

HERRAMIENTA 4

Volumen 2 : Implementación

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO



Global
Corporate
Governance
Forum



HERRAMIENTA 4

Resolución de conflictos de gobierno corporativo

VOLUMEN 2 : IMPLEMENTACIÓN





En la búsqueda de los mejores intereses de la sociedad, el rol de la junta directiva incluye asegurarse que su empresa tenga sistemas y procesos de resolución de conflictos. En algunas ocasiones, y particularmente en los casos que involucran problemas de gobierno corporativo, la junta también debería participar en prevenir y resolver eficientemente los conflictos que puedan dañar la reputación, operaciones, resultados y valor accionario de la compañía, o que puedan interrumpir las operaciones propias de la junta.

El buen gobierno y el correcto manejo del riesgo requieren que las juntas directivas piensen y desarrollen, con anticipación, sus propias políticas y caminos efectivos para manejar conflictos internos o externos en gobierno corporativo.

Las juntas directivas pueden enfrentar el daño potencial de que los desacuerdos normales dentro de la sala de juntas queden sin resolverse, se enconen, y luego maduren y se conviertan en conflictos. Aunque el debate en la sala de juntas se debe propiciar y animar, debe darse de manera ordenada y constructiva, reconociendo que un medio para resolver los conflictos y llegar colaborativamente a una conclusión unificada es esencial para operar el negocio. Constituir mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) a través de procesos estructurados y no estructurados puede ayudar a que las juntas directivas prevengan y manejen los conflictos en gobierno corporativo.

ESTE MÓDULO EXAMINA LOS SIGUIENTES TEMAS:

- ▶ Cómo anticiparse y planear los conflictos en gobierno corporativo
- ▶ Cómo adoptar políticas en resolución de conflictos
- ▶ Cómo prevenir conflictos en la sala de juntas
- ▶ Cómo aplicar mecanismos alternativos de resolución de conflictos en la sala de juntas

MÓDULO 1

¿CUÁL DEBE SER EL ROL DE LA JUNTA DIRECTIVA?

DESARROLLAR UNA ESTRATEGIA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO

La junta directiva debe estar bien preparada para manejar conflictos internos y externos. Sin una adecuada preparación, las respuestas de la junta directiva a los conflictos inevitablemente serán *ad hoc*, aumentando el riesgo de que no se empleen procesos de resolución de conflictos efectivos. Así como las juntas directivas tienen planes de manejo de crisis, también deberían desarrollar y adoptar estrategias, políticas y procesos de resolución de conflictos.

Planear el futuro

La planificación de potenciales conflictos de gobierno corporativo es un paso tan básico que con facilidad se puede pasar por alto. El exceso de confianza o el optimismo excesivo pueden conducir a los líderes a pensar que los

conflictos relacionados con las decisiones de gobierno corporativo son poco probables. La concentración de los directores en los problemas del negocio los puede cegar respecto a aquellos asuntos que no tienen una directa relación con este, tales como son los conflictos potenciales entre ellos mismos. Puede existir la sensación de que, si surge un problema, este podrá ser contenido o manejado con facilidad, sin hacerle ningún daño a la compañía. Sin embargo, y contrariamente a tal creencia, sí surgen conflictos y problemas, y el costo para la compañía, sus accionistas y los demás interesados puede ser inmenso y, en algunos casos, fatal.



PARA CONOCER MÁS ACERCA DEL IMPACTO DE LOS CONFLICTOS EN GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 2.



CITA

La necesidad de procesos para evitar litigios

"Mirando hacia el futuro, es de importancia crítica que las juntas directivas presten una mayor atención a la anticipación y respuesta a los riesgos de incurrir en responsabilidad legal, los cuales pueden surgir más adelante. El avance de la tecnología, los problemas ambientales y el gobierno corporativo son las tres áreas sobre las cuales las juntas directivas se preocupan más... Sin embargo, con una cultura adecuada y procesos puestos en marcha, las empresas identificarán y manejarán, con más frecuencia, los problemas antes de que se conviertan en objeto de procesos judiciales o litigios."

LORD LEVENE

PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA, LLOYD'S

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

Por ejemplo, cualquier discusión sobre una fusión, adquisición o lanzamiento de una nueva actividad del negocio tiene el potencial de disparar conflictos entre los miembros de la junta directiva, o entre la junta y los interesados externos, incluyendo a los accionistas disidentes más vehementes. Sin embargo, las presiones comunes de la sala de juntas, incluyendo la severa falta de tiempo, pueden causar que los directores ejecutivos y no ejecutivos traten la posibilidad de un conflicto como una distracción hasta y a menos que el conflicto creciente se haya vuelto lo suficientemente manifiesto de modo tal que discutirlo sea inevitable. Las juntas directivas tienden a pasar por alto o a ignorar el potencial de los conflictos por la multitud de otras prioridades que enfrentan. Esta resistencia a tratar el asunto, sin embargo, constituye una decisión *de facto* para aceptar lo que sea que ocurra.

Las organizaciones, incluyendo las corporaciones y sus juntas directivas, generalmente tienden a ser miopes en cuanto a los conflictos. Con frecuencia no se anticipan al conflicto o tienen solamente una sensación muy general de que algún tipo de conflicto puede emerger de una iniciativa determinada. Más aún, les puede resultar difícil anticiparse o proyectar el alcance o seriedad del conflicto.

Aquellos involucrados son cautelosos en admitir que se puede estar gestando un conflicto, a pesar de sus sospechas.

El punto de vista fuerte y bien articulado de un líder poderoso — como lo es el CEO, o el presidente de la junta directiva — puede afectar a aquellos alrededor y debajo de él de modo tal que se suprima a cualquier disidente, creando una “marcha hacia la locura”. Aunque el líder puede haber solamente ofrecido una opinión anticipada, en espera de escuchar los puntos de vista disidentes, no es inusual que los demás simplemente estén de acuerdo con la posición que tenía el líder inicialmente. Este fenómeno se conoce como “pensamiento de grupo”.

Las organizaciones tienden a enmarcar la perspectiva de un conflicto como un problema de relaciones públicas o de política. Esto asume, implícitamente, que el conflicto

puede evitarse o ser suprimido. El supuesto subyacente parece ser que, si aparece una oposición a una propuesta o decisión, se podrá demostrar que ella no es correcta por sus propios méritos únicamente. Esto es el equivalente organizacional al fenómeno del “exceso de confianza” de los individuos, es decir, la tendencia a sobrestimar la habilidad de uno mismo para controlar los eventos como lo desea.

- Las juntas directivas y los ejecutivos con frecuencia pasan por alto problemas, valores o intereses estructurales subyacentes que pueden generar conflicto alrededor de las acciones o planes que inicialmente parecían claros o razonables. Algunas de estas preocupaciones más profundas (por ejemplo, aquellas acerca de la globalización o el cambio climático) dan la impresión de que “no es asunto nuestro arreglarlas” porque son difíciles de afrontar y muy rara vez son de responsabilidad única de una organización individual. Sin embargo, estas preocupaciones pueden tener un impacto crítico en las decisiones prácticas del negocio.
- La planificación de un gran evento en la vida de una compañía, como es una fusión o la contratación de un nuevo CEO, puede focalizarse en resultados optimistas, sin tener en cuenta la posibilidad de malos entendidos o conflictos que existen cuando hay nuevas relaciones de trabajo.
- En la mayoría de los casos, las razones expuestas previamente explican por qué se suele pasar por alto o ignorar que un conflicto está emergiendo. Pero existen también razones sistémicas para explicar la renuencia de una persona a anticiparse a un conflicto:
 - **La naturaleza humana:** “Ignórelo y tal vez se vaya”. Es una reacción organizacional común a todo fenómeno no placentero. Puede que funcione a veces, de manera que no se debe descartar del todo.
 - **Conservadurismo:** “Nadie más lo está haciendo”. Aunque el manejo del riesgo se ha integrado progresivamente al pensamiento organizacional y a las actividades de la junta directiva, la resolución de conflictos de gobierno corporativo es todavía un campo nuevo, que todavía se tiene que integrar dentro del pensamiento del manejo del riesgo y el trabajo de la junta directiva.
 - **Falta de las habilidades adecuadas:** “Nadie puede ayudar con esto”. La variedad de individuos y firmas que habitualmente se emplean para manejar conflictos (por ejemplo, la administración, abogados internos, asesores legales externos, profesionales en el



EJEMPLO

El impacto de la prevención de conflictos Reino Unido: Shell UK

Para 1995, Shell UK había estado cuatro años planeando el deliberado hundimiento de Brent Spar, una torre de perforación petrolera obsoleta, de veinte años de edad y un billón de dólares de costo. Pero los planes se complicaron. Shell descubrió que el amplio análisis interno del método de desmantelamiento más seguro, la presencia e influencia mundial de la compañía e incluso los permisos aprobados por el gobierno no eran suficientes para prevenir una debacle pública. La campaña de oposición de Greenpeace, la cual incluía ocupar la torre de perforación, encontró aliados en la industria del petróleo. Los gobiernos europeos se opusieron al plan de desmantelamiento. El personal de Shell y las estaciones de servicio fueron atacados y las utilidades de la compañía se vieron afectadas.

COMENTARIO

El fiasco de Brent Spar es un ejemplo de alto perfil de falla en la planificación de conflictos posibles y sus consecuencias. La torre de perforación, finalmente, fue desmantelada: algo de ella fue desechado en tierra y otras partes recicladas para construir nuevas instalaciones en el mar. La solución fue mucho más prolongada y costosa de lo que debió haber sido porque no se anticipó el conflicto.

FUENTE: Paul C. Nutt, Why Decisions Fail: Avoiding the Blunders and Traps that Leads to Debacles. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2002. pp. 63-68.

manejo del riesgo, agencias de relaciones públicas y administradoras de crisis) incluyen gente talentosa, vehemente y persuasiva. Sin embargo, mientras cada uno de estos especialistas ofrece experiencia en un aspecto de la prevención y resolución del conflicto, ninguno de ellos tiene el conocimiento o está calificado para investigar, analizar y ayudar con los conflictos de gobierno corporativo.

Los individuos o grupos tienden a evitar anticiparse a los problemas y conflictos — intencionalmente o no — en la sala de juntas, así como en otros espacios. Como el costo de la inacción suele ser muy alto, la junta directiva debería asegurarse de que la compañía tenga un método sistemático y estratégico para manejar los potenciales conflictos relacionados con los asuntos del negocio dentro de la administración y de la junta directiva.

Al tratarse de conflictos comerciales, financieros y laborales, el rol de la junta directiva debería estar limitado a asegurarse que se tengan políticas efectivas y adecuadas, y que la compañía tenga experiencia interna y/o externa para manejar conflictos comerciales. El desarrollo y la implementación de políticas deberían dejarse en manos de la administración de la empresa.

En el caso de los conflictos de gobierno corporativo, sean internos o externos, la junta directiva tiene que tomar un rol mucho más proactivo, debido a la naturaleza estratégica de estos conflictos y su impacto potencial sobre la compañía, incluyendo la junta directiva. Precisamente como la junta está en el centro de los conflictos de gobierno corporativo, debe estar preparada para prevenirlos y manejarlos efectivamente, con mínimo impacto sobre la compañía y sobre ella misma.



PARA CONOCER MÁS ACERCA DE LOS CONFLICTOS INTERNOS Y EXTERNOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 1.

Existen varias razones de por qué se necesita una estrategia preexistente para manejar adecuadamente los conflictos de gobierno corporativo:

- Primero, la confianza mutua es esencial para el buen funcionamiento de la junta directiva. Sin embargo, si surge un conflicto, particularmente dentro de la junta directiva, se erosionará parte de la confianza mutua casi inmediatamente. Esto hace más difícil desarrollar soluciones constructivas rápidamente, creándose la posibilidad de un proceso progresivo de afectación de la confianza, que puede tener consecuencias muy duraderas.



CITA

Evitar el conflicto en las compañías de familia

“Algunas veces, el ímpetu por evitar conflictos va tan lejos que hasta se llega a negar que existe uno, aunque muchas veces este ya ha debilitado fuertemente a la compañía familiar por un largo tiempo. La evitación es solamente útil para interponer un periodo de enfriamiento o cuando un punto de discusión no es genuinamente importante. En la mayoría de los casos, sin embargo, evitar conduce a sentimientos negativos y de frustración. Esto con frecuencia tiene un impacto pernicioso en las relaciones de familia porque provoca que aumenten las tensiones y que se desperdicie un montón de energía. De acuerdo con las investigaciones, también aumenta la rivalidad entre los jugadores y disminuye la confianza.”

JOSEF LIEVENS

SOCIO, EUBELIUS LAW FIRM

MIEMBRO 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. 2002 Documento de trabajo suministrado por el autor al Foro.



CITA

El rol de la junta directiva

“Es parte del deber de cuidado de la junta directiva asegurarse de que los conflictos se resuelvan rápidamente, con el fin de mantener relaciones que la gente de negocios, especialmente la gerencia, lleva años enteros construyendo”.

MERVYN KING, SC

PROFESOR UNIVERSITARIO

PRIMER VICEPRESIDENTE, INSTITUTO DE DIRECTORES DE SUDAFRICA

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



Enfrentar los conflictos de gobierno corporativo

Reconocer que surgirán conflictos y prepararse por anticipado para su resolución – estas son responsabilidades importantes de la junta directiva. Adoptar una estrategia de resolución de conflictos ayudará a prevenir y manejar los problemas no previstos.

Esto implica un acercamiento proactivo de la toma de decisiones, que es mucho más eficiente que el típico acercamiento reactivo (*ad hoc*), según se ilustra en este ejemplo de fusión:

ACERCAMIENTO <i>AD HOC</i>	ACERCAMIENTO PREVENTIVO
<p>VALOR DOMINANTE DE LA JUNTA DIRECTIVA: LA ARMONÍA</p> <p>PERCEPCIÓN DEL CONFLICTO: POCO PROBABLE</p>	<p>VALOR DOMINANTE DE LA JUNTA DIRECTIVA: EL CONSENSO</p> <p>PERCEPCIÓN DEL CONFLICTO: PROBABLE</p>
1. La junta discute una posible fusión	1. La junta discute una posible fusión
2. Los puntos de vista opuestos se “auto-censuran” o no son tenidos en cuenta	2. Los puntos de vista internos y externos se consideran activamente
3. Se adopta una decisión	3. Se adopta una decisión
4. Más adelante, surge un desacuerdo en relación con la decisión y toma a la junta directiva por sorpresa	4. Más adelante, surge un desacuerdo en relación con la decisión, pero se reduce rápidamente en base a las discusiones iniciales
5. El desacuerdo evoluciona hasta convertirse en un conflicto	5. Se le hace frente al desacuerdo
6. Los directores se ponen a la defensiva y se endurecen las posiciones	6. La junta directiva aplica mecanismos de resolución de conflictos y se construye el consenso
7. Van aumentando las tensiones y los resentimientos en la junta directiva La junta no presenta un frente unificado en el que se pueda confiar Se debilita la confianza Los analistas de inversiones señalan las preocupaciones	7. Se llega a un consenso La junta se mantiene unida Se mantiene la confianza de los accionistas Los analistas de inversiones están atentos pero no preocupados
8. Se brindan soluciones parciales y temporales	8. El desacuerdo se resuelve
9. La situación se repite con otra decisión	9. La situación se repite con otra decisión
10. Aumentan las tensiones de la junta Los accionistas cuestionan el gobierno de la compañía Los analistas califican con un grado más bajo al gobierno de la compañía	10. Las habilidades en resolución de conflictos de la junta mejoran Los accionistas participan constructivamente en una toma de decisiones estratégica Los analistas le asignan un grado más alto de calificación al gobierno de la compañía
11. El resentimiento se acumula	11. Un sistema de refuerzo positivo se desarrolla

- Más aún, si se permite que un conflicto dentro de una junta directiva, o con interesados externos, se desarrolle y madure completamente, es muy probable que sea más difícil llegar a un acuerdo que si el potencial de conflictos hubiera sido reconocido y los mecanismos para tratarlos hubieran sido establecidos antes de que los miembros de la junta y demás partes de la disputa hubieran tomado partido.
- Por último, planificar a futuro para prevenir que las discusiones y el debate se conviertan en conflictos le ahorrará potencialmente a la compañía y a todos sus accionistas tanto costos directos como indirectos, a la vez que limitará el impacto negativo de los conflictos.

