros no ejecutivos de la junta anunciaron públicamente su intención de convocar a una asamblea general extraordinaria para que votara por sacarla de la junta.

Walter respondió que la junta había fallado en investigar completamente el escándalo de comercialización y que todos los miembros de junta deberían renunciar cuando expirara su mandato de tres años, sin beneficios de retiro.

En abril, la junta anunció que llevaría a cabo una asamblea general con los accionistas el 21 de mayo para considerar cinco resoluciones diferentes.

- ▶ Sacar a Catherine Walter de la junta
- ▶ Remover paulatinamente a todos los miembros no ejecutivos
- ▶ Censurar a la junta directiva
- ▶ Solicitar la búsqueda de un presidente nuevo
- ▶ Expresar los puntos de vista respecto de los miembros no ejecutivos y los beneficios de la jubilación

Bajo la presión, Walter y dos otros miembros de junta directiva (incluyendo a Moss) renunciaron a principios de mayo, y la asamblea general se canceló. El presidente Kraeher accedió a ceder el puesto luego de que Michael Chaney, que había sido designado a la junta en junio, asumiera como presidente de junta en septiembre.

Tan pronto como se anunció el nombramiento del muy respetado Michael Chaney, las acciones de NAB aumentaron en un 1.43 por ciento.

### COMENTARIO

Aunque el escándalo de la negociación desencadenó este altamente publicitado conflicto, la junta directiva se dividió por asuntos no resueltos entre el presidente y un miembro disidente de la junta. Como resultado esta perdió su concentración y no pudo sacar a la compañía de una gran crisis. Atascada en el conflicto, la junta directiva, en parte, falló en actuar en los mejores intereses de la compañía. Este ejemplo también muestra cómo los medios de comunicación se vuelven un campo de batalla importante para los conflictos internos cuando los problemas no se manejan adecuadamente dentro de la sala de juntas en su etapa inicial. Esto puede ser extremadamente dañino para la reputación de la compañía y conduce a la pérdida de la confianza de los accionistas.

*FUENTE: Sydney Morning Herald Online, "Heads Roll at NAB over Foreign Exchange Scandal". Marzo 12 de 2004. Disponible en: <http://www.smh.com.au/articles/2004/03/12/1078594547046.html>. Comunicado de prensa, "Chairman Outlines Board Renewal Program". Abril 6 de 2004. Disponible en: <http://nabgroup.com/0,,46793,00.html>.*

## Impacto de los conflictos internos de gobierno corporativo

Los conflictos internos de gobierno son aquellos que surgen dentro de la compañía misma — por ejemplo, entre los miembros de junta o entre la junta y el CEO o presidente ejecutivo. Si estos conflictos se hacen públicos pueden perjudicar la operación de la junta directiva.

Una junta directiva sumida en una controversia no puede ofrecer una administración que conduzca correctamente una estrategia de crecimiento sostenible de largo plazo. Cuando ocurren conflictos de gobierno, la junta y la administración pueden perder el foco de sus roles en la creación de valor para la compañía y sus accionistas. La atención y los recursos de la junta se desvían, lo cual

puede conducir a que la junta descuide sus funciones de supervisión y congele su toma de decisiones. El caos y la falta de claridad pueden, luego, dispersarse rápidamente a lo largo de los diferentes escalafones de la administración. Mientras que a simple vista, las operaciones de la compañía pueden parecer encarriladas, la concentración y la eficiencia de la gerencia son puestas en duda.

Para advertir el daño que los conflictos internos sin solucionar pueden causar, uno tiene que entender cómo las juntas directivas pueden tomar acciones que unan a la corporación. A diferencia del resto de la corporación, la estructura de la junta directiva no tiene un árbitro incorporado dentro de ella para resolver los conflictos.



## EJEMPLO

### El impacto de los conflictos de gobierno corporativo

#### Reino Unido y Estados Unidos: Cadbury Schweppes y Hersheys

En el año 2007, Todd Stitzer, presidente de Cadbury Schweppes plc en el Reino Unido, se reunió con su contraparte Richard Lenny, de Hershey Co. en los Estados Unidos, para proponerle la creación de una “potencia mundial de productos de confitería”.

La fuerte presencia de Cadbury en el mercado europeo complementaría la fuerza de Hershey en Norteamérica, sugería Stitzer. La combinación Cadbury-Hershey podría usar su fuerza conjunta para expandirse en mercados emergentes, incluyendo China e India. Ambas compañías ya tenían formadas sociedades con negocios existentes y exitosos. Una fusión se apearía sobre el éxito de esas sociedades.

En una respuesta inicial a la posible fusión, Leroy Zimmerman, que entonces era el presidente de junta directiva de Milton Hershey School Trust que tiene los derechos mayoritarios de votos en Hershey, dijo a *The Wall Street Journal* que el Hershey Trust tenía “la responsabilidad de escuchar todas las posibilidades potenciales que puedan existir”. Sin embargo, dijo que tenía “la confianza absoluta” en el equipo administrativo del momento y que no tenía la voluntad de ceder ningún interés de control sobre la compañía. El fideicomiso (*trust*) ya había decidido en contra de otra propuesta de venta en 2002, en respuesta a las protestas del personal.

La oposición del fideicomiso a la venta condujo eventualmente a la “jubilación” de Lenny y a la subsiguiente salida de ocho miembros de junta directiva, en octubre de 2007, la que fue referida por un periódico local como “la masacre de la noche del domingo”.

“El espiral descendente de Hershey nos ofrece una ilustración de cómo una falla en la comunicación y confianza entre los principales actores de una compañía — la administración, los miembros de la junta directiva y los accionistas clave — puede paralizar a una organización y hacerla vulnerable”, observó *The Wall Street Journal*.

### COMENTARIO

El despido del CEO y la partida de todos, salvo uno de los miembros de junta directiva, nos ofrece un ejemplo clásico de desconfianza y malos entendidos que se gestaron por un largo periodo de tiempo. La falta de comunicación abierta — en este caso, búsqueda de una fusión por parte de la administración sin avisar al accionista controlante — probó ser desastrosa para la administración, la junta y la fusión en sí.

FUENTE: J. Largon, M. Karnitschnig, y J. Lublin, “How Hershey Went Sour”. *The Wall Street Journal*, 23 de febrero, de 2008.

Si se compara la situación de la junta directiva con la de la administración, se puede observar que esta última tiende a organizarse jerárquicamente, con el CEO en lo más alto de la pirámide de la compañía. Él es quien toma la decisión final en cuanto al equipo de la administración y, por su propia autoridad, puede dar por terminados los conflictos entre los subordinados. En cambio, la junta es más democrática en sus operaciones. Actúa por votación formal; los resultados de esa votación constituyen la acción oficial de la junta. Cada uno de los directores tiene el mismo voto y poder. Los miembros de junta de más alta calificación – tales como el presidente de junta, director principal o presidente de comité – pueden estar en posiciones de ejercer una mayor influencia, pero ninguno tiene la autoridad de resolver individualmente un conflicto entre los demás miembros de junta.

Pueden existir muchos puntos de vista entre los miembros de junta. Las decisiones obligatorias sólo resultan de una votación que, junto con una descripción completa de la decisión tomada, es registrada por la secretaria de la compañía y guardada en las actas oficiales de la compañía.

Los votos de los miembros de junta directiva no tienen que ser unánimes, pero, en la práctica, es deseable que haya consenso entre ellos. Votos persistentemente disidentes o votaciones repetidamente demoradas por parte de la junta directiva, señalan una falta de consenso. Como los miembros de junta directiva votan sobre asuntos muy importantes, si no cruciales para la compañía, un disenso continuo entre los miembros de junta directiva señala a la administración y al público inversionista un desacuerdo irreconciliable acerca de los temas claves que enfrenta la sociedad. A su turno, este disenso afecta negativamente a la compañía y su negocio. La administración queda insegura acerca de la dirección que la junta busca para la compañía y las metas de desempeño que se implantarán. Cuando la administración no tiene una dirección clara, aumenta el riesgo de resultados mediocres. Esto genera un escenario en el cual la junta directiva, o al menos una parte de ella, siempre va a estar molesta con el desempeño de la administración, y la administración, a su vez, no tendrá una clara comprensión de las expectativas que la junta directiva tiene respecto de su labor

No hace mucho tiempo, el CEO dominaba las juntas directivas, normalmente seleccionado o aprobando a todos sus miembros. El CEO o fundador estaba, por lo tanto, en una posición análoga a su rol dentro de la administración. Por defecto, tenía la autoridad para tomar parte en los conflictos y llegar a alguna conclusión. La situación de hoy en día es diametralmente diferente en un número creciente de países. Más directores están poblando

juntas directivas que son cada vez más independientes de la administración; toman su rol de supervisión muy seriamente, en vez de someterse al CEO. Sin la capacidad del CEO para resolver los conflictos existe un vacío, y las juntas tienen que desarrollar sus propios mecanismos para el reconocimiento y resolución de los conflictos internos.



## EJEMPLO

### **El impacto de los conflictos de sala de junta sobre el valor y desempeño corporativo** **Estados Unidos**

En un estudio de consecuencias de conflictos en salas de juntas, usando un conjunto de datos de conflictos internos en compañías abiertas americanas entre 1995 y 2006, los investigadores Anup Agrawal y Mark A. Chen llegaron a las siguientes conclusiones:

- ▶ Los precios de las acciones declinan significativamente (tanto estadística como económicamente) a raíz de noticias de la partida de un miembro de junta en medio de controversias. Cuando el miembro de junta que renuncia es interno, la baja es aún mayor en magnitud.
- ▶ La baja en los precios de las acciones es normalmente mayor para conflictos relacionados con problemas de agencia, estrategia corporativa o decisiones financieras; por lo general, es menor para otro tipo de conflictos, como aquellos relativos a los procesos de la junta directiva.
- ▶ Las empresas con conflictos en salas de juntas experimentan un desempeño operativo pobre durante los años que rodean el episodio del conflicto, un debilitamiento en el desempeño del precio de la acción durante los 12 meses anteriores y posteriores a la renuncia de un miembro de junta directiva debido a ese conflicto, y una incidencia aún más significativa en la exclusión de la cotización en bolsa del mercado de valores en el año posterior al conflicto.

### **COMENTARIO**

Las renunciaciones de los miembros de junta directiva son, por lo general, una señal de conflicto dentro de la sala de juntas. Las renunciaciones impactan en el valor de la acción social, en las operaciones, en las relaciones con los interesados y en la moral del empleado.

*FUENTE: Agrawal and Chen, op. cit*

Irónicamente, las verdaderas características que le dan la capacidad y poder a las juntas directivas y las convierte en supervisoras eficientes de la compañía — independencia y diversidad — crean un ambiente muy fértil para los malos entendidos, los desacuerdos y los conflictos. Este nuevo ambiente eleva el riesgo de que los conflictos de la junta directiva y sus consecuentes amenazas a la efectividad de la misma aumenten, a menos que las juntas desarrollen y adopten procesos y procedimientos para el manejo de los conflictos.

De manera similar, en las empresas de familia el fundador de la compañía, de manera patriarcal o matriarcal, puede haber seleccionado y aprobado a todos los miembros de la junta directiva. Dado su posición dentro de la familia y su rol en la organización y crecimiento de la compañía, el fundador tiene la autoridad de tomar parte en los conflictos e imponer una decisión. Sin embargo, una vez que el fundador renuncia o muere, el sucesor (si no es él mismo la causa del conflicto) ya no tiene la autoridad y habilidad natural de resolver conflictos dentro de la junta directiva o con los familiares accionistas.

Más aún, los conflictos internos de gobierno son entre gente que tendrá que seguir trabajando muy de cerca y en conjunto. La meta en estas situaciones es que aquellos involucrados limen los asuntos de desacuerdo, sin impedir su trabajo. Puede ser deseable que todos los directores se mantengan en la junta directiva. El CEO puede querer continuar en su cargo. Por lo tanto, el proceso de la resolución no sólo tiene que ser veloz y eficiente, sino que tiene que dejar muy pocas, si no ninguna, heridas. Si, como parte de la resolución del conflicto, no se crea un ambiente en el cual las partes puedan trabajar tranquila y amigablemente en conjunto, surgirán nuevos problemas muy rápidamente.

Los conflictos que resultan en la renuncia de los miembros de junta directiva y ejecutivos senior son igualmente disruptivos para la compañía. Constituyen una pérdida para la compañía si las renunciaciones no tuvieron nada que ver con el desempeño sino que fueron los resultados de conflictos internos no resueltos.

El disenso persistente dentro de la junta directiva tarde o temprano se convierte en conocimiento público. La falta de consenso en la junta puede disminuir el interés de los inversionistas por las acciones de la compañía. Los prestamistas pueden sentir que el riesgo para el repago se eleva por la falta de consenso. El disenso también puede elevar el riesgo para la reputación. Los clientes pueden tener preocupaciones sobre la integridad de los productos y servicios de la compañía, a la luz de los conflictos de gobierno.

## El impacto de los conflictos externos de gobierno corporativo

Los conflictos externos involucran a la junta directiva y a los interesados externos. La insatisfacción del accionista, la intranquilidad de los activistas sociales, las preguntas acerca de las relaciones humanas y los asuntos transculturales pueden elevarse al nivel de la junta directiva si estos problemas no pueden ser resueltos por la administración. Los conflictos externos pueden hacerse públicos muy rápidamente, dejando que la junta lleve a cabo una solución en la arena del dominio público.



PARA UNA DESCRIPCIÓN MÁS DETALLADA DE LOS CONFLICTOS EXTERNOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 1.

Los conflictos externos pueden debilitar a la compañía. La insatisfacción de los accionistas puede preocupar a los mercados y llevar a la baja los precios de las acciones. La participación de fondos de capital privado y de fondos soberanos de inversión pueden conducir a esfuerzos para adquirir la compañía o remover a su junta directiva. La incertidumbre y caos que traen estas situaciones a la compañía sesga el planeamiento, consume los recursos de la compañía y perturba la atención de la administración y de la junta directiva.



### CITA

#### La inevitabilidad de los conflictos de gobierno corporativo

*“En 1998, los participantes del sector privado de Uganda se reunieron para establecer el Instituto de Gobierno Corporativo de Uganda con el objetivo de promover el buen gobierno corporativo a través de la propagación de los más altos estándares de conducta ética, eficiencia, rendición de cuentas y probidad para beneficio de los accionistas, trabajadores, consumidores y demás interesados. En este contexto, y existiendo el deseo de alcanzar las metas de un buen gobierno corporativo, uno puede esperar, inevitablemente, que surjan conflictos de gobierno corporativo”.*

**JUEZ GEOFFREY W. M. KIRYABWIRE**

JUEZ DEL TRIBUNAL COMERCIAL, MINISTERIO DE JUSTICIA, UGANDA

FUENTE: Geoffrey W. M. Kiryabwire, “Mediation of Corporate Governance Disputes through Court Annexed Mediation. Documento de trabajo suministrado por el autor al Foro

En eras anteriores y en algunas jurisdicciones, el poder del accionista en las empresas que negocian públicamente estaba disperso entre una base enorme de accionistas individuales. Estos accionistas carecían de la cohesión y de la sofisticación para desafiar a la junta y a la administración.

Hoy en día, sin embargo, la situación es muy diferente. En todas partes, los inversionistas institucionales dominan la propiedad de las compañías públicas. Si estos inversionistas son fondos mutuos (*mutual funds*), fondos de pensiones, fundaciones, fondos de capital de riesgo (*hedge funds*), fondos de capital privado (*private equity*) o

fondos soberanos de inversión, representan enormes *pools* de capital administrado por profesionales inteligentes y sofisticados. La información viaja instantáneamente a través de internet. En el pasado, los accionistas pequeños no podrían desafiar eficazmente a la junta de la compañía. Como ni ellos ni los inversionistas institucionales tienen ya las mismas limitaciones o impedimentos, sus disensos son dirigidos cada vez más a las juntas directivas.

Los conflictos en gobierno corporativo presentan un tremendo riesgo de aumentar dramáticamente. El aumento de inversionistas institucionales eleva las posibilidades de confrontaciones con la junta directiva. Este riesgo aumenta aún más con la globalización del negocio, lo que está ampliando los contactos de las compañías con otras sociedades y elevando el riesgo de desaciertos y conflictos culturales y, potencialmente, políticos. Las compañías están expuestas, más que nunca, a un rango más amplio de terceros interesados. Anteriormente, las relaciones de la compañía con las comunidades en las cuales operan, muy posiblemente, en las ciudades en las cuales ellas tenían su sede principal. Hoy en día, sin embargo, como los negocios son globales, las empresas deben interactuar con gente y gobiernos del mundo entero.

Mientras los mecanismos precisos para la resolución de conflictos externos pueden variar de aquellos más eficientes para conflictos internos, los conflictos de gobierno de todo tipo aumentarán en número y, si se dejan sin afrontar, crecerán hasta ser de gran impacto. ■



## EJEMPLO

### Accionistas desafían a la junta directiva Finlandia: Elisa

En el año 2007, un inversionista activista islandés, Thor Bjorgolfsson, criticó severamente a la junta directiva y a la administración de Elisa, la más antigua empresa de teléfonos de Finlandia. El conflicto incluía cargos de Bjorgolfsson en relación con la estructura y dirección de Elisa. La administración respondió acusando al inversionista disidente de tener una agenda escondida. Una coalición de accionistas institucionales, incluyendo Novator Finald de Bjorgolfsson que tenía el 20.5 por ciento de las acciones de Elisa, logró tener la aprobación de la junta sobre una medida que limita la junta de Elisa a seis miembros y permite la elección de cuatro nuevos miembros nominados por los accionistas.

#### COMENTARIO

Los movimientos de los accionistas disidentes para cambiar las políticas de la compañía a través de campañas de elección para que nuevos miembros formen parte de la junta directiva han aumentado significativamente. La concentración de grandes bloques de acciones mundiales en fondos institucionales eleva el fantasma de que estos conflictos y retos aumenten. Una situación contrastante es la decisión de la junta directiva de New York Times Company de reunirse con los accionistas disidentes, en vez de involucrarse en una pelea durante la asamblea de accionistas. Finalmente, la compañía y los disidentes resolvieron su conflicto, con la compañía acordando nominar dos de los cuatro accionistas propuestos por los disidentes.

FUENTE: David Ibson, "Icelanders Turn Up the Heat on Elisa".  
Financial Times, diciembre 12 de 2007.

## CONFLICTOS QUE PIDEN UNA SOLUCIÓN FUERA DE LOS TRIBUNALES

Sea en países desarrollados o en vías de desarrollo, la forma convencional de llegar a un acuerdo sobre un conflicto es por medio de un proceso legal. Los conflictos de los accionistas y, en algunos casos, los conflictos que surgen en las salas de juntas, pueden, de hecho, manejarse a través del litigio. Por ejemplo, las demandas de accionistas por reclamaciones monetarias de fusiones y adquisiciones pueden interponerse en una corte para llegar a un acuerdo. Usar el proceso judicial puede ser apropiado en los conflictos de gobierno corporativo en los cuales haya una cuestión sobre la aplicación adecuada de la ley y los derechos de las partes. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los tribunales no son árbitros efectivos de los conflictos de gobierno. Exponen y aceleran una ruptura usualmente irrevocable en las relaciones de negocios y algunas veces en las personales.

El litigio normalmente aumenta el impacto negativo de conflictos sobre el desempeño, reputación y valor de la compañía. El resultado tampoco arregla necesariamente las causas del conflicto. Más aún, el costo del conflicto

para la compañía se acelera exponencialmente, y las decisiones estratégicas que afectan a la compañía por lo general se ven demoradas. El litigio no es un proceso ni rápido ni barato. Puede prolongarse durante años. Mientras más dure, mayores son los costos de los gastos no presupuestados, la distracción de la administración, el consumo del tiempo de la junta y el impedimento de la toma de decisiones estratégicas y operacionales.

### Los costos de los procesos judiciales

Más allá de las posibilidades de ganar o perder un caso, allí donde la velocidad y la flexibilidad son prioridades, la resolución judicial puede ser contraproducente, por muchas razones.

- **El litigio es lento y engorroso.** Los conflictos de gobierno corporativo son sensibles al tiempo. Involucran asuntos que requieren soluciones rápidas porque son integrales a cómo la compañía lleva a cabo su negocio.

A menos que se resuelva el litigio, la toma de decisiones de la junta directiva se traba. Cuando la junta directiva falla en tomar decisiones, el desempeño de la administración (por ejemplo, el desempeño sin objetivos claros) se considerará por debajo del estándar. En otras palabras, las necesidades básicas de la empresa para funcionar eficientemente se pueden bloquear sin una solución rápida. La clave para manejar conflictos de gobierno corporativo eficientemente es actuar rápidamente y con certeza — sólo haciendo esto las juntas directivas pueden enfrentar el problema antes de que se vuelva imposible de solucionar.

La sensibilidad al tiempo también es un factor importante en los conflictos con las entidades externas. Mientras más tiempo permanezca el conflicto sin resolver, más incertidumbre sufrirán los inversionistas aumentando potencialmente el riesgo de la inversión e impidiendo la realización de las metas estratégicas. Los accionistas tienen que decidir si mantienen su inversión en la compañía o si mueven su capital a otro sitio. Los accionistas que demandan cambios en la junta no van a esperar años para que el conflicto se resuelva. Sin embargo, las demandas toman tiempo, normalmente años, tras su paso por el juicio y los recursos de apelación.

Incluso la mejor de las decisiones judiciales pueden resultar inútiles si los tribunales son demasiado lentos. Papua Nueva Guinea, las Maldivas y Eslovenia, por ejemplo, tienen fuertes leyes de protección al inversionista para interponer demandas y juntar pruebas. Pero incluso la más sencilla disputa comercial toma mucho tiempo en resolverse — 591, 665 y 1.350 días, respectivamente, en esos tres países.



### CITA

#### El litigio destruye las relaciones

*“La gente de negocios pasa su vida construyendo relaciones, pero tan pronto como surge un conflicto, si las partes recurren al litigio, la naturaleza adversarial de este destruye esas relaciones. Debería ser parte de los deberes de los miembros de junta el actuar en el mejor interés de la compañía para poner a prueba y preservar las relaciones de negocios.”*

*“Los analistas y consultores han encontrado que lo que los interesados más quieren después de la calidad de sus productos y servicios es tener confianza en la empresa. Tan pronto como surge un conflicto que enfrenta a las partes se desdibuja la confianza pública.”*

#### PROFESOR MERVYN LING, SC

PRIMER VICE-PRESIDENTE DEL INSTITUTO SUR AFRICANO DE MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA

MIEMBRO, GRUPO DEL FORO DE ASESORES DEL SECTOR PRIVADO

FUENTE: Directorship Magazine, 2008.

Más aún, en algunos países, el volumen de casos hace imposible que los jueces manejen cada caso exhaustivamente. En India, por ejemplo, son comunes los atrasos en los casos y las batallas legales por décadas. A pesar de tener alrededor de 10.000 tribunales (sin contar tribunales y cortes especiales), India tiene una gran escasez de funcionarios judiciales. Un conflicto laboral por despido, impugnado hasta agotar todas las apelaciones, puede durar hasta 20 años, mientras que las peticiones de recursos en las Altas Cortes pueden tomar entre ocho y 20 años. Alrededor de 63 por ciento de los casos civiles pendientes tienen más de un año y 31 por ciento exceden los tres años.

- **El litigio distrae a la junta directiva.** Los conflictos de gobierno distraen a las juntas directivas de su trabajo y demoran decisiones importantes y sensibles al tiempo. Cuando estos conflictos se vuelven o amenazan con volverse en objetos de litigio, el costo e impacto sobre las operaciones de la junta aumenta considerablemente. No sólo el progreso del litigio sino también las cantidades inmensas de tiempo y energía

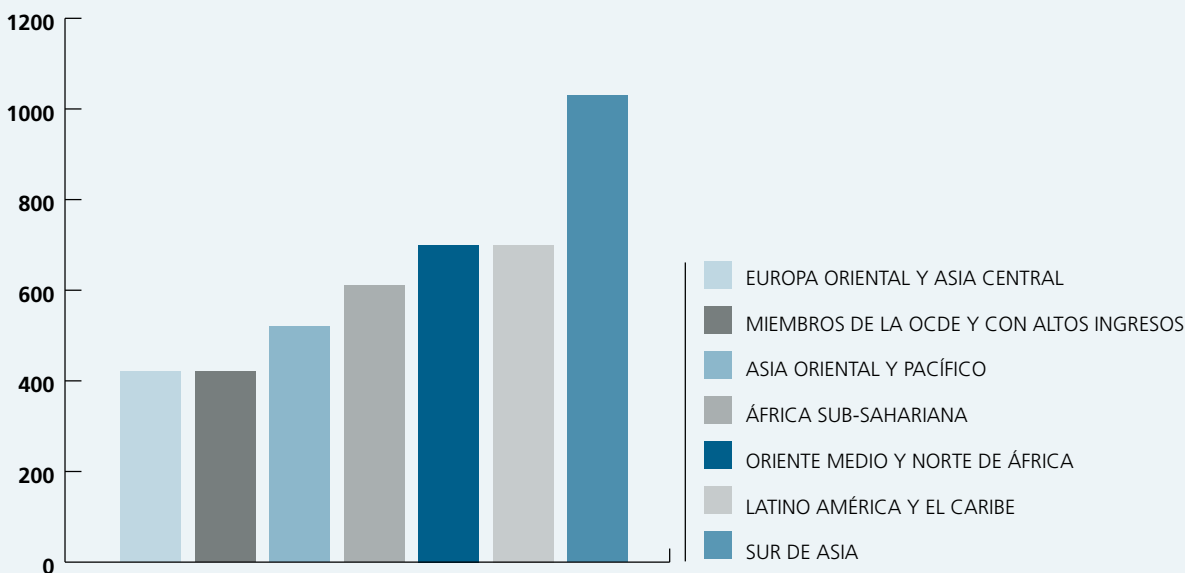
que se requieren para su preparación resultan en un agotamiento de la administración, cuyo trabajo es operar eficientemente el negocio.