Manejar o enfrentar el potencial de conflictos que afectan a la autoridad social y desarrollar una estrategia de resolución de conflictos con políticas adecuadas requiere de planificación. La junta directiva tiene que asignar tiempo para atender estas iniciativas.

El momento adecuado para efectuar este ejercicio tiene que planearse muy bien. Debería organizarse fuera de las reuniones normales de la junta directiva, tal vez en un retiro de la junta directiva durante un periodo relativamente calmo. Idealmente, el comité de la junta directiva, cuya jurisdicción cubre los asuntos del gobierno, debería incluir entre sus actividades la planificación de la resolución de conflictos y presentar propuestas a toda la junta directiva. Es mucho más fácil tener una discusión civilizada y altamente productiva acerca de los conflictos cuando no hay mayores conflictos en desarrollo. Esto puede hacerse con o sin la ayuda de un tercero — posiblemente un consultor en resolución de conflictos o experto en gobierno.

Evaluar los conflictos internos y externos de gobierno corporativo

La planificación involucra la observación y evaluación de la situación actual y el aprendizaje de las situaciones del pasado. Una junta directiva puede, para entender mejor los conflictos pasados o presentes con interesados externos, comenzar por preguntarse lo siguiente:

- ¿La compañía ha experimentado conflictos de gobierno corporativo con los interesados externos? ¿Quiénes fueron los involucrados? ¿Accionistas? ¿Activistas de la comunidad? ¿Otras personas?
- ¿Cómo reaccionó la junta directiva y cómo manejó esos conflictos? ¿La junta directiva en pleno discutió el conflicto? ¿Se encargó el asunto a algún comité en especial o miembro individual de la junta directiva?

- ¿Estuvo involucrado el departamento de legales de la compañía? Si así fue, ¿en qué momento ocurrió? ¿Cuál fue dicho rol? ¿Su participación contribuyó a la solución del conflicto o la dificultó?
- ¿Se involucraron los consultores externos a la junta directiva? ¿Debieron haberse involucrado? ¿Por qué? ¿Por qué no?
- ¿Cuáles fueron los costos directos de estos conflictos? ¿Los costos de la conciliación? ¿Los costos del litigio? ¿Los costos de comunicación?



PRÁCTICA

Pasos clave en el desarrollo de una estrategia de resolución de conflictos de gobierno corporativo

- ▶ **PASO 1:** Planear con anticipación
- ▶ **PASO 2:** Evaluar conflictos internos y externos en resolución de conflictos, existentes o pasados
- ▶ **PASO 3:** Anticipar potenciales conflictos internos y externos de gobierno corporativo
- ▶ **PASO 4:** Adoptar una estrategia de resolución de conflictos de gobierno corporativo
- ▶ **PASO 5:** Decidir quién manejará el proceso de resolución de conflictos de gobierno corporativo
- ▶ **PASO 6:** Identificar el conciliador interno o externo adecuado
- ▶ **PASO 7:** Incluir en los documentos sociales las políticas o normas acerca de la resolución de conflictos de gobierno corporativo
- ▶ **PASO 8:** Evaluar la efectividad de las normas en resolución de conflictos de gobierno corporativo
- ▶ **PASO 9:** Estar preparados para afrontar procesos judiciales si fallan los MARC

- ¿Cuáles fueron los costos indirectos de estos conflictos? ¿Cuánto fue el tiempo del personal de la compañía invertido? ¿Se interrumpieron las actividades de la junta directiva? ¿Hubo tensiones entre la junta? ¿Hubo disrupción de las operaciones de la compañía? ¿Se perdieron oportunidades?
- ¿Cuál fue el impacto de estos conflictos sobre la compañía? ¿Sufrió la compañía un daño en su reputación? ¿Se demoraron las principales decisiones estratégicas? ¿Se presionó a algún miembro de la junta a que renunciara? ¿Se afectó el precio de las acciones?
- ¿Tienen la junta y la compañía alguna política y/o procedimiento para manejar conflictos de los accionistas u otros interesados, en relación con el gobierno y la estrategia de la compañía? ¿Se aplicaron finalmente estas políticas y estrategias? ¿Qué hubiera podido manejarse mejor? ¿Podrían haberse evitado los conflictos?
- ¿Hay alguna lección que se pueda sacar de la forma en la cual la compañía maneja otro tipo de conflictos, como son los comerciales y los laborales? ¿Se podrán adaptar las políticas y normas actuales a los conflictos de gobierno corporativo?



CITA

Gobierno de la resolución de conflictos

“Cuando surge un conflicto, ¿cuál es el mejor interés de la compañía? La respuesta es resolverlo efectiva, expedita y eficientemente. Es, por lo tanto, un asunto importante de gobierno que la junta se pregunte: ‘¿Tenemos mecanismos adecuados para resolver los conflictos que puedan surgir?’”

MERVYN KING, SC

PROFESOR UNIVERSITARIO

PRIMER VICEPRESIDENTE, INSTITUTO SUDAFRICANO DE DIRECTORES

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

FUENTE: *Runesson and Guy, op. Cit.*

De la misma manera, la junta debe evaluar los conflictos y problemas que surjan entre sus miembros. Este ejercicio se podría incluir como parte del proceso de autoevaluación de la junta directiva. Las discusiones se podrán basar en las siguientes preguntas:

- ¿Ha habido una comunicación efectiva entre los miembros de la junta directiva?
- ¿Ha habido algún tipo de tensiones entre los miembros de la junta directiva? ¿Han afectado la dinámica o las decisiones de la junta directiva y su proceso de toma de decisiones?
- ¿Existe un nivel de confianza suficiente entre todos los directores de la junta directiva? ¿Sienten todos ellos que pueden contribuir al debate? ¿Algunos directores tienen la tendencia a monopolizar las discusiones? ¿Esto ha creado alguna frustración o resentimiento?
- ¿La comunicación entre el CEO y los miembros no ejecutivos de la junta directiva está funcionando bien? Si la respuesta es negativa, ¿por qué?
- ¿Existe un nivel sólido de confianza entre el presidente ejecutivo o CEO y los directores no ejecutivos? Si la respuesta es negativa ¿por qué?
- ¿Qué circunstancias de la junta directiva provocan fricción o causan discusiones que se dejan sin resolver?
- ¿Cuál es el tema más común de estas discusiones? ¿Estas discusiones se relacionan con los procedimientos de la junta directiva o con decisiones materiales? ¿Qué temas específicos están en el centro de estos desacuerdos y conflictos? ¿Estos conflictos pueden derivarse en cuestiones emocionales? ¿Son recurrentes estas discusiones y conflictos?
- ¿Algunos miembros de la junta directiva se involucran más en desacuerdos que otros? ¿Algunos directores tienen puntos de vista opuestos – sin importar cuál es el tema? ¿El desacuerdo ocurre más comúnmente entre directores no ejecutivos o entre directores y la administración? ¿Existe alguna tensión entre el presidente de la junta directiva y el CEO?
- ¿Existen factores externos (por ejemplo la ubicación de la asamblea, la acústica, el momento en que se lleva a cabo, etc.) que parecieran que contribuyen a una atmósfera tensa, en vez de una en la cual es más probable que se llegue a una resolución?

- ¿Cuál ha sido el impacto de estos desacuerdos y conflictos? ¿Paralizaron o demoraron el trabajo de la junta directiva? ¿Se estancaron algunas decisiones estratégicas? ¿Se contuvieron los conflictos en la sala de juntas? ¿Alguno de estos conflictos se filtraron a los medios de comunicación? ¿Cómo reaccionaron los accionistas y el mercado a estos conflictos? ¿Estos conflictos condujeron a la renuncia de algún director ejecutivo o no ejecutivo? ¿Los conflictos involucraron procesos judiciales? ¿Cuáles fueron los costos directos e indirectos que se desarrollaron en la sala de juntas?
- ¿El presidente de la junta directiva o el director principal pueden reconocer los conflictos y mediar entre los miembros de la junta directiva o entre la junta directiva y el CEO?
- ¿Cómo manejó la junta directiva su disenso interno? ¿El presidente de junta directiva o director principal jugó el papel de conciliador?
- ¿Votar sobre los problemas estratégicos es suficiente y es la forma más efectiva de manejar posiciones opuestas?

Tener discusiones abiertas sobre lo que funciona o no funciona en la sala de juntas, así como cuáles son los factores subyacentes que desatan conflictos es un ejercicio difícil que puede revivir tensiones y resentimientos pasados. Aprender cómo mejorar el desempeño de la junta directiva y minimizar el impacto negativo de los conflictos es, sin embargo, una iniciativa importante.

La junta directiva puede discutir las estrategias de manejo de conflictos en un espacio cerrado, bajo la guía del presidente de la junta directiva u otro director con habilidades para la resolución de conflictos. A modo de alternativa, puede discutirlo como parte de la evaluación anual de la junta directiva o como preparación del retiro anual para la revisión estratégica de la empresa, o también el presidente de comité de junta directiva puede invitar a un experto externo para que facilite las discusiones. Ese experto normalmente:

- Organizará sesiones individuales con cada director, para permitir que aquellos que no se sientan cómodos con revelar abiertamente sus puntos de vista, se expresen por sí mismos
- Facilitará la discusión para sacar a la luz las cuestiones que pueden llevar a conflictos
- Ayudará a crear protocolos y procedimientos para prevenir y resolver conflictos

Anticipar los potenciales conflictos internos y externos de gobierno corporativo

Una vez la junta directiva ha discutido y evaluado los conflictos pasados y actuales de gobierno corporativo, el segundo paso es revisar el potencial de conflictos y cómo estos se pueden prevenir. La junta directiva debe prever — tanto como pueda — qué situaciones pueden conducir a malos entendidos y conflictos. Por ejemplo, ¿“qué tal si” los directores están en desacuerdo con la dirección estratégica básica? ¿“Qué tal si” el flujo de fondos se encuentra reducido? ¿Habrán disputas respecto de qué inversiones de capital debería realizar la compañía? ¿“Qué tal si” los accionistas disidentes se oponen a la fusión con uno de los principales competidores de la compañía? ¿“Qué tal si” las enemistades personales entre los directores hacen difícil la concentración objetiva en los asuntos del negocio? La lista de “qué tal si” de las circunstancias que pueden surgir y convertirse en conflictos puede ser muy larga.

Sería imposible hacer una lista y examinar todos los conflictos internos y externos posibles que pudieran teóricamente ocurrir y afectar a la empresa. El punto es considerar los diferentes tipos de conflictos y revisar los conflictos potenciales más probables, dada la estructura de la compañía, tamaño, estructura de la participación accionaria (propiedad de la compañía), modelo de negocio, circunstancias económicas y financieras externas, y la composición de la junta directiva (sabiendo que la junta directiva puede ser un campo fértil para discusiones no resueltas que se convierten en conflictos).

Las discusiones en miras a anticipar conflictos potenciales no sólo deberían llevarse a cabo dentro del contexto más amplio del desarrollo de la estrategia de resolución de conflictos, sino que deberían normalmente llevarse a cabo antes de cualquier gran decisión sobre la estrategia que pueda afectar materialmente tanto a la compañía misma como a otros interesados.



PARA REPASAR SITUACIONES EN LAS CUALES PUEDEN SURGIR CONFLICTOS EN GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 1.

Cuando se atienden los potenciales conflictos externos, los miembros de la junta directiva no sólo se deben enfocar en los accionistas, sino que también deben repasar los desacuerdos potenciales con los demás interesados que pueden afectar el gobierno de la compañía e influenciar o limitar sus operaciones. Estos interesados podrían incluir:



CITA

Anticipar los conflictos

“Las partes en una relación de negocios, en el momento en que entran en esa relación, deberían siempre abordar el tema de cómo van a hacer para manejar cualquier problema o conflicto que pueda surgir entre ellos. En este punto, tienen una oportunidad única de ejercer el control racional sobre cualquier desacuerdo que pueda surgir, especificando que todo desacuerdo se procese de manera tal que sea posible evitar el litigio, preferiblemente llegando a un acuerdo sobre un ‘sistema’ de resolución de conflictos que primero busque prevenir los problemas y los conflictos, y luego establezca los procesos de resolución pertinentes”.

JAMES GROTON

ÁRBITRO, SOCIO JUBILADO
SUTHERLAND, ASBILL & BRENNAN LLP

HELENA HA APIO

ÁRBITRO, INTERNATIONAL CONTRACT COUNSEL
LEXPART LTD

FUENTE: James Groton y Helena Haapio, “From Reaction to Proactive Action: Dispute Prevention Processes in Business Agreements”. 2009. Documento de trabajo suministrado por los autores al Foro.

- Los clientes, cuyos puntos de vista acerca de los productos y servicios de la compañía se podrán afectar adversamente
- Los empleados, posiblemente representados por sindicatos, que se van a ver afectados
- Los proveedores, de los que depende la compañía
- El Estado, la provincia o gobierno local, en las cuales tiene operaciones la compañía
- Los acreedores, especialmente si el acceso a la financiación es limitado
- Las agencias de consumidores
- Los medio ambientalistas y las demás organizaciones activistas

Analizar la dinámica del gobierno no es un proceso rápido. Parte de la previsión y planificación requeridas, involucran el hecho de visualizar y entender cómo la empresa puede evolucionar de una organización simple a una compleja. ¿Cómo puede un negocio de propiedad familiar convertirse en una empresa en la cual la familia fundadora deja de tener la propiedad o controlar una mayoría de las acciones de la compañía? Revisar escenarios como este y sus ramificaciones le ayudará a la junta directiva a entender sus vulnerabilidades con respecto a los conflictos con los interesados externos. Entender esta dinámica ofrece una retrospectiva sobre cómo se deben manejar de la mejor manera, por medio de políticas de resolución de conflictos de gobierno corporativo, que puedan apaciguar las situaciones más sensibles y prevenir los conflictos de más alto riesgo.



PARA CONOCER MÁS ACERCA DE CÓMO LOS CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO PUEDEN AFECTAR DIFERENTES TIPOS DE COMPAÑÍAS, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 1.

Varias herramientas de planeación estratégica pueden ayudar a anticiparse a los conflictos y manejar el riesgo de su ocurrencia. El análisis DOFA (en inglés *SWOT*), de conocimiento de muchos directores, es una herramienta especialmente útil. A través de esta técnica, los directores pueden evaluar Debilidades, Oportunidades, Fortalezas y Amenazas de una situación dada y analizar el riesgo e impacto de los conflictos que puedan surgir en este contexto. La secuencia de las preguntas comienza con las fortalezas. Dentro del contexto de los éxitos previos, la junta directiva puede luego considerar las debilidades, identificar las nuevas oportunidades y determinar cómo manejar las amenazas inherentes a los conflictos de gobierno. A medida que los directores discuten estos detalles, se alinean a sí mismos con las prioridades que comparten. La dificultad de este ejercicio recae en admitir, más que evitar, la discusión sobre las amenazas existentes — incluso si se dirigen a las debilidades en los procedimientos de la junta directiva o a individuos específicos. En los temas que salgan a flote, este ejercicio no debería, sin embargo, caer en que los miembros de junta directiva se señalen unos a otros.

La planificación en el contexto de gobierno no debería limitarse a la anticipación de la naturaleza y el contenido de los conflictos. Asuntos aparentemente muy pequeños y sin importancia que afectan el comportamiento humano también necesitan ser considerados y manejados. Los asuntos insignificantes de logística (por ejemplo, la ubicación de las asambleas de la junta directiva, de las

asambleas generales anuales o incluso de las asambleas de consulta pública) pueden exacerbar desacuerdos y prevenir discusiones y negociaciones constructivas. En este caso, una reunión creativa en torno a los acercamientos del tipo “qué tal si” puede ser un buen ejercicio. ¿“Qué tal si” el hospedaje de la asamblea resulta incómodo? ¿Cómo impactará esto en el tono y tenor de la reunión? ¿“Qué tal si” el hotel en el que se hospedan los directores es

incómodo y la gente no duerme bien? ¿Crearé esto un ambiente en el cual la gente está más dispuesta para tener conflictos que a la resolución de ellos? ¿“Qué tal si” no hay suficientes sillas para todos los accionistas en el lugar que se lleva a cabo la asamblea? ¿“Qué tal si” se calla sistemáticamente a un grupo de activistas comunitarios o se le hace esperar durante meses antes de ser oídos frente a la junta directiva o la gerencia ejecutiva?



EJEMPLO

Desacuerdo potencial con los interesados: Inversión en una nueva planta procesadora de alimentos

INTERESADO	PERCEPCIONES QUE PUEDEN CONDUCIR A DESACUERDOS Y CONFLICTOS
Cooperativa local	“Esta nueva planta va a crear competencia con los campesinos locales. Se debería organizar una protesta contra este proyecto para proteger a los campesinos.”
Activista ambiental	“Esta nueva planta va a requerir la destrucción de bosques, puede contaminar el río cercano y aumentar sustancialmente las emisiones de carbono. ¡Esta planta debería construirse en una ubicación diferente, con tecnología ecológica! Tenemos que lanzar una campaña que bloquee esta construcción.”
Accionista A (inversionista institucional)	“¡Esta es una buena inversión para la compañía y la ayudará a crecer, si los costos de iniciación se controlan y la línea de productos se mantiene competitiva en los mercados globales! Necesitamos más información y una reunión con la junta directiva.”
Accionista B (coalición de acción social)	“Esta es una buena inversión, pero queremos garantías en cuanto a que este proyecto se va a llevar a cabo de una manera socialmente responsable. Si no, haremos <i>lobby</i> para impedir que se construya.”
Estado o gobierno local	“Este proyecto puede ayudar a aumentar la recaudación impositiva y crear nuevos trabajos. Nuestras expectativas en recaudación impositiva son mucho más altas de lo que la junta considera aceptable.”
Comunidad local	“Este proyecto ha dividido nuestra comunidad. ¿En quién podemos confiar? Tenemos que exigir respuestas claras.”

COMENTARIO

Considerar las preocupaciones de las partes interesadas y tomarse el tiempo para discutir sus respectivas percepciones, ciertas y erróneas, así como conciliar posibles desacuerdos, requiere de un acercamiento transparente, tiempo y esfuerzo. Sin embargo, es esencial hacerlo para prevenir o mitigar conflictos que puedan impedir, si no obstruir, una inversión importante o cambios operacionales.

Adoptar una estrategia de resolución de conflictos de gobierno corporativo

Este es otro paso que suena simple, pero que está lleno de complejidades. El acercamiento de la junta directiva a los conflictos debería reflejar tanto la cultura y demás consideraciones tácticas, como qué funciona mejor en ciertas circunstancias particulares.

En el ámbito del gobierno corporativo, la pregunta también surge en cuanto a las normas sobre conflictos internos frente a los externos. ¿La misma política o norma aplica a ambos? Mientras que la junta directiva puede estar involucrada en ambas categorías de conflictos, puede determinar que, por razones de negocios y tácticas, los conflictos externos se deberían tratar en forma diferente a los internos.

Un análisis DOFA también puede ser un medio para seleccionar procesos y mecanismos adecuados de prevención y resolución de conflictos. ¿Cómo se miden estos procesos en un análisis DOFA? ¿Cuáles son las fortalezas y debilidades relativas de cada uno de ellos, particularmente en relación a los unos con los otros?

¿Algunos de estos pasos infringen alguna amenaza a las operaciones o dinámica de la junta directiva, en vez de una oportunidad para mejorarlas? ¿Cuál es la prioridad que se le debería asignar para implementar estas prácticas? Del mismo modo, ¿cómo respondería la junta directiva a que un consultor facilitara su retiro? El análisis DOFA puede concluir que ese paso funcionaría bien o, como alternativa, que ciertos miembros de la junta directiva podrían sentirse incómodos con personas extrañas y, por lo tanto, requerir un curso de acción diferente.



PARA REPASAR LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SUS BENEFICIOS, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 3.

Un análisis DOFA puede conllevar a diferentes resultados para diferentes tipos de empresas. La junta directiva de una empresa multinacional con una participación accionaria dispersa puede acercarse diferentemente a la resolución de conflictos que la junta directiva de un negocio de control o dominio familiar. Los asuntos que cubre el análisis DOFA muy posiblemente variarán mucho en estas dos situaciones.



EJEMPLO

Reunión de la junta directiva con los accionistas disidentes Estados Unidos: The New York Times Company

En el año 2008, la New York Times Company enfrentó críticas de dos accionistas mayoritarios disidentes que objetaron las decisiones de inversión de la compañía. Harbinger Capital Partners y Firebrand Partners habían amasado más del 19 por ciento de las acciones comunes, dándoles suficiente apalancamiento.

Los dos fondos de inversión no querían eliminar la estructura accionaria de dos niveles que permitía que Arthur Sulzberger Jr., el editor y presidente de la junta directiva, y su familia controlaran la empresa. Pero sí querían elegir directores que no hubieran sido seleccionados por la administración actual.

El comité de nominación de la junta directiva se puso de acuerdo para reunirse con los cuatro nominados para directores del fondo de capital de riesgo [*hedge fund*], mencionando la posibilidad de un trato negociado, en vez de una pelea.

COMENTARIO

Al acordar reunirse, la compañía y sus accionistas disidentes lograron resolver su conflicto. La junta directiva estuvo de acuerdo en la nominación de dos de los cuatro directores propuestos por los accionistas disidentes.

Las juntas directivas deben planear los conflictos potenciales con los accionistas disidentes. La junta directiva puede hacer que esto sea parte de sus discusiones regulares con todos los accionistas mayoritarios y hacer un esfuerzo para encontrar soluciones, antes de que los conflictos se conviertan en peleas.

FUENTE: "New Challenges to Times Board: Dissidents with Large Stakes". The New York Times. 10 de marzo de 2008. Disponible en: <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic227581.files/Perez%20Pena%20031008.docx>.



Planificación de la resolución de conflictos de gobierno corporativo

Análisis DOFA de una política o norma de resolución de conflictos de gobierno corporativo: reseña	
DEBILIDAD: ¿Cuáles son las barreras para implementar una política de resolución de conflictos efectiva?	FORTALEZA: ¿Cuáles son los atributos positivos del enfoque actual de la junta en resolución de conflictos?
OPORTUNIDAD: ¿Cómo puede la junta construir sobre sus políticas y estatutos existentes para fortalecer sus habilidades para manejar los conflictos?	AMENAZA: ¿Cuáles podrían ser las consecuencias de ignorar el potencial de un conflicto?

Análisis DOFA de un mecanismo de resolución de conflictos de gobierno corporativo: un tercero experto	
DEBILIDAD: La confianza y confidencialidad pueden ser un problema cuando se discuten asuntos sensibles para la junta directiva	FORTALEZA: El tercero experto en resolución de conflictos puede facilitar el retiro/evaluación y ayudar a sacar a flote las tensiones no resueltas
OPORTUNIDAD: La junta puede resolver problemas y mejorar su desempeño	AMENAZA: Algunos miembros de la junta pueden oponerse a este enfoque y rehusarse a colaborar

Análisis DOFA de un proceso de resolución de conflictos de gobierno corporativo: la cláusula de resolución de conflictos	
DEBILIDAD: Lograr que los accionistas firmen nuevos acuerdos	FORTALEZA: Manejo mejorado de los conflictos entre los accionistas
OPORTUNIDAD: Incorporar una cláusula de resolución de conflictos en los acuerdos de accionistas	AMENAZA: Oposición de los accionistas dominantes

Análisis DOFA de un potencial conflicto interno de gobierno corporativo: la estrategia	
DEBILIDAD: Ausencia de debate en la cultura de la junta o pensamiento grupal	FORTALEZA: La línea principal de negocios controla el 65 por ciento del mercado
OPORTUNIDAD: Expansión de una nueva línea de negocios	AMENAZA: El presidente de la junta (anterior CEO) y el nuevo CEO compiten por el liderazgo

Análisis DOFA de un conflicto externo potencial de gobierno corporativo: la fusión	
DEBILIDAD: Un departamento de relaciones con el inversionista con bajo desempeño	FORTALEZA: El CEO es nominado “el empresario del año” por darle la vuelta al negocio y evitar la quiebra
OPORTUNIDAD: Una fusión estratégica	AMENAZA: Oposición de los accionistas disidentes

Análisis DOFA de un conflicto potencial en una empresa de familia: la expansión	
DEBILIDAD: Ausencia de un plan de sucesión	FORTALEZA: Perspectivas saludables de crecimiento
OPORTUNIDAD: Inversionista estratégico interesado en participación de propiedad y expansión	AMENAZA: El fundador se resiste al cambio y a ceder el control

Estas y otras posibilidades necesitarán de un análisis financiero para asegurar la viabilidad. Sin embargo, este análisis es sólo una parte de la ecuación. El análisis DOFA debería preceder a un análisis financiero detallado. El análisis DOFA ayudará a priorizar los pasos posibles y ofrecer factores adicionales que tengan peso en el análisis financiero y, finalmente, en cualquier decisión.

Decidir quién manejará el proceso de resolución de conflictos de gobierno corporativo

Las políticas no se implementan por sí solas. Si la política de la junta directiva respecto a los conflictos internos y externos de gobierno favorece la prevención de conflictos y los MARC, ella debe también establecer procesos y procedimientos para hacer de estas políticas una realidad.



PRÁCTICA

Procesos posibles para incorporar en políticas de resolución de conflictos

Las políticas internas de resolución de conflictos de gobierno corporativo pueden incluir:

- ▶ Planificar las sesiones ejecutivas de la junta y de su comité
- ▶ Recomendar capacitación en resolución de conflictos para los directores y ejecutivos *senior*
- ▶ Programar retiros de la junta y reuniones de auto-evaluación de los comités de junta directiva
- ▶ Asegurar que todos los directores tengan la oportunidad de hablar libremente en las sesiones ejecutivas y retiros
- ▶ Usar un tercero facilitador para las evaluaciones, retiros y demás asuntos de la junta directiva
- ▶ Incluir habilidades del tipo de MARC entre las calificaciones para ser miembro de la junta
- ▶ Identificar ciertos directores y personal de la empresa para que jueguen el rol de conciliadores
- ▶ Mejorar los procedimientos de la junta

Las políticas externas de resolución de conflictos de gobierno corporativo pueden incluir:

- ▶ Monitorear regularmente los intereses y actividades externos de los accionistas, para asegurarse que la junta directiva entienda sus prioridades y preocupaciones, y que pueden ser alertados sobre problemas potenciales
- ▶ Mejorar la relación con la comunidad y los programas filantrópicos; ser proactivo
- ▶ Expandir las interacciones con los accionistas institucionales para incluir el gobierno de accionistas y especialistas en votaciones por poder [*proxy voting specialists*].
- ▶ Determinar las normas para las reuniones de directores y asambleas de accionistas, incluyendo el apoyo apropiado legal y del personal para los directores
- ▶ Designar los miembros específicos de la junta directiva para que escuchen las quejas y se reúnan con los accionistas y demás interesados en la medida en que ello fuere necesario
- ▶ Nombrar un experto/tercero en resolución de conflictos
- ▶ Aumentar la divulgación y comunicación regular de información material sobre sostenibilidad y otros asuntos de responsabilidad social empresarial
- ▶ Incorporar cláusulas de resolución de conflictos en los acuerdos de accionistas
- ▶ Responder las preguntas y preocupaciones de los accionistas e interesados a medida que surjan

La junta tiene que preguntarse:

- ¿Quién debería estar a cargo de administrar e implementar la estrategia y política de resolución de conflictos?
- ¿Debe toda la junta, un comité de la junta o un miembro de junta individual asumir esta responsabilidad?
- ¿Debe el personal corporativo del departamento legal o del departamento de relaciones con el inversionista jugar algún rol específico?
- ¿Se debe buscar ayuda y pericia externa?

Un miembro de la junta, su presidente, un comité de la junta, el CEO o posiblemente un ejecutivo *senior* podrá asumir esta responsabilidad. En muchas situaciones, asegurarse de que un miembro de la junta promueva el pensamiento a futuro, articule las preocupaciones y presione para obtener la atención anticipada de la administración, mejorará las habilidades de la junta directiva para detectar un problema potencial a un nivel suficientemente bajo de intensidad, y luego resolverlo antes de que se vuelva más severo. Como alternativa, un experto externo, consultor, abogado o mediador puede asistir a la junta en la aplicación e implementación de la estrategia de resolución de conflictos de gobierno corporativo.