- **Al litigio con frecuencia le falta una solución ajustada.** Los jueces deciden los hechos y aplican la ley de la manera como entienden el problema. Pero un juez puede tener poca o nada de experiencia en el manejo de los problemas particulares de una empresa y sus conflictos de gobierno corporativo.

Los tribunales no siempre tienen personal y la pericia suficiente para entender y litigar adecuadamente el gran número de conflictos complicados que involucran a accionistas de las compañías que cotizan en bolsa.

- **El litigio es costoso.** Los costos de un litigio han aumentado exponencialmente casi en todas partes. A menos que una compañía esté buscando establecer un precedente especialmente fuerte, o se busque una respuesta para la sociedad de advertir sobre miles de casos similares, las batallas judiciales tienen que evitarse y mantenerse en la excepción.

### NÚMERO DE DÍAS PROMEDIO PARA HACER EXIGIBLE UN CONTACTO EN 2008



FUENTE: Banco Mundial, Base de Datos de Doing Business. 2008.

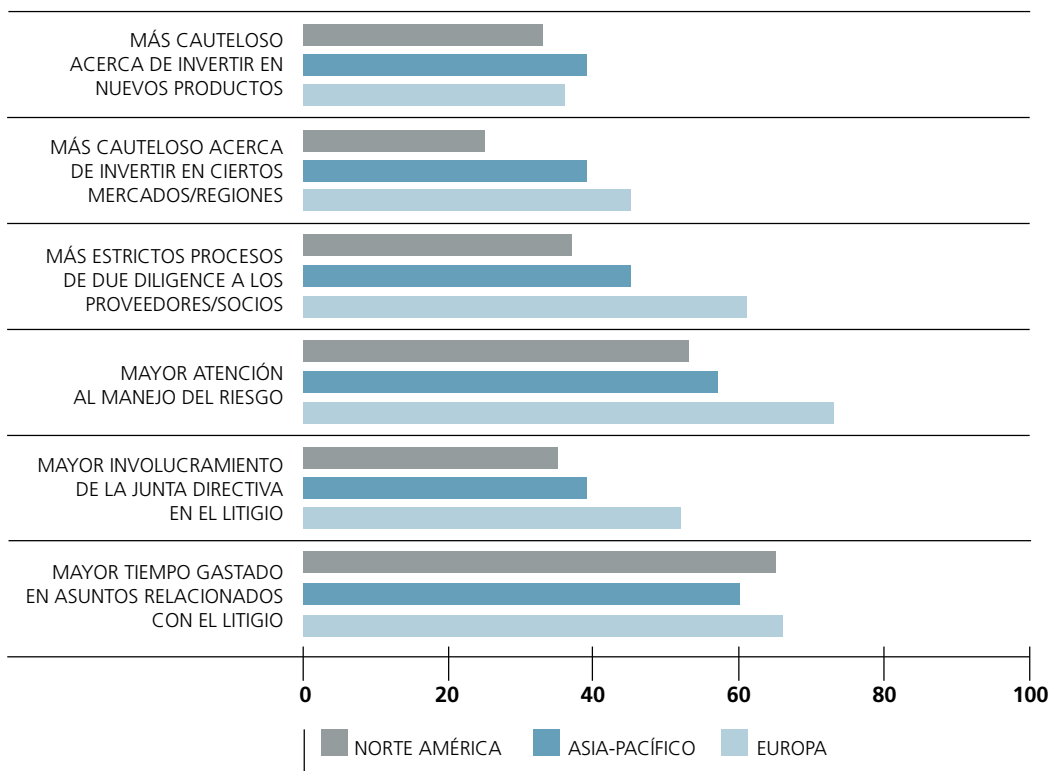


### Recursos de la junta directiva concentrados en el litigio

Un estudio conducido por Lloyd's, en conjunto con la Economist Intelligence Unit (Unidad de Inteligencia del Economist) reveló que "los miembros de junta directiva están cada vez más preocupados por el número cada vez más alto de casos de litigio corporativo que enfrentan las juntas directivas y el costo en aumento para minimizar esos riesgos". El informe encontró que "una de cada cinco empresas enfrentó demandas judiciales dirigidas a los miembros de junta o funcionarios individuales, incluyendo los directores no ejecutivos, con los empleados y clientes siendo los demandantes más frecuentes".

Las juntas directivas están destinando cada día más recursos a los asuntos de litigio, lo que está elevando el precio de los productos y servicios, llevando a muchas compañías a adoptar estrategias de negocio más cuidadosas. En promedio, las juntas gastan 13 por ciento de su tiempo discutiendo problemas de litigios, y los directores esperan que esto aumente más en los próximos tres años. Existe un fuerte acuerdo entre los 168 ejecutivos de nivel de junta directiva entrevistados para este estudio de que valiosos recursos se están gastando en asuntos legales que podrían gastarse en otra parte.

#### PORCENTAJE DE COMPAÑÍAS QUE ESPERAN LOS SIGUIENTES CAMBIOS COMO RESULTADO DE LITIGIO CORPORATIVO EN LOS PRÓXIMOS TRES AÑOS, POR REGIÓN (2008-2011)



FUENTE: Lloyd's and Economist Intelligent Unit. 2008. "Directors in the Docks. Is Business Facing Liability Crisis?". Disponible en: <http://www.lloyds.com>





## EJEMPLO

### Conflicto del proyecto Munda Hyro-Power Dam entre los accionistas de Amzo Corporation LLC

AMZO Corporation LLC (AMZO), constituida bajo las leyes de Maryland, patrocinaba un multimillonario proyecto de generación hidroeléctrica en Pakistán. AMZO calificó inicialmente para el proyecto en 2004. Después de hacer un estudio de factibilidad de dos años de duración, AMZO presentó su informe final al gobierno federal, en 2006. En medio de negociaciones cruciales con el gobierno federal, surgió un conflicto entre los dos principales accionistas de AMZO. Este conflicto condujo a la remoción de uno de los principales accionistas de la junta directiva, debido a su alegado comportamiento anti-ético y fraudulento, y por su mal manejo de la empresa del proyecto. Como represalia, el derrocado director interpuso una demanda civil ante el tribunal local, alegando opresión y mal manejo por parte del accionista mayoritario. El tribunal previno al accionista mayoritario de interferir ilegalmente con la compañía patrocinadora. Subsiguientemente, los accionistas en pugna escribieron varias cartas al gobierno federal, en el cual defendieron sus demandas respectivas y se presentaron como representantes legales de AMZO. Como resultado del conflicto, el proyecto se detuvo. Como AMZO falló en resolver el conflicto rápidamente en términos amigables, el gobierno federal, a regañadientes, otorgó el proyecto a una empresa pública de servicios. Para agosto de 2009, el litigio entre los accionistas todavía permanece vigente y pendiente en los tribunales locales.

#### COMENTARIO

El ejemplo demuestra las implicancias negativas de un conflicto de gobierno corporativo que llegó a sus últimas consecuencias.

FUENTE: *Pakistan Corporate Government Project II (Proyecto II en Gobierno Corporativo de Pakistán)*, IFC Advisory Services for the Middle East and North Africa (Servicios de Asesoría de la CFI para el Medio Oriente y África del Norte).



## CITA

### Demora de los tribunales en India

*“El sistema judicial indio con frecuencia recibe críticas por su lentitud en hacer justicia... Las demoras en las cortes siempre han sido una preocupación mayor para los interesados. También son percibidas como uno de los impedimentos en la atracción de inversión extranjera directa al país. La falta de infraestructura adecuada y el número inadecuado de jueces son invocados por el poder judicial como una de las principales razones para estas demoras en los tribunales”.*

**SUMANT BATRA**

SOCIO SENIOR, KESAR DASS B & ASSOCIATES

FUENTE: The Economic Times (Nueva Delhi), “Judiciary Ought to Do Introspection”. 31 de octubre de 2007



## CITA

### Los costos de las demandas judiciales colectivas en los Estados Unidos

*“La posibilidad de ser demandado por inmensas cantidades de dinero, mientras se lleva la carga de los costos altísimos de la defensa legal, ha llevado a muchas compañías a un momento de ajuste de cuentas que mitigue la inscripción de sus activos financieros en los Estados Unidos. El valor total de los acuerdos de las acciones de demandas judiciales de litigios de activos financieros sigue creciendo desde \$150 millones en 1997, hasta \$9.6 billones en 2005. Dado el riesgo y las amenazas a sus resultados finales, desafortunadamente, las compañías extranjeras están concluyendo, simplemente, que no vale la pena entrar en nuestro mercado”.*

**MARSHALL N. CARTER**

PRESIDENTE DE NYSE GROUP

FUENTE: “America’s Capital Market: Maintaining Our Lead in the 21st Century”. Testimonio ante el Subcomité de Servicios Financieros sobre mercados de capital, seguros y empresas patrocinadas por el gobierno, Cámara de Representantes de los Estados Unidos, Washington, D.C., 26 de abril 2006. Disponible en: <http://www.nyse.com>.



### El impacto y percepciones de los procedimientos de los tribunales corporativos

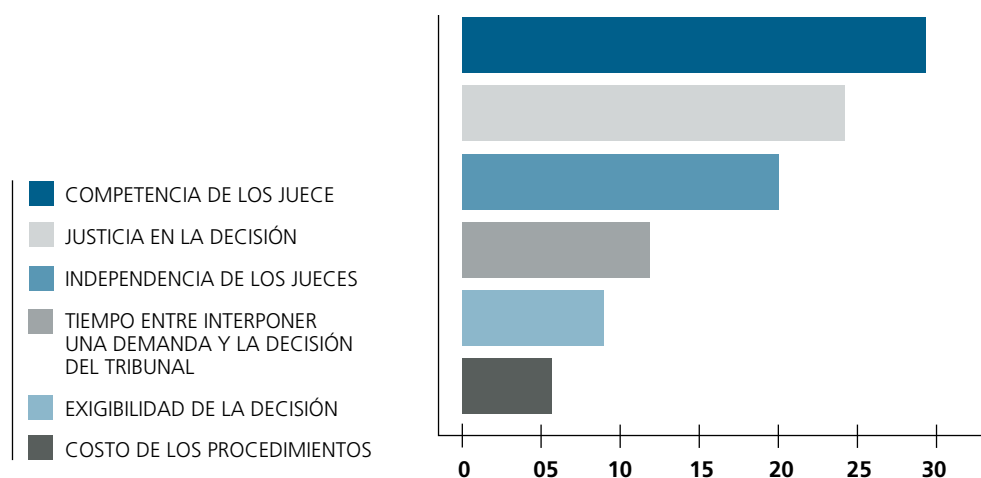
#### Ucrania

El IFC llevó a cabo una encuesta muy completa sobre conflictos comerciales de negocios en Ucrania en el año 2006. Un total de 1210 empresas escogidas al azar fueron incluidas en esta encuesta.

Los hallazgos muestran que el litigio es más amigable para las empresas grandes que para las pequeñas y que, en donde la confianza es débil dentro del sistema legal, la competencia, justicia e independencia de los jueces importa más que la exigibilidad y los costos:

- ▶ Las grandes compañías litigan conflictos en tribunales comerciales con mucho más frecuencia que las empresas medianas y pequeñas: 86% de las empresas grandes han resuelto conflictos en los tribunales, en comparación con 72% de las empresas medianas y 46% de las compañías pequeñas.
- ▶ La tasa de éxito en los procedimientos de los tribunales también varió bastante, en correlación con el tamaño de la empresa. Las empresas grandes con frecuencia ganaban en los tribunales, mientras que las pequeñas normalmente perdían.
- ▶ Aproximadamente 79% de las compañías que ganaban en los estrados informaban que los tribunales habían restaurado sus derechos por completo. Sin embargo, en relación con su último conflicto, las compañías informaron que la decisión de los tribunales había sido totalmente ejecutada en sólo un 45% de los casos. Cerca del 37% de las sentencias no estaban siendo ejecutadas, y los casos restantes estaban sólo siendo ejecutadas parcialmente. Así, mientras que los que respondieron la encuesta pudieron haber respondido que sus derechos habían sido restaurados, esto no necesariamente significa que sus pérdidas en realidad hubieran sido totalmente compensadas.
- ▶ Cuando se les pidió que calificaran los atributos más importantes de un sistema eficiente de justicia, las compañías dijeron que los factores más importantes eran la competencia de los jueces, la justicia en la decisión y la independencia de los jueces, mientras que la eficiencia y exigibilidad fueron calificadas por debajo, y los costos fueron el factor menos importante.

#### PORCENTAJE DE COMPAÑÍAS QUE ESCOGIERON LOS SIGUIENTES FACTORES COMO LOS MÁS IMPORTANTES PARA LA EFICIENCIA DE LOS TRIBUNALES



FUENTE: IFC, Ukraine Commercial Dispute Resolution Study (Estudio de Ucrania en Resolución de Conflictos Comerciales). Researching Commercial Resolution Disputes among Ukrainian Companies (Investigando la Resolución de Conflictos Comerciales entre Compañías Ucranianas). 2007. Disponible en [www.ifc.org/ifcext/leca.nsf/AttachmentsByTitle/UkraineADR\\_2006\\_Eng.pdf/\\$FILE/UkraineADR\\_2006\\_Eng.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/leca.nsf/AttachmentsByTitle/UkraineADR_2006_Eng.pdf/$FILE/UkraineADR_2006_Eng.pdf).

Mientras los resultados del litigio son por definición inciertos, acudir a los tribunales involucra abogados, procedimientos de investigación y muchas veces peritos. Todo esto es costoso.

Los accionistas finalmente son los que llevan la carga de los costos del litigio que involucra a la compañía en la cual tienen interés. Sin embargo, los costos no sólo tienen un impacto en los accionistas de la sociedad sino que también lo tienen en sus clientes. Un resultado lógico de los costos del litigio es un aumento en los precios que se cobran por los productos y servicios.

En los Estados Unidos, el uso (o amenaza) de demandas colectivas se usa cada día más por los accionistas como mecanismo para influenciar el gobierno de las compañías.<sup>1</sup> En estos casos, un accionista interpone una demanda en contra de una compañía y busca compensación financiera en nombre de los demás accionistas de la misma clase. Se interponen aproximadamente 200 demandas colectivas cada año en las cortes federales únicamente.<sup>2</sup> Sin embargo, los costos pueden ser disuasivos para los grandes inversionistas y compañías.

### Límites del litigio ante tribunales

La resolución judicial de los conflictos en gobierno corporativo puede ser altamente impráctica por varias razones:

- **Debilita la exigibilidad judicial.** La exigibilidad de buenas prácticas de gobierno corporativo siempre ha sido un asunto clave de preocupación en la mayoría de los países en desarrollo. Aunque se ha alcanzado mucho en cuanto a alertar y mejorar las reglas y procedimientos de gobierno corporativo, el progreso sigue limitado por el deficiente control regulatorio y judicial de su cumplimiento. Estos límites resultan de la financiación inadecuada, la falta de personal capacitado y la corrupción sistemática. La concentración de propiedad con frecuencia es la respuesta más eficiente a la débil exigibilidad de las reglas de gobierno corporativo. En donde los sistemas de los tribunales no están bien desarrollados, en donde los jueces no pueden entender los problemas del negocio y de la compañía, o en donde existen soluciones lentas, ineficientes o incluso corruptas, la solución judicial se torna altamente impráctica. De acuerdo con los indicadores *Doing Business 2008* (Hacer negocios 2008) del Banco Mundial, Ucrania se clasifica 46ta en los términos de exigibilidad de contratos. Le toma 354 días resolver un conflicto en los tribunales y se necesitan 30 procedimientos para ello (desde interponer una demanda, hasta recibir el pago). Lo que

estos números no reflejan es el hecho de que el sistema ucraniano de justicia es muchas veces una elección de último recurso, porque se percibe como poco fiable e ineficiente.

- **Incertidumbres legales.** Cuando surgen conflictos de gobierno corporativo como resultado de inversiones transfronterizas, la incertidumbre de los procesos judiciales hace que las acciones de los tribunales sean poco prácticas y más complejas. Los principales riesgos legales parten de la incertidumbre en relación a la forma en la cual los tribunales mirarán y entenderán los hechos, la competencia del tribunal en relación con el problema en cuestión, la forma en la que los tribunales aplicarán la ley a los hechos, y el resultado eventual en el nivel de apelación. Los tratados internacionales no han resuelto estos problemas ni los problemas de aplicar y exigir las decisiones fuera de los límites territoriales.

Incluso si un accionista, por ejemplo, obtiene una sentencia en su país de jurisdicción, él o ella puede ser incapaz de hacer algo para hacer cumplir la decisión dentro del país en donde la sociedad tiene sus activos. E incluso si el accionista es capaz de obtener una decisión de un juez válida y hacerla exigible, el costo de los procedimientos necesarios, incluyendo la asesoría legal en el otro país, puede exceder la cantidad de dinero que se podría recuperar al final. Un elemento importante del costo general y toma de decisiones de las inversiones transfronterizas es, por lo tanto, generado por las incertidumbres legales asociadas con los conflictos. Las incertidumbres legales crean un inhibidor penetrante de las inversiones extranjeras, porque las siente el inversionista y la compañía.

- **El vacío legal.** La calidad y espíritu detrás de los estándares y principios en gobierno corporativo no siempre se pueden alcanzar a través del activismo en los tribunales. Muchos principios y requisitos del gobierno están cubiertos por normativa no vinculante (*soft laws*) y estatutos sociales. En un área en donde existe un número creciente de códigos nacionales sobre gobierno corporativo, el monitoreo de la interpretación y el cumplimiento no se puede hacer con los sistemas tradicionales de las cortes. Surgen entonces conflictos sobre otros temas que no pueden ser previstos por las leyes y regulaciones, o incluirse en los contratos, o preverse en temas de negocios o relaciones individuales más que en obligaciones legales. Esto es especialmente cierto cuando se articulan los conceptos de las relaciones fiduciarias entre los gerentes y miembros de junta, así como aquellas entre miembros de junta e inversionistas.

Adicionalmente, muchos países todavía restringen las demandas privadas de los inversionistas, confiando, en cambio, en los reguladores de las actividades de policía corporativa. Los reguladores pueden imponer multas como sanciones. Los inversionistas raramente son compensados por las pérdidas de sus inversiones.<sup>3</sup>

Las buenas prácticas de gobierno corporativo son esenciales para reducir la probabilidad de conflictos. Sin embargo, estos siguen siendo inevitables y constituyen un hecho de la vida de las sociedades. Se tiene que hacer todo lo posible para minimizar el impacto negativo que pueden tener los conflictos en los balances financieros de la compañía, en el valor de la acción, en la reputación, en las operaciones y en las relaciones de los interesados. Las juntas directivas tienen que actuar rápida y eficientemente. Los inversionistas no quieren arriesgar su dinero en una compañía cuyo gobierno esté afectado o estancado porque la junta directiva está sumida en disputas internas.

En los últimos años, se le ha dado mucha atención a las políticas, prácticas, procedimientos, regulaciones y reglas de cotización diseñadas para que las juntas directivas operen más eficientemente en el mejor interés de la compañía y los accionistas. Una organización sólida es imperativa para que una junta opere eficazmente. Lo que fácilmente puede pasarse por alto, sin embargo, es que la piedra angular de una buena organización es un medio reconocido y efectivo de resolver los desacuerdos y conflictos que emergen, inevitablemente, cuando un grupo de personas tiene puntos de vista que difieren. Por ejemplo, los miembros de junta directiva que no pueden llegar a un acuerdo en la estrategia y en los objetivos encontrarán que sus acciones sociales se devalúan cuando surge un socio de una fusión o cuando otra institución quiere comprar la compañía.

Las juntas directivas necesitan de procesos de resolución de conflictos que ofrezcan soluciones rápidas, de manera que puedan cumplir con sus deberes con la compañía y con los accionistas. Por estas razones, entender y usar las técnicas y procesos que ofrecen una resolución relativamente rápida y que permite que los miembros de junta se concentren en las operaciones de la compañía y su futuro es muy importante.



PARA REPASAR LOS PROCESOS Y LAS TÉCNICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA JUNTA DIRECTIVA, VÉASE VOLUMEN 2, MÓDULO 1

Sin mecanismos alternativos para manejar conflictos de gobierno corporativo, más y más compañías, juntas directivas y directores individuales estarán enfrentando juicios de alto perfil, que podrían dañar la reputación, el desempeño y las oportunidades de crecimiento, los que de otra manera no tendrían problemas. La clave para controlar los riesgos legales es, con frecuencia, una cuestión de minimizar las posibilidades de un litigio en los tribunales. Buscar una reparación en los tribunales debería ser el último recurso de las partes, y debería ser utilizado únicamente cuando las alternativas fallan. ■

## Notas Finales

1 "Caution — D & Os Working: Reducing Liability Exposure in 2005". National Association of Corporate Directors (Asociación Nacional de Miembros de Juntas Directivas Corporativas). 3 de enero de 2005. En Eric Runesson y Marie-Laurence Guy, *Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes*. Serie Focus. Washington D.C.: Foro Global en Gobierno Corporativo. Disponible en: [http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus+Mediation/\\$FILE/Focus4\\_Mediation\\_12.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus+Mediation/$FILE/Focus4_Mediation_12.pdf).

2 Investigación de Cornerstone, *Securities Class Action Filings: 2008 Mid-Year Assessment*. Disponible en: [http://securities.stanford.edu/clearinghouse\\_research/2008\\_YIR/20080728.pdf](http://securities.stanford.edu/clearinghouse_research/2008_YIR/20080728.pdf).

3 Grupo del Banco Mundial, *Doing Business. Comparing Regulations in 178 Economies*. Washington D.C.: Grupo del Banco Mundial, 2008. Disponible en: [http://www.doingbusiness.org/documents/subnational/DB08\\_Subnational\\_Report\\_Philippines.pdf](http://www.doingbusiness.org/documents/subnational/DB08_Subnational_Report_Philippines.pdf)



Existen muchos y diferentes enfoques que una junta directiva puede escoger, fuera de los procesos legales ante los tribunales, para resolver conflictos en gobierno corporativo. Cada uno de estos varía en el procedimiento utilizado para alcanzar y luego cumplir las decisiones. Todos, sin embargo, tienen características específicas, que animan la solución constructiva de problemas, sin incurrir en costos — tiempo, dinero y relaciones adversas — de los procesos legales.

Este módulo explica cómo los procesos y técnicas y mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) nos ofrecen caminos para tratar efectivamente los conflictos en gobierno corporativo, tanto internos como externos.

El uso de procesos formales de MARC es especialmente útil para conflictos que involucran a las partes interesadas externas que han madurado y sobre las cuales las partes se han enfrentado, a ambos lados del conflicto. Los conflictos en las salas de juntas, sin embargo, con frecuencia, no se prestan en sí mismos para procesos formales de MARC. Las juntas directivas y los miembros de junta, en ese caso, deberían considerar usar técnicas MARC como herramienta de manejo de la resolución de conflictos.

#### ESTE MÓDULO EXAMINA LOS SIGUIENTES TEMAS:

- Apelación de resolución de conflictos fuera de los tribunales
- Procesos MARC básicos
- Beneficios y límites de los procesos MARC

# MÓDULO 3

## ¿CÓMO PUEDEN AYUDAR LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

### RESOLUCIÓN MÁS EFECTIVA DE LOS CONFLICTOS

Las empresas bien gobernadas tienen menos probabilidades de tener conflictos. Sin embargo, cuando estos surgen, la junta directiva, los inversionistas y las demás partes tienen que tener un proceso y un lugar adecuado para buscar la resolución del conflicto, de una manera oportuna y eficiente. Así, un buen marco de trabajo de gobierno corporativo debe tener una forma confiable de resolver los conflictos emergentes y existentes.

La junta directiva es la responsable de asegurar que todo problema se resuelva en forma tan eficiente y expedita como sea posible antes de que dañe la marca o reputación de la empresa.

#### Los beneficios de los MARC

Los mecanismos de resolución de conflictos tradicionales (que normalmente incluyen el sistema principal de justicia, los tribunales especializados y los cuerpos regulatorios)

generalmente son costosos y lentos. En muchos países, la calidad de las leyes y su exigibilidad son débiles. Los MARC ofrecen opciones flexibles y más eficientes para resolver los conflictos, sin utilizar el recurso de los tribunales.

Los MARC normalmente son voluntarios y confidenciales, y cada uno de ellos posee características que incentivan la solución de los problemas de manera constructiva, sin incurrir en los costos de tiempo, dinero y relaciones adversas que existen en los procesos legales.

Dados estos beneficios, los diseñadores de políticas públicas están promoviendo, cada día más, el uso de los MARC. La Unión Europea, por ejemplo, adoptó en 2008 una directiva para fomentar el uso de la mediación como una alternativa más económica y rápida que el litigio civil.



PARA CONOCER MÁS ACERCA DE LAS POLÍTICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 2.



#### CITA

#### Resolución efectiva de los conflictos

*“No existe una ventaja real en tener un buen gobierno si, cuando surge un conflicto, no se tiene un buen método para resolverlo. Si va a tomar varios años llevar el conflicto a los tribunales, es vital que existan mecanismos de mediación para lograr la resolución en un marco de tiempo con el cual las grandes empresas puedan convivir”.*

**MERVYN KING, SC, PROFESOR UNIVERSITARIO**  
PRIMER VICEPRESIDENTE, SOUTHERN AFRICAN INSTITUTE OF DIRECTORS (INSTITUTO DEL ÁFRICA DEL SUR DE MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA)  
MIEMBRO DEL FORUM'S PRIVATE SECTOR ADVISORY GROUP (GRUPO CONSULTIVO DEL FORO DEL SECTOR PRIVADO)

FUENTE: Institute of Directors (Instituto de Directores), Southern Africa, Bulletin, Primer Trimestre de 2007.

En países en los cuales el sistema judicial no está bien desarrollado, los MARC son especialmente atractivos porque permiten a las partes crear, en gran medida, su propio sistema de justicia. Al hacer esto, pueden escoger, en conjunto, su árbitro, el cual se sienta en la posición del juez, o pueden escoger su propio mediador, cuyo rol es no juzgar sino ayudar a las partes a moldear sus propias soluciones. Los MARC funcionan con base en el acuerdo consensual y les permite a las partes determinar qué estándares aplicar para resolver los conflictos.

Las empresas están usando cada día más los MARC, particularmente la negociación y la mediación, para conciliar los conflictos fuera de los tribunales. En los Estados Unidos, aproximadamente 800 de las más grandes compañías se han comprometido a explorar los MARC antes que los procesos legales cuando surgen conflictos. En Colombia, de las 97 compañías que han desarrollado sus propios lineamientos en gobierno corporativo, 52 incluyeron su propia cláusula de resolución de conflictos promoviendo el uso de los MARC.



## GLOSARIO

### Mecanismos alternativos de resolución de conflictos

“Los MARC son procesos amigables de resolución de conflictos basados en la buena voluntad de las partes y la asistencia de una tercera parte neutral. Abarcan diversas técnicas, incluyendo la mediación”.

FUENTE: *International Chamber of Commerce – ICC (Cámara de Comercio Internacional – CCI)*. Disponible en: [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org).

### Resolución adecuada de conflictos

El común denominador de los MARC es que son más rápidos, menos formales, más baratos y, muchas veces, menos antagónicos que los procesos legales ante los tribunales. En años recientes, el término “resolución alternativa de conflictos” ha empezado a perder favoritismo en algunos círculos y los MARC han empezado a significar “resolución adecuada de conflictos”. El punto de este cambio semántico es enfatizar que los MARC existen por sí mismos como una forma efectiva de resolver conflictos y no deben ser entendidos sólo como alternativas a los tribunales.



## EJEMPLO

### Conflictos de gobierno corporativo que se concilian a través de los MARC CCI

Desde el año 2001 hasta el 2006, el 20 por ciento de los conflictos legales de las empresas que se conciliaron en la Cámara de Comercio Internacional (CCI) fueron conflictos de gobierno corporativo. Pueden mencionarse como ejemplos los conflictos sobre valuación de las acciones, prioridades de los accionistas, remuneración de la junta directiva, quiebra, participación de los accionistas en la toma de decisiones y adquisiciones.

### COMENTARIO

La mayoría de los centros de mediación y arbitraje no tienen una categoría especial para los conflictos de gobierno corporativo, pero están recibiendo, cada vez más, solicitudes para manejar este tipo de conflictos.

FUENTE: L. Bouchez y A. Karpf, “Explanatory Meeting on Resolution of Corporate Governance Related Disputes”. OCDE, Estocolmo, marzo de 2006. Disponible en <http://www.OECD.org>



## EJEMPLO

### Conflicto de gobierno corporativo sin base legal

#### Bulgaria

De acuerdo con la ley búlgara, si un accionista adquiere más del 50 por ciento de las acciones con derecho al voto de una sociedad, está obligado a ofrecer comprar las acciones de los accionistas minoritarios al precio del mercado. Hasta que el accionista mayoritario haya hecho esa oferta y esta haya sido aceptada o rechazada, no puede votar en las asambleas generales.

Para evitar volverse un accionista controlante y cumplir con esta disposición, el accionista principal de una compañía, que emite y presta el servicio de tarjeta de crédito, transfirió parte de sus acciones a las partes relacionadas. Al ser propietarios, en conjunto, de más del 50 por ciento de las acciones, estos cambiaron la estructura de la junta directiva y nombraron nuevos directores.

La nueva junta hizo los arreglos necesarios para transferir los activos de largo plazo de la compañía, los cuales tenían un valor estimado de BGN 10 millones, a otra compañía, de propiedad única de un accionista principal, por un precio simbólico de BGN 1.

La compañía de tarjetas de crédito quedó drenada en sus activos y el valor de sus acciones se desplomó.

Considerando que sus derechos se habían violado, los accionistas minoritarios interpusieron una demanda frente a la Comisión de Supervisión Financiera — CSF (*Financial Supervision Commission*). La CSF encontró que, formalmente, no se había violado ninguna regla. Los accionistas minoritarios buscaron asesoría legal para obtener reparación en los tribunales, pero se les dijo que este era un caso de mal gobierno y que por lo tanto no había una base legal para demandar.

### COMENTARIO

Algunos conflictos de gobierno corporativo no se pueden decidir en los tribunales porque, de acuerdo con la legislación existente, no involucran la violación de ningún derecho. Sin embargo, si se hacen públicos, estos casos pueden impactar la reputación de la empresa y deteriorar a los inversionistas.

FUENTE: Vassya Prokopieva, Socio Gerente, EU&BG Legal Consultants.

## El atractivo de los MARC

Aunque han sido principalmente usados para conflictos laborales, de familia y comerciales, los MARC tienen características específicas que los hacen particularmente atractivos en los conflictos de gobierno corporativo.

Los conflictos de gobierno corporativo a menudo están relacionados con situaciones continuas y dinámicas; la velocidad y la flexibilidad que aportan los MARC son particularmente útiles en el proceso de su resolución. Los MARC permiten que las partes moldeen sus soluciones dependiendo de las necesidades específicas del negocio. A diferencia de los procesos judiciales, que emiten juicios sobre circunstancias que han ocurrido en el pasado, las soluciones de los MARC pueden ser moldeadas por las partes para tratar situaciones actuales y en desarrollo, de manera que les permita continuar trabajando juntas. Los MARC permiten una reevaluación provisional que podría ser difícil de alcanzar una vez que el caso llega a los tribunales y las posiciones de las partes quedan establecidas.

Más aún, los conflictos de gobierno corporativo no siempre involucran una determinación de derechos legales, razón por la cual no se prestan fácilmente para un juicio ante los tribunales, ya que estos aplican la ley con base en la determinación de los hechos.

El uso de MARC formales, los cuales facilitan que una estructura o entidad y una tercera parte salven sus diferencias, puede ser especialmente efectivo en el manejo de conflictos de gobierno corporativo, o en conflictos que involucran accionistas y, algunas veces, otros interesados cuyo contacto con la junta directiva es circunstancial.

No obstante, se requiere mayor flexibilidad y cuidado cuando se trata de disputas que tienen lugar en la sala de juntas. El hecho de presentar un proceso de resolución muy formal en la sala de juntas puede favorecer disputas internas y endurecer posiciones, en vez de conciliarlas. La activación de procesos formales puede destruir la colegialidad y civilidad esenciales para los procesos de discusión y deliberación, y para la continua relación de trabajo que tienen los directores. Con conflictos internos, los MARC pueden jugar un rol crucial, al pedir prestadas técnicas tanto de la negociación constructiva como de la mediación. Estas incluyen: identificar los intereses de las partes; revisar los asuntos emocionales y de hecho; concentrarse en objetivos de largo plazo; promover discusiones; descubrir información, facilitar la toma de decisiones colaborativas; y utilizar la asistencia de un tercero, cuando sea apropiado. Estas técnicas se pueden adaptar para los conflictos en la sala de juntas.



PARA REPASAR EL USO DE TÉCNICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA SALA DE JUNTAS, VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 1.

Los MARC más comunes son la negociación, la mediación y el arbitraje, pero existen muchas otras aproximaciones que se ajustan dentro de estas amplias categorías. Estos pueden ser más o menos formales e incluyen la resolución por panel o grupo especial, el mini-juicio, la facilitación, la evaluación temprana neutral y la negociación colectiva.

Mientras que la negociación es posiblemente el enfoque más común para resolver conflictos en gobierno corporativo fuera de los tribunales, la mediación se ha consolidado como una nueva tendencia en la resolución de este tipo de conflictos. El arbitraje es generalmente preferido como una alternativa a un juicio en los tribunales por muchas de las grandes empresas, especialmente cuando se trata de conflictos transfronterizos.

Las partes en disputa no tienen que escoger entre los MARC y el litigio. Por ejemplo, si falla la mediación, las partes todavía tienen la opción de ir a la corte. En muchas jurisdicciones, la mediación puede ocurrir mientras un caso está pendiente frente a un juez. En países como Uganda y Bosnia y Herzegovina el sistema legal incluso prevé la mediación referida por la corte o los tribunales para intentar mediar en casos de conflictos; únicamente si el proceso de mediación no tiene éxito, se lleva el caso ante un juez.



### CITA

#### Conciliación fuera de los tribunales

*“Incluso si la reparación de un accionista se puede buscar en los tribunales, tratar de mediar y conciliar el conflicto fuera de los tribunales puede muchas veces estar en el mejor interés, tanto del accionista como de la compañía”.*

#### LEONARDO VIEGAS

DIRECTOR DEL INSTITUTO BRASILEIRO DE GOBIERNO CORPORATIVO (IBGC)

MIEMBRO DEL FORUM'S PRIVATE SECTOR ADVISORY GROUP (GRUPO CONSULTIVO DEL FORO DEL SECTOR PRIVADO)



## El uso de los MARC

El enfoque más efectivo para resolver un conflicto de gobierno corporativo consiste en prever la posibilidad de ese conflicto y, en consecuencia, establecer un marco de trabajo para su resolución que actúe cuando este surja. Cuando ese marco no se encuentra establecido, las partes deben utilizar los enfoques más adecuados y efectivos disponibles, antes de valerse del litigio.

Toda la gama de opciones y técnicas de resolución de conflictos se deben considerar y seleccionar basándose en el tipo de conflicto y su estado de desarrollo.

Los enfoques o aproximaciones informales son normalmente más efectivos en las etapas iniciales.

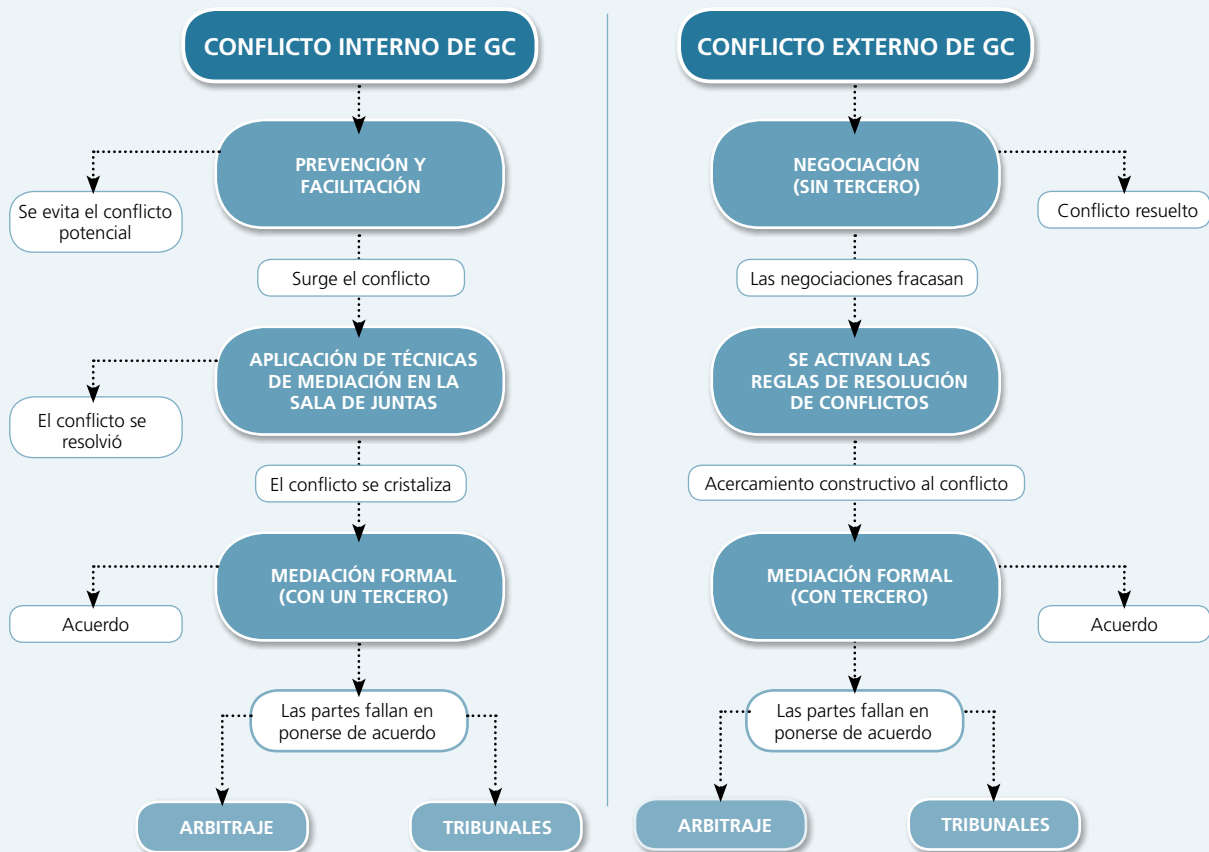


PARA CONOCER MÁS ACERCA DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, VÉASE EL VOLUMEN 1, ANEXO 6.

Para ayudar a las empresas a manejar sus conflictos de gobierno corporativo, los especialistas en mediación y MARC, las firmas de abogados, los consultores, los institutos de directores y los centros de gobierno corporativo están asesorando cada vez más a sus clientes respecto a la resolución de conflictos y ofreciendo la mediación y otros servicios de MARC.

Existen varias condiciones que determinan el éxito o fracaso de los procesos de MARC como la mediación y la negociación:

## PASOS GRADUALES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS





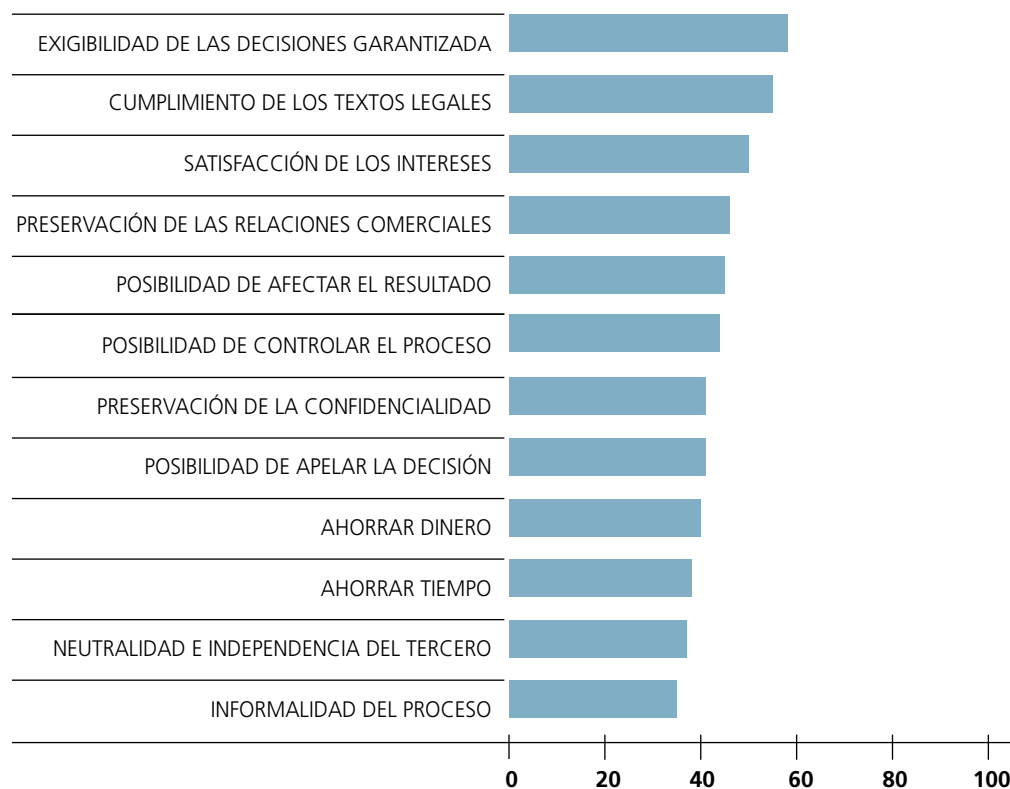
### Factores para seleccionar métodos de resolución de disputas

#### Ucrania

Un estudio conducido por el IFC en el 2007 muestra que sin campaña de sensibilización, las compañías ucranianas son receptivas a los mecanismos de MARC.

Este grafico presenta los resultados de las compañías ucranianas estudiadas, sobre cuáles son los factores más importantes considerados al seleccionar un proceso de resolución de conflictos.

#### PORCENTAJE DE COMPAÑÍAS QUE TOMAN LOS SIGUIENTES FACTORES EN CUENTA AL MOMENTO DE SELECCIONAR LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



FUENTE: IFC, Ukraine Commercial Dispute Resolution Study. Washington, D.C.: IFC, 2007. Disponible en: [www.ifc.org/ifcext/eca.nsf/Attachments-ByTitle/UkraineADR\\_2006\\_Eng.pdf/\\$FILE/UkraineADR\\_2006\\_Eng.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/eca.nsf/Attachments-ByTitle/UkraineADR_2006_Eng.pdf/$FILE/UkraineADR_2006_Eng.pdf).



## PRÁCTICA

### Asesoramiento en el uso de los MARC

Los proveedores de MARC y los abogados deben asesorar a sus clientes en el uso de MARC. Este asesoramiento debe incluir:

- ▶ La gama completa de MARC disponibles
- ▶ Las consecuencias legales y financieras que implica cada uno
- ▶ La adecuación del caso a los MARC
- ▶ Cómo acercarse a la otra parte para acordar los MARC
- ▶ El mejor momento para intentar un MARC

FUENTE: Karl Mackie, David Miles, William Marsh y Tony Allen. The ADR Practice Guide, Commercial Dispute Resolution. Segunda Edición. West Sussex, Inglaterra: Tottel, 2006.



## PRÁCTICA

### Criterios para considerar en la resolución de conflictos

Al seleccionar el correcto acercamiento a la resolución de su conflicto, las partes deberían considerar lo siguiente:

- ▶ La finalidad de la solución
- ▶ El efecto en las relaciones actuales y futuras
- ▶ La velocidad
- ▶ La transparencia
- ▶ El impacto en las partes interesadas
- ▶ La satisfacción con el resultado
- ▶ Los costos de la transacción

FUENTE: Eric M. Runesson y Marie-Laurence Guy, Focus 4: Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes. Washington, D.C.: IFC, 2007. Disponible en: [http://www.gcgf.org/lifcext/cgf/nsf/Attachment/ByTitle/Focus+Mediation/\\$FILE/Focus4\\_Mediation\\_12.pdf](http://www.gcgf.org/lifcext/cgf/nsf/Attachment/ByTitle/Focus+Mediation/$FILE/Focus4_Mediation_12.pdf).

- **Las partes tienen que ser identificables y tener voluntad de participar.** Por ejemplo, en un conflicto en una empresa de familia respecto a los beneficios de cotizar o no en bolsa, todas las partes interesadas y miembros de familia directamente involucrados en el negocio deben tener la intención de participar, en persona, o vía poder de representación, para discutir las posiciones que se oponen. Si esas partes críticas, como lo es el fundador de la empresa, están ausentes o no tienen voluntad de participar en el proceso de resolución del conflicto, la solución muy probablemente no será ejecutable.
- **Las partes deben tener un grado de interdependencia.** Para que sea un proceso de resolución productivo, las partes necesitan de la asistencia mutua, o abstenerse de la acción negativa para que se satisfagan sus intereses. Por ejemplo, si ninguno de los miembros de la familia tiene un interés controlante en el negocio familiar, la decisión de que la empresa se vuelva pública no puede tomarse por parte de un solo individuo. Incluso si el fundador tiene un interés controlador, sus acciones pueden requerir de la aprobación moral de los demás miembros de familia involucrados en la compañía para evitar que conflictos personales puedan afectar negativamente las operaciones de la compañía.
- **Las partes deben tener algo de influencia.** Para que las partes lleguen a un arreglo sobre los asuntos en desacuerdo, deben tener otros medios para influenciar las actitudes y/o comportamientos de la(s) otra(s) parte(s). Con frecuencia, la influencia es vista como el poder para infligir dolor o costos indeseables. Por ejemplo, el hijo o hija del fundador de un negocio de familia puede amenazar con dejar su cargo y no volverle a hablar a su padre si este no accede a oír su visión acerca del futuro de la compañía. Sin embargo, ejercer influencia también puede ser la habilidad para convencer o lograr que la otra parte cambie su perspectiva sobre un conflicto. Hacer preguntas provocadoras, dar información que se necesita, buscar la asesoría de expertos, apelar a los asociados influyentes, ejercer autoridad legítima o dar premios – son todos medios de ejercer influencia.
- Las partes deben estar de acuerdo en algunos asuntos e intereses comunes. Para llegar a una conciliación o acuerdo, las partes deben tener asuntos e intereses comunes. Generalmente, las partes tienen asuntos e intereses comunes entre ellos, mientras que otros preocupan sólo a una de las partes. Al principio del proceso de resolución de conflictos, las partes sólo pueden estar de acuerdo en que están en desacuerdo en cuanto al futuro del negocio de familia. En la

medida en que progresan las discusiones, pueden estar de acuerdo en que tienen tanto el interés de la familia como el del negocio como prioridades.

- **Las partes tienen urgencia.** Un MARC se busca comúnmente cuando existe presión o se debe llegar a alguna decisión urgentemente. Para que el proceso de resolución de conflictos tenga éxito, los participantes tienen que sentir, conjuntamente, la urgencia y darse cuenta de que son vulnerables a la acción adversa o a la pérdida de beneficios si no se llega a tiempo a una decisión. La urgencia puede ser impuesta por las limitaciones externas o internas, o por las potenciales consecuencias negativas de un conflicto no resuelto. Las restricciones externas incluyen: las fechas límite de los juzgados, las decisiones ejecutivas o administrativas inminentes, o los cambios predecibles del entorno. Las limitaciones internas, por ejemplo, pueden ser las fechas límites que una parte establece para aumentar la motivación de la otra para conciliar.
- **Las partes no deben tener mayores barreras psicológicas para llegar a un acuerdo.** Los sentimientos respecto a la otra parte, ya sea que estos se expresen o que no, pueden afectar gravemente la disposición psicológica de una parte para encontrar una solución viable a un conflicto. Por ejemplo, el Presidente de la junta directiva y el Director Ejecutivo se oponen sistemáticamente a los puntos de vista de ambos acerca del futuro de la compañía porque no se toleran. Como resultado, la junta directiva se ha convertido en rehén de un conflicto indefinido. Las barreras psicológicas también se pueden basar en el exceso de optimismo o en la percepción irreal de cada uno. Por ejemplo, el muy exitoso fundador de una compañía se rehúsa a reconocer que los tiempos han cambiado, y que el mercado de sus servicios está desapareciendo. Él o ella han tomado siempre las mejores decisiones de negocios y se rehúsa a discutir con sus socios la posibilidad de diversificación. Las barreras psicológicas se deben disminuir o eliminar para dar paso a que surjan soluciones innovadoras. Esto con frecuencia necesita de la intervención de un tercero.
- **Los problemas tienen que ser negociables.** Para que se dé un buen acuerdo, cada una de las partes debe creer que las opciones para el acuerdo son posibles como resultado de la participación en el proceso de resolución de conflicto. Si parece que el resultado sólo puede ser un acuerdo del tipo “ganador-perdedor” y que las necesidades de una de las partes quedarán insatisfechas a pesar del acuerdo, las partes estarán reacias a iniciar el diálogo.

- **Las partes deben tener la voluntad de llegar a un acuerdo.** Para que el proceso de resolución de conflictos sea exitoso, las partes deben querer acordar. Si continuar con el conflicto es más importante que llegar a un acuerdo, entonces el proceso de resolución de conflictos está destinado a fracasar. Las consecuencias negativas de no llegar a un acuerdo tienen que ser más significativas que aquellas de lograrlo.
- **Las partes deben tener autoridad para decidir.** Para obtener un resultado exitoso, los participantes deben tener la autoridad para tomar decisiones. Si no tienen un derecho legítimo y reconocido a decidir, o si no se ha establecido un claro proceso de ratificación, el MARC se limitará a un intercambio de información entre las partes.
- **Las partes deben estar dispuestas a hacer concesiones.** No todas las soluciones a cada conflicto requieren que se hagan concesiones. Se pueden hacer acuerdos que satisfagan las necesidades de todas las partes y que no requieran que ninguna de las partes tenga que sacrificar algo. Sin embargo, en otros conflictos, la voluntad de alguno de tener menos del 100 por ciento de los intereses satisfechos puede que se necesite para que se llegue a una solución.
- **El acuerdo debe ser razonable y ejecutable.** Algunos acuerdos pueden ser sustancialmente aceptables pero pueden ser imposibles de implementar. Las partes de un conflicto deben ser capaces de establecer a través de los MARC, tales como la mediación o la negociación, un plan realista y factible para llevar a cabo su acuerdo, para que el acuerdo final sea aceptable y para que se mantenga en el tiempo. Por ejemplo, aunque todos los miembros de la familia acuerden que el negocio debe cotizarse en bolsa, los requisitos de la cotización en bolsa deben ser alcanzados antes de que el negocio se pueda hacer público.

Los buenos mediadores y negociadores pueden, con frecuencia, ayudar a las partes a superar los obstáculos descritos arriba. ■

## LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MÁS FLEXIBLE

A los fines de este texto, es suficiente considerar tres enfoques o aproximaciones a la resolución de conflictos fuera de los tribunales: la negociación, la mediación y el arbitraje. La negociación y la mediación son relativamente informales y son enfoques auto-dirigidos para la resolución de conflictos. Las partes acuerdan los procedimientos, aseguran que los diferentes asuntos salgan a flote y generan sus propias soluciones. El arbitraje, en cambio, es formal: está regulado como un proceso cuasi-judicial.