Identificar el “conciliador” interno o externo adecuado

Después de revisar los tipos de conflictos en gobierno que pueden afectar a la sociedad y cómo la compañía puede manejarlos mejor, la junta tiene que llegar a un acuerdo sobre quién debería estar involucrado en la prevención y resolución de estos conflictos, antes de que se conviertan en materia de litigio ante los tribunales o sean considerados en un foro de arbitraje. La junta directiva tendrá que decidir: ¿Quién va a mediar o facilitar de hecho la resolución de los conflictos potenciales internos y externos de gobierno corporativo? ¿Quién es el miembro de la junta más preparado o tiene la mejor voluntad para liderar o conducir las discusiones o intervenir entre los directores en disputa? ¿Debería esa misma persona manejar también los conflictos entre los accionistas? ¿Qué tal si nadie quiere identificarse a sí mismo como el “conciliador” o mediador informal? ¿Se debe buscar ayuda o experiencia externa? Si es así, ¿cuándo, dónde y para qué propósito?

Sea para conflictos internos o externos, el rol del conciliador será mucho más eficiente y mejor aceptado por las partes en disputa si esa persona ha sido seleccionada o nombrada antes de que se desarrollara el conflicto.

Los conciliadores de gobierno corporativo pueden escogerse dentro de la compañía o su junta directiva, o buscarse fuera de ella. Existen beneficios, límites e implicancias en cada uno de estos enfoques. Normalmente, los conflictos de gobierno corporativo son manejados por la junta, un comité de la junta, uno o dos directores o un asesor externo confiable. Los conflictos de gobierno corporativo que involucran interesados externos pueden ser más efectivamente resueltos con la ayuda de un experto externo.

Conciliadores internos. Desde dentro de la compañía, las personas que están en la mejor posición para manejar los conflictos de gobierno corporativo son el presidente de la junta directiva y los presidentes de los comités de la junta. Los presidentes están naturalmente ubicados para construir consenso, prevenir conflictos y asegurar la resolución adecuada de conflictos. En su calidad de presidentes, se espera naturalmente que conduzcan o lideren el grupo, desarrollen los principios y procedimientos organizacionales, y apliquen protocolos de discusión.



GLOSARIO

Conciliador: una persona que fomenta la paz, especialmente al conciliar conflictos

FUENTE: www.answers.com

Sinónimos de conciliador: intermediario, pacificador, mediador, árbitro.

FUENTE: sitio web de Dictionary.com: <http://dictionary.reference.com/browse/peacemaker>.

Pacificación (peacemaking): el proceso de resolver disputas que puedan conducir a conflictos, por lo general a través de la diplomacia, la mediación, la negociación u otras formas de conciliación.

FUENTE: *National Defense and the Canadian Forces (Defensa Nacional y Fuerzas canadienses)*. Disponible en: www.forces.gc.ca

COMENTARIO

En este documento la palabra “conciliador” se usa como término genérico para describir cualquier individuo, experto o profesional involucrado en la prevención y resolución de conflictos de gobierno corporativo

Las responsabilidades del presidente del comité nominador o de gobierno hacen que esa persona esté particularmente bien ubicada para crear estructuras, políticas y procesos de resolución de conflictos. Por ejemplo, la responsabilidad de reunirse con interesados externos (incluyendo accionistas) por lo general recae sobre este individuo.

Aunque puede ser que no tengan una posición de liderazgo, otros miembros de la junta directiva, reconocidos por

sus habilidades para lograr consenso, pueden también entrar o ser forzados a tomar el rol de conciliador o mediador y, por lo tanto, contribuir efectivamente en la implementación de políticas y normas de la junta directiva para la resolución de conflictos de gobierno corporativo. En empresas de familia, los directores independientes normalmente juegan un rol importante en este sentido y son, por lo general, adeptos a lograr que los propietarios y sus representantes trabajen juntos.

PRÁCTICA

Seleccionar el conciliador correcto de gobierno corporativo

Para prevenir, manejar y resolver mejor los conflictos de gobierno corporativo, las empresas y sus juntas directivas deberían nombrar conciliadores que posean las habilidades adecuadas en gobierno corporativo y resolución de conflictos.

Las siguientes opciones pueden considerarse:

Conciliador interno

- ▶ Director independiente
- ▶ Presidente de un comité de la junta directiva (por ejemplo, Gobierno Corporativo, Recursos Humanos o Comité de Nombramientos)
- ▶ Secretario corporativo
- ▶ *Ombudsman* corporativo

Conciliador externo

- ▶ Persona o posición neutral/experto/tercero (por ejemplo, una institución, firma o individuo especial)
- ▶ Experto/tercero *ad hoc* (por ejemplo, una institución, firma o individuo específico)

Algo clave para escoger entre un conciliador interno o externo de gobierno corporativo es determinar quién ofrecería el nivel más alto de confianza y comodidad para todas las partes involucradas en el conflicto. Los directores prefieren manejar sus conflictos a puerta cerrada, mientras que los interesados externos preferirán trabajar con un tercero neutral o imparcial externo.

TIPO DE DISPUTA	PREOCUPACIONES BÁSICAS	CONCILIADOR PREFERIDO
Conflicto interno	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Confidencialidad ▶ Información privilegiada ▶ Autoridad ▶ Experiencia en gobierno corporativo 	Conciliador interno (por ejemplo, director independiente)
Conflicto externo	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Independencia ▶ Neutralidad ▶ Habilidades en resolución de conflictos ▶ Escucha activa 	Conciliador externo (por ejemplo, mediador, negociador, árbitro, etc.)

Del grupo de gerencia ejecutiva, el CEO puede estar en la mejor posición para servir como mediador o conciliador. El CEO, en su cargo como fuerza que mueve la compañía, puede asumir el rol de mediador, a medida que él o ella buscan crear consenso alrededor de las estrategias corporativas. Sin embargo, un criterio para el rol del conciliador es ser percibido por todos los directores como neutral o imparcial y objetivo acerca de los asuntos



EJEMPLO

Manejar los conflictos de una empresa de familia

Brasil: El rol de los directores independientes

En el período en el cual los tres hermanos fundadores manejaron la empresa, resolvieron sus desacuerdos entre ellos. A medida que la segunda generación asumió el control y que la tercera generación comenzó a formar parte de la compañía, los conflictos se hicieron inevitables. Después de asistir a una conferencia sobre compañías familiares, tres miembros de la segunda generación concluyeron que era en el mejor interés de la compañía que todos los miembros de la familia dejaran sus posiciones en la administración, incluyendo ellos mismos. “Uno no puede despedir a sus parientes”, decía uno. “Nuestra familia debe gobernar la compañía, no administrarla”. La implementación implicaba el apoyo decisivo de los hermanos fundadores y generó resentimiento entre los herederos y la familia política.

Se contrató un equipo de gerencia profesional y dos directores independientes se unieron a la junta, junto con cinco representantes de la familia. Después de dos años de éxito, se revisó el modelo para permitir que los miembros de la tercera generación se unieran a la empresa, pero bajo reglas bien estructuradas y muy estrictas.

COMENTARIO

Por lo general, se confía en directores independientes el rol de conciliadores en las firmas de familia. Para cumplir esta función, estos tienen que recibir una capacitación adecuada. Es también necesario que todas las partes involucradas en el conflicto tengan que confiar en ellos

FUENTE: Leonardo Viegas, Director, Brazilian Institute of Corporate Governance — IBGC (Instituto Brasileiro de Gobierno Corporativo); Miembro del Forum's Private Sector Advisory Group (Grupo Consultivo del Foro del Sector Privado)

discutidos. Esto requiere que se reconozca y evite que los conflictos de interés potenciales puedan impedir la habilidad de la administración para mediar con eficiencia un asunto. Por ejemplo, si los conflictos involucran asuntos de estrategia de la compañía o preguntas acerca de la venta o fusión de la sociedad, el CEO y el grupo administrativo estarán potencialmente en el centro del conflicto, o tendrán intereses adquiridos en el resultado. En estos casos, la habilidad de la administración de verse como neutral o imparcial y objetiva puede dañarse. Más aún, el CEO muy posiblemente no tendrá tiempo suficiente para dedicar a los conflictos en disputa.

Aunque su posición jerárquica dentro de la compañía no los pone en una situación adecuada para mediar en la mayoría de los conflictos que involucran a la junta directiva, los funcionarios *senior* también se pueden



EJEMPLO

Manejar conflictos de empresas de familia Finlandia: El rol de los directores independientes

Dentro de una gran compañía finlandesa, dos ramas de familias peleaban una contra otra por conflictos pasados entre ellas. Estas tensiones afectaron a la junta directiva. Hace varias décadas, quien fuese en ese momento el presidente decidió invitar al primer director independiente, no ejecutivo, a la junta. Como persona terca que era, insistió que la junta directiva no debía ser el lugar de batalla de las cuestiones personales. Como resultado, la familia formó un “consejo de familia” para que los propietarios manejaran estos conflictos mientras que la junta se concentraba en manejar la compañía sin que se involucraran asuntos personales, en la medida de lo posible.

COMENTARIOS

Este caso ilustra cómo las soluciones innovadoras pueden estar fundadas e implementadas para ayudar a prevenir y manejar conflictos sin interrumpir el trabajo de la junta directiva.

FUENTE: Olli Virtanen, Cabeza de la Finish Association of Professional Board Members (Asociación Finlandesa de Miembros de Juntas Profesionales); Miembro del Forum's Private Sector Advisory Group (Grupo Consultivo del Foro del Sector Privado)

encontrar a sí mismos en la posición de mediadores o conciliadores. El director del área de legales, el secretario corporativo, el director del área de recursos humanos, el director de la auditoría interna o el director del departamento de relaciones con el inversionista, el gerente de relaciones públicas — todas estas personas pueden indirectamente ser árbitros de discusiones complicadas. Esto pone de relieve por qué uno o más de estos miembros *senior* del equipo de trabajo corporativo deberían tener las habilidades interpersonales adecuadas, la habilidad de entender las circunstancias que producen los conflictos, la habilidad para reconocer la presencia de asuntos con carga emocional y la experiencia para mediar entre gente cuyo estatus excede el suyo o cuyas demandas pueden ser complicadas.

No todas las personas son conciliadores talentosos, ni están capacitadas en habilidades de resolución de conflictos. Muchas no quieren y no están interesadas en tomar un rol de liderazgo en el manejo de la resolución de conflictos de la sociedad. La junta debería, por lo tanto, asegurarse de incluir, entre el perfil de habilidades de la junta, la mezcla correcta de experiencia y capacidades para manejar adecuadamente los conflictos en gobierno corporativo, incluyendo uno o dos individuos que puedan eventualmente actuar en la resolución del conflicto, si surgiera la necesidad. Más aún, al considerar el rol de la junta de prevenir y resolver conflictos de gobierno corporativo, es aconsejable que todos los directores reciban, al menos, una capacitación básica sobre resolución de conflictos. Una capacitación profunda en resolución de conflictos se debe dar donde se necesite, tal vez al presidente del comité o a los miembros individuales de la junta directiva, a quienes el resto de la junta les reconoce el rol de conciliadores.



PARA REPASAR UN CURSO MODELO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, VÉASE EL VOLUMEN 3, MÓDULO 2.

Una opción alternativa que la junta podría considerar es el nombramiento de un *ombudsman* en gobierno corporativo, para que maneje los asuntos potenciales de gobierno interno y facilite los asuntos de gobierno externo.

Existen muchas formas de definir el rol del *ombudsman*, dependiendo del contexto y de la organización en la cual él o ella operan. Dentro del ambiente de gobierno corporativo, el *ombudsman* debería limitarse a escuchar reclamos, facilitar la resolución de conflictos y ofrecer opciones no obligatorias.

Al tener un lugar dentro de la compañía, sin ser parte de la junta directiva, el *ombudsman* estaría más familiarizado con la sociedad que una persona externa, pero de todas maneras sería visto como un tercero ajeno al conflicto.

Idealmente, el *ombudsman* debería ser nombrado por el gobierno corporativo de la junta o por el comité de nominación. Si la junta no tiene un comité como este, el comité auditor podría nombrar al *ombudsman*.

La designación del *ombudsman* puede ser especialmente eficaz para las empresas de capital privado o de propiedad



GLOSARIO

Ombudsman – Defensor

Un defensor u *ombudsman* es una persona neutral, con la capacidad de recibir e investigar quejas acerca de cualquier institución o negocio, o para investigar los problemas entre los individuos de una institución o negocio. A veces, el defensor u *ombudsman* puede elaborar un informe por escrito de sus hallazgos. En otras ocasiones, se le da al *ombudsman* la autoridad de facilitar las soluciones a los problemas o hacer sugerencias, en cuanto a cómo deben resolverse los conflictos.

FUENTE: Adaptado de Maryland Legal Assistance Network (Red de Asistencia Legal de Maryland), actualizado por la Maryland State Law Library — MSL (Biblioteca Jurídica del Estado de Maryland).



CITA

Usar la ayuda de un experto

“Los profesionales en resolución de conflictos están específicamente calificados para servir a las juntas directivas en la administración constructiva de conflictos en la sala de juntas y para usar la energía del conflicto para mejorar, levantar y hacer avanzar a la compañía, a medida que busca alcanzar su máximo potencial”.

RICHARD REUBEN

PROFESOR UNIVERSITARIO DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE MISSOURI

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COLUMBIA

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

familiar que pueden tener dificultades alineando los intereses de los accionistas dominantes o de aquellos que han tenido repetidamente problemas con los interesados específicos, como lo son los activistas comunitarios.

Las compañías que cotizan en bolsa que nombran un director de gobierno corporativo [*chief governance officer*] para asegurar el cumplimiento de las regulaciones, procedimientos y mejores práctica de gobierno corporativo deberían considerar combinar ese rol con el del *ombudsman*.

Sin embargo, el nombramiento del *ombudsman* no debería impedir que las compañías utilizaran otros foros de resolución de conflictos. Los procesos de resolución de conflictos deberían siempre ser flexibles, para así conciliar disputas de la manera más adecuada, correcta y efectiva.

Conciliadores externos. Aunque puede ser que tengan entre sus filas un conciliador fuerte, las juntas deberían también aprovechar las habilidades profesionales externas en materia de resolución de conflictos.

Más allá de ayudar a la junta a diseñar una estrategia de resolución de conflictos, y políticas relacionadas, los terceros relacionados o expertos en resolución de conflictos pueden ayudar a:

- Prevenir y/o disipar disputas, facilitando discusiones y retiros de la junta fuera de las reuniones estándar de la junta
- Prevenir o mediar conflictos entre la junta y los interesados externos

Un experto externo, neutral o imparcial puede ser especialmente deseable para mediar o ayudar a conciliar conflictos entre la junta directiva y los interesados externos. No importa qué tan bien intencionado u objetivo sea un miembro de junta directiva, es muy poco probable que los interesados externos le crean por completo, precisamente porque es un miembro de la junta, y posiblemente es parte del problema. Si un accionista o cualquier otro interesado considera que la junta, su presidente o CEO es un oponente, se establece inmediatamente una “devaluación reactiva”. Si la junta directiva o alguno de sus miembros hace alguna propuesta para ayudar a mediar las diferencias, esa propuesta muy posiblemente va a ser vista como menos razonable que si un experto o mediador pre-seleccionado hubiera hecho la misma propuesta. Todas las propuestas tienen inconvenientes, pero la diferencia en la percepción puede ser lo suficientemente amplia para asegurar que una propuesta hecha por un conciliador externo será

vista como “aceptable, si no ideal” comparada con la percepción de una propuesta interna del conciliador, la cual será vista como totalmente inaceptable.