La negociación y la mediación enfatizan la auto-determinación y la resolución conjunta de conflictos. Las partes contribuyen en el diseño del proceso y toman posesión de los acuerdos negociados. En contraste, cuando las partes escogen el arbitraje, le dan poder a un árbitro independiente para evaluar los hechos. El árbitro, entonces, decide un acuerdo que legalmente vinculante.



PARA COMPARAR LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN, LITIGIO Y MEDIACIÓN, VÉASE EL VOLUMEN 1, ANEXO 7.

### La negociación

La negociación es un proceso de resolución de conflictos en el cual dos o más personas voluntariamente discuten sus diferencias y tratan de llegar a una decisión conjunta acerca de sus preocupaciones comunes. Es una característica propia del negocio cotidiano y un componente de todo proceso de toma de decisiones de gobierno corporativo.

La negociación es también un proceso distinto de resolución de conflictos fuera de los tribunales. El proceso es informal, voluntario y en la mayoría de los casos confidencial, aunque, obviamente, el resultado pueda ser revelado.

Aunque es el proceso de resolución de conflictos fuera de los tribunales más comúnmente usado, la negociación es también el paso principal para muchos otros MARC y una fase clave de todo proceso formal de mediación.

Las negociaciones normalmente ocurren porque las partes quieren lograr algo en conjunto que ninguna puede hacer por sí misma. Las partes reconocen el conflicto entre ellas y creen que pueden usar alguna forma de influencia para llegar a un mejor resultado, en vez de simplemente tomar lo que la otra parte quiere voluntariamente darle. En la sala de juntas, por ejemplo, los directores normalmente prefieren buscar un acuerdo en vez de pelear abiertamente, darse por vencidos o renunciar a la junta.

Cuando las partes negocian, normalmente esperan un “dar y recibir”. Aunque tienen metas u objetivos relacionados que no pueden lograr independientemente, normalmente no quieren o no necesitan exactamente la misma cosa. Esta interdependencia puede conducir a una situación “ganador-perdedor”, como ocurre en el tribunal, o a una situación “ganador-ganador”, en la cual se encuentra una resolución novedosa que satisface a ambas partes. Entonces, la negociación depende, en gran medida, tanto de los tipos de problemas involucrados como de la forma en la cual la negociación se lleve a cabo. Las partes en discordia intentarán forzar a las otras partes

## COMPARACIÓN DE MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



FUENTE: Adaptado de Lakasz Rozdeiczcer y Alejandro Álvarez. Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation, Washington, D.C.: IFC, 2006. Disponible en: <http://advisoryservices.ifc.org/docspubs/docpub.aspx?id=621>.

a que cumplan sus demandas, tratarán de influenciar sus posiciones y acercarse a un compromiso forzado (una “negociación dura”) o de lograr inventar una solución que satisfaga los objetivos de las dos partes (una “negociación constructiva”). En el contexto del gobierno corporativo, el reto en la negociación directa es concentrarse en los intereses corporativos. Un riesgo importante es confundir los problemas corporativos sustanciales con los conflictos de personalidad. Cuando los desacuerdos se hacen interpersonales, las confrontaciones socavan el trabajo de la junta directiva y pueden detener importantes decisiones estratégicas que avanzan el mejor interés de la compañía. Cuando los miembros de la junta directiva, los accionistas o los demás interesados aplican técnicas de la negociación

dura es más probable que el conflicto empeore, en vez de resolverse eficiente. Los riesgos asociados con la negociación dura incluyen los sentimientos de animosidad, desconfianza e ira que interfieren con la toma de decisiones del perdedor.

Más que un simple ejercicio de negociación, la negociación constructiva le exige a las partes identificar los aspectos en los cuales difieren, educarse mutuamente en cuanto a sus necesidades e intereses, generar opciones posibles de acuerdo y, después, negociar los términos finales del acuerdo.

Cuando los miembros de la junta directiva, los accionistas y los demás interesados pueden escucharse unos a otros en sus preocupaciones y pueden entablar una toma de decisiones constructivas, es más posible que manejen sus propios intereses, los de la compañía y los de los accionistas.

Entre los miembros de la junta directiva, las características de la negociación constructiva incluyen la cortesía, la franqueza, el debate abierto y el desacuerdo constructivo. Los factores que promueven resultados constructivos en la negociación incluye:

- Las metas compartidas
- La preocupación por la reputación
- La flexibilidad en el enfoque
- La comunicación efectiva
- Las relaciones a largo plazo

Un acercamiento básico de tres pasos ayuda a promover negociaciones constructivas. Este acercamiento se puede usar efectivamente para estructurar debates en la sala de juntas y guiar las discusiones difíciles con los accionistas u otros interesados. El primer paso es que cada parte *se prepare*, definiendo sus propios intereses y preocupaciones, y luego aquellos de la otra parte. El segundo es *participar* en un respetuoso cambio de ideas. El tercero es evaluar el progreso.

Aunque los directores pueden llegar a pensar que son negociadores naturalmente talentosos, no siempre están bien capacitados en procesos de resolución de conflictos, ni saben de los beneficios o técnicas para alcanzar soluciones del tipo “ganador-ganador” para sus conflictos.



## GLOSARIO

### La negociación

La negociación es un proceso de toma de decisiones conjunta, en la cual dos o más partes con intereses diferentes deben llegar conjuntamente a una decisión — la resolución a la que finalmente lleguen.

FUENTE: Morton Deutsch y Peter T. Coleman, eds., The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 2000.



## ENFOQUE

### Beneficios de la negociación

Las aproximaciones constructivas a la negociación crean oportunidades para los directores, los accionistas y los demás interesados, para:

- ▶ Identificar las preocupaciones comunes
- ▶ Sacar los problemas a flote
- ▶ Analizar los diferentes asuntos y definir los problemas
- ▶ Promover el libre flujo de ideas para la resolución
- ▶ Priorizar intereses
- ▶ Acordar las soluciones con base en los intereses
- ▶ Implementar y monitorear los acuerdo



PARA REVISAR LOS PASOS TÍPICOS QUE HACEN PARTE DE LA NEGOCIACIÓN CONSTRUCTIVA, VÉASE EL VOLUMEN 1, ANEXO 8.

## CITA

### Las ganancias limitadas de las soluciones impuestas

“La estrategia de conflictos menos exitosa es la aplicación de la autoridad, por medio de lo cual se impone, esencialmente, una ‘solución’ para el conflicto por medio del poder. Generalmente, esta estrategia toma en cuenta los intereses de un solo accionista, como por ejemplo el fundador-propietario de una empresa de familia. Los demás miembros de familia son dejados afuera. El ejercicio de la autoridad significa que el resto de los miembros de familia no pueden alcanzar sus propios objetivos, lo cual genera rabia, estrés y desconfianza. En muchos casos, la aplicación de la autoridad perturba seriamente las relaciones de familia, debilitando entonces, la cohesión dentro de la empresa de familia”.

#### JOZEF LIEVENS

SOCIO, EUBELUIS LAW FIRM | MIEMBRO FUNDADOR DEL FORUM'S PRIVATE SECTOR ADVISORY GROUP (GRUPO CONSULTIVO DEL FORO DEL SECTOR PRIVADO)

FUENTE: Jozef Lievens. “Collaborative Conflict Resolution — the ‘Harvard Approach’ Applied to Family Business”. Documento de trabajo 2002 suministrado por el autor al Foro.

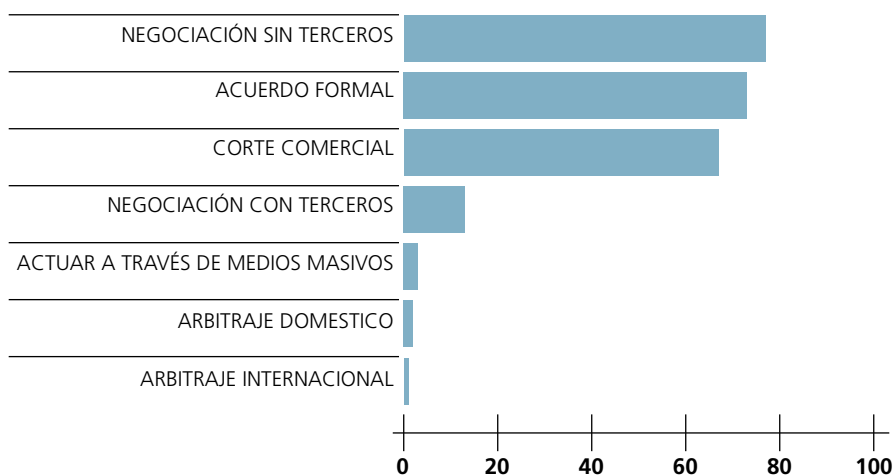
## EJEMPLO

### La empresa que usa métodos de resolución de conflictos

#### Ucrania

Un estudio de la CFI llevado a cabo en Ucrania en el año 2007 encontró que el 77 por ciento de las compañías resolvían sus conflictos a través de negociaciones, sin involucrar a terceros. “Cuando terceros participan en las negociaciones, las partes muchas veces sienten que fueron traídos para ejercer influencia, en vez de para ayudar a las partes a conciliar o encontrar caminos para ponerse de acuerdo”. A pesar de esta impresión del rol de terceros en la resolución de conflictos, el 56 por ciento de los CEOs y demás ejecutivos *senior* entrevistados indicaron que, con alguna frecuencia, intentarían la mediación para resolver conflictos, si esa alternativa estuviera disponible.

#### PORCENTAJE DE EJECUTIVOS *SENIOR* QUE INDICARON EL SIGUIENTE MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO SU FORMA PREFERIDA DE RESOLVER CONFLICTOS



FUENTE: IFC, Ukraine Commercial Dispute Resolution Study. Washington, D.C.: IFC, 2007. Disponible en: [www.ifc.org/ifcext/teca.nsf/Attachments-ByTitle/UkraineADR\\_2006\\_Eng.pdf/\\$FILE/UkraineADR\\_2006\\_Eng.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/teca.nsf/Attachments-ByTitle/UkraineADR_2006_Eng.pdf/$FILE/UkraineADR_2006_Eng.pdf).



## La “negociación dura” versus la “negociación constructiva”

### Análisis del paquete de compensación del CEO

<b>NEGOCIACIÓN DURA</b> EL CEO ACTÚA EN SU PROPIO INTERÉS PERSONAL	<b>NEGOCIACIÓN CONSTRUCTIVA</b> EL CEO ACTÚA EN EL MEJOR INTERÉS DE LA COMPAÑÍA
<b>LAS PARTES HAN SENTADO SUS POSICIONES</b> EL CEO SOLICITA UN AUMENTO ESPECÍFICO DE SU PAQUETE DE COMPENSACIÓN	<b>LAS PARTES ESTÁN BUSCANDO INTERESES COMUNES</b> EL CEO SOLICITA UNA REVISIÓN DE SU PAQUETE DE COMPENSACIÓN
<b>LAS PARTES TIENE UNA POSICIÓN COMPETITIVA Y AGRESIVA</b> EL CEO SOLICITA UN AUMENTO MÍNIMO DE SU PAQUETE DE COMPENSACIÓN, SINO RENUNCIARÁ A SU CARGO	<b>AS PARTES TIENEN UNA POSICIÓN COLABORADORA Y ABIERTA</b> EL CEO PRESENTA UNA EVALUACIÓN DE SU DESEMPEÑO Y PIDE AL COMITÉ DE COMPENSACIÓN UN PAQUETE MEJORADO EN BASE A SU DESEMPEÑO Y RESULTADOS PARA LA EMPRESA
<b>LLAS PARTES RETIENEN INFORMACIÓN</b> EL CEO RETIENE LA INFORMACIÓN QUE PUEDE IMPACTAR EN EL DESEMPEÑO DEL PRÓXIMO AÑO DE LA COMPAÑÍA	<b>LAS PARTES COMPARTEN INFORMACIÓN ACERCA DE SUS INTERESES</b> EL CEO EXPLICA SU ESTRATEGIA ACERCA DE CÓMO HACER QUE LA COMPAÑÍA CREZCA EN UN NUEVO NICHOS DE MERCADO, QUE AYUDARÁ A MEJORAR EL DESEMPEÑO DE LA COMPAÑÍA
<b>LAS PARTES TIENEN SOSPECHAS Y DESCONFÍAN UNAS DE OTRAS</b> EL CEO PIENSA QUE LE CAE MAL A ALGUNOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE COMPENSACIÓN Y QUE ESTOS QUIEREN REEMPLAZARLO	<b>LAS PARTES TRABAJAN EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ENTENDIMIENTO Y LA CONFIANZA</b> EL CEO SOLICITA AL COMITÉ QUE CONFÍE EN ÉL/ELLA PARA IMPLEMENTAR UNA NUEVA ESTRATEGIA DE CRECIMIENTO, Y ESTÁ DISPUESTO/A A RELACIONAR SU PAQUETE CON LOS RESULTADOS QUE SE LOGREN
<b>LAS PARTES VALORAN SUS PROPIAS GANANCIAS</b> EL CEO BUSCA EL PAQUETE DE COMPENSACIÓN MÁS ALTO POSIBLE, SIN PERJUICIO DEL DESEMPEÑO DE LA COMPAÑÍA	<b>LAS PARTES EXPLORAN Y AMPLÍAN LAS OPCIONES PARA OBTENER GANANCIAS CONJUNTAS</b> EL CEO ANALIZA LOS OBJETIVOS DE DESEMPEÑO SOBRE LOS CUALES PUEDE BASAR SU PAQUETE DE COMPENSACIÓN REVISADO
<b>UNO GANA, EL OTRO PIERDE</b> EL CEO RECIBE EL PAQUETE DE COMPENSACIÓN MÁS ALTO POSIBLE O RENUNCIA	<b>GANANCIAS MUTUAS (GANADOR-GANADOR)</b> EL CEO RECIBE EL PAQUETE DE COMPENSACIÓN MÁS ALTO POSIBLE RELACIONADO CON LAS METAS ESPECÍFICAS Y LOS OBJETIVOS DE DESEMPEÑO
<b>EL RESULTADO ES DISTRIBUTIVO (UNO U OTRO/O)</b> EL CEO RECIBE MÁS; LOS ACCIONISTAS SE BENEFICIAN MENOS	<b>EL RESULTADO ES INTEGRATIVO (AMBOS/Y)</b> EL CEO Y LOS ACCIONISTAS SE BENEFICIAN MÁS SI LA COMPAÑÍA TIENE UN MEJOR DESEMPEÑO

FUENTE: Adaptado de Richard G. Shell, Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People. Nueva York: Penguin, 1999. Copyright 1999. Todos los derechos reservados.



Tradicionalmente, la negociación ocurre directamente entre las partes. No es indispensable la asistencia de una tercera parte neutral, pero en escenarios de negociaciones formales, las partes pueden estar representadas por un negociador profesional que normalmente puede ser — aunque no necesariamente el mismo profesional en todas las culturas — su abogado.

Cuando ambas partes están dispuestas a participar en negociaciones constructivas, ambas tienden a ganar. Sin embargo, si una de las partes adopta un acercamiento constructivo mientras la otra mantiene una posición de negociación, el resultado es más dudoso.

Si las negociaciones se rompen y/o llegan a una situación sin solución, se puede incluir una tercera parte que cree un proceso de negociación facilitada — también llamada “facilitación” o “mediación informal”. Por ejemplo, si la junta directiva no puede llegar a un acuerdo conjunto acerca de una decisión estratégica, el presidente de la junta directiva puede convenir una estrategia de retirada, facilitada por un tercero para ayudar a que los intereses y necesidades individuales salgan a flote, y entonces, para que se puedan explorar soluciones y alternativas. Esta tercera parte puede ser un mediador capacitado o un consultor en estrategia corporativa.

## La mediación

En la mediación, los participantes son asistidos en la resolución de sus conflictos por una tercera parte imparcial e independiente. La mediación es una alternativa para manejar los conflictos de gobierno corporativo cuando la negociación directa falla en producir resultados satisfactorios, o no es una opción válida cuando, por ejemplo, las partes se rehúsan a hablar entre ellas.

La mediación es flexible, permitiendo a las partes controlar el proceso y el resultado del conflicto. Las partes son dueñas de su conflicto y de la solución. Moldean la solución según sus problemas, por sí mismas y acuerdan, formalmente, estar obligadas por ella. En este proceso, están asistidas por un mediador. Este experto saca a flote los hechos y los problemas, centran a las partes en los intereses comunes y les ayudan a llegar a un acuerdo formal para resolver sus asuntos. Las características específicas de la mediación son:

- Una tercera parte neutral y respetada
- Confidencialidad
- Proceso justo, imparcial
- Acuerdos consensuales
- Rendición de cuentas



## GLOSARIO

### 'BATNA'

BATNA son las iniciales, en inglés, de “*best alternative to negotiated agreement*” (las mejores alternativas para los acuerdos negociados). Este concepto se popularizó en 1981 por Roger Fisher, William L. Ury y Bruce Patton en su muy conocido libro *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (Obtenga el sí: el arte de negociar sin ceder). Los autores explican que la razón por la que uno negocia es para producir algo mejor que los resultados que se pueden obtener sin negociar. La alternativa a la negociación es el estándar contra el cual cualquier acuerdo que se proponga debe ser medido. En otras palabras, los resultados de la negociación siempre deben ser mejores que aquellos que se hubiesen obtenido sin la negociación.

FUENTE: Roger Fisher, William L. Ury y Bruce Patton en su muy conocido libro *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. (Segunda edición). Nueva York: Penguin, 1999. Derechos de autor 1999. Todos los derechos reservados.



## GLOSARIO

### La mediación

La mediación es un proceso informal, empleado por partes en disputa, con el fin de llegar a una solución acordada.

FUENTES: Southern Africa Institute of Directors (*IoDSA*) (Instituto Surafricano de Directores). Disponible en: [www.ioda.co.za](http://www.ioda.co.za)

La mediación es un proceso flexible que se lleva a cabo confidencialmente en el cual una persona neutral asiste activamente a las partes para que trabajen hacia un acuerdo negociado de un conflicto o diferencia, con las partes con el control último de la decisión a acordar y los términos de la resolución.

FUENTES: Center for Effective Dispute Resolution — CEDR (Centro para la Resolución Efectiva de Conflictos). Disponible en: [www.cedr.co.uk](http://www.cedr.co.uk).



## CITA

### Mediación tradicional

*“La tendencia general de Uganda, a lo largo de los años, era entrar en un litigio con miras a obtener decisiones legalmente obligatorias. Sin embargo, la mediación, como mecanismo de resolución de conflictos, no es del todo nueva en la Uganda tradicional, ni en la sociedad africana. Ha existido durante siglos un mecanismo de mediación tradicional, que utiliza a los mayores como conciliadores/mediadores en conflictos y usa procedimientos aceptables para la comunidad local, pero que no son tan formales como aquellos encontrados en los tribunales”.*

**JUEZ GEOFFREY W. M. KIRYABWIRE**

JUEZ DE LA CORTE COMERCIAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, UGANDA

FUENTE: Geoffrey W. M. Kiryabwire, “Mediation of Corporate Governance Disputes through Court Annex Mediation”. Ensayo presentado por el autor al Foro.



## EJEMPLO

### Litigio en los tribunales versus mediación Bosnia y Herzegovina

De acuerdo con la información recolectada por el piloto de Mediación Comercial de la CFI en Bosnia y Herzegovina, sólo el seis por ciento de los casos presentados ante los tribunales entre 2005 y septiembre de 2006 estaban relacionados con conflictos de gobierno corporativo y la inadecuada protección de los derechos de los accionistas minoritarios. Durante el mismo periodo, 220 de los 300 acuerdos mediados involucraban accionistas individuales o inversionistas corporativos, y esto condujo a la liberación de EUR 4.2 millones.

### COMENTARIO

Como en Bosnia y Herzegovina, los procesos de acuerdos fuera de los tribunales, tales como la mediación, pueden probar ser muy exitosos. Es un factor muy importante en la determinación del éxito y sostenibilidad de los acuerdos fuera de los tribunales sensibilizar a las compañías para que entiendan mejor los beneficios de los MARC.

FUENTE: Lada Busevac, “The Promise of Mediation Practice in Corporate Governance”. París, febrero de 2007. Disponible en: <http://www.gcgf.org>

La terminología usada para describir la mediación puede variar ampliamente. Mediación, conciliación y facilitación, por ejemplo, se usan normalmente de manera indistinta. El término “mediación” se usa mayormente en Europa, mientras que el mismo proceso se llama “conciliación” en América Latina.



PARA CONOCER MÁS ACERCA DE LAS DIFERENTES DEFINICIONES DE MEDIACIÓN ALREDEDOR DEL MUNDO, VÉASE EL VOLUMEN 1, ANEXO 9.

A pesar de la terminología, un aspecto importante a tener en mente en cuanto a los MARC es el rol que juega la tercera parte (neutral) en la resolución de conflictos y su nivel de compromiso. En algunos casos, los mediadores facilitan la comunicación, la planeación estratégica y la solución de problemas. En otros casos, se espera que el mediador ayude formalmente a acordar los conflictos.

La mediación ofrece una forma más rápida, menos costosa y más confidencial de resolver las disputas que los procesos legales en los juzgados y, a diferencia del arbitraje y de los foros judiciales, ayuda a preservar y restaurar relaciones de trabajo valiosas entre las partes porque se fundan en un enfoque de negociación. A través de soluciones creativas del tipo “ganador-ganador”, la mediación puede ahorrar tiempo y atención a los ejecutivos que pueden estar perdidos en seguir una resolución que puede no ser en el mejor interés de las partes.

La mediación es normalmente un proceso de resolución de conflictos privada y voluntaria, pero la forma en la cual se ha presentado la mediación varía de país a país. En varios países — especialmente aquellos en vías de desarrollo — la mediación se ha presentado con el apoyo de la justicia para ayudar a reducir el atraso de los casos en los tribunales. En Uganda, Bosnia y Herzegovina, y Pakistán, por ejemplo, los centros de mediación anexos a los tribunales se han usado para la resolución temprana de conflictos. Para algunos casos, un acuerdo mediado debe ser explorado por las partes antes de que el caso llegue a juicio. En India, la Corte Suprema de Justicia emitió una decisión histórica (*Salem Advocate Bar Association, Tamil Nadu v. Union of India*) en la cual se sostuvo que la referencia a la mediación, conciliación y arbitraje es obligatoria para los casos llevados ante las cortes.



PARA ACCEDER A LOS ENLACES PARA CONOCER LAS MUESTRAS DE LAS REGLAS Y PROCEDIMIENTOS DE LA MEDIACIÓN ALREDEDOR DEL MUNDO, VÉASE EL VOLUMEN 1, ANEXO 10.

La mediación formal generalmente consiste en tres fases: la preparación inicial, las negociaciones mediadas en las cuales cada parte elige libremente y de manera informada, y la fase de conclusión en la cual las partes formalizan sus decisiones. Durante la mediación, cada una de las partes puede reunirse internamente o por separado con el mediador. El mediador puede hacer preguntas y resaltar puntos de vista para animar a las partes a resolver sus problemas.



PARA REVISAR LOS PASOS INCLUIDOS GENERALMENTE EN LA MEDIACIÓN FORMAL, VER EL VOLUMEN 1, ANEXO 11.

Normalmente, existen tres dimensiones en un conflicto, particularmente en aquellos que involucran situaciones de gobierno corporativo. Aunque no siempre parece que sea así, todos los conflictos tienen un componente personal, uno comercial o de negocios, y uno legal.

La importancia de cada uno de estos componentes puede variar de un conflicto a otro. En el contexto del gobierno corporativo, el componente personal de los conflictos está por lo general escondido o es ignorado, aunque puede ser, de hecho, la causa real, o al menos un factor importante del conflicto. Por ejemplo, el CEO de una empresa puede estar en desacuerdo con el presidente de la junta o tener



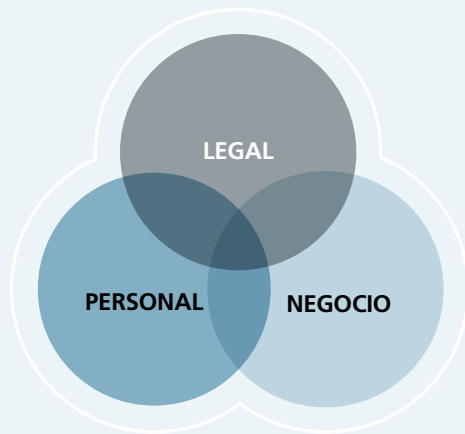
## ENFOQUE

### Beneficios de la mediación

- ▶ **Costo:** los costos de la transacción son considerablemente más bajos que aquellos de los procesos de adjudicación (por ejemplo, los procesos judiciales).
- ▶ **Velocidad:** el proceso puede empezar tan pronto como las partes acuerden la mediación. El proceso de mediación en sí mismo, rara vez toma más de unos pocos días.
- ▶ **Calidad:** los mediadores se pueden seleccionar de acuerdo con sus habilidades y experiencia.
- ▶ **Predictibilidad:** la decisión no puede imponerse sobre las partes.
- ▶ **Control:** las partes son las dueñas del conflicto y las que trabajan la solución.
- ▶ **Flexibilidad:** las partes pueden decidir sobre el tipo de mediación y el procedimiento que se va a usar, incluyendo el tiempo y la ubicación.
- ▶ **Confidencialidad:** las partes pueden revelar sólo lo que ellas quieran. El contenido de la mediación y la información que se intercambia normalmente permanece en confidencialidad, pero las partes pueden acordar que se revele el acuerdo.
- ▶ **Riesgo limitado:** las partes no tienen que acordar y tienen la alternativa de buscar otra forma de resolución de conflictos, incluyendo la decisión de los tribunales.
- ▶ **Responsabilidad:** no se tiene que admitir para llegar a un acuerdo.
- ▶ **No vinculante:** mientras el proceso no es obligatorio, el resultado acordado puede exigirse como un contrato o ser registrado como un juicio consentido.
- ▶ **Voluntario:** a menos que se exija por parte de los tribunales, las partes no tienen que ir necesariamente a la mediación. En todos los casos, las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo.
- ▶ **Perspectiva:** las partes pueden ganar una visión más objetiva, desprendida de sus posiciones, antes que sus puntos de vista se solidifiquen y las líneas de batalla se hayan dibujado, lo que hace que una resolución sea más difícil de lograrse. Más aún, las circunstancias de las partes pueden haber cambiado de aquellas que prevalecían cuando se inició el conflicto, dando paso así a una evaluación provisional.

FUENTE: Eric M. Runesson y Marie-Laurence Guy, Focus 4: Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes. Washington, D.C., Global Corporate Governance Forum (Foro Global en Gobierno Corporativo), 2007. Disponible en: [http://www.ifc.org/lifcext/lcgf/AttachmentsByTitle/Focus+Mediation/\\$FILE/Focus4\\_Mediation\\_12.pdf](http://www.ifc.org/lifcext/lcgf/AttachmentsByTitle/Focus+Mediation/$FILE/Focus4_Mediation_12.pdf).

## LAS TRES DIMENSIONES DE UN CONFLICTO



### ENFOQUE

#### El rol del tercero al tratar conflictos de gobierno corporativo

- ▶ **Mediación informal o facilitación:** la tercera parte ofrece un foro controlado para la discusión, para ayudar a traer a flote los problemas antes de cualquier decisión corporativa material (por ejemplo, la facilitación de una reunión de la junta o reunión estratégica).
- ▶ **Mediación formal o conciliación:** la tercera parte trata que las partes lleguen a un acuerdo, pero está únicamente enfocada en el proceso y no en quién está legalmente en lo cierto (por ejemplo, la mediación de una disputa entre la junta directiva y los accionistas disidentes).
- ▶ **Mediación formal o evaluación anticipada neutral:** la tercera parte anima a las partes a llegar a un acuerdo pero también usa sus conocimientos legales para convencer a las partes de que no tienen una mejor alternativa que un acuerdo negociado (por ejemplo, el conflicto acerca del valor de las acciones en un proceso *squeeze-out*).

FUENTE: Adaptado de David Thaler y Aniella Berstein, Strengthening Governmental Conciliation Institutions: A Practitioners Handbook. Julio de 2003. U.S. Federal Mediation and Conciliation Services (Servicios Federales de Mediación y Conciliación de los Estados Unidos). Disponible en: [www.fmcs.gov/apeclmg/APEC%20Handbook%2007.04.03/Handbook%5B1%5D.Final.06.30.03.doc](http://www.fmcs.gov/apeclmg/APEC%20Handbook%2007.04.03/Handbook%5B1%5D.Final.06.30.03.doc)

un historial de disensos con un director independiente que está afectando el proceso de toma de decisiones de la junta. Sin embargo, la enemistad entre los dos puede no tener nada que ver con las decisiones reales que se deben tomar a nombre de la compañía. Otro ejemplo podría ser que los miembros de la junta tengan una lealtad personal con el CEO, quien es el que está bloqueando los esfuerzos de los accionistas para separar las posiciones del presidente de la junta y del CEO. Puede ser que tengan un principio genuino en contra de esa práctica. En las empresas de familia, los problemas personales y del negocio con frecuencia se entrelazan, y la perspectiva de largo plazo de la compañía puede frenarse por las rivalidades entre los hermanos o los asuntos de sucesión.

Una característica esencial de la mediación es que puede tratar todas las dimensiones de un conflicto y ayudar a sacar a flote los asuntos importantes que están impidiendo una decisión empresarial en el mejor interés de la compañía. Mientras que los procesos legales sólo tratan la dimensión legal de una disputa, la mediación permite que las partes ventilen y saquen a la superficie los conflictos, antes de hacer concentrar a las partes de nuevo en el componente comercial del conflicto y en su interés común en la búsqueda de una buena solución.

La mediación es, en consecuencia, una buena técnica de manejo del riesgo porque ofrece un espejo más objetivo o desprendido de su posición a los ejecutivos que quedan atrapados en la agonía de un conflicto personalizado de gobierno corporativo. La mediación no se trata sólo de resultados del tipo “ganador-ganador”; también puede ayudar a todas las partes a confrontar las mayores pérdidas o riesgos que los directores pueden enfrentar si no logran llegar a un acuerdo.

El tercero elegido ayudará a las partes a entender los puntos en discusión del conflicto y a concentrarse en identificar las necesidades e intereses específicos de cada parte en su búsqueda hacia una resolución consensual. La mediación debe ser llevada a cabo por una variedad de profesionales que utilicen diferentes tácticas. Las habilidades del mediador, así como sus estilos culturales y personales variarán. De aquí que la elección de un mediador va a influenciar la mediación y los asuntos centrales que se manejen o traten. Es esencial que las partes en conflicto respeten al mediador y tengan confianza en la justicia e imparcialidad del proceso.



PARA CONOCER MÁS ACERCA DE LAS HABILIDADES QUE SE NECESITAN PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 3, MÓDULO 1



## Las tres dimensiones de un conflicto de gobierno corporativo

### Caso de estudio de una empresa de familia

Albert Tonga, un agro-biólogo muy conocido en su país, estableció una firma de familia hace 20 años a fin de comercializar alimentos saludables para bebés destinados a mamás trabajadoras muy ocupadas. Era un nicho de mercado nuevo en ese momento, cuando sólo se usaban productos naturales cultivados en casa para alimentar a los bebés. El negocio de Tonga resultó ser un éxito, y la empresa empezó a exportar sus productos a la región hace cinco años.

Por razones tributarias, Tonga transfirió el 30 por ciento de las acciones de la compañía a cada uno de sus dos hijos, que tenían en ese entonces 19 y 21 años. Su esposa ya era la propietaria del ocho por ciento de las acciones de la compañía, y Tonga se quedó con la posición controlante del 32 por ciento.

Aunque la compañía ha tenido mucho éxito, su desempeño se encuentra en la actualidad amenazado por compañías multinacionales de alimentos que habían empezado a comercializar productos similares a precios más bajos. Para planear mejor el futuro, la hija de Tonga cree que la familia debe poner a la sociedad a cotizar en la bolsa local y recaudar fondos para financiar una estrategia de diversificación, pero nunca nadie la escucha.

El hijo de Tonga, quien se ve a sí mismo como el futuro CEO de la compañía, cree que la compañía debe permanecer cerrada, pero que el capital se debe abrir a un inversionista estratégico que pueda fundear una nueva planta para producir alimentos procesados para bebés. Él ya tiene a una persona en mente: el papá rico de su mejor amigo.

Tonga cree que “lo pequeño es hermoso”, y que a la compañía le está yendo bien como está. Cada vez está más irritado con las discusiones sobre el futuro de la compañía y más molesto porque sus hijos quieren diluir el negocio de la familia. Casi que se arrepiente de haber transferido las acciones a sus hijos. Son muy jóvenes e inexpertos para tomar buenas decisiones de negocios. La esposa de Tonga no tiene una opinión clara en cuanto a cuál es la mejor opción para la empresa, pero está cada vez más preocupada por las tensiones en su familia. Su marido vive de mal humor y los hijos rara vez se hablan.

### COMENTARIO

Este caso de estudio identifica las tres dimensiones de un conflicto de gobierno corporativo en una empresa de familia – personal, legal y del negocio o comercial. Un buen mediador debería manejar las tres dimensiones para ayudar a las partes a encontrar un acercamiento satisfactorio y sostenible para una estrategia de crecimiento para su compañía.

DIMENSIONES DEL CONFLICTO	ELEMENTOS DEL CONFLICTO	TÉCNICAS DE MEDIACIÓN	RIESGOS DE TRATAR ÚNICAMENTE UNA DIMENSIÓN DEL CONFLICTO
<b>DIMENSIÓN PERSONAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Tonga no quiere ser desafiado por sus hijos. La empresa es suya. Invertió toda su vida en ella y su "dueño".</li> <li>▶ Su hijo quiere, cada día más, jugar un rol en la empresa y espera que su padre le entregue el negocio.</li> <li>▶ Su hija quiere que se le respete y que sus opiniones, fruto de sus estudios, sean consideradas con seriedad. Es tan buena para los negocios como su hermano.</li> <li>▶ Su esposa quiere que la familia sea feliz y se siente atrapada entre la lealtad a su marido y a sus hijos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Permita que cada parte ventile y exprese sus frustraciones y ambiciones.</li> <li>▶ Restablezca los canales de comunicación constructiva.</li> <li>▶ Ayude a cada parte a escuchar los puntos de vista de los demás, explore las opciones y recuérdelos sus intereses familiares comunes.</li> <li>▶ Considere exponer las bases de un plan de sucesión como parte de un acuerdo final.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ En miras a la paz familiar, se posponen las decisiones estratégicas en el mejor interés del negocio. La empresa puede sobrevivir o no a esto.</li> </ul>
<b>DIMENSIÓN DEL NEGOCIO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ No se hacen cambios en la estructura actual de la compañía.</li> <li>▶ La compañía comienza a cotizar en bolsa.</li> <li>▶ El capital de la compañía se abre a un inversionista estratégico.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ayude a concentrarse de nuevo en los intereses de la compañía.</li> <li>▶ Revise los pros y los contras de cada alternativa de negocio.</li> <li>▶ Explore las opciones alternativas innovadoras.</li> <li>▶ Revise los beneficios de corto y largo plazo.</li> <li>▶ Ayude a que se llegue a un acuerdo, de una manera satisfactoria, para ayudar a la compañía a crecer y a hacer las inversiones necesarias sin perder el control de la familia en ella.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Si se llega a un acuerdo en el mejor interés del negocio, sin tener en cuenta los intereses individuales de los miembros de la familia y de la familia como un todo, muy probablemente terminará fallando al final. Incluso la mejor estrategia no se puede llevar a cabo adecuadamente si las emociones, frustraciones y resentimientos subyacentes no han sido tratados.</li> </ul>
<b>DIMENSIÓN LEGAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Ninguno de los miembros de la familia tiene una cantidad de acciones en la compañía suficiente como para tomar una decisión por sí mismo/a para el futuro de la compañía.</li> <li>▶ Los miembros de la familia pueden construir alianzas y someter a voto una opción sugerida.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Revise los estatutos de la sociedad, la ley de sociedades y los requisitos de cotización en bolsa.</li> <li>▶ Clarifique los procedimientos de voto y los pasos legales requeridos para tomar decisiones materiales que afecten a la sociedad ahora y en el futuro.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ La decisión de abrir el capital de la sociedad o hacerla cotizar en bolsa se puede poner a consideración mediante una votación. Esto resultará en una situación del tipo "ganador-perdedor", que dejará descontentos a algunos miembros de familia y tendrá un efecto negativo sobre la armonía familiar. Con toda seguridad, esto allanará el camino para futuros conflictos.</li> </ul>



## EJEMPLO

### Conflicto de accionistas que se arregla a través de la mediación

#### Uganda: K.M. Patel y otros vs. United Assurance Company Ltd. (Causa corporativa número 5 de 2005)

En este caso, dos hermanos asiáticos cuyo apellido es Patel, interpusieron una petición minoritaria como accionistas para disolver una de las compañías de seguros privadas más grandes de Uganda. Alegaban que sus acciones en la sociedad — de propiedad de un 40 por ciento — se habían licuado incorrecta e ilegalmente durante la reestructuración y venta de la compañía, sin notificación a ellos. El Juez Geoffrey K. M. Kiryabwire de la División Comercial de la Alta Corte de Uganda decidió mediar en este caso, con el consentimiento de las partes. La mediación llegó con éxito a un acuerdo de la disputa y condujo a una sentencia consentida en donde la compañía de seguros compró las acciones de los dos accionistas. El CEO de la compañía fue citado, más adelante, diciendo “[nosotros] estamos muy contentos de que esto haya llegado a feliz término. Creo que los Patel, como fundadores, nos dejarán con su bendición...”

#### COMENTARIO

Este caso ilustra como la mediación puede contribuir a encontrar una solución oportuna y económicamente eficiente a los conflictos de gobierno corporativo, sin empeñar la reputación de la sociedad, al tiempo que se cuidan las relaciones de negocios. Normalmente, un juez no mediaría directamente en un conflicto que le llega a un tribunal, sino que lo referiría a mediación, en una jurisdicción en donde esté establecida la mediación anexa a los tribunales.

*FUENTE: Geoffrey W. M. Kiryabwire, “Mediation of Corporate Governance Disputes through Court Annex Mediation”. Ensayo presentado por el autor al Global Corporate Governance Forum.*



## ENFOQUE

### Limitaciones de la mediación formal

- ▶ Algunos conflictos se pueden acordar sin la intervención de un tercero (por ejemplo, el presidente de la junta directiva ofrece “mediar” un conflicto entre dos puntos de vista opuestos, en la sala de juntas, y en base a la estrategia de sostenibilidad de la compañía).
- ▶ La necesidad de asistencia en los tribunales/protección (por ejemplo, una orden judicial para dejar pendiente una transacción porque no se han cumplido con los procedimientos legales; los MARC se pueden buscar luego para acordar la sustancia del conflicto en sí mismo).
- ▶ La necesidad de sentar un precedente (por ejemplo, un inversionista institucional equivocado está buscando una indemnización como una cuestión de principio para influenciar los estándares de gobierno)
- ▶ Buscar publicidad (por ejemplo, accionistas que quieren avergonzar y culpar una empresa por su mala conducta)
- ▶ El deseo de demostrar poder y/o amenazar a la otra parte (por ejemplo, uno de los accionistas mayoritarios está buscando ejercer más control y demanda a los accionistas de familia para presionarlos a acordar)
- ▶ La falta de interés en acordar para ganar tiempo y evitar cualquier resultado de un acuerdo (por ejemplo, un negocio de familia en el cual un miembro de la familia está determinado a tomar el control y no tiene interés en el diálogo, o una compañía que atraviesa conflictos medio ambientales, que anticipa un cambio político y legal a corto plazo, a su favor)

*FUENTE: Adaptado de Karl Mackie, David Miles, William Marsh y Tony Allen. The ADR Practice Guide, Commercial Dispute Resolution. Segunda Edición. West Sussex, Inglaterra: Tottel. Copyright 2006. Estos documentos han sido utilizados con permiso.*

A pesar de los mejores esfuerzos de un respetado facilitador, puede ocurrir que no se llegue a un resultado constructivo. Las partes en disputa pueden no tener la voluntad de resolver el problema, pueden surgir factores imprevistos o puede ser que no sea posible sobrellevar o compensar los daños percibidos. Si las partes no pueden llegar a un acuerdo a través de la mediación, pueden de todas maneras considerar otras alternativas, como es el arbitraje.

### El arbitraje

El arbitraje es una alternativa regulada para resolver conflictos corporativos o sociales. El proceso, por lo general, es confidencial, pero las decisiones pueden hacerse públicas. Un árbitro independiente e imparcial revisa los documentos y testimonios, y emite un juicio sobre los derechos y obligaciones de las partes. Los reclamos contrapuestos deben ser lo suficientemente específicos y formulados con claridad suficiente para permitir el juicio. Los árbitros deciden los méritos del caso y cómo corregir o compensar cualquier mala actuación. La decisión normalmente es definitiva y obligatoria.



## GLOSARIO

### Arbitraje

El arbitraje es un procedimiento voluntariamente escogido por las partes que quieren determinar un conflicto por medio de un árbitro imparcial de su propia y mutua elección. Las partes acuerdan, por adelantado, que la decisión del árbitro — basada en los méritos del caso — será definitiva y obligatoria.

*FUENTE:* Federal Mediation and Conciliation Service, USA (Servicio Federal de Mediación y Conciliación de los Estados Unidos).

### Arbitraje no obligatorio

El objetivo de un arbitraje no obligatorio es animar el acuerdo, por medio de la evaluación de un experto de los hechos y de la aplicación de la ley relevante. Un árbitro independiente e imparcial decide los méritos del caso, y los derechos y obligaciones de las partes. El laudo del árbitro no es obligatorio; las partes en disputa conservan su derecho a llevar sus demandas a los tribunales.

En el arbitraje, las partes acuerdan estar obligadas por la decisión de un solo árbitro o un panel de árbitros. El procedimiento es parecido al de un juicio y el/los árbitro/s toma/n una decisión.



PARA CONOCER MÁS ACERCA DE LOS PASOS TÍPICOS INVOLUCRADOS EN EL ARBITRAJE ESTÁNDAR, VÉASE EL VOLUMEN 1, ANEXO 12.

El arbitraje está diseñado para evitar las cortes o tribunales y conseguir una adjudicación más rápida, menos costosa y más eficiente. El proceso es confidencial y generalmente menos adversarial que el litigio, aunque más que la mediación.



## ENFOQUE

### El uso del arbitraje formal

#### VENTAJAS

- ▶ Evita los gastos y demoras del litigio en las cortes
- ▶ Las partes pueden decidir sobre el tribunal de arbitraje y su ubicación
- ▶ Las partes pueden escoger conjuntamente el(los) árbitro(s)
- ▶ Se dispone de árbitros con las competencias legales adecuadas y otras especialidades
- ▶ La confidencialidad de los procedimientos se puede proteger legalmente
- ▶ Existe protección legal sobre la información revelada
- ▶ Los laudos son definitivos, obligatorios y se pueden apelar con base en una falla seria en el procedimiento
- ▶ Hay reconocimiento internacional de las decisiones del árbitro (laudos)

#### LIMITACIONES

- ▶ Equiere que el acuerdo se refiera a este procedimiento
- ▶ Puede consumir mucho tiempo y ser costoso, especialmente para asuntos transfronterizos
- ▶ Puede tratar únicamente la dimensión legal de las disputas
- ▶ Conlleva el riesgo de laudos impredecibles





## Arbitraje de conflicto de accionistas

### Sudáfrica — Tanzania — Kenia: Rift Valley Railways

Rift Valley Railways (RVR) se constituyó en la Isla Mauricio en el año 2006 como la compañía *holding* para el consorcio que conducía Sheltam Corporation. Este consorcio había participado con éxito en la licitación de la concesión, por 25 años, de la línea férrea más antigua del este de África. Sheltam tiene 35 por ciento de sus acciones en la compañía, mientras que Primefuels Kenya, un proveedor de logística de combustibles líquidos, tiene 15 por ciento de las acciones en RVR, y Mirambo Holdings, una compañía inversionista, tiene el 10 por ciento. Las acciones restantes las tiene el fondo de capital TransCentury Limited (20 por ciento), Babcock and Brown Investment Holdings de Australia (10 por ciento), y Centum Investment Company (10 por ciento).

Surgió un conflicto entre los socios de RVR a partir de la decisión de última hora de Sheltam de abandonar Mirambo y Primefuels, mientras tomaba las líneas férreas de Kenia-Uganda en 2006, debido a que Mirambo y Primefuels no habían firmado un acuerdo de accionistas cuando se les había pedido que lo hicieran.

El conflicto entre Sheltam y sus socios iniciales, Mirambo y Primefuels, fue sometido a arbitraje en Londres, de acuerdo con el artículo 14 del acuerdo del consorcio. Este acuerdo disponía que cualquier disputa se acordara con tres árbitros en Londres bajo las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

Mirambo y Primefuels alegaron, con éxito, que el documento que ellos habían solicitado que firmaran no cumplía con el acuerdo del consorcio. Los árbitros decidieron que Sheltam había incumplido sus obligaciones de realizar un acuerdo de accionistas que fuera conforme con el contrato del consorcio y que fuera ejecutado por sus socios, y declaró que Mirambo y Primefuels tenían derecho a participar como accionistas de RVR.

Los árbitros declararon además que Sheltam no podía emitir, asignar, vender, cambiar ni transferir las acciones de RVR en la forma en que lo hizo, y ordenó que los dos socios regresaran al consorcio.

Sheltam impugnó la decisión con una apelación que interpuso en la Corte Real de Justicia de Londres en diciembre de 2007, argumentando que los árbitros habían excedido sus poderes en los laudos. Pero unos pocos meses después, la firma sudafricana tiró la toalla y admitió que se había quedado sin dinero para pagar los honorarios de sus abogados para el caso.

Se tomó la decisión de discontinuar la demanda en la que Sheltam impugnó la decisión de los árbitros. La corte, más adelante, ordenó que Sheltam cubriera las costas.

En julio de 2008, Mirambo y Primfuels regresaron como accionistas de RVR.

## COMENTARIO

Este caso demuestra la importancia de tener cláusulas y procesos preestablecidos. Sin una cláusula de arbitraje, este conflicto se hubiera demorado mucho más, con las partes peleando acerca de qué jurisdicción es más adecuada para decidir el caso. Sin embargo, el arbitraje es, por lo general, más costoso que la mediación y consume también más tiempo.

FUENTE: Jim Onyango, "Shareholder Wars Expose RVR's Financial Weakness". Agosto 11 de 2008. Disponible en: <http://www.bafrica.com>.



## Aumento de casos de arbitraje

### Bulgaria

*“El Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria observó un crecimiento constante en el número de casos de arbitraje voluntario. El tribunal prestó sus servicios a cerca de 160 casos en 2005 y casi 300 en 2006. Una de las mayores razones para esto es que el proceso rápido del arbitraje produce decisiones definitivas para importantes problemas legales, años antes de que esos mismos problemas lleguen a las más altas instancias del sistema estatal de tribunales.*

*“Debido al buen trabajo del tribunal y el funcionamiento notoriamente decepcionante de los tribunales del estado, el arbitraje se ha vuelto ampliamente popular y muy usado en Bulgaria. Las razones que impiden su uso incluyen el deseo de evitar responsabilidades ante el evento de incumplimiento de los deberes y el de demorar una decisión usando los torpes e ineficientes tribunales”.*

**DR. SILVY CHERNEV**

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE BULGARIA

*FUENTE: Silvy Chernev. “Current Status of Arbitration and Other Dispute Resolution Means in Bulgaria”. 2008. Documento de trabajo suministrado por el autor al Foro.*



## Tendencias del arbitraje

### Méjico

Aunque el arbitraje comercial es un método relativamente nuevo de resolución de conflictos en Méjico, continúa ganando aceptación como un medio para resolver conflictos sin perjuicio de si las partes involucradas firmaron o no, con anterioridad, un acuerdo de arbitraje. Se ha escogido especialmente en conflictos que involucran compañías de diferentes jurisdicciones, que manejan su negocio desde diferentes ubicaciones y operan bajo diferentes leyes. Se pueden usar dos formas de arbitraje en la resolución de conflictos transfronterizos. Con el arbitraje tradicional, los laudos se dan con adherencia estricta a un cuerpo particular de leyes que han acordado ambas partes. La forma alternativa es la intervención de “amigables componedores”, que se basa en principios de equidad y consideraciones acerca de lo que es razonable y justo para las partes.

### COMENTARIO

Los MARC están ganando aceptación en el mundo. El arbitraje es el favorito para los conflictos transfronterizos, de acuerdo con un estudio del *Australian Centre for Commercial International Arbitration* (Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional). “Las dos razones principales por las que las empresas prefieren el arbitraje internacional sobre el litigio fueron la flexibilidad del proceso arbitral y la exigibilidad de los laudos arbitrales. Otras dos ventajas que las empresas consideraron importantes fueron la privacidad de los procedimientos y la habilidad de las partes para seleccionar los árbitros adecuados para resolver sus conflictos particulares”.

*FUENTE: Viviana Castro Hurtado en Basham Ringe y Correa SC, “Arbitration Mexico: Two Approaches to Amicable Composition”. International Law Office Newsletter, 4 de octubre de 2007. Disponible en: <http://www.internationallawoffice.com/Newsletter/detail.aspx?g=0e3c3f48-4201-4ef2-8621-ff0ba097aaf0>. Australian Centre for International Commercial Arbitration (Centro Australiano para el Arbitraje Comercial Internacional), *Managing Cross-Borders Disputes (Manejando Conflictos Transfronterizos)*. Sidney: ACICA, 2006. Disponible en: <http://www.virgilcameron.com/acica/ACICA-IABooklet.pdf>.*

Una ventaja importante del arbitraje, en comparación con el litigio, es que las partes pueden escoger, en conjunto, el árbitro y la ubicación del foro del arbitraje, en términos mutuamente acordables. También pueden seleccionar el tipo de audiencia arbitral que prefieran:

- **Audiencia de documentos** — el árbitro revisa los documentos o las propiedades para otorgar un fallo llamado “laudo” u “orden”.
- **Audiencia de participación** — el árbitro revisa los documentos o las propiedades, y recibe también testimonios en persona, por teléfono o en línea para otorgar su fallo.

La selección conjunta del árbitro asegura que él o ella tendrán las habilidades y la experiencia necesarias para otorgar un fallo con la suficiente información. En muchas jurisdicciones, las partes pueden dar por terminado los procedimientos, y pedir que el árbitro se retire y se lo cambie por prejuicios, motivos de hagan sospechar parcialidad o incompetencia.



## CITA

### El costo del arbitraje

*“El litigio arbitral moderno está mucho más cerca de los procesos judiciales, excepto que es más confidencial y más independiente de la influencia del gobierno. Tiende a conllevar costos significativos para los litigantes. Ambas partes tienen que emplear varios abogados para llevar su caso. Como regla general, tiene que haber un tribunal de tres personas. Asumiendo un tiempo de preparación de 15 días para 10 abogados y 25 días para el intercambio de documentos y audiencias, y digamos 15 días para la deliberación arbitral y toma de decisiones, la cuenta total de los costos directos puede fácilmente sumar alrededor de US\$1 millón o más. Esto sin tener en cuenta el tiempo del personal — los abogados corporativos que manejan los contratos con el equipo externo, la administración de la empresa que suministra las pruebas ni el tiempo para hacer exigible el laudo luego de que haya sido dictado.*

**THOMAS WÄLDE**

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE DUNDEE

FUENTE: Thomas Wälde, “Mediation/Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transactions: Superior to Arbitration/Litigation from a Commercial and Management Perspective”. Ogel Journal. 2003. Disponible en: <http://www.ogel.org/journal-author-articles.asp>.