Para asegurar su independencia, el conciliador no debería tener ningún conflicto de interés, ni estar relacionado con los directores, la gerencia *senior*, los accionistas y los interesados mayoritarios. Para ser efectivo en ayudarle a las partes a encontrar una solución común y constructiva a sus conflictos, el conciliador requiere de la confianza y respeto de todas las partes y no puede ser considerado como una persona parcial.

Una serie de personas pueden jugar el rol de conciliador o mediador externo. Además de tener las habilidades de resolución de conflictos, estos terceros deben tener un entendimiento sólido de los asuntos de gobierno corporativo y de cómo opera la junta, de manera que puedan ser sensibles a los problemas involucrados y puedan entender rápidamente las posiciones de las partes para encontrar soluciones creativas del tipo “ganador-ganador”.

Un conciliador externo puede ser un individuo específico o un grupo de individuos. El rol puede estar contenido dentro de una institución privada o pública. Las empresas pueden buscar terceros entre las siguientes fuentes:

- Centros de mediación y arbitraje
- Firmas de abogados
- Firmas consultoras
- Universidades
- Centros de investigación
- Institutos de directores
- Centros de gobierno corporativo



PARA CONOCER MÁS ACERCA DE LOS PROVEEDORES POTENCIALES DE SERVICIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 3.

Las compañías y juntas directivas tienen que sentirse cómodas con cualquier tipo de conciliador que elijan y la manera como se refieren a este experto en resolución de conflictos. En vez de utilizar una definición *pro forma* del tercero, la que puede ser objeto de controversia, la junta debe acordar primero las habilidades, el rol, la función y la designación del conciliador externo. Después, la junta debe aclarar esta información por escrito, antes de revelarla a los accionistas e interesados de la compañía.



PRÁCTICA

Seleccionar la terminología correcta para nombrar a los conciliadores

Existen varias denominaciones para un experto externo/tercero en resolución de conflictos de gobierno corporativo. Las juntas directivas deberían usar el término que ellos (y sus entidades) crean que es el más ajustado a su cultura y panorama legal.

Por ejemplo, una firma de familia en Panamá puede buscar la ayuda de un facilitador o asesor en gobierno corporativo para sortear un plan de sucesión y los conflictos relacionados. Una gran empresa Sudafricana que cotiza en la bolsa puede considerar introducir al ombudsman actual o especialista en gobierno corporativo que ayude a manejar el desacuerdo y conflicto entre los accionistas y demás interesados claves.

Los siguientes títulos son las opciones a considerar:

- ▶ Experto
- ▶ Asesor
- ▶ Persona o posición neutral
- ▶ Experto en resolución de disputas
- ▶ Experto en resolución de conflictos
- ▶ Consultor en resolución de conflictos
- ▶ Mediador
- ▶ Facilitador
- ▶ Conciliador
- ▶ *Ombudsman* o defensor
- ▶ Negociador
- ▶ Pacificador
- ▶ Líder de discusión

Se deben evitar términos tales como abogado, árbitro o juez. Son términos muy formales o muy reminiscentes de los procesos judiciales — incluso si el tercero escogido es un abogado o fue juez.



PARA REPASAR LAS HABILIDADES QUE SE NECESITAN DEL EXPERTO EN RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO O CONCILIADOR, VÉASE EL VOLUMEN 3, MÓDULO 1.

Las compañías y sus juntas directivas no deberían esperar a que broten los conflictos para nombrar conciliadores externos. Las políticas y procedimientos deberían estar ubicados para identificar y posiblemente retener al experto, facilitador o mediador adecuado, para que esté disponible inmediatamente cuando sea que surja la necesidad. Hacer esto debe ser parte del plan propio de la junta, para manejar emergencias o circunstancias imprevistas que puedan surgir.



GLOSARIO

Persona o posición neutral

La persona o posición neutral facilita la comunicación entre las partes, ayuda a aclarar las posiciones y de vez en cuando (aunque muy raramente) ofrece una decisión imparcial no obligatoria en relación con el tema del conflicto. Sea un individuo o un panel, la persona neutral debe ser escogida con anticipación por todas las partes involucradas en la relación. Este MARC funciona efectivamente porque el tercero neutral: se involucra desde el comienzo hacia adelante; se le informan las relaciones entre las partes; se le suministran los documentos básicos que describen la relación; recibe constantemente informes de progreso; y ocasionalmente se le invita a reunirse con las partes. Él o ella deben estar disponibles en todo momento y tener un buen entendimiento de los problemas, cuando surgen, para resolver conflictos rápidamente, con justicia y amigablemente entre las partes involucradas. Existen tres elementos esenciales para el éxito del acercamiento de la persona o posición neutral:

- ▶ Selección mutua y confianza inmediata en el neutral
- ▶ Participación continua (aunque de bajo tiempo) de parte del neutral
- ▶ Acción inmediata sobre los conflictos que se le presenten

FUENTE: Adaptado de James Groton y Helena Haapio, "From Reaction to Proactive Action: Dispute Prevention Processes in Business Agreements". 2009. Documento de trabajo suministrado por el autor al Foro.

Sin estos arreglos previos, se le puede dificultar a una compañía encontrar rápidamente al experto indicado cuando surja de repente un conflicto. Más aún, las partes, ya bloqueadas dentro de un conflicto, pueden ver con más dificultad la forma de acordar quién podría ser ese tercero.

Empleado por primera vez en la industria de la construcción, en donde las demoras son normalmente costosas para todas las partes involucradas, uno de los más innovadores y prometedores desarrollos en el control de los conflictos entre las partes involucradas en una relación de largo plazo, es el concepto de estar “pre-seleccionado” o en “posición neutral”.

La persona en “posición neutral” es simplemente un experto confiable e imparcial, seleccionado por las partes al comienzo de su relación contractual, para que asista en la rápida resolución de algún conflicto.

Para ser inmediatamente efectiva y diligente, la persona en “posición neutral” debería estar disponible en todo momento y mantenerse al día respecto de los grandes desarrollos de la compañía. Debería estar familiarizado, naturalmente, con la estructura, estatutos, industria e interesados claves de la compañía.

Así como el *ombudsman* de gobierno corporativo, la persona en “posición neutral” puede ser escogida y

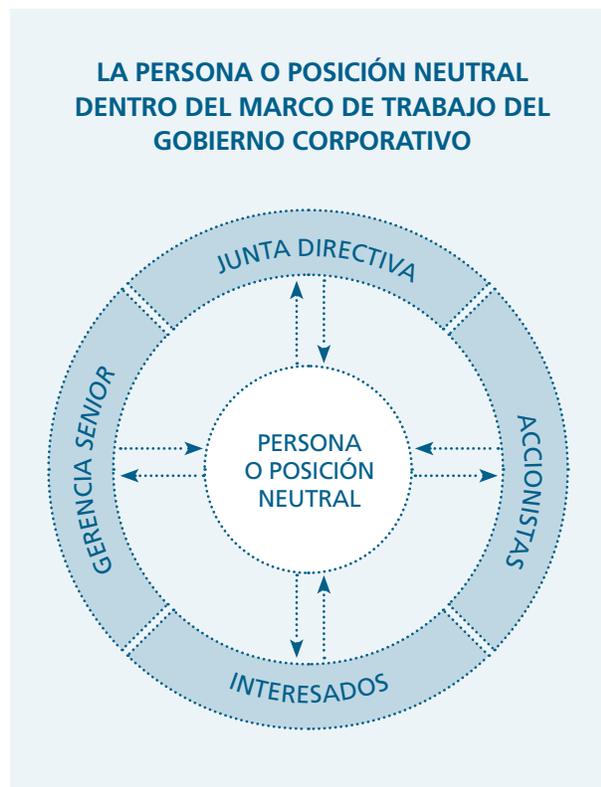
retenida por parte de los comités de gobierno corporativo, nombramiento o auditoría de la junta directiva. Este procedimiento se puede adoptar en la asamblea anual. En algunos casos, los accionistas pueden incluso aprobar a la persona en “posición neutral” seleccionada.

El uso de una persona en “posición neutral” puede tener particular aplicabilidad en una compañía cerrada o de propiedad familiar. En esas compañías, la participación accionaria puede probablemente transferirse por herencia o, como diseño del negocio, podría tener comerciabilidad limitada, tanto para los accionistas como para la compañía misma. Como resultado de las incertidumbres y los límites respecto a la cesión o transferencia de acciones y el perfil de la participación resultante, los conflictos entre accionistas en estas situaciones pueden ser fácilmente imaginados.

Aunque hay algunos gastos iniciales en la selección, nombramiento, orientación inicial y en mantener a la persona neutral informada periódicamente, estos costos son relativamente mínimos y se pueden cubrir con el presupuesto operacional de la junta. Más allá de una pequeña tasa de retención, la posición neutral sólo recibirá el pago de honorarios, por horas, si él o ella son llamados a un conflicto. En los Estados Unidos, estos honorarios oscilan entre \$150 y \$400 en la industria de la construcción, para el año 2009.

A pesar de todo, existen riesgos significativos en traer conciliadores externos a un proceso de mediación formal dentro de los procesos de gobierno corporativo. Se debe hacerle frente correctamente a estos riesgos. Los principales riesgos a considerar son:

- **Confidencialidad.** Las juntas directivas discuten muchos asuntos confidenciales, y rara vez se le da la total confianza de la junta a las personas externas — sin importar cuán calificadas sean. La mayoría, si no todas las juntas, tienden a sentirse incómodas teniendo una persona externa presente en las asambleas de la junta, con el fin de mediar conflictos internos de gobierno corporativo. Para difuminar esta preocupación, aclare el rol del conciliador externo y limite su intervención a las sesiones específicas de la junta, fuera de la sala de juntas. Aunque la confidencialidad es una característica central de los MARC, el nivel de confianza de la junta directiva se puede aumentar si se le hace firmar un acuerdo de confidencialidad al tercero seleccionado.
- **Autoridad.** La junta directiva y su presidente pueden estar preocupados porque su autoridad se vea disminuida por la intervención de un tercero. Esta preocupación se puede mitigar adoptando reglas y políticas establecidas,



que especifiquen el rol del conciliador externo, sus informes y los parámetros de aquellos, mientras se reiteran los deberes de la junta y su responsabilidad. Solicitar o pedir un experto externo no debería ser percibido como una señal de debilidad, sino simplemente como la aplicación de procedimientos y políticas existentes.

- **Posicionamiento.** Las partes en disputa pueden sentirse amenazadas y, como consecuencia, endurecer sus posiciones. Para sobrellevar este problema, podría funcionar mejor si se refiriera al proceso de mediación como una “sesión de discusión”, “sesión de concentración” o “reunión de ayuntamiento”. El mediador/ conciliador podría entonces llamarse “facilitador” o “líder de discusión”. Aunque se pueden obtener los mismos objetivos de esta manera, evite la apariencia o terminología asociada con los procedimientos formales de resolución de conflictos.

Incorporar políticas o normas de resolución de conflictos en los documentos sociales

Como con otros problemas o temas organizacionales, las reglas y procedimientos son muchos más efectivos si se establecen por adelantado, porque se prepara a las juntas a reaccionar rápidamente cuando surge el conflicto. Una vez que la junta ha llegado a un consenso sobre cómo los asuntos en disputa se deben manejar y quién debe hacerlo, debe asegurarse que la compañía formalice estas políticas y las comunique a los interesados externos e internos.

La junta directiva debe considerar en qué parte incluir sus políticas y normas dentro de los documentos de gobierno corporativo. ¿Estas disposiciones deben insertarse en los artículos de constitución, estatutos, declaración de los principios de gobierno, códigos de ética y/o reglamentos de los comités de la junta? La respuesta a estas preguntas depende del tipo de compañía, sus circunstancias



EJEMPLO

Ejemplo de compromiso de resolución de conflictos

Estados Unidos: Declaración de la política corporativa de alternativas al litigio

“Reconocemos que para varios conflictos existe un método efectivo, más eficiente de resolución que la demanda tradicional ante un juez. Los procedimientos de los MARC incluyen técnicas colaborativas, que muchas veces le pueden ayudar al negocio a evitar los costos de un litigio.

“Al reconocer lo anterior, nos suscribimos a las siguientes declaraciones de principios, a nombre de nuestra compañía y sus subsidiarias locales:

“En el caso de un conflicto del negocio entre nuestra compañía y otra compañía, que a su vez hace o más adelante hará la misma declaración, estamos preparados para explorar con esa otra parte una resolución al conflicto, a través de los MARC, antes de comenzar un litigio. Si alguna de las partes cree que el conflicto no se puede tratar con los MARC, o si estas técnicas no producen resultados satisfactorios para las partes, cualquiera de las partes puede proceder al proceso judicial”.

COMENTARIO

El compromiso a los MARC es una declaración de política, dirigida a promover un mayor uso de acercamientos flexibles, creativos y constructivos para resolver conflictos relacionados con el negocio. El compromiso no tiene la intención de imponer derechos ni obligaciones exigibles judicialmente, ni es una renuncia a ningún derecho ni obligación sustantiva o procedimental. Su finalidad es promover una resolución sistemática y anticipada, y establecer un marco de trabajo flexible para ayudar a resolver conflictos complejos y con partes múltiples. El compromiso envía el mensaje de que la voluntad de negociar o mediar no es una señal de debilidad sino una política corporativa. Al transmitir el mensaje de que una empresa va a considerar, rutinariamente, la negociación y la mediación en donde sea apropiada; el compromiso pone de presente que el ejercicio de esas elecciones no refleja una falta de confianza en la posición de negociación de la compañía. Mientras el compromiso se dirige a los conflictos del negocio, se puede adaptar un lenguaje parecido para los conflictos de gobierno corporativo entre la compañía y sus interesados.

FUENTE: International Institute for Conflict Prevention and Resolution (Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos). Disponible en: <http://www.cpradr.org/AboutCPR/TheCPRADRPledge/AboutPledge/tabid/161/Default.aspx>.

particulares y tanto la viabilidad como la eficiencia de las demás instituciones de resolución de conflictos, como son los tribunales de la jurisdicción en la cual opera la compañía.

Al reflexionar acerca de la documentación pública de las políticas y normas sobre resolución de conflictos, se pueden realizar muchas consideraciones. Por ejemplo, cuando se incluyen disposiciones en los artículos de

constitución, estas pueden insertarse, cambiarse o borrarse sólo por medio de la acción del accionista. Para las grandes empresas de propiedad pública, obtener la aprobación de los accionistas es una tarea seria y complicada. Las juntas deben ser muy cuidadosas en cuanto a la conveniencia de alguna norma que pueda cambiar, dependiendo de las circunstancias y opciones disponibles y, por lo tanto, necesitar un cambio en estos artículos.



PRÁCTICA

Incorporación de políticas de resolución de conflictos en los documentos corporativos

DOCUMENTOS CORPORATIVOS	OPCIONES A CONSIDERAR
Estatuto constitutivo Carta de la sociedad Estatutos sociales	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusula que mencione el rol de la junta directiva en la planificación de procesos de resolución de conflictos de gobierno corporativo • Cláusula de resolución de conflictos
Lineamientos de gobierno corporativo Código de ética Lineamientos de Responsabilidad Social Corporativa	<ul style="list-style-type: none"> • Disposiciones generales sobre resolución efectiva de conflictos • Disposiciones específicas de procesos de resolución de conflictos en las secciones o capítulos de los accionistas o demás interesados • Disposiciones específicas sobre las habilidades de resolución de conflictos y capacitación en la sección o capítulos relativos a la junta directiva
Estatutos de los comités de la junta directiva Términos de referencia	<ul style="list-style-type: none"> • Roles y responsabilidades en la implementación de políticas de resolución de conflictos • Los estatutos deben mencionar las responsabilidades de una manera general, dejando lo específico a discreción del comité y a una declaración separada de su política
Protocolo de la junta directiva	<ul style="list-style-type: none"> • Prevención de conflictos internos de gobierno y procesos de resolución
Informes anuales Comunicados de prensa Sitios web	<ul style="list-style-type: none"> • Compromisos de resolución de conflictos y declaraciones de políticas • Énfasis en conflictos externos de gobierno
Acuerdos de accionistas	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusula de resolución de conflictos que permita/promueva que los conflictos se concilien a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos • La cláusula puede describir el proceso de resolución de conflictos incluyendo el tercero/institución seleccionado, la ubicación y el tiempo para cada paso



Cláusula de resolución de conflictos en los estatutos sociales

Australia: APNIC Pty Ltd.

73. Para todo conflicto que surja entre algún(os) miembro(s), miembro(s) del Concejo Ejecutivo, miembro(s) del Subcomité, Director General o la compañía, sobre cualquier asunto que surja bajo, de o en conexión con estos estatutos, o cualquier acuerdo que se celebre entre cualquiera de las partes anteriormente mencionadas, o el memorándum y el contrato constitutivo de la sociedad y sea con algún contrato o responsabilidad civil ("conflicto"), las partes de este conflicto deberán seguir los procedimientos de resolución de conflictos establecidos acá debajo, antes de iniciar cualquier procedimiento legal (excepto procedimientos legales que busquen una solución cautelar, de tipo meramente provisional).
74. La parte que reclame que ha surgido un conflicto tiene que notificar por escrito a la otra parte, dándole los detalles del conflicto.
75. Dentro de los 7 días después de que se da la notificación bajo el estatuto 74, cada una de las partes del conflicto tiene que nominar, por escrito a un representante autorizado para que concilie el conflicto en su nombre.
76. Durante un periodo de 20 días después de la expiración del periodo de 7 días al que se hace referencia en el estatuto 75 (o un periodo de tiempo mayor que acuerden las partes en disputa por escrito) (el "periodo inicial"), cada parte debe, de buena fe, usar su mayores esfuerzos para resolver el conflicto.
77. Si las partes no pueden resolver su conflicto dentro del periodo inicial, tienen que someter el conflicto a arbitraje, con un árbitro elegido entre las dos partes o, si no se ponen de acuerdo, al presidente del Instituto de Árbitros de Australia, o el nominado por los presidentes, y el arbitraje se llevará a cabo de acuerdo con las reglas UNCITRAL para arbitrajes comerciales.
78. Toda información o documento preparado para el arbitraje y revelado por una de las partes durante el proceso de arbitraje:
 - a. Debe ser confidencial; y
 - b. No debe usarse, excepto que tenga el fin de resolver conflictos
79. Cada parte de la disputa debe cargar con sus propios costos del arbitraje de un conflicto bajo estas cláusulas, y también debe cargar con los mismos honorarios y todos los demás costos o cargas de cualquier árbitro que se contrate, a menos que se disponga lo contrario por decisión obligatoria del árbitro.
80. El sitio de todo arbitraje será en el momento y dirección en la ciudad del lugar principal de los negocios de la compañía que nombre el árbitro, a menos que se acuerde lo contrario por las partes del conflicto y el árbitro.

Si, en relación con un conflicto, una parte incumple alguna de las disposiciones de los estatutos 74 a 76, la otra parte podrá incumplir con estas cláusulas de resolución de conflictos, en relación con ese conflicto.

COMENTARIO

Los estatutos sociales deben tener normas y procedimientos de resolución de conflictos. Se debe dar especial atención a los borradores y reformas a los artículos de constitución porque estos no se pueden cambiar excepto a través de una acción de los accionistas. Es por eso que se deben limitar las medidas restrictivas en estos artículos.

FUENTE: APNIC. Disponible en: <http://apnic.net/publications/media-library/corporate-documents/corporate/by-laws>.

Las declaraciones de políticas o normas, como son los principios de gobierno, pueden fácilmente incluir el sentimiento de la junta acerca de la resolución de conflictos, particularmente con respecto a los interesados externos. Sin embargo, se les debe advertir a las juntas que, en el caso de que sea conveniente cambiar o reformar esas políticas o normas, se debe prestar especial atención a la explicación al público en general de por qué el cambio es adecuado.

Los reglamentos de los comités de junta constituyen un espacio apropiado para comunicar que un comité de junta tiene la potestad de la resolución de conflictos, y así señalar que la junta toma muy seriamente estos asuntos. El comité, cuya jurisdicción y responsabilidad incluye la resolución de conflictos, puede entonces escoger si formaliza o no el procedimiento que se deba diseminar entre los interesados externos. El valor de las relaciones públicas de estos pasos puede ser significativo, en la



EJEMPLO

Disposiciones sobre resolución de conflictos entre accionistas en los códigos de la compañía

Colombia: Suramericana

Artículo 4.4 MECANISMOS PARA PRESENTAR RECLAMACIONES FORMALES DE INCUMPLIMIENTO CON RESPECTO AL CÓDIGO DE GOBIERNO CORPORATIVO

El representante legal de la compañía se asegurará del cumplimiento de los estatutos de la compañía, las disposiciones legales, así como las decisiones de parte de la asamblea general de accionistas y la junta directiva.

Los accionistas y los inversionistas de la compañía pueden solicitarle a la compañía, cuando sea que ellos crean que se ha cometido un incumplimiento con respecto a lo previsto en el Código de Gobierno Corporativo, y en estos casos, la administración de la compañía, a través de la secretaría de la compañía, deberá responder de manera clara y suficiente, con la mayor diligencia y a tiempo.

Los accionistas y los inversionistas de la compañía también pueden interponer cualquier reclamación o queja con el revisor fiscal de la compañía respecto a cualquier violación a lo estipulado en el Código de Gobierno Corporativo. Con este fin, la compañía debe suministrar una respuesta a tiempo a todo requisito del revisor fiscal, con respecto a la queja presentada, y deberá implementar todas aquellas observaciones que el revisor fiscal llegue a hacer, si existiera violación o incumplimiento.

Artículo 4.5 MECANISMOS PARA RESOLVER CONFLICTOS ENTRE LOS ACCIONISTAS Y LA COMPAÑÍA Y ENTRE LOS MISMOS ACCIONISTAS

Toda discusión que surja, en cualquier momento, entre los accionistas y la compañía, o entre los mismos accionistas sobre la base de su status, deberá ser decidida por un tribunal arbitral, con sede en la ciudad de Medellín. El tribunal arbitral brindará una decisión legal, y estará compuesto de tres ciudadanos colombianos. Los árbitros serán nombrados de acuerdo con la legislación aplicable, la cual también deberá aplicar a las audiencias que se deban llevar a cabo por el tribunal arbitral, excepto cuando el caso requiera de reglas y regulaciones especiales; si las partes no logran ponerse de acuerdo en el nombramiento de los árbitros, sea total o parcialmente, estos serán nombrados por el Centro de Conciliación y Arbitraje anexo a la Cámara de Comercio de Medellín, el cual elegirá los árbitros, de un mínimo de diez (10) candidatos, a los que se haya acordado mutuamente por ambas partes. El secretario del tribunal arbitral será nombrado por los árbitros, una vez que el tribunal se haya establecido.

COMENTARIO

Según se ilustró en el ejemplo, las cláusulas sobre resolución de conflictos pueden insertarse en los códigos de la compañía y hacerse disponibles al público en el portal de internet de la misma. Este ejemplo resalta el rol que el revisor fiscal de la compañía puede jugar al recibir los reclamos y quejas de los accionistas, en relación con el cumplimiento del código por parte de la compañía.

FUENTE: Código de Gobierno Corporativo de Suramericana, actualizado en junio de 2009. Disponible en: http://77www.gruposuramericana.com/english/GI%20Documents/Corporate_Governance_Code_2009.pdf

medida que los interesados que se sientan agraviados tengan un curso de acción claro a seguir.

Un compromiso con la prevención y resolución efectiva de conflictos puede involucrar diferentes acercamientos en los documentos del gobierno corporativo. Por ejemplo, para evitar que se queden bloqueados en un solo curso de acción, algunas compañías pueden encontrar más adecuado referirse a las políticas de resolución de conflictos en los lineamientos de gobierno corporativo o en los códigos de ética, en vez de en los estatutos constitutivos. Otras pueden encontrar que lo contrario es adecuado para su caso.

La junta debería preguntarse si los conflictos externos e internos de gobierno corporativo se deben manejar mejor juntos, en el mismo documento, o abordarse por separado en diferentes documentos. Por ejemplo, el prevenir y manejar los conflictos internos de gobierno corporativo puede insertarse en los protocolos y procedimientos de la junta y en los reglamentos de sus comités. Los conflictos externos de gobierno que involucran accionistas bien se podrían manejar por medio de acuerdos de accionistas.



GLOSARIO

Acuerdo de accionistas

Al adquirir acciones de la compañía, los accionistas mayoritarios firman, cada vez más, acuerdos de accionistas que describen las políticas y procedimientos de gobierno corporativo de la compañía, incluyendo los estatutos sobre la compraventa de acciones, y las políticas de inversión.

Un acuerdo bien esbozado le ayudará a la compañía a operar más eficientemente, jugar un rol importante en la continuidad de la organización y evitar batallas legales largas y costosas. El acuerdo deberá suministrar detalles de los derechos y deberes de los accionistas. Debería cubrir todos los aspectos de la relación y la mecánica con la cual debe operar la compañía. El acuerdo también debe proteger los respectivos intereses de las partes del acuerdo y esbozar disposiciones en resolución de conflictos, en caso de que exista cualquier desacuerdo entre las partes.

FUENTE: Clendons Barristers and Solicitors. Disponible en: <http://clendons.co.nz/newsite/index.php?page=benefits-of-a-shareholders-agreement>.

Los acuerdos de accionistas son contratos entre algunos o todos los accionistas de una empresa que no cotiza en bolsa, en los cuales se acuerda regular el ejercicio de algunos de sus derechos como accionistas. Estos acuerdos ya no se necesitan si la compañía cotiza en bolsa y tiene que cumplir con las regulaciones sobre activos financieros que normalmente protegen los derechos básicos de los accionistas.

Los acuerdos de accionistas son particularmente útiles en situaciones de gobierno corporativo de pequeñas empresas o compañías de propiedad familiar, en donde la compañía no tiene accionistas mayoritarios debido al alto potencial de que la compañía se vea afectada negativamente por los desacuerdos entre accionistas. Estos acuerdos ayudan a prevenir conflictos aclarando los roles, obligaciones y derechos de la compañía y sus accionistas. También pueden ayudar a manejar y hacer frente a las preocupaciones de los accionistas minoritarios e incluir temas sobre los cuales la constitución de la sociedad y demás estatutos, por lo general, guardan silencio. El acuerdo puede especificar la estructura de la administración e incluir disposiciones que regulen:

- Las estrategias de salida de los accionistas (incluyendo los mecanismos de valuación de las acciones)
- Las garantías de los accionistas
- Los acuerdos de confidencialidad
- Las restricciones comerciales para los directores y/o los accionistas
- Los acuerdos que especifican o limitan las actividades de negocios de la compañía
- Los derechos de los accionistas de nombrar directores y el número de directores
- Los derechos de los accionistas de someter las decisiones sobre políticas al voto de los accionistas [*proxy process*]
- Procedimientos de las asambleas de la junta
- Los requisitos mínimos financieros y no financieros de los informes
- La política sobre distribución de dividendos
- Los derechos y obligaciones personales de los accionistas
- Las políticas, administración y procedimientos
- La protección de los intereses de los accionistas minoritarios
- Los MARC para la resolución de conflictos entre los accionistas y la junta directiva



PARA REVISAR LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACUERDO DE ACCIONISTAS, VÉASE EL VOLUMEN 2, ANEXO 1.

Todo acuerdo de accionistas debería revisarse periódicamente para asegurar que esté en línea con el ambiente de negocios actual, pero no se debería revisar tan frecuentemente de forma que cause inestabilidad y confusión. Los accionistas nuevos tienen que firmar el acuerdo, para que la cláusula de resolución de conflictos aplique por igual a todos los accionistas.

Las cláusulas de resolución de conflictos, en los acuerdos de accionistas, aplican expresamente a los desacuerdos sobre finanzas, dividendos o administración y dirección de la compañía. Estas disposiciones pueden ofrecer un mecanismo para una resolución de estos conflictos mucho más efectivo.



PRÁCTICA

Cómo se escriben las cláusulas de resolución de conflictos

Los elementos que se deben considerar al recomendar, escribir y adoptar una cláusula sobre resolución de conflictos incluyen:

- ▶ La cláusula puede incluir todos los conflictos que pueden surgir, o sólo algunos tipos de conflictos.
- ▶ Puede especificar sólo la mediación y el arbitraje, o incluir varios procesos de resolución de conflictos vinculados y ascendentes en intensidad, desde la negociación no obligatoria hasta el arbitraje formal.
- ▶ La cláusula de resolución de conflictos deberá estar aprobada y firmada por tantas partes de un potencial conflicto como sea posible.
- ▶ Se debe especificar el momento, ubicación, reglas y espacio institucional para la resolución del conflicto.
- ▶ Con base en las cláusulas estándares de resolución de conflictos, las partes deberían personalizar y refinar los procedimientos básicos para satisfacer sus necesidades particulares.

FUENTE: Adaptado de la Asociación Americana de Arbitraje, "Drafting Dispute Resolution Clauses: A Practical Guide". AAA: 2007. Disponible en: www.adr.org.