Cada parte debe “cooperar de buena fe” con el árbitro, cuya conducta se rige por los códigos de procedimiento, los acuerdos de las partes y la ley aplicable. El árbitro tiene una obligación ética y legal de revelar todo conflicto de interés.

Si la negociación y la mediación fallaron en ayudar a las partes a llegar a un acuerdo satisfactorio y/o si las partes quieren acordar formalmente la dimensión leal de su conflicto, el arbitraje bien puede ser el proceso adecuado. El arbitraje puede ser especialmente efectivo cuando se trata de conflictos transfronterizos.

Hasta cierto punto, el litigio ante los jueces de los conflictos de gobierno corporativo y, especialmente, los conflictos internacionales, se han reemplazado por los procesos legales ante tribunales de arbitraje internacionales o nacionales. Sin embargo, el arbitraje se mantiene estructuralmente relacionado al litigio y, por lo tanto, cargado con muchos de los inconvenientes de los procesos judiciales, incluyendo el tiempo y los costos que son notoriamente más altos que con la mediación. Sin embargo, las partes pueden alejarse de esos cargos tan altos solicitando, en conjunto, un proceso de arbitraje eficiente al momento de esbozar el acuerdo. ■

1. Lecturas adicionales
2. Estructuras de juntas directivas y potencial para que ocurran conflictos
3. Extractos de cartas de renuncia de directores
4. Categorías de conflictos relacionados con gobierno corporativo
5. Ejemplos de cartas de accionistas disidentes con la junta directiva
6. Lista indicativa de procesos de MARC seleccionados
7. Tabla comparativa de la negociación, litigio y mediación
8. Pasos típicos de la negociación constructiva
9. Definiciones de muestra de mediación alrededor del mundo
10. Enlaces a ejemplos de reglas de mediación y procedimientos
11. Pasos típicos de la mediación
12. Pasos típicos del arbitraje

## LECTURAS ADICIONALES

American Arbitration. *Drafting Dispute Resolution Clauses. A Practical Guide*. Nueva York: AAA, 2007. Disponible en: [www.adr.org](http://www.adr.org).

American Bar Association. *Mediation Practice Guide: A Handbook for Resolving Business Disputes*. Washington, D.C.: ABA, 2003.

Agrawal, Anup and Mark A. Chen. *Boardroom Brawls: An Empirical Analysis of Disputes Involving Directors*. University of Alabama and Georgia State University, 2008. Disponible en: <http://papers.ssrn.com>.

Baker, Mark y Arif Hyder Ali. A Cross Comparison of Institutional Mediation Rules. *Dispute Resolution Journal*, 2002.

Carroll y Mackie. *International Mediation — The Art of Business Diplomacy*. Segunda edición. Sussex occidental: Tottel Publishing, 2006.

Centre for Effective Dispute Resolution. *The CEDR Mediator Handbook 2004: Effective Resolution of Commercial Disputes*. Cuarta edición. Londres: CEDR, 2004.

Classens, Stijn. *Corporate Governance and Development*. Focus Series. Washington, D.C.: Global Corporate Governance Forum, 2003. Disponible en: [http://www.gcgf.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus\\_1\\_CG\\_and\\_Development/\\$FILE/Focus\\_1\\_Corp\\_Governance\\_and\\_Development.pdf](http://www.gcgf.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus_1_CG_and_Development/$FILE/Focus_1_Corp_Governance_and_Development.pdf).

Ertel, Danny. “How to Design a Conflict Management Procedure that Fits Your Dispute” *Sloan Management Review*, 199, pp. 29-42.

Fisher, Roger. “He Who Pays the Piper.” *Harvard Business Review*, 1985. pp. 150-159.

Fisher, Patton y Ury, *Getting to Yes*. 2nd ed. New York: Penguin Books, 1991.

Honeyman, Macfarlane et al. *Thinking Ahead*. Alternatives 99. Vol. 25. #6, 2007.

IFC. *Ukraine Commercial Dispute Resolution Study. Researching Commercial Disputes among Ukrainian Companies*. Washington, D.C.: IFC, 2007. Disponible en: [www.ifc.org/ifcext/eca.nsf/AttachmentsByTitle/](http://www.ifc.org/ifcext/eca.nsf/AttachmentsByTitle/)

[UkraineADR\\_2006\\_Eng.pdf/\\$FILE/UkraineADR\\_2006\\_Eng.pdf](#).

Lloyd’s and Economist Intelligence Unit. Directors in the Docks. *Is Business Facing a Liability Crisis?* 2008. Disponible en: <http://www.chiefexecutive.net>.

MacAvoy y Millstein. *The Recurrent Crisis in Corporate Governance*. Palo Alto, California: Stanford Business Books, 2004.

Masters y Rudnick. *Improving Board Effectiveness: Bringing the Best of ADR into the Boardroom*. Washington, D.C.: American Bar Association, 2005.

Messick. *Alternative Dispute Resolution: When it Works, When it Doesn't*. Washington, D.C.: World Bank, 2005. Disponible en: <http://www1.worldbank.org/prem/PREMNotes/premnote99.pdf>.

Metzger. “Introduction: Global Corporate Governance Reform Quickens Pace” in *Global Corporate Governance Guide 2004*, ed. B. Metzger. London: Globe White Page Ltd, 2004.

Millstein, Bajpai, Berglof et al. *Enforcement and Corporate Governance: Three Views*. Focus Series. Washington, D.C.: World Bank, 2005. Disponible en: [http://www.gcgf.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus\\_3\\_Enforcement\\_and\\_Corporate\\_Governance\\_Three\\_Views/\\$FILE/Focus\\_ENFCorpGov3.pdf](http://www.gcgf.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus_3_Enforcement_and_Corporate_Governance_Three_Views/$FILE/Focus_ENFCorpGov3.pdf).

Moore. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3era Ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

Mnookin. *Barriers to the Negotiated Resolution of Conflict*. New York: Norton, 1995.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). *OECD Principles of Corporate Governance*. Paris: OECD, 2004. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>.

Reuben. *Corporate Governance: A Practical Guide for Dispute Resolution Professionals*. Washington, D.C.: ABA, 2005.

Rodzeicz y Álvarez de la Campa. *ADR Manual: Implementing Commercial Mediation*. Washington, D.C.: IFC, 2006.

## ANEXO 1

---

Runesson y Guy. *Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes*. Focus Series. Washington, D.C.: International Finance Corporation, 2007. Disponible en: [http://www.gcgf.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus+Mediation/\\$FILE/Focus4\\_Mediation\\_12.pdf](http://www.gcgf.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus+Mediation/$FILE/Focus4_Mediation_12.pdf).

Shell. *Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People*. Nueva York: Penguin, 1999.

Sullivan, Kuchta-Hebling, Rogers et al. *In the search of Good Directors: A Guide to Building Corporate Governance in the 21st Century*. Washington, D.C.: CIPE, 2003.

Schneider y Honeyman. *The Negotiator's Fieldbook*. Washington, D.C.: ABA, 2006.

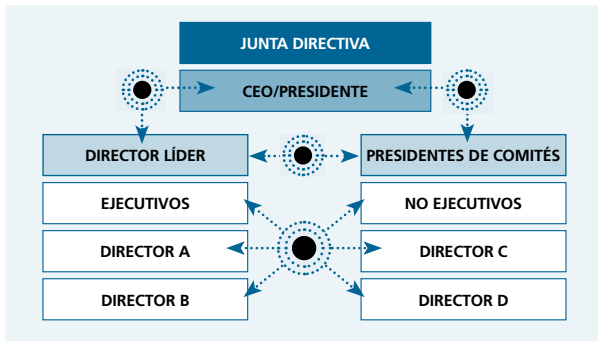
Thomson y Ameeta. *Accountability and Board Functionality: National Australia Bank's Experience*. Paper presented at the 11th Finsia-Melbourne Center for Financial Studies Banking and Finance Conference September 25-26, 2006. Disponible en: [http://www.melbournecentre.com.au/Finsia\\_MCFS/Monday/Stream%202/DianneThomson\\_paper.pdf](http://www.melbournecentre.com.au/Finsia_MCFS/Monday/Stream%202/DianneThomson_paper.pdf).

United Nations. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use*. Nueva York: NU, 2006. Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html).

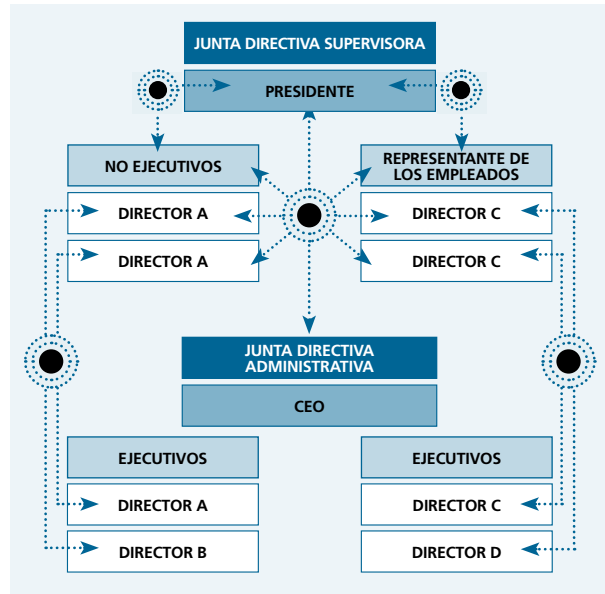
**MUESTRAS DE ESTRUCTURAS DE JUNTAS DIRECTIVAS Y POTENCIAL PARA CONFLICTOS**

Sin perjuicio del tipo de estructura de junta directiva que se adopte, los conflictos pueden surgir como resultado de intereses en conflicto y puntos de vista divergentes sobre la estrategia de la compañía y las prioridades del negocio. Múltiples variaciones de los modelos de junta directiva descritos debajo han sido implementadas alrededor del mundo.

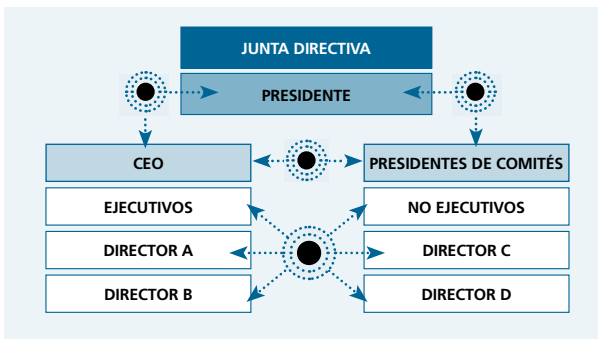
**ESTRUCTURA DE JUNTA DIRECTIVA UNITARIA**



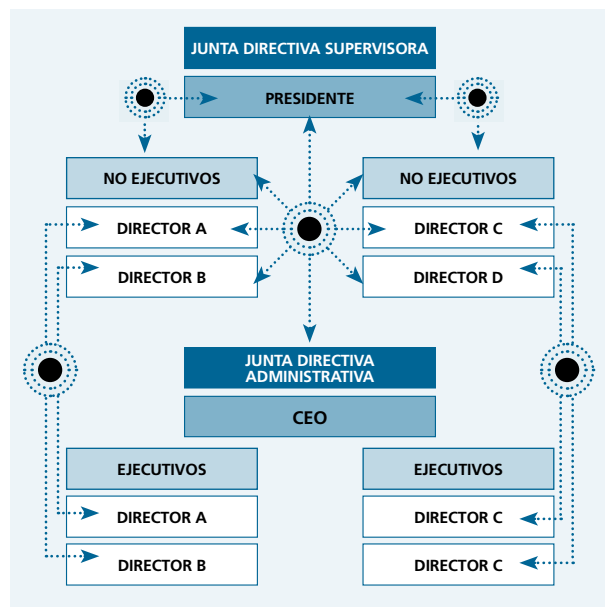
**ESTRUCTURA DE JUNTA DIRECTIVA DE DOS NIVELES**



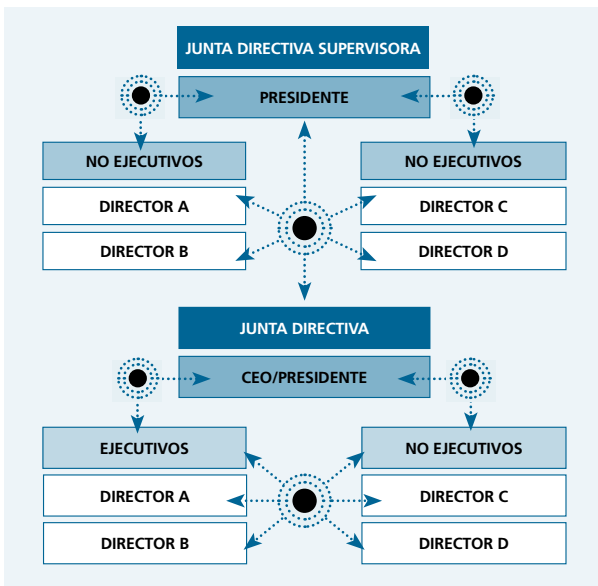
**ESTRUCTURA DE JUNTA DIRECTIVA UNITARIA**



**ESTRUCTURA DE JUNTA DIRECTIVA DE DOS NIVELES**



**ESTRUCTURA DE JUNTA DIRECTIVA HÍBRIDA**



= CONFLICTO POTENCIAL

## EXTRACTOS DE CARTAS DE RENUNCIA DE DIRECTORES EN LOS ESTADOS UNIDOS

**ROBERT D. SANDERSON**  
Fair Isaac Corp., 01/06/2001

Renuncio a mi cargo porque estoy en desacuerdo con la voluntad del resto de la junta directiva de otorgar 100.000 opciones de compra sobre acciones a Tom Grudnowski, en el año fiscal 2001. Esta fue una decisión incorrecta por dos razones principales. Primero, el Plan de Incentivos de Largo Plazo de la Compañía para el año 1992 limita el número de opciones de compra que se pueden otorgar a cualquier empleado a 50.000 por año. Aunque puede ser legal otorgar 100.000 opciones al señor Grudnowski, el hacerlo violaría el espíritu del acuerdo, incorporado en el plan, entre la compañía, la junta directiva y los accionistas. Segundo, el señor Grudnowski no se merece este otorgamiento. Él fue contratado para hacer que la compañía creciera de nuevo y para desarrollar nuevos negocios a través de Internet. Durante su desempeño como CEO, el crecimiento de los ingresos ha estado por debajo de los registros de largo plazo de la compañía y los ingresos por nuevos negocios han sido minúsculos. Él no se ganó el premio de una opción extraordinaria. Tengo la esperanza de que la junta directiva concluya, como lo he hecho yo, que la compañía no alcanzará ningún éxito de largo plazo con el señor Grudnowski a cargo y que la mejor forma de mejorar el precio para los accionistas es vender la misma.

**JAMES A. MILLER**  
Surge Components, Inc., 01/08/2001

Desde que llegué a la junta directiva de Surge, he expresado, en varias ocasiones, mi sensación de que no se me ha dado la información adecuada necesaria para que desempeñe mis deberes. Ha sido difícil que yo reciba la información solicitada, sea oportunamente o en general. Más aún, me he dado cuenta de que han ocurrido eventos y se han tomado acciones significativas que no me fueron reveladas. Un ejemplo específico: la compañía recientemente ha completado dos 10-Qs sin solicitar mi opinión, revisión ni aprobación. Esto es especialmente molesto, dado el hecho de que yo soy el presidente del comité de auditoría. Como resultado de esas y otras circunstancias inaceptables, no creo que yo pueda desempeñar mis responsabilidades en la forma en la cual los accionistas lo merecen. Esta carta debe ser tomada como mi renuncia a la junta directiva de Surge Components Inc., efectiva a partir del día de hoy, 25 de julio de 2001.

**JEROME T. OSBORNE**  
GLB Bancorp, Inc., 08/09/2003

Esta renuncia es impulsada por mi profundo desacuerdo con la decisión de la junta directiva de aprobar la fusión propuesta con Sky Financial Group, Inc. De acuerdo con la declaración de representación y/o prospecto preliminares (“Declaración de Representación Preliminar”), en relación con la asamblea especial de accionistas de GLB, interpuesta ante la Comisión de Valores y Bolsa (Securities and Exchange Commission), por parte de Sky Financial Group, Inc. en su Declaración de Registro en el Formulario S-4, realizada el 22 de agosto de 2003, la junta directiva de GLB también votó recomendar la aprobación de la transacción, una recomendación con la que yo no estoy de acuerdo. La junta ha abandonado la visión original de GLB como una institución financiera con una concentración comunitaria y una base de propiedad comunitaria



sustancial. Adicionalmente, una vez tomada la decisión de vender la compañía, creo que la junta directiva de GLB no recibió la información adecuada respecto del impacto que tendría en la comunidad la operación, ni sobre el valor de las propuestas alternativas descritas en la Declaración de Representación Preliminar, ni consideró adecuadamente estos puntos, razón por la cual voté en contra de la fusión propuesta con Sky Financial Group, Inc. Por ejemplo, creo que la transacción propuesta por parte de la institución descrita en la Declaración de Representación Preliminar como el “Banco X” hubiera ofrecido un valor sustancialmente mayor a los accionistas de GLB.

**J. PETER PIERCE**  
**Iron Mountain, Inc., 26/12/2002**

Mi renuncia a la junta me ayudará a perseguir y trabajar por los derechos de los accionistas con otros accionistas interesados en ver que Iron Mountain está siendo gobernada y manejada adecuadamente. Las asambleas de la junta directiva que se llevan a cabo en violación a los estatutos no deberían ser toleradas. Las acciones que se toman en estas sesiones de la junta directa, sin aviso a todos sus miembros, no deberían autorizarse. Si existen problemas con algunos de los miembros de la junta, se deberían formar comités especiales y autorizarlos para que hagan investigaciones. Esto nunca ocurrió en Iron Mountain. No se levantó un acta de estas “asambleas de junta” clandestinas. La naturaleza no autorizada de ciertas “acciones de la junta” ha sido confirmada, bajo juramento, por parte de su asesor legal, Gary Watzke. También está claro, ahora, que el 27 de marzo de 2002 el Comité Ejecutivo se reunió, y supuestamente autorizó la demanda que se interpuso en contra mía, al día siguiente, en la Corte del Estado de Nueva Jersey, aunque la junta no le había dado, en ningún momento, la autoridad al Comité Ejecutivo, en una asamblea debidamente autorizada, de la cual yo haya recibido aviso. Más interesante aún es el hecho de que aunque la “junta”, el 5 de marzo, había supuestamente autorizado la demanda en mi contra, no se hizo ningún tipo de revelación de ese “hecho” por parte suya, en su nota a los accionistas en el Informe Anual de 2001, fechada el 20 de marzo de 2002, ni había ninguna mención de mi supuesta inversión secreta en Sequedex en mi descripción como miembro de la junta, incluida en ese reporte. Adicionalmente, no había ninguna revelación en el Formato 10-Q de la sección del proceso legal del primer trimestre en relación al proceso legal interpuesto en mi contra como proceso material adverso para Iron Mountain. Simplemente, no quiero ser parte de una junta que intenta llevar a cabo sus negocios en forma clandestina e inadecuada.

**JAMES SCHROEDER**  
**Streamedia Communications, Inc., 12/10/2000**

Dados los recientes eventos en Streamedia y el gran desacuerdo y desajuste de los accionistas principales, siento que ya no represento los puntos de vista ni los intereses de estos accionistas. Trabajo a su discreción y, con total conciencia, no estoy de acuerdo con la dirección propuesta por el Presidente de la junta para esta compañía. Es un derecho de los accionistas que se maneje a la compañía en la forma que ellos quieren, sea que yo, como miembro de la junta, esté de acuerdo o no. No estoy de acuerdo con la dirección reciente y las sugerencias de administración del Presidente y creo que estas tendrán grandes consecuencias para la sociedad. Por lo tanto, siento que debo renunciar como director y permitir que los accionistas escojan una junta de su gusto.

## ANEXO 3

### CLIFFORD WYATT

Electropure, Inc., 20/04/1999

He estado muy preocupado por el hecho de que la compañía pareciera incapaz de dar por terminada su auditoría financiera para el año contable de octubre de 1998, y, de acuerdo con esto, no haya podido emitir un 10-K en cumplimiento con las leyes federales de activos financieros. Desde el final del año fiscal, han pasado varios meses, incluyendo el final del primer trimestre del año contable 1999, y no he recibido todavía ningún estado financiero por ningún periodo del año actual... Fue sólo después de varias solicitudes y de un llamado al asesor legal de asuntos corporativos de la compañía que recibí finalmente un borrador del 10-K... El borrador del 10-K contenía varias declaraciones materiales erróneas y omisiones, lo que me pareció muy sorprendente. Por ejemplo, no mencionó la demanda interpuesta por Wyatt Technology en contra de la compañía, aunque sí mencionaba la acción interpuesta por la compañía en contra de Wyatt Technology. Más aún, aparece que la compañía no informó a sus auditores sobre el hecho de que la posición de Wyatt era la de que tenía derecho a obtener la rescisión o terminación de la licencia de tecnología descrita en gran medida en el borrador 10-K.

### VAUGHAN SHALSON

Discovery Laboratories, Inc., 27/03/1998

En resumen, tengo serias reservas acerca del juicio del Doctor Capetola y siento profundamente que la compensación propuesta para el equipo administrativo, y en particular para el Doctor Capetola, involucra un uso excesivo de dinero en efectivo. Como lo he mencionado repetidamente en nuestras teleconferencias, no creo que esto sea en el mejor interés de nuestros accionistas... En cuanto al tema del Doctor Capetola, en nuestra junta directiva del 5 de diciembre discutimos una propuesta de fusión del Doctor Capetola del 28 de agosto de 1997. El paquete de compensación que se incluía en esta propuesta fue caracterizado por uno de los miembros de la junta directiva presentes en la asamblea como escandaloso. Yo y otras personas compartimos esa sensación... Mi única evaluación fue que la propuesta de Capetola fue mucho más allá de lo que debería haber sido una postura de negociación, de manera que condujo a toda persona razonable a concluir que este mostraba falta de experiencia o un juicio extremadamente pobre – siendo que ninguna de las dos son cualidades aceptables en el CEO propuesto de la compañía combinada... Veo esta propuesta como una prueba más de la falta de juicio de Capetola de incluso proponer exponer a la compañía a pagos de dinero en efectivo de esa magnitud que podrían afectar muy severamente los recursos de la compañía, y que son excesivos a la luz de cualquier estándar razonable para una compañía en etapa de desarrollo, en estas condiciones financieras tan frágiles.

### KENNETH P. WEISS

RSA Security, Inc., 04/06/1996

En mi opinión, usted se ha rodeado de una junta directiva que no puede ofrecerle una orientación objetiva e independiente. Contrariamente, en todas las acciones que yo he visto, estos miembros de junta parecen estar trabajando para usted en vez de para ellos. He notado esto varias veces, y bajo diferentes circunstancias.

Es muy ilustrativa la forma en la cual usted es capaz de influenciar el Comité de Compensación para que le pague lo que usted pide, y para que tome decisiones con base en lo que usted quiere, en vez de con base en una política objetiva. Los eventos recientes en esta área han sido consistentes con un patrón de conducta que he observado a lo largo de los años. Por ejemplo, contrariamente a la recomendación del consultor en compensaciones sobre una regla consistente, usted recomendó recientemente que la vasta mayoría de su bonus fuera calculado como un plan “umbral”, mientras que los demás ejecutivos obtuvieran su bonus por medio del otorgamiento mediante un plan de tipo “estiramiento” (“stretch”). El Comité de Compensación aprobó este tratamiento injusto e inconsistente... Individualmente, algunos de estos directores se han desempeñado particularmente mal en la compañía. En mi opinión, uno de ellos, con frecuencia, interrumpe las asambleas y parece estar motivado principalmente por su auto-engrandecimiento, y otro parece inepto y ofrece poco o ningún aporte a la junta. Su continua participación en la junta es particularmente llamativa, especialmente a la luz de la partida forzada del director con mayor experiencia.

**NIRMAL MULYE, PH.D.**  
**Synovics Pharmaceuticals, Inc., 21/09/2006**

Durante los últimos meses, sin embargo, usted, los demás miembros de la junta y los empleados de la compañía bajo su dirección han actuado de una manera diseñada para disminuir mi participación significativa en mi rol como director de la compañía... Específicamente, se me ha pedido que vote sobre asuntos como director de la compañía al tiempo que se me niega acceso a la información que necesito para tomar decisiones informadas con respecto a esos asuntos.... También se me ha negado la oportunidad, en cierto número de ocasiones, de participar en deliberaciones totalmente sustantivas con los demás miembros de la junta, con respecto a los asuntos en los cuales luego se me ha pedido que vote. Por ejemplo, usted, como presidente de la junta, ha restringido severamente las capacidades de los directores para discutir asuntos en los cuales se le exigía a la junta que actuara, sea rechazando que se permitiera la discusión de ciertos ítems o dando por terminado abrupta y prematuramente las discusiones con respecto a ciertos ítems, y llamando o convocando a un voto inmediato sobre los mismos, antes de escuchar los puntos de vista de los miembros de junta.

**STEPHEN D. MOSES**  
**AcuNetx, Inc., 05/05/2006**

Como cada uno de ustedes sabe, me he comprometido a coordinar y mediar el consenso sobre los temas que nos confrontan de tiempo en tiempo. Este es mi estilo. No sólo creo que sea adecuado sino que es óptimo. Pero esta técnica no funciona en AcuNetx. No funciona con un CEO que responde con petulancia a las sugerencias que se le hacen... No funciona con un CEO que se niega a ser abierto y claro con su junta directiva... No funciona cuando la Junta decide que no será y no puede ser totalmente cumplidor de Sarbanes-Oxley, y luego reacciona furiosamente cuando el Presidente nota que pagar honorarios de consultoría al Presidente del Comité de Compensación estaría en violación de Sarbanes-Oxley... No funciona cuando el CEO responde a las sugerencias, o aún peor, a la crítica, con investigaciones del tipo de las que llevara a cabo McCarthy y una caracterización errónea de su crítico. Es muy desafortunado que el CEO pueda sofocar el disenso y/o el consejo creativo con una conducta tiránica.