EJEMPLO

Cláusula modelo de resolución de conflictos para un acuerdo de accionistas Australia: Access Business Lawyers

Procedimientos de los tribunales y del arbitraje

1.1. Un accionista debe seguir todos los procedimientos de resolución de conflictos establecidos en esta cláusula antes de iniciar un procedimiento legal ante los tribunales o algún proceso de arbitraje, en relación con un conflicto, excepto cuando el accionista esté buscando una solución urgente de tipo cautelar y, en consecuencia, meramente provisional.

Negociación

1.2. (a) todo accionista, que busque resolver un conflicto que surja o esté relacionado con este Acuerdo, debe notificar a la otra parte por escrito, dando los detalles de los asuntos en disputa, y ofreciendo sus medios sugeridos para la resolución.

(b) dentro de los catorce (14) días siguientes a la fecha en que se dé la notificación, bajo el inciso (a), los accionistas se deberán reunir para intentar llegar a un acuerdo. Esta reunión deberá ser acordada por el accionista que haya enviado el aviso de notificación.

Mediación

1.3 (a) Si las partes no pueden resolver el conflicto por negociación, según lo establecido en la cláusula anterior, deberán hacer los esfuerzos necesarios para conciliar a través de una mediación administrada por el Centro de Conflictos Comerciales de Australia — CCCA (ACDC, según sus siglas en inglés) antes de recurrir al arbitraje o al litigio.

(b) La mediación deberá llevarse a cabo de acuerdo con los lineamientos de mediación del CCCA, los cuales establecen los procedimientos que se deben adoptar, el proceso de selección del mediador y los costos involucrados.

COMENTARIO

Todos los procesos de resolución de conflictos deben seguirse, antes de un arbitraje o litigio, excepto cuando se está buscando un mandato judicial de tipo cautelar, que asegure la situación de hecho mientras se desarrolla el MARC. Los conflictos se deben mediar por un mediador independiente sobre el cual se haya acordado.

FUENTE: Access Business Lawyer. Disponible en <http://www.accessbusinesslawyers.com.au/system/files/f21o33/Sample%20Shareholder%20Agreement.pdf>



PARA VER EJEMPLOS DE CLÁUSULAS SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE VARIAS PARTES DEL MUNDO, VÉASE EL VOLUMEN 2, ANEXO 2.]

Evaluar la efectividad de la estrategia de resolución de conflictos

Las metas que establece la estrategia de resolución de conflictos son aspiraciones. ¿Cómo puede uno saber si se han cumplido y se volverán una realidad? En un negocio, establecer metas siempre debe ir aparejado con mecanismos que determinen cuán bien se han alcanzado los objetivos. La junta tiene, por lo tanto, que establecer los criterios para determinar el éxito de su acercamiento. En el contexto de la resolución de conflictos, estos mecanismos de retroalimentación pueden ser más complicados porque los objetivos — y por lo tanto, el éxito en alcanzarlos — involucran factores cualitativos y cuantitativos.

Donde sea apropiado, y particularmente en aquellas situaciones en donde los conflictos se dan con los interesados externos, se pueden crear mediciones para evaluar el progreso hacia el cumplimiento de las metas u objetivos. Los conflictos externos se prestan mejor que los internos para la elaboración de indicadores que puedan servir como guía del progreso de la empresa en la solución de controversias. Por ejemplo, se pueden desarrollar estadísticas en el número de quejas que se presentan o reciben en relación a asuntos de gobierno, junto con estadísticas adicionales acerca de las resoluciones de tales conflictos.

Sin embargo, a modo de advertencia, cabe señalar que si bien esas mediciones pueden ofrecer información acerca de las tendencias existentes, pueden no evaluar correctamente el desempeño de la compañía en la prevención y resolución de conflictos. Los tipos de conflictos externos de gobierno corporativo pueden variar y muchos pueden desatarse por fuerzas económicas. Por ejemplo, los conflictos de los accionistas pueden aumentar cuando el precio de las acciones de la compañía baja — incluso si esa baja es atribuible a los cambios en el valor fundamental de la compañía.

Determinar si los objetivos de la resolución de conflictos se han cumplido para los conflictos internos puede ser un desafío aún más complicado. Las mediciones, por sí mismas, pueden no tener mayor significado. Los conflictos externos de gobierno pueden ser más fácilmente identificados y, por lo tanto, contados y categorizados. Los conflictos internos, sin embargo, pueden ser más sutiles y menos susceptibles de determinación estadística.

Gran parte del éxito de la resolución y prevención de conflictos internos involucra evaluaciones cualitativas. ¿El debate fue robusto, pero no intimidante? ¿Los directores tuvieron la oportunidad de ventilar sus diferencias públicamente? ¿Existen los mecanismos apropiados para prevenir que un desacuerdo devenga en un conflicto? ¿Todas las partes del conflicto percibieron estos mecanismos como efectivos y justos? ¿Hasta qué punto se involucró el conciliador interno o externo? ¿Cuál fue su eficacia?

Las respuestas a estas preguntas son respuestas cualitativas. El éxito en alcanzar los objetivos de la resolución de conflictos se determina mejor si se recogen opiniones francas de cada uno de los directores. Para los conflictos internos, la junta directiva o las evaluaciones de los comités, seguidos de los retiros, pueden ser el mejor indicador para determinar si las metas se cumplieron. El éxito de la resolución de conflictos está íntimamente ligado a la eficiencia de la junta directiva. A su vez, la determinación de la eficiencia de la junta directiva varía de una junta a otra.

Estar preparados para el litigio si fallan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Los procesos judiciales son, por lo general, costosos y severamente disruptivos en la relación entre las partes en litigio. Sin embargo, si los MARC no funcionan y no resultan en un acuerdo entre las partes de un conflicto de gobierno corporativo, una compañía puede sentirse obligada a amenazar con el litigio o, alternativamente, verse llevado a este por la otra parte de la disputa. Es, por lo tanto, muy importante que la política de una junta, en cuanto a la resolución de conflictos de gobierno corporativo tanto externos como internos, prevean el litigio y los procesos judiciales como una opción para manejar estos conflictos.

Mientras una compañía puede no tener ninguna opción cuando el proceso judicial ya se ha iniciado en su contra, la junta puede establecer una preferencia por los MARC en su política y normas de resolución de conflictos de gobierno corporativo, e iniciar un litigio sólo como un último recurso. Sin embargo, la preferencia de una compañía por los MARC debe estar articulada en un lenguaje que no la perciba como una señal de debilidad que le otorgue a la otra parte la ventaja de usar la amenaza de iniciar un litigio para lograr un acuerdo a expensas de los intereses legítimos de la compañía.

Los asesores legales de una empresa pueden ser de gran ayuda en la comunicación con los litigantes potenciales, para representar a la compañía en los procesos del litigio. Una vez iniciado el litigio, la junta y la gerencia *senior* deberían permanecer atentas para evitar, o al menos contener, las declaraciones y publicidad negativas que puedan afectar adversamente los procedimientos frente a los tribunales.

En donde los procedimientos de la corte prevean iniciar un MARC en cualquier estado del juicio sujeto al consentimiento de las partes, la compañía debería dar instrucciones claras a sus asesores legales, en relación con los términos en los cuales estaría dispuesta a consentir en esta resolución. Se pueden coordinar reuniones con los asesores legales para revisar, periódicamente, el progreso del litigio y discutir estrategias de juicio. ■

PREVENIR Y MANEJAR LOS CONFLICTOS EN LA SALA DE JUNTAS

Más allá de desarrollar y asegurar la correcta implementación de políticas de resolución de conflictos de gobierno corporativo, la junta directiva debe prevenir y manejar, de la mejor manera, sus propios conflictos. En el inicio, esto implica reconocer que pueden ocurrir conflictos.



PARA REPASAR SITUACIONES QUE PUEDEN CONDUCIR A CONFLICTOS EN LA SALA DE JUNTAS, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 1.

¿Cómo convierte una junta directiva esta meta en una realidad? Las prácticas y procedimientos que permiten que las juntas trabajen eficientemente representan grandes esfuerzos para desarrollar procesos que contribuyan



PRÁCTICA

Pasos claves para prevenir y manejar conflictos de sala de juntas

Las juntas directivas deberían considerar y adoptar los siguientes pasos, ajustándolos a sus circunstancias particulares:

- ▶ **PASO 1:** Animar una cultura efectiva de junta directiva
- ▶ **PASO 2:** Aclarar los roles de la administración y de la junta
- ▶ **PASO 3:** Establecer procesos ordenados de junta directiva
- ▶ **PASO 4:** Asegurar el correcto flujo de información
- ▶ **PASO 5:** Permitir la discusión, el debate y la deliberación
- ▶ **PASO 6:** Mejorar la comunicación
- ▶ **PASO 7:** Aplicar técnicas de resolución de conflictos
- ▶ **PASO 8:** Salirse de la sala de juntas para conseguir nuevas perspectivas

Estos pasos están interconectados, de manera que se deben aplicar conjuntamente y no en secuencia

al éxito de la junta. En primer lugar, impedir que los conflictos sean destructivos, recae en la aplicación correcta de prácticas de gobierno corporativo y pasos iniciales para minimizar el riesgo de que surjan conflictos.

Promover la colegialidad y la civilidad

Para prevenir conflictos, las juntas deben desarrollar una cultura basada en la colegialidad y la civilidad.

Las juntas directivas tienen una característica democrática central. Una junta directiva es un grupo de personas, donde cada una tiene un voto igual dentro del proceso de toma de decisiones. Debe prevalecer un ambiente democrático, nadie debe mandar. El ambiente debe fomentar la flexibilidad y el pensamiento colaborativo, crucial para formar el consenso — y así, una mayoría ganadora. La colegialidad también promueve el respeto entre unos y otros y la capacidad de cada miembro para expresar su punto de vista, sin perjuicio de si uno acoge o no esos puntos de vista. Les permite a los participantes ser más abiertos a las nuevas ideas, en vez de ser defensivo de sus propias conclusiones.

Una atmósfera de apoyo y colaboración no significa que no haya desacuerdo o sentimientos fuertes. Tampoco significa que todos se caigan bien o que sean amigos. Particularmente, dentro de un grupo diverso e independiente, habrá desacuerdos, malos entendidos y, potencialmente, conflictos. Sin embargo, el ambiente de colegialidad es la clave para sobrellevar estas debilidades humanas, permitiendo que el grupo escuche los diferentes puntos de vista, discuta los méritos o razones, y finalmente llegue a un consenso.

La civilidad complementa la colegialidad. La civilidad involucra la adherencia a ciertas formas y prácticas de interacción entre individuos. El ambiente civilizado no evita el comportamiento controversial, las convicciones fuertes, el discurso y la acción emotiva, ni los sentimientos apasionados. Sin embargo, significa que no se tolerarán ataques personales ni actitudes humillantes de unas personas a otras. La falta de civilidad fácilmente podría desatar antipatía y furia, y así no dejar lugar a la libre discusión y el debate. La falta de civilidad también puede conducir a relaciones interpersonales destructivas y, en el proceso, crear una capa adicional de contenido emocional a la cual hacer frente si no se resuelven los conflictos.

La civilidad es especialmente importante a medida que la junta se hace más diversa. La diversidad facilita la resolución creativa de conflictos, y ofrece la exposición a un amplio rango de perspectivas. Puede fomentar el pensamiento innovador y recordar a los individuos que

tener opiniones diferentes es algo muy probable y que esta expectativa aumenta la capacidad de manejar los conflictos.¹ Sin embargo, la diversidad sin civilidad puede producir malos entendidos y desacuerdos, basados en diferencias culturales y de otro tipo.

Estar demasiado ocupados con la civilidad puede, a su vez, crear sus propios problemas. Al evitar la confrontación o la humillación, la gente, creyendo que está siendo civilizada, muchas veces deja de enfrentar los problemas directamente o evita discutir ciertos asuntos.



PRÁCTICA

Factores a considerar para las nominaciones de director

Para promover un ambiente de colegialidad que facilite el trabajo de la junta, las juntas y especialmente sus comités de nominación, deberían considerar:

- ▶ Animar a que todos los directores se reúnan con todos los directores potenciales, antes de ser nominados, y opinar sobre el proceso de nominación
- ▶ Realizar investigaciones de fondo de los potenciales directores y obtener tanta información como sea posible respecto a cómo los directores potenciales han funcionado en espacios de toma de decisiones de grupos
- ▶ Evitar nominar a gente conflictiva
- ▶ Evitar nominar gente que, por el miedo a tomar decisiones, prolonga el debate y se resiste a desarrollar soluciones colaborativas
- ▶ Buscar candidatos que tengan un buen balance de habilidades, incluyendo habilidades de resolución de conflictos
- ▶ Incluir en la matriz de requisitos habilidades en la construcción del consenso, la negociación y la mediación
- ▶ Animar a todos los directores a capacitarse en resolución de problemas y conflictos
- ▶ Incluir en los criterios de los cargos de los líderes de junta, la habilidad para trabajar eficientemente con las personas y para construir consenso.

La preocupación por la civilidad puede muchas veces resultar en una falta de discurso directo. Para evitar insultar o avergonzar a alguien, la gente muchas veces usa un lenguaje indirecto. Por ejemplo, en vez de decir “no” pueden preguntar “¿será que lo pensamos un poco más?” Aunque algunos individuos pueden que piensen que los demás entienden que él o ella están diciendo “no”, otros escuchando esto pueden tomar a su interlocutor literalmente. Así, mientras que la civilidad alimenta una atmósfera de colegialidad, ciertas personas lo pueden ver



EJEMPLO

Diversidad en la junta Francia: Sodexo

Durante la evaluación de los procedimientos operativos de la junta de Sodexo, la cual fue conducida por uno de sus miembros en el año fiscal 2003-2004, se hicieron varias sugerencias. Una de ellas le pedía a la junta que reflejara más correctamente el alcance del grupo internacional e integrara habilidades y experiencias nuevas. En respuesta, y en línea con las recomendaciones hechas por la junta y su comité nominador, los accionistas, en la asamblea anual del 8 de febrero de 2005, aprobaron la designación de directores nuevos. Como resultado, la junta de 14 miembros incluyó cuatro nacionalidades (francesa, americana, británica y canadiense) y cuatro mujeres.

COMENTARIO

Diversificar las habilidades y antecedentes de los directores es un importante objetivo de gobierno corporativo para ayudar a mejorar el alcance y desempeño de las empresas. En juntas multinacionales, el riesgo de malos entendidos debido al idioma y diferencias culturales, sin embargo, aumenta sustancialmente. En este contexto, la civilidad y colegialidad son incluso más importantes para difuminar los malos entendidos y conflictos potenciales en la sala de juntas.

FUENTE: Sodexo – Mensaje del presidente de junta directiva. 2005. Disponible en: http://www.sodexo.com/group_en/finance/chairman-message/chairman-message.asp.

como un impedimento a ser abierto. Esto también puede resultar en adjudicarle significados diferentes a las mismas palabras y frases. Aunque el comportamiento civilizado ayuda a crear una atmósfera de colegialidad para llegar a un consenso, muchas veces puede que lleve al efecto contrario.

Aclarar los roles de la administración y de la junta directiva

Asegurarse que los directores tengan un entendimiento claro de sus roles y responsabilidades es otra medida

importante en la prevención y resolución de conflictos. La falla en articular y entender los respectivos roles de la junta y de la gerencia constituyen un suelo fértil para los conflictos e impide la efectividad de la junta directiva.

El director que no entiende su rol se convierte fácilmente en una presencia irritante, socavando las relaciones entre directores y entre la junta directiva y la administración.

Es especialmente dañina la situación en la que las juntas o comités de juntas extienden sus roles más allá del alcance de la administración. Por ejemplo, una parte central



ENFOQUE

Las responsabilidades de la junta directiva

El rol y las responsabilidades de la junta directiva normalmente incluyen:

- ▶ Aprobar una filosofía y misión corporativa
- ▶ Nominar directores para la elección de la junta
- ▶ Establecer un comité auditor compuesto totalmente por directores independientes
- ▶ Seleccionar, monitorear, asesorar, evaluar, compensar y — si es necesario — reemplazar al CEO y los demás ejecutivos *senior* mientras se asegura una sucesión en la administración ordenada y adecuada.
- ▶ Revisar y aprobar:
 - La estrategia de administración y los planes de negocios
 - El programa de manejo de riesgo empresarial de la compañía (MRE)
 - Los planes financieros, objetivos y acciones de la compañía, incluyendo las distribuciones a los accionistas, las asignaciones significativas de capital, los gastos y demás obligaciones financieras materiales
 - Las transacciones materiales que no pertenecen al curso ordinario de los negocios y hacer recomendaciones a los accionistas cuando la aprobación de estas transacciones sea necesaria
- ▶ Monitorear el desempeño de la empresa contra los planes de estrategia de los negocios
- ▶ Ayudar a asegurar el comportamiento ético y el cumplimiento de las leyes y regulaciones, principios de contabilidad y auditoría y los documentos de gobierno propios de la compañía
- ▶ Evaluar su propia eficiencia para cumplir las responsabilidades de la junta
- ▶ Desempeñar otras funciones previstas en la ley o las regulaciones, o asignadas a la junta en los documentos de gobierno propios de la compañía

FUENTE: *The Conference Board, Corporate Governance Handbook, 2007.*

del rol del comité auditor es asegurarse, a satisfacción y mediante la debida investigación, de que la administración preparó correctamente los estados financieros, que existen los controles internos adecuados y que los auditores independientes desempeñaron su trabajo adecuadamente. Cuando el comité auditor va más allá y comienza a rehacer los estados financieros o a dirigir su propia auditoría, la situación se vuelve particularmente problemática, puesto que el comité está extralimitándose y entrometiéndose en las responsabilidades de la administración.

El rol de la junta no incluye la operación de la compañía. La junta contrata gente para el manejo del día a día, supervisa y monitorea la administración y las actividades corporativas, revisa y aprueba (o desaprueba) las estrategias y políticas claves, y actúa sobre asuntos significativos, después de haberse informado en su totalidad.

De manera similar, la administración debe entender su rol y el de la junta. Cuando la administración falla en la comprensión de su rol y los asuntos de la junta, se hacen deficientes los procesos de información que se necesitan para tomar decisiones para supervisar. El tiempo de las reuniones con mucha frecuencia se invierte en asuntos irrelevantes. Adicionalmente, pueden desarrollarse vacíos — áreas que la junta cree que son de responsabilidad de la administración, pero que la administración asume que son de manejo de la junta.

Por ejemplo, la junta no puede permitir que exista ambigüedad respecto a cuántos gastos el CEO puede autorizar sin tener que solicitar la aprobación de la junta. Hacer esto crearía un espacio para una fricción constante entre la junta y el CEO. De igual manera, si la junta no tiene claridad sobre las estrategias de largo plazo que ha aprobado, la administración nunca podrá estar segura de si tomó o no el camino correcto para la compañía. En ese caso, la junta se sentirá decepcionada porque la administración falló en ejecutar la estrategia que la junta quería, pero que no comunicó. La administración también se puede sentir frustrada porque la junta no le mostró una dirección clara.

Aclarar los roles respectivos de la junta y de la administración — más allá de simplemente consagrar que “la junta gobierna la empresa mientras que los ejecutivos la manejan” — es crucial para prevenir conflictos. Si existe una mayor claridad, todos pueden identificar los intereses que se deben satisfacer, en vez de tener simplemente una colección de posiciones individuales. Cuando se aclara un objetivo conjunto de la junta y de la administración se sacan a la superficie asuntos que pueden llegar a competir entre sí. Se rechazarán aquellos que no sean adecuados.

Establecer procesos ordenados de la junta

Una organización y procesos efectivos de la junta es otro componente básico para la prevención y resolución de conflictos. Las juntas requieren de una estructura en la que puedan trabajar eficientemente. Los calendarios de las juntas y comités, los estatutos de comités, la articulación de la autoridad que no se delega a la administración, las sesiones ejecutivas en las asambleas de junta y de comité, los informes de la administración, la evaluación de los riesgos de la empresa y los flujos de información previos a las reuniones — son sólo algunas de las características básicas de una buena organización. Sin una estructura y proceso, las comunicaciones sufren. Cuando las comunicaciones sufren, surgen los malos entendidos y los conflictos, y no existe un foro eficiente para resolver estos conflictos.

Los procesos y procedimientos ordenados pueden ayudar a crear un ambiente que no sólo permita sino que anime a la discusión y el debate. A menos que las asambleas de junta estén bien organizadas, dos cosas pueden ocurrir muy rápidamente:

- Primero, reinará la confusión, y de esa confusión surgirán los malos entendidos y las frustraciones. ¿Cuál es el asunto de la reunión de hoy? ¿En qué orden se van a considerar los diferentes asuntos? ¿Hay algún seguimiento desde la última reunión? Una agenda bien construida — de hecho, una agenda de un año completo — asegura un orden en las reuniones y que la junta acometerá todo el espectro de sus funciones.
- Segundo, el tiempo puede agotarse, se dejarán de lado las discusiones y el debate, y los temas importantes quedarán sin considerarse. Las reuniones bien organizadas de junta directiva ofrecen tiempo en la agenda para la discusión entre los directores. Le permiten a todos los miembros de la junta dar su opinión en la agenda y en los asuntos en discusión. Son temas que quedan abiertos, en el sentido que no cortan el debate y no terminan sin que todos los ítems de la agenda se hayan considerado por completo.

Las reuniones desorganizadas y caóticas no sólo impedirán que se traten los aspectos sustantivos de la reunión de la junta, sino que crearán mucha irritabilidad. Tanto las fallas sustantivas como la mala calidad de una reunión desorganizada alimentan la frustración y la furia. El enojo se vierte en discusiones, las cuales, a su turno, se vuelven conflictos. La ironía es que, con una organización y planeación sólidas, estos conflictos se hubieran podido haber evitado del todo.



ENFOQUE

Conflictos que surgen de las deficiencias en la organización de la junta directiva

Sin una buena organización, incluyendo procesos y procedimientos diseñados para permitir a una junta que haga su trabajo, las frustraciones y el enfado pueden ir en aumento, y los conflictos surgen rápidamente. Las fuentes de un conflicto que se deriva de las deficiencias de la organización de la junta incluyen:

- ▶ Delegaciones de autoridad en la administración pobremente definidas
- ▶ Falta de consenso sobre la información que la junta tiene para monitorear regularmente los resultados y áreas de alto riesgo de la compañía
- ▶ Tiempo inadecuado para llevar a cabo el envío de información antes de la asamblea de la junta para que los directores lean, internalicen y consideren la información
- ▶ Tiempo insuficiente para discusión en las reuniones de la junta o comité
- ▶ Restricciones en la habilidad del director para poner ítems en la agenda de la junta o para traer temas para discusión
- ▶ Falta de principios de gobierno corporativo que describan el rol de la junta
- ▶ Ausencia de una carta del comité que defina las jurisdicciones de los comités y sus responsabilidades
- ▶ Falta de un calendario de la junta directiva con fechas de reuniones e ítems predecibles para su consideración
- ▶ Registros incompletos o inadecuados de las reuniones de junta o comités
- ▶ Liderazgo ineficiente de los directores no administrativos
- ▶ Falta de disponibilidad de asesores independientes para que guíen el junta y comités



PRÁCTICA

Establecer procesos adecuados para la junta directiva

Para ayudar a prevenir conflictos y mejorar el desempeño, una junta debería:

- ▶ Establecer el calendario de las reuniones regulares e incluir asuntos recurrentes que requieren de la consideración de la junta
- ▶ Promover el orden en las reuniones, teniendo la precaución de no cortar las discusiones relevantes o impedir que los miembros de la junta hablen
- ▶ Iniciar sesiones ejecutivas de directores no ejecutivos de manera que la discusión pueda ocurrir sin el CEO presente o que el CEO no monopolice las deliberaciones de la junta directiva
- ▶ Establecer y observar protocolos para conducir reuniones, incluyendo reglas procedimentales y expectativas de comportamientos
- ▶ Desarrollar procedimientos para cada director, para agregar asuntos a la agenda o periodo de discusión
- ▶ Animar a los directores, particularmente a los nuevos directores, a que se conozcan unos con otros, para que puedan discutir asuntos de la junta más fácilmente.

Parte de la organización de la reunión de la junta debe incluir un protocolo claro de cómo se van a manejar las reuniones y cómo va a darse la discusión. El prerrequisito de ese protocolo de discusión es que cada uno de los directores tenga una oportunidad para participar en las discusiones y los debates.

Algunas juntas directivas establecerán sus propios protocolos explicando el rol del presidente de la junta, los procedimientos para dar la palabra a aquellos que quieren hablar, los protocolos de los debates (la réplica y la refutación) y las reglas claras acerca de cómo se le pedirá a un director que termine sus comentarios si él o ella no se acatan las reglas de la junta directiva.

“*Robert’s Rules of Order*” (las Reglas de Orden de Robert) son uno de los protocolos más comúnmente usados. Publicadas por primera vez en 1876, Henry Martyn Robert escribió estas reglas para ayudar a una asamblea a que lograra el trabajo para el cual había sido designada.

Para las juntas directivas que desean evitar tener que desarrollar sus propias reglas de discusión, este protocolo constituye una solución. Sin embargo, el proceso de toma de decisiones bajo estas reglas tiende a concentrarse en la forma en que la mayoría toma las decisiones y no tiene en cuenta la inestabilidad creada por las minorías que no están contentas. Para prevenir frustraciones y que consecuentemente se formen conflictos, las juntas directivas están cada día más considerando un consenso con base en los procesos para tomar decisiones. En este caso, el voto será el último recurso para las decisiones.

Los buenos procesos de organización de la junta hacen más que crear un ambiente para la discusión. También permiten que la junta, primero, reciba información fácil y regularmente, y segundo, establezca un sistema ordenado y comprensivo para supervisar y monitorear las actividades de la administración.

Como mínimo, la organización de la junta directiva debería incluir la creación de rutinas para el flujo de la información, tanto hacia como dentro de la junta directiva, preparar materiales antes de las reuniones y, en términos de logística, ofrecer un ambiente ordenado en el cual la junta pueda llevar a cabo su actividad.

La interrupción de las rutinas sirve como señal de alerta a las juntas directivas de que algo puede estar mal, o de que ha ocurrido algún evento que le impidió a la administración cumplir con sus responsabilidades de informar a la junta.

Manejar una crisis o tomar una decisión importante que tiene consecuencias de largo plazo para la compañía es algo muy propenso a la oposición de ciertas personas, e invariablemente puede resultar en la división de la junta directiva. La efectividad de los procesos de la junta directiva se ve desafiada, por lo general, con estas situaciones. Así, una junta debe aprender de sus prácticas anteriores al manejar una división de la junta y mejorar para ello sus procesos.

Asegurar el flujo adecuado de la información

Los directores tienen un deber fiduciario de tomar decisiones después de considerar toda la información material que esté razonablemente disponible. Cuando la junta carece de información adecuada y oportuna, su capacidad de tomar decisiones se puede ver comprometida, lo cual, a su turno, puede conducir a discusiones y conflictos.



CITA

La comunicación dentro de la junta

“Si la información no se presenta claramente, los directores no se pueden concentrar y la toma de decisiones sufre.”

- ▶ *El presidente de la junta debe avisar cuando todo el mundo haya entendido*
- ▶ *Los miembros de la junta deben hacer comentarios concisos*
- ▶ *Los directores y los funcionarios deben ser sinceros*
- ▶ *Los directores deben responder dentro de las 24 horas siguientes a la comunicación entre ellos o con el CEO*
- ▶ *El CEO debe distribuir un breve informe mensual de los eventos clave de la compañía y del mercado”.*

STUART R. LEVINE

PRESIDENTE DE JUNTA Y CEO, STUART LEVINE & ASSOCIATES

DIRECTOR PRINCIPAL, GENTIVA HEALTH SERVICES

FUENTE: Stuart R. Levine. “*Wanted: Real Communication II*”, Directorship, abril/mayo de 2007.



ENFOQUE

Diez principios básicos extraídos de las *Reglas de Orden de Robert*

Las *Reglas de Orden de Robert* son utilizadas por los parlamentos, las juntas y muchos otros cuerpos de toma de decisiones para establecer procedimientos de discusión y tomar decisiones.

- ▶ Todos los miembros tienen los mismos derechos, privilegios y obligaciones; las reglas se deben aplicar imparcialmente
- ▶ Las minorías tienen derechos que hay que proteger
- ▶ La discusión total y libre de todas las mociones, informes y demás ítems de negocios es un derecho de todos los miembros
- ▶ En la ejecución de los negocios, el proceso más simple y directo debería ser el que se use
- ▶ La prioridad lógica es la que gobierna la dirección y disposición de mociones
- ▶ Sólo se puede considerar una pregunta a la vez
- ▶ Los miembros no pueden hacer una moción ni participar del debate hasta que la palabra les haya sido otorgada por el presidente de la junta
- ▶ Nadie puede hablar más de dos veces sobre la misma pregunta, el mismo día, sin permiso de la asamblea. Ningún miembro puede hablar una segunda vez, sobre la misma pregunta, si alguien que no haya hablado sobre ese tema quiere hacerlo
- ▶ Los miembros no pueden atacar o cuestionar las razones de los demás miembros. Habitualmente, todos los comentarios se dirigen al funcionario que preside
- ▶ En cuando la voto, los miembros tienen el derecho de saber en todo momento qué moción está frente a la asamblea y qué implica o significa el voto afirmativo o negativo

FUENTE: California State University, Chico. Disponible en: <http://www.csuchico.edu/saclstudentOrganizations/parliamentaryProcedures.shmi>.



ENFOQUE

Romper las *Reglas de Robert*

En el libro *Romper las Reglas de Robert*, los autores Lawrence Susskind y Jeffrey Cruikshank explican que decidir sobre ciertos asuntos no es tan fácil como votar. Nos ofrecen, entonces, los siguientes cinco pasos para mejorar la toma