## ANEXO 3

---

**RICHARD A. AJAYI**  
**Surgilight, Inc. 05/06/2001**

---

El doctor Lin controla el 70% de las acciones con voto de la compañía y estoy convencido de que él ha rechazado repetidamente aceptar, o simplemente ha ignorado, algunas decisiones y guía de la junta directiva con respecto al cumplimiento de las regulaciones de la Administración de Alimentos y Medicamentos, y de la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos. Por lo tanto, después de trabajar con mucha diligencia, pero sin éxito, por varios meses, para tratar de resolver estos problemas, he llegado a la conclusión de que no existen más alternativas para mí que renunciar a la junta.

**PETER G. LEIGHTON**  
**Intellect Communications Systems Limited, 05/05/1997**

---

Esta carta también quiere comunicar mi renuncia como director de ICSL. Por mi total objeción a las Instalaciones en cuestión y el curso en el cual se ha situado por la mayoría de sus miembros de la junta, es imposible para mí continuar siendo director de esta compañía... En mi opinión, tales Instalaciones no son en interés de ICSL en su forma actual. Como director, me disocio de ella como opción de fondeo. Las Instalaciones se están forzando sobre ICSL por parte del señor Frietsch (y otros miembros de la junta de ICSL, a saber Anton Liechtenstein y Phillip Sudan) por mis repetidas objeciones. He puesto en claro, repetidamente, al señor Frietsch, que yo veo a las Instalaciones como una iniciativa unilateral e inadecuada. Considero que la entrada de ICSL dentro de las Instalaciones ha sido una maniobra del señor Frietsch, actuando completamente en exceso de su autoridad ejecutiva en cuanto a los asuntos de la compañía

*FUENTE: Anup Agrawal y Mark A. Chen. Boardrooms Brawls: An Empiric Analysis of Conflicts Involving Directors. Universidad de Alabama y Universidad del Estado de Georgia. Documento de trabajo.2008. Disponible en: <http://papers.ssrn.com>.*



### CATEGORÍAS DE CONFLICTOS RELACIONADOS CON GOBIERNO CORPORATIVO

#### Transacciones auto-interesadas

Las transacciones relacionadas con las partes, el tráfico de información privilegiada (insider trading), los conflictos de interés de los miembros de la junta directiva, los ejecutivos y los gerentes o administradores senior.

#### Cuentas anuales

Los conflictos entre los accionistas y la junta y/o el auditor sobre la retención de la aprobación de los accionistas

#### Nominación/nombramiento de miembros de la junta

Conflictos entre los accionistas y el comité de nominación y/o la junta sobre la nominación y/o nombramiento de los miembros de la junta/ejecutivos, así como los criterios de nominación/nombramiento.

#### Remuneración/bonus de los miembros de la junta directiva

Conflictos entre los accionistas y el comité de remuneración y/o la junta sobre la remuneración y/o los bonus de los miembros de la junta o ejecutivos, así como los criterios de remuneración/bonus.

#### Valoración de la acción

Conflictos entre los accionistas y la junta y/o los auditores en cuanto al método de valoración en el caso de una (a) compraventa o cesión forzosa de acciones (squeeze out) y (b) emisión de acciones o bonos.

#### Procesos de toma de control

Conflictos entre los accionistas y las juntas con respecto a los términos y condiciones de una toma de control propuesta y/o cumplimiento de las reglas internas (estatutos) y/o externas (reglas de cotización en bolsa, legislación sobre activos financieros, etc.).

#### Requisitos de revelación

Conflictos entre los accionistas y las juntas con respecto al cumplimiento de requisitos de revelación no financiera.

#### Control corporativo (en fusiones y adquisiciones)

Conflictos entre los accionistas y las juntas en relación a una adquisición o fusión de una parte sustancial de los activos de la compañía.

#### Derechos de los accionistas minoritarios

Conflictos entre accionistas mayoritarios y minoritarios en escenarios de acciones objeto de una compraventa forzosa (squeeze out) o en casos de nominación o nombramiento de miembros de junta.

#### Quiebra o suspensión de pagos

Conflictos entre los accionistas y/o los tenedores de bonos y las juntas y/o los administradores de la quiebra o síndicos en reestructuraciones corporativas.

#### Emisión de acciones/bonos

Conflictos entre los accionistas/tenedores de bonos y las juntas en temas de dilución.

#### Aprobación de la gestión de miembros de junta/ejecutivos individuales

Conflictos entre los accionistas y los miembros de junta/ejecutivos en cuanto a la aprobación de la gestión individual con respecto a su desempeño en el año contable pasado.

#### Mala administración

Conflictos entre los accionistas y las juntas en cuanto a un presunto mal manejo de la compañía.

#### No cumplimiento de los códigos de gobierno corporativo

Conflictos entre los accionistas y las juntas sobre la aplicación de los principios de "cumpla o explique", según se contienen en los códigos de gobierno corporativo.

#### Concejo de trabajo

Conflictos entre los accionistas/las juntas y los concejos de trabajo sobre la interpretación y aplicabilidad de los derechos legales del concejo de trabajo relacionados con el gobierno corporativo.

FUENTE: L. Bouchez y A. Karpf, *Explanatory Meeting on Resolution of Corporate Governance-Related Disputes*. Estocolmo: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE – OECD). Marzo de 2006. Disponible en: <http://www.oecd.org>.

## EJEMPLO DE CARTA DE ACCIONISTAS DISIDENTE A LA JUNTA DIRECTIVA

## Alemania: Volkswagen AG vs. VIP (Vereinigung Institutionelle Privatanleger e.V.)

Por fax: + 49 5361 9 2369 Vereinigung Institutionelle Privatanleger e.V.

<p>A: Volkswagen AG — The Executive Board HV-Stelle I Brieffach 1848 I D 38436 Wolfsburg Hvstelle@volkswagen.de</p>	<p>Association of Institutional Shareholders Association des Actionnaires Institutionnels Kuthstr. 37a I D-51107 Köln www.vip-cg.com</p>
---	--

De: Hans-Martin Buhlmann, Vorsitzender  
Tel: +49 (0)221 · 297586 1 | Fax: +49 (0)221 · 297586 4  
hmbuhlmann@vip-cg.com

04/10/2008

Asamblea General Anual de VOLKSWAGEN AG del 24 de abril de 2008

Estimado profesor Dr. Martin Winterkorn,

Estimados miembros de la junta,

Con respecto a la convocatoria anunciada en el eBAnz para el 13 y 20 de marzo de 2008 de la AGA de VOLKSWAGEN AG, el 24 de abril de 2008, nosotros — VIP Vereinigung Institutioneller Privatanleger e.V. (Köln, fax + 49 1212 508233040) (www.VIP-cg.com) — por medio del presente documento anunciamos, de acuerdo con §126 AktG, como accionista de la compañía, la siguiente (contra) moción en la agenda y convocamos a todos los accionistas para que voten con VIP o le den a VIP e.V. su representación para ejercer su voto, de acuerdo con ello, o de conformidad con sus instrucciones:

**1. Moción en contra sobre el ítem número 4 de la agenda:**

Las juntas ejecutivas y supervisoras proponen dar descargo o aprobación de la gestión a la junta ejecutiva — VIP Vereinigung Institutioneller Privatanleger e.V. (Köln, fax + 49 1212 508233040) (www.VIP-cg.com) recomienda: no, la aprobación de la gestión individual y asentimiento sólo si los intereses de la compañía han sido salvaguardados.

La junta supervisora de VOLKSWAGEN AG ha estado ya, por un tiempo considerable, atrayendo especial atención — no menos desde que el presidente de la German Corporate Governance Code Commission, el doctor Gerhard Cromme, renunció a esa junta supervisora por críticas de gobierno de esta comisión.

Finalmente, el 23 de octubre de 2007, la Corte Europea de Justicia aclaró que la práctica de la ley especial, la llamada “Ley VW” es ilegal. Esta decisión deberá ahora implementarse incluso si sus beneficiarios pierden sus ventajas (ilegales por varios años).

La Junta Supervisora ha fallado, con o sin discusión del tema, en sus deberes de tomar en cuenta los intereses de todos los accionistas y establecer la justicia homogénea entre todos los interesados — en lugar de esto, los miembros de la Junta Supervisora han evidentemente perseguido intereses particulares. ¡Ha habido conflictos de interés que el presidente de la Junta Supervisora ha debido definitivamente tener en consideración en su informe!

Los intereses del caso son aquellos del Estado de Baja Sajonia, y sus derechos secundarios y aquellos de la República Federal de Alemania. Estos y los derechos al voto existentes deben abolirse por completo — aunque la administración (a través de las Juntas Ejecutiva y Supervisora) no han dado ninguna recomendación para ello.

El punto es reducir el límite innecesario de la carta en cuanto a decisiones estructurales y fundamentales al nivel legal normal — en el cual no sólo no hay recomendaciones de parte de la junta supervisora, sino que, ni siquiera hay un intento de evitar los movimientos de algunos de sus miembros para ignorar públicamente sus obligaciones y llevar mociones inadecuadas para conservar las ventajas ilegales especiales del Estado de Baja Sajonia. Estos procedimientos corren no sólo en contra del juicio de la Unión Europea sino que también, pensándolo personalmente, de los intereses de los accionistas.

Es entonces solamente lógico para el accionista Porsche SE lanzar los errores en la agenda en su moción del ítem 9.1., y es puramente el autointerés del Estado de Baja Sajonia, a su vez, el crear la confusión y buscar conservar sus privilegios especiales en el ítem 9.2. Si la Junta Supervisora hubiera observado sus obligaciones fundamentales de tener en cuenta los intereses de todos y no sólo de algunos individuos, hubiera actuado sobre este punto elemental.

Adicionalmente, la junta supervisora, representada por su presidente, ha imperdonablemente descuidado informar a los accionistas sobre el conflicto de intereses existente.

Por esta debilidad en la decisión, la Junta Supervisora no puede esperar ninguna aprobación de su gestión por parte de los accionistas. Debemos poner la moción, en vez de la aprobación de la gestión total, para que se considere a cada miembro de la junta supervisora en una aprobación de gestión separada — dándole así a cada accionista la posibilidad de emitir instrucciones individuales para la aprobación de la gestión (a nosotros o a su votante representante) hasta sus declaraciones en la Asamblea General Anual.

La resolución puesta por Porsche SE como ítem 9.1 encaja dentro de un marco de buen gobierno corporativo en interés de todos los inversionistas, mientras que la moción del Estado de Baja Sajonia como ítem 9.2. será, desde el mismo punto de vista, claramente rechazado con un No.

Se sigue esperando que Porsche cultive, de hecho, este gobierno corporativo mejorado en VOLKSWAGEN y que lo introduzca también en Porsche — en donde varias reglas de mejores prácticas aún se ignoran (opción en la remuneración ejecutiva (opt-out), 1 acción — 1 voto).

Cada uno de los accionistas debería considerar, con mucho cuidado, si quiere reelegir a los miembros de la junta supervisora y que no se les dé aprobación de la gestión inmediatamente, en el ítem 5. En ningún caso es aceptable que los representantes antiguos del Estado de Baja Sajonia sean reelegidos, dado el conflicto de intereses arriba mencionado, no mencionado durante tanto tiempo.

Ni VW, ni sus empleados, ni los accionistas necesitan una “Ley Volkswagen” como ley especial — a todos los accionistas se les hace un llamado, incluso sin una recomendación de la junta, para que se formen una opinión y voten o den las instrucciones del caso a un representante ([www.vip-cg.com](http://www.vip-cg.com)) para que así lo haga.

Nosotros — VIP ([www.VIP-cg.com](http://www.VIP-cg.com)) — señalamos que VOLKSWAGEN AG está obligado de acuerdo con § 126 AktG, a hacer las anteriormente mencionadas (contra) mociones accesibles a todos los accionistas.

Estamos listos y dispuestos a representar los derechos al voto de los terceros o a ejecutar las instrucciones para llevar a cabo la votación.

Atentamente,

VIP Vereinigung Institutionelle Privatanleger e.V.  
Hans-Martin Buhlmann  
*Presidente*

FUENTE: [www.vip-cg.com](http://www.vip-cg.com) (versión en inglés suministrada por VIP).

## REVISIÓN DE ALGUNOS MARC SELECCIONADOS

### Arbitraje

El arbitraje es un proceso privado, en el cual las partes en conflicto acuerdan que uno o varios individuos pueden tomar una decisión sobre el conflicto, después de recibir las pruebas y escuchar los argumentos del caso. El arbitraje es diferente a la mediación por que el árbitro neutral tiene la autoridad de tomar la decisión del conflicto. El proceso de arbitraje es similar a un juicio, en cuanto a que las partes hacen sus declaraciones iniciales y presentan pruebas al árbitro. Comparado con los juicios tradicionales, el arbitraje, por lo general, se puede terminar más rápidamente y es menos formal. Por ejemplo, muchas veces, las partes no tienen que seguir reglas estatales ni federales sobre pruebas, y en algunos casos no se le exige al árbitro que aplique la ley que rige. Después de la audiencia, el árbitro emite un laudo. Algunos laudos, simplemente, anuncian la decisión (un laudo “escueto”), y otros dan sus razones (un laudo “razonado”). El proceso de arbitraje puede ser obligatorio o no obligatorio. Cuando el arbitraje es obligatorio, la decisión es definitiva, se puede hacer exigible ante una corte y sólo se puede apelar con ciertos argumentos muy específicos. Cuando el arbitraje no es obligatorio, el laudo del árbitro es consultivo y puede ser definitivo sólo si las partes lo aceptan.

En los arbitrajes conexos a las cortes — también llamados “arbitrajes derivados” — uno o más árbitros, normalmente abogados, emiten un juicio no obligatorio sobre los méritos después de una audiencia expedita y adversarial. La decisión del árbitro se refiere sólo a los asuntos legales en discusión y aplica estándares legales. Cualquiera de las partes puede rechazar la decisión no obligatoria y proseguir con el juicio; algunas veces, se pueden imponer las costas del caso si el/la apelante no mejora su posición en la corte. Este proceso puede ser obligatorio o voluntario.

El arbitraje privado (vs. anexo a las cortes) puede ser “administrado”, en el sentido de que los manejan las organizaciones privadas, o “no administrados”, significando con esto que se son las partes las que lo administran. Las decisiones de los árbitros en el arbitraje privado pueden ser no obligatorias u obligatorias.

Las decisiones del arbitraje obligatorio pueden hacerse exigibles en los tribunales y no están sujetas a revisión de

apelación, excepto en los casos de fraude u otros defectos en el proceso. Con frecuencia, el arbitraje obligatorio surge de cláusulas contractuales que prevén un arbitraje definitivo y obligatorio, como método de resolución de los conflictos.

### Evaluación Temprana Neutral

La evaluación temprana neutral es un proceso que puede llevarse a cabo poco después de que se haya presentado el caso ante los tribunales. El caso se le refiere a un experto, normalmente un abogado, a quien se le pide que de una evaluación equilibrada e imparcial del conflicto. Las partes hacen sus comentarios o se reúnen en persona con el experto. El experto identifica las fortalezas y debilidades de cada parte y provee una evaluación del resultado probable del caso. Esta evaluación puede asistir a las partes en su apreciación del caso y los puede impulsar hacia una conciliación o acuerdo.

### Mediación

La mediación es un proceso privado en el cual un tercero neutral, llamado mediador, ayuda las partes a discutir y trata de resolver el conflicto. Las partes tienen la oportunidad de describir los problemas, discutir sus intereses, entendimientos y sentimientos, proveerse mutuamente la información y explorar ideas para la resolución del conflicto. Mientras los tribunales pueden obligar que ciertos casos sean sujetos a mediación, el proceso se mantiene como “voluntario” ya que no se les exige a esas partes llegar a un acuerdo. El mediador no tiene el poder de tomar ninguna decisión por las partes, pero puede ayudar a las partes a encontrar una resolución que sea mutuamente aceptable. Las únicas personas que pueden resolver el conflicto en mediación son las partes mismas. Existe un número de formas diferentes en las que puede proceder la mediación. La mayoría de las mediaciones empiezan con la reunión de las partes en una sesión conjunta. El mediador describirá cómo funciona el proceso, explicará el rol del mediador y ayudará a establecer las reglas y la agenda de la sesión. Por lo general, las partes, entonces, hacen sus declaraciones iniciales. Algunos mediadores conducen el proceso entero como una sesión conjunta. Sin embargo, otros mediadores separarán las sesiones yendo y viniendo entre las partes. Si las partes llegan a un acuerdo, las partes y el mediador pueden ayudar a reducir el acuerdo a un contrato escrito, el cual se podrá exigir frente a los tribunales.



La conciliación es a veces definida como un tipo de mediación por la cual las partes de un conflicto utilizan una tercera parte neutral (un conciliador), quien se reúne con las partes separadamente con la intención de resolver sus diferencias. La conciliación se diferencia del arbitraje en que el proceso de conciliación, por sí mismo, no tiene asidero legal, y el conciliador, normalmente, no tiene autoridad para pedir pruebas ni hacer llamar testigos, no escribe una decisión y no dicta un laudo. La conciliación, muchas veces, se usa indistintamente con la mediación.

### Mini-Juicio

Un mini-juicio es un proceso privado, consensual en donde los abogados de cada parte hacen una breve presentación del caso, como si fuera un juicio. Las presentaciones son observadas por un asesor neutral y por los representantes (normalmente ejecutivos de negocios de alto nivel) de cada una de las partes, y quien tenga la autoridad de conciliar y acordar el conflicto. Al final de las presentaciones, los representantes hacen el intento de llegar a un acuerdo. Si los representantes fallan en acordar el conflicto, el asesor neutral, a solicitud de las partes, puede servir de mediador o pueden emitir una opinión no obligatoria en cuanto al posible resultado en los tribunales.

### Negociación

La negociación es un proceso voluntario y normalmente informal en el cual las partes identifican asuntos de preocupación, exploran opciones para la resolución de los problemas y buscan un acuerdo mutuamente aceptable para resolver los asuntos presentados. Las partes en disputa pueden estar representadas por los abogados, en la negociación. La negociación se diferencia de la mediación en que no existe una persona neutral que asista a las partes a negociar.

### Determinación neutral de los hechos

La determinación de hechos por experto neutral es un proceso en el cual un tercero neutral, seleccionado sea por las partes en conflicto o por los tribunales, investiga un problema y lo informa o testifica ante una corte. Este proceso particularmente útil para resolver conflictos científicos y fácticos complejos.

### Ombudsman

Un ombudsman tiene dos formas. Por un lado, el ombudsman puede ser un tercero seleccionado por una

institución — por ejemplo, una universidad, hospital o agencia de gobierno — para que investigue las quejas de los empleados, clientes o entidades. El ombudsman trabaja dentro de la institución investigando las quejas, independiente e imparcialmente. El proceso es voluntario, privado y no obligatorio. Por otro lado, el ombudsman puede ser nombrado por cuerpos públicos o sectores industriales para pronunciarse sobre las quejas de los ciudadanos o consumidores, por medio de recomendaciones y/o laudos sobre compensaciones.

### Conferencia de conciliación

Una conferencia de conciliación es una reunión en la cual un juez o magistrado asignado al caso preside el proceso. El fin de la conferencia de conciliación es tratar de llegar a un acuerdo de un caso antes de la audiencia o juicio. Este proceso es similar a la mediación en el sentido de que una tercera parte neutral asiste a las partes en la exploración de las opciones para el acuerdo. Las conferencias de conciliación se diferencian de la mediación en que las primeras son por lo general más cortas y normalmente tienen menos roles de participación de las partes o para la consideración de intereses no legales.

### Juicio sumario con jurado

En los juicios sumarios con jurado, los abogados de cada parte hacen presentaciones abreviadas del caso a un jurado simulado de seis miembros (sacados de un grupo de jurados reales), los representantes de las partes y un juez o magistrado que preside. El jurado simulado da un veredicto de asesoramiento. El veredicto, con frecuencia, es muy útil para lograr la conciliación o acuerdo, particularmente en donde una de las partes tiene una evaluación no realista de su caso.

### Semana de conciliación

En una típica semana de conciliación, un tribunal suspende sus actividades de juicio normales y, ayudado por mediadores voluntarios, envía varios casos listos para ser juzgados a las sesiones de mediación que se llevan a cabo en las cortes. Las sesiones de mediación pueden durar varias horas, con sesiones adicionales que se llevarán a cabo según se requiera. Los casos no resueltos durante la semana de conciliación regresan al lugar normal y habitual del tribunal para mayor pre-juicio o procedimientos de juicio, según sea el caso. Si se llevan a cabo semanas de conciliación con poca frecuencia y estas

## ANEXO 6

son la única forma de MARC de la corte, las partes que quieren usar MARC tendrán que buscar fuera de la corte o podrán incurrir en costos adicionales de litigio mientras el caso espera que se refiera a semana de conciliación. Esto se puede sobrepasar ofreciendo, al menos, otra forma de MARC.

### Evaluación de caso (Michigan Mediation — “Mediación Michigan”)

La evaluación del caso ofrece a los litigantes de un juicio casos listos, con una evaluación no obligatoria, del valor del caso. La evaluación se hace por parte de un panel de tres abogados, después de una corta audiencia. Si la evaluación del panel es aceptada por todas las partes, el caso se acuerda por esa cuantía. Si alguna parte rechaza la evaluación del panel, el caso prosigue a juicio. Este proceso del tipo de arbitraje se ha llamado “Mediación Michigan” porque fue creada por los tribunales del Estado de Michigan, y usado, subsiguientemente, por los tribunales federales de distrito de dicho Estado.

Mediación-arbitraje: un ejemplo de MARC de múltiples pasos es cuando las partes acuerdan mediar su disputa en el entendimiento de que cualquier problema no solucionado por mediación se resolverá por arbitraje, usando el mismo individuo para que actúe tanto como mediador y como árbitro. Las partes pueden, sin embargo, querer hablar con tranquilidad y honestidad durante la mediación cuando saben que la persona neutral puede, al final, volverse una persona que tome la decisión. Pueden creer que el árbitro no será capaz de poner a un lado la información no favorable que se conoció durante la mediación anterior. Algunos métodos adicionales relacionados han evolucionado para poder atender este problema.

En el método de colaboración de la mediación-arbitraje (Co-Med-Arb), diferentes individuos sirven de neutrales en las sesiones de arbitraje y de mediación, aunque ambos pueden participar en el intercambio inicial de información de las partes. En arbitraje-mediación, la persona neutral primero actúa como árbitro, redactando un laudo y poniéndolo en un sobre sellado. El neutral, luego procede a la etapa de mediación, y si el caso es resuelto en mediación, el sobre nunca se abre.

Investigación o Indagación: es un proceso por el cual un tercero ofrece conceptos obligatorios o de asesoría con respecto a hechos relevantes de un conflicto. La tercera parte neutral puede ser un perito técnico o legal, designado por las partes, o nombrado por los tribunales.

Conferencia de conciliación liderada por un juez/ Mediación judicial: en este proceso MARC con base en los tribunales, el juez de conciliación (o el magistrado) preside una reunión de las partes en un esfuerzo de ayudarles a llegar a un acuerdo. Los jueces han jugado una variedad de roles en este tipo de conferencias, redactando y comunicando conceptos acerca de los méritos del caso, facilitando el intercambio de las soluciones que se ofrecen y, algunas veces, actuando como un mediador. En algunas jurisdicciones, se podrá solicitar un nuevo juez para que trate de resolver el caso, si un primer juez ya ha ensayado hacerlo.

Juicios privados: es un proceso privado o conectado con los tribunales en el cual las partes le dan poder y capacidad a un individuo privado para escuchar y emitir una decisión obligatoria, basada en principios para su caso.

El proceso puede ser acordado a partir de un contrato entre las partes, o ser autorizado por ley (en cuyo caso, se llama algunas veces Rent-a-Judge — “Alquile un Juez”).

FUENTE: Lukasz Rozdeiczer y Alejandro Álvarez de la Campa, *Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation*. Washington, D.C.: IFC, 2006.

TABLA COMPARATIVA DE LA NEGOCIACIÓN, LITIGIO Y MEDIACIÓN

NEGOCIACIÓN	LITIGIO	MEDIACIÓN
<b>VOLUNTARIA</b>	<b>NO VOLUNTARIO</b>	<b>NORMALMENTE VOLUNTARIA</b>
Si hay acuerdo, puede exigirse como un contrato.	Obligatorio, sujeto a apelación.	Si hay acuerdo, puede exigirse como un contrato o sentencia judicial.
Ningún tercero neutral involucrado.	Decisión impuesta; la persona que toma la decisión puede tener experiencia en el tema.	Mediador seleccionado por las partes como un tercero neutral; puede tener experiencia en el tema.
<b>INFORMAL</b>	<b>FORMAL, REGLAS RÍGIDAS</b>	<b>INFORMAL</b>
Libertad para escoger cómo y cuándo presentar pruebas, alegatos e intereses; con frecuencia se concentran en el pasado.	Oportunidad para que cada parte presente pruebas y alegatos; concentrados en eventos pasados.	Libertad de escoger cómo y cuándo presentar pruebas, alegatos e intereses; con frecuencia se concentran en el futuro.
Resultado: acuerdo aceptable buscado mutuamente.	Resultado: decisión impuesta, con base en una opinión razonada.	Resultado: acuerdo aceptable buscado mutuamente.
<b>PRIVADO</b>	<b>PÚBLICO</b>	<b>PRIVADO</b>
as partes, con frecuencia, no están presentes si existe un conflicto.	Las partes pueden estar presentes, pero participan en el proceso sólo como testigos.	Las partes normalmente están presentes y son libres de participar por completo en el proceso y en el resultado.

FUENTE: Centre for Effective Dispute Resolution (Centro para la Resolución Efectiva de Conflictos). *The CEDR Mediator Handbook. Effective Resolution of Commercial Disputes (El manual CEDR del mediador. Resolución efectiva de conflictos comerciales)* Cuarta edición. Londres: CEDR, 2004.

### PASOS TÍPICOS DE LA NEGOCIACIÓN CONSTRUCTIVA

#### 1. Preparación (Establecer el escenario)

- ▶ Reunir información
- ▶ Identificar las preocupaciones comunes
- ▶ Analizar las prioridades propias y de los otros
  - a. *Mi mejor alternativa para un acuerdo negociado vs. Sus intereses*
  - b. *Mis intereses vs. Sus opciones/elecciones*
  - c. *Mis opciones/elecciones vs. Su mejor alternativa para un acuerdo negociado*

#### 2. Participar (Negociar)

- ▶ Expresar un interés genuino en la búsqueda de una resolución
- ▶ Sacar a flote los problemas
- ▶ Escuchar atentamente las perspectivas de cada uno
- ▶ Identificar preocupaciones e intereses comunes
- ▶ Priorizar los problemas
- ▶ Priorizar y hacer lluvia de ideas de las soluciones alternativas
- ▶ Llegar a un acuerdo en cuanto a las soluciones con beneficios comunes

#### 3. Revisar (Formalizar)

- ▶ ¿Cómo mejorar la toma de decisiones futura?
- ▶ ¿Cómo monitorear el progreso y hacer los ajustes necesarios?

FUENTE: Adaptado de: Richard G. Shell, *Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People*. Nueva York Penguin, 1999. Copyright 1999. Todos los derechos reservados.

## DEFINICIONES DE MEDIACIÓN DE DIFERENTES PARTES DEL MUNDO

### Albania — Ley de Albania sobre mediación

ART. 1. La mediación es una actividad sin ir a los tribunales, en donde las partes solicitan la mediación de una tercera persona o grupo de personas, para lograr una reconciliación aceptable del conflicto, la cual no cumple con la ley.

FUENTE: Albanian Mediation Law (Ley de Albania sobre mediación) número 9090 del 26 de junio de 2003.

### Bosnia y Herzegovina — Ley sobre procesos de mediación

ART. 2. Para los fines de esta ley, la mediación será un procedimiento en el cual una tercera parte (mediador) asiste a las partes en un esfuerzo para alcanzar una solución mutuamente aceptable al conflicto. El mediador no puede imponer la solución al conflicto sobre las partes.

FUENTE: Law on Mediation Procedures (Ley sobre procedimientos de mediación) — Bosnia y Herzegovina (2004).

### Brasil — MEDIARE

La mediación se está volviendo una fuente importante para la resolución de conflictos en situaciones que involucran diferentes intereses asociados con la necesidad de negociarlos. Es un proceso confidencial y no obligatorio en donde las partes son responsables de la toma de decisiones. A diferencia del arbitraje y de la resolución judicial — situaciones que transfieren la decisión a una tercera persona — la mediación mantiene el poder de la decisión entre las partes.

Los recursos técnicos de la mediación se han usado ampliamente para la prevención, negociación y resolución de conflictos. Como estrategia preventiva, crea condiciones favorables para la cooperación, con el fin de hacer posible que las relaciones continuas crezcan de manera positiva.

El mediador es un profesional imparcial que facilita la comunicación entre la gente con la intención de aumentar las alternativas para la resolución de conflictos. Él o ella ayudan a transformar las relaciones, haciendo posible la reducción de los conflictos a niveles manejables y la construcción de acuerdos mutuamente aceptables.

La mediación difiere de las otras formas de resolución de conflictos en los siguientes aspectos: por un lado, el mediador es la persona que facilita la comunicación sin intervenir activamente en las decisiones; por otro lado, las partes involucradas se mantienen a cargo de la resolución de sus conflictos, transformando, así, sus relaciones de una manera positiva.

FUENTE: MEDIARE. Disponible en <http://www.mediare.com.br/01ingles/05mediacinstrum.htm>.

### Croacia — Ley croata sobre conciliación (2003)

La conciliación está establecida como un término general que comprende la mediación y/o la conciliación, que significa todo procedimiento, sin perjuicio de su nombre, en el cual las partes tratan de resolver sus conflictos con la asistencia de uno o más conciliadores neutrales que le ayudan a las partes a alcanzar un acuerdo sin autoridades que impongan alguna solución obligatoria sobre las mismas.

FUENTE: Croatian Law on Conciliation (Ley croata sobre conciliación) (2003).

### Egipto — El Centro Regional del Cairo para Arbitraje Comercial

ART. 1 Cuando las partes de un contrato hayan acordado, por escrito, buscar un acuerdo amigable para los conflictos que surjan o se relacionen con su contrato por medio de la mediación, de acuerdo con las Reglas de la Mediación del Centro de Mediación y MARC (una rama del Centro Regional del Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional), entonces dicha mediación se llevará a cabo de acuerdo con dichas reglas.

FUENTE: The Rules of Mediation (Las Reglas de la Mediación) — El Centro Regional del Cairo para el Arbitraje Comercial

ENLACE DE INTERNET: [http://crcica.org.eg/adr\\_rules.html](http://crcica.org.eg/adr_rules.html).

### Unión Europea: Directiva 2008/52/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de mayo de 2008

ART. 3 (A) “Mediación” significa un proceso estructurado, cualquiera sea su nombre o su referencia, en donde dos o más partes de un conflicto intentan, por sí mismas, de manera voluntaria, llegar a un acuerdo sobre la conciliación del mismo, con la asistencia de un mediador. Este proceso puede iniciarse por las partes, o ser sugerido

u ordenado por un tribunal, o prescrito por la ley de un Estado Miembro.

Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no es responsable de ningún proceso judicial en relación al conflicto en cuestión. Excluye los intentos de los tribunales o el juez escogido para acordar el conflicto en el curso de los procedimientos judiciales que conciernen el conflicto en cuestión.

*FUENTE: Directiva 2008/52/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación.*

### Hungría — Ley LV sobre mediación de 2002

CAPÍTULO 1, SECCIÓN 2: La mediación es un procedimiento especial, no litigioso, que se lleva a cabo de acuerdo con esta ley para ofrecer una alternativa a los procedimientos de los tribunales con el fin de resolver conflictos y disputas en donde voluntariamente las partes involucradas remiten el caso a un tercero neutral (de aquí en adelante llamado el “mediador”) de acuerdo con la Subsección (1) de la Sección 1, con el fin de llegar a un acuerdo en el proceso y establecer el consiguiente acuerdo por escrito.

*FUENTE: Ley LV de 2002, Hungría.*

### India — Instituto Indio de Arbitraje y Mediación (IIAM)

La mediación es un esfuerzo conciliador que utiliza los servicios de un mediador, tercera parte imparcial, en un esfuerzo por alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable. Al acordar mediar, las partes acuerdan negociar para intentar llegar a resolver sus diferencias. Es un proceso informal y no adversarial cuyo objetivo es el de ayudar a las partes en disputa a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable y voluntario. Ni el IIAM ni el mediador tienen el poder o la autoridad de dictar una decisión obligatoria o para forzar a las partes a que acepten un acuerdo.

*FUENTE: Instituto Indio de Arbitraje y Mediación (IIAM).*

*ENLACE DE INTERNET: <http://www.arbitrationindia.org/>*

### Cámara de Comercio Internacional — Reglas sobre MARC y Guía de MARC de la CCI

ART. 5 (1) 1 Para los fines del Reglamento, la mediación es la técnica según la cual el Tercero interviene como “facilitador” para ayudar a las partes a esforzarse en conseguir

la solución a su desavenencia mediante la negociación. Al Tercero no se le pide una opinión sobre el fondo.

Con vistas a facilitar la búsqueda de un acuerdo amigable, el Tercero generalmente se reunirá con todas las partes presentes y también podrá mantener reuniones por separado con cada una de ellas. Estas reuniones permiten al Tercero crear un clima propicio para la negociación, recabar la información necesaria, identificar los intereses de cada parte y ayudarlas a encontrar un terreno de entendimiento que les permita solucionar su desavenencia. Las declaraciones orales y los documentos escritos de una de las partes, obtenidos por el Tercero

durante una de las reuniones separadas o de otra manera no serán comunicados a la otra parte sin que la primera parte haya expresamente autorizado al Tercero.

*FUENTE: Cámara de Comercio Internacional, Reglas de Resolución Alternativa de Conflictos (vigentes a partir del 1 de julio de 2001).*

*ENLACE DE INTERNET: <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/spanish.pdf>*

### Italia — Centro de MARC

La mediación es un proceso por medio del cual las partes y sus abogados utilizan las habilidades de una tercera parte neutral con el fin de alcanzar una solución mutuamente aceptable para su conflicto.

*FUENTE: Guía de MARC del Centro de Mediación.*

*ENLACE DE INTERNET: <http://www.adrcenter.com/doc/ADR%20%20Mediation%20Guide%20-%20ENG%20FIN.pdf>*

### Pakistán — Centro para la Resolución de Conflictos de Karachi

La mediación es un mecanismo de MARC que se puede usar para acordar conflictos informal y rápidamente, con la asistencia de un tercero mediador neutral.

Con frecuencia, los conflictos surgen de un mal entendido en relación a las expectativas y responsabilidades de las partes. Estos conflictos se pueden acordar de manera agradable, una vez que se establece un diálogo. El mediador no actúa como un juez o persona que toma una decisión, sino como un individuo neutral cuyo fin es facilitar el acuerdo entre las partes.

*FUENTE: Centro para la Resolución de Conflictos de Karachi*

*ENLACE DE INTERNET: <http://www.cedr.com/index.php?location=news/archive/20041101.htm>*

### Serbia — Ley Serbia sobre mediación

ART. 2 La mediación es cualquier procedimiento, más allá de su nombre, en el cual las partes desean resolver su conflicto a través de uno o más mediadores que asisten a las mismas para llegar a un acuerdo. Los mediadores no estarán autorizados para imponer a las partes un acuerdo obligatorio.

FUENTE: *Ley Serbia sobre mediación (2005)*

### Rumania — Ley de mediación de Rumania

ART. 1. — (1) La mediación representa una modalidad opcional para resolver conflictos de una manera conciliatoria, con la asistencia de un tercero especializado como mediador, bajo las condiciones de la neutralidad, justicia y confidencialidad.

(2) La mediación está basada en la confianza que las partes depositan sobre el mediador como una persona capaz de facilitar las negociaciones entre ellas y de apoyarlas para resolver el conflicto a través de una solución mutuamente conveniente, eficiente y duradera.

FUENTE: *Ley de mediación de Rumania*

### Eslovaquia — Ley de Eslovaquia sobre mediación (2004)

ART. I, §2 (1) La mediación significa la acción extrajudicial en la cual las partes resuelven un conflicto, surgido a raíz de o concerniente a su contrato u otras relaciones legales, a través de un mediador.

FUENTE: *Ley de Eslovaquia sobre mediación (2004)*

### Gran Bretaña – Centro para la efectiva resolución de conflictos (CEDR según sus siglas en inglés)

“La mediación es un proceso flexible conducido confidencialmente en el cual una persona neutral asiste activamente a las partes para que lleguen a un acuerdo negociado de una disputa o diferencia, teniendo las partes el control último sobre la decisión a acordar y sobre los términos de la misma.”

FUENTE: *Centre for Effective Dispute Resolution — CEDR (Centro para la efectiva resolución de conflictos)*

ENLACE DE INTERNET: <http://www.cedr.com/index.php?location=/news/archive/20041101.htm>.

### Naciones Unidas — Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

FUENTE: *CNUDMI “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para la incorporación y uso” (adoptada el 24 de junio de 2002).*

ENLACE DE INTERNET: [http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2002Modelconciliation.html](http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Modelconciliation.html).

[http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf)

### Estados Unidos — Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR, según sus siglas en inglés)

Siendo el MARC más ampliamente utilizado, la mediación es un proceso por el cual una tercera parte neutral — un mediador — se sienta con las partes en conflicto y los asiste activamente para alcanzar un acuerdo.

La mediación no se debe confundir con el arbitraje obligatorio o la adjudicación privada. El proceso de mediación no es obligatorio, aunque el acuerdo de conciliación que resulta de la mediación es muchas veces obligatorio. El mediador no tiene la autoridad de hacer obligatorias las decisiones ni de imponer una resolución. El rol del mediador — y la finalidad del proceso — es ayudar a las partes a alcanzar su propia resolución.

La mediación es privada y generalmente confidencial. Es altamente flexible e informal. Normalmente, se concluye expeditamente y a costo moderado. El tema puede ser complejo o simple, los intereses grandes o pequeños, el número de partes muchas o pocas. Un intercambio de información ocurre, normalmente, en una mediación, y también puede ser posible un conocimiento limitado de las pruebas en poder de la otra parte de la disputa (discovery). Todas las partes pueden participar en la personalización o



## ANEXO 9

---

ajuste de las reglas del juego. El proceso, normalmente, es mucho menos adversarial que el litigio o el arbitraje, y por lo tanto, menos disruptivo de las relaciones comerciales. Como no se excluyen otras opciones si la mediación falla, el iniciar un proceso de mediación presenta muy pocos riesgos.

*FUENTE: Instituto Internacional PRC para la Prevención y Resolución de Conflictos.*

*ENLACE DE INTERNET: <http://cpradr.org/ClausesRulesMediationProcedure/tabid/90/Default.aspx>.*

### **Estado Unidos — Servicios Federales de Mediación y Conciliación (FMCS, según sus siglas en inglés)**

La mediación es un proceso voluntario, que trae a una tercera parte neutral dentro de una negociación como facilitadora. Puede o no conducir a un acuerdo entre las partes.

*FUENTE: Servicios Federales de Mediación y Conciliación (SFMC).*

*ENLACE DE INTERNET: <http://www.fmcs.gov/internet/FMCS>.*



## ANEXO 10

### ENLACES A EJEMPLOS DE REGLAS Y PROCEDIMIENTOS

#### Cámara de Comercio de Estocolmo

##### CONTENIDO

- ▶ Instituto de mediación
- ▶ El mediador
- ▶ Confidencialidad
- ▶ Iniciación de la mediación
- ▶ Los procedimientos ante el mediador
- ▶ La terminación de la mediación
- ▶ Los costos

ENLACE DE INTERNET: [http://www.sccinstitute.com/\\_upload/shared\\_files/regler/web\\_a4\\_medling\\_eng.pdf](http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/web_a4_medling_eng.pdf).

#### Centro para la Resolución de Conflictos — Brigham Young University

##### CONTENIDO

- ▶ Esfuerzos de buena fe
- ▶ Confidencialidad
- ▶ Cortesía
- ▶ Rol del mediador
- ▶ Representación
- ▶ Asesor legal
- ▶ Terminación de la mediación
- ▶ Arbitraje y tribunales
- ▶ Exclusión de la responsabilidad

ENLACE DE INTERNET: [http://ccr.byu.edu/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3458&Itemid=4500](http://ccr.byu.edu/index.php?option=com_content&task=view&id=3458&Itemid=4500).

#### Medal — La Alianza de Servicios Internacionales de Mediación

##### CONTENIDO

- ▶ Iniciación de la mediación
- ▶ Nombramiento del mediador
- ▶ Revelaciones y reemplazo del mediador
- ▶ Representación
- ▶ Ajuste de la fecha, hora y lugar de la mediación
- ▶ Conducta del mediador y autoridad del mediador
- ▶ Los servicios de mediación son privados

- ▶ Confidencialidad
- ▶ Exclusión de la responsabilidad
- ▶ Interpretación y aplicación de las reglas
- ▶ Gastos administrativos
- ▶ Rol del mediador y otros procedimientos
- ▶ Referencia a otro MMO (MEDAL Member Organization)
- ▶ La ley que rige y la jurisdicción
- ▶ Terminación de la mediación
- ▶ Acuerdos de conciliación

ENLACE DE INTERNET: <http://www.medal-mediation.com/rules.html>.

#### Centro para la Resolución Efectiva de Conflictos — Solución del CEDR (según sus siglas en inglés)

##### CONTENIDO

- ▶ Mediación
- ▶ Referencia a mediación
- ▶ Escoger al mediador
- ▶ Preparación de la mediación
- ▶ Documentación
- ▶ El acuerdo de mediación
- ▶ La mediación
- ▶ La confidencialidad en relación a la mediación
- ▶ Conclusión de la mediación
- ▶ Quejas

ENLACE DE INTERNET: [http://www.cedr.com/about\\_us/library/documents.php](http://www.cedr.com/about_us/library/documents.php).

#### CNUDMI

##### CONTENIDO

- ▶ Artículo 1. Ámbito de Aplicación y Definiciones
- ▶ Artículo 2. Interpretación
- ▶ Artículo 3. Modificación mediante acuerdo
- ▶ Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación
- ▶ Artículo 5. Número y designación de los conciliadores
- ▶ Artículo 6. Sustanciación de la conciliación
- ▶ Artículo 7. Comunicación entre el **conciliador y las partes**
- ▶ Artículo 8. Revelación de la información
- ▶ Artículo 9. Confidencialidad

## ANEXO 10

- ▶ Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos
- ▶ Artículo 11. Terminación del procedimiento de conciliación
- ▶ Artículo 12. El conciliador como árbitro
- ▶ Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales
- ▶ Artículo 14. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción

ENLACE DE INTERNET: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf)

### Cámara de Comercio Internacional

#### CONTENIDO

- ▶ Artículo 1. Ámbito de aplicación del Reglamento ADR de la CCI
- ▶ Artículo 2. Inicio del proceso ADR
- ▶ Artículo 3. Elección del tercero
- ▶ Artículo 4. Gastos y honorarios
- ▶ Artículo 5. El procedimiento
- ▶ Artículo 6. Conclusión del proceso ADR

ENLACE DE INTERNET: <http://www.iccwbo.org/court/adrlid4452/index.html>.

### Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR, según sus siglas en inglés)

#### CONTENIDOS

- ▶ Acuerdo para mediar
- ▶ Selección del mediador
- ▶ Reglas básicas del proceso
- ▶ Intercambio de información
- ▶ Presentación al mediador
- ▶ Negociaciones
- ▶ Acuerdo
- ▶ Falta de acuerdo
- ▶ Confidencialidad

ENLACE DE INTERNET: <http://www.cpradr.org/clausesrules/mediationprocedure/tabid/90/default.aspx>.

### Centro Regional del Cairo para el Arbitraje Comercial

ENLACE DE INTERNET: [http://www.crcica.org.eg/adr\\_rules.html#two](http://www.crcica.org.eg/adr_rules.html#two).

### Centro Belga de Mediación y Arbitramento

#### CONTENIDO

- ▶ Alcance
- ▶ Confidencialidad
- ▶ Solicitud de mediación
- ▶ Respuesta a la solicitud de mediación
- ▶ Efecto del acuerdo de mediación
- ▶ Notificaciones escritas o comunicaciones y límites de tiempo
- ▶ Las disposiciones generales del mediador
- ▶ Designación del mediador
- ▶ Reemplazo del mediador
- ▶ La transmisión del archivo al mediador
- ▶ El lenguaje de la mediación
- ▶ La sede de la mediación
- ▶ Examen del caso
- ▶ Acuerdo
- ▶ Fin de la mediación
- ▶ Naturaleza y cuantía de los costos de mediación
- ▶ Avance sobre los costos de la mediación
- ▶ Decisión sobre los costos de la mediación

ENLACE DE INTERNET: <http://www.cepani.be/en/default.aspx?pid=403>

### Centro de Mediación de Singapur

#### CONTENIDO

- ▶ El proceso de mediación
- ▶ El acuerdo de mediación
- ▶ Las partes
- ▶ El mediador
- ▶ El centro
- ▶ Intercambio de información

- ▶ La mediación
- ▶ Acuerdo de conciliación
- ▶ Terminación
- ▶ Suspensión del procedimiento
- ▶ Confidencialidad
- ▶ Costos administrativos y honorarios
- ▶ Dispensa de responsabilidad
- ▶ Interpretación

*ENLACE DE INTERNET: [http://www.mediacion.com/sg/mediacionprocedure\\_1%20april%202007.htm](http://www.mediacion.com/sg/mediacionprocedure_1%20april%202007.htm).*

### **Centro de Mediación con la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria Búlgara**

#### **CONTENIDO**

- ▶ Centro de Mediación — alcance, metas y servicios
- ▶ Mediador
  - Requisitos de los mediadores
  - Entrada en la lista de mediadores del Centro de Mediación
  - Cancelación del registro de la lista de mediadores
- ▶ Documentos
  - Formularios
  - Mantenimiento y guardado de los documentos
  - Envío y recibo de los documentos
  - Evaluación de la mediación por las partes
- ▶ Reglas de la mediación — Disposiciones generales
- ▶ Actividades preparatorias ante la conducción de la mediación
  - Inicio de la mediación
  - Selección de un mediador
  - Terminación de las funciones del mediador
- ▶ Reglas y principios aplicables para la conducción de la mediación
  - Reglas aplicables a la conducción de la mediación
  - Representación de las partes y participación en las reuniones
  - Asistencia de las partes en la mediación
  - Rol del mediador

- Provisión de información y materiales
- Confidencialidad
- ▶ Conducción de la mediación
  - Sesiones conjuntas y asamblea
  - Informar a las partes acerca de la mediación
- ▶ Suspensión y terminación de la mediación
  - Causas para la suspensión del procedimiento de mediación
  - Causas para la terminación del procedimiento
- ▶ Exoneración de la responsabilidad del mediador, el Centro de Mediación y sus empleados
- ▶ Honorarios y costos de la mediación
  - Determinación de los honorarios
  - Responsabilidad de las partes por los costos del procedimiento de mediación

*ENLACES DE INTERNET: <http://mediation.bcci.bg/english/index.php3?vheader=charter%20and%20mediation%20rules&vfile=it5.htm>.*

## ANEXO 11

### PASOS TÍPICOS DE LA MEDIACIÓN

#### 1. Preparación (Establezca el escenario)

- ▶ Reúnase primero con cada una de las partes para explorar los problemas y para asegurar un compromiso genuino a la solución del problema.
- ▶ Ofrezcense a mediar una discusión justa, imparcial. Acuerde sobre la confidencialidad
- ▶ Si las partes acuerdan reunirse, clarifique por adelantado los pasos para la mediación.
- ▶ Determine un tiempo y una ubicación neutral, privada y aceptable, y cualquier intercambio de información previa que pueda ser de utilidad.

#### 2. Participar (Negociar)

- ▶ Para comenzar, revise el procedimiento. Aclare los pasos de la mediación. Acuerde mantener la confidencialidad y respetar las diferentes perspectivas. Haga énfasis en escuchar activamente y acuerde las normas – no interrumpir, acusar o tener comportamientos agresivos.
- ▶ Facilite el intercambio de perspectivas. Ofrezca oportunidades justas y balanceadas para que cada una de las personas se comuniquen.
- ▶ Las preguntas para hacer, incluyen:
  - a. *Desde su punto de vista, ¿cuál es el problema y por qué? (Defina el problema.)*
  - b. *¿Cuál es su preocupación? (Reconozca los intereses personales y comerciales.)*
  - c. *¿Tiene alguna sugerencia para ayudar a mejorar la situación? (Identifique y documente opciones.)*
  - d. *¿Cuáles de estas soluciones propuestas serían las más útiles? (Organizar prioridades.)*
  - e. *Llegue a un acuerdo sobre los cambios en las prácticas y próximos pasos a tomar. (Proponga soluciones.)*

#### 3. Revisar (Formalizar)

- ▶ Aclare los términos del acuerdo.
- ▶ Anticípese a las barreras contra el progreso y discuta las respuestas.
- ▶ Decida cómo monitorear y tomar acciones para asegurar la responsabilidad.
- ▶ Podría ser útil escribir los términos del acuerdo para definir con claridad las expectativas y los próximos pasos o documentar un acuerdo legalmente obligatorio entre las partes.

FUENTE: Adaptado de: Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. Tercera edición. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

### PASOS TÍPICOS DEL ARBITRAJE

- 1. Parte (Peticionario) presenta una Solicitud de Arbitraje.**
2. Se notifica al Peticionario que la Solicitud ha sido aceptada (o tiene deficiencias).
3. Si la Solicitud se acepta, la organización patrocinadora recibe un depósito. El acuerdo final de los costos se determina de acuerdo con el Código de Procedimiento.
4. Se notifica a la otra parte (Demandado) de la Solicitud de Arbitraje, de acuerdo con el Código de Procedimiento.
5. El Demandado presenta una respuesta escrita.
6. El Director del arbitraje revisa la información y los documentos del caso.
7. Las partes eligen un árbitro en términos mutuamente aceptables o se comprometen en la designación de un árbitro.
8. Las partes seleccionan una Audiencia de Documentos o una Audiencia Participativa.
9. Las partes presentan documentos e información al árbitro.
- 10. Las audiencias participativas, por lo general, incluyen lo siguiente:**
  - ▶ El árbitro, las partes y los testigos juran decir la verdad
  - ▶ El Peticionario presenta el testimonio y los documentos relevantes
  - ▶ El Demandado presenta el testimonio y los documentos relevantes
  - ▶ Los testigos pueden prestar testimonio
  - ▶ Toda solicitud o contra demanda puede ser cuestionada
  - ▶ Las partes pueden presentar pruebas de refutación, si es el caso
  - ▶ Se pueden presentar alegatos de cierre
  - ▶ Las partes se van juntas al final de la reunión
  - ▶ Se pueden presentar resúmenes post-audiencia
11. El árbitro revisa la información, testimonio y presentación de documentos relevantes.
- 12. El árbitro emite un laudo que establece los derechos y obligaciones de las partes.**

FUENTE: Adaptado de International Chamber of Commerce, ADR Rules (Cámara de Comercio Internacional, reglas MARC) 1 de julio de 2001.  
Disponible en: [www.iccadr.org](http://www.iccadr.org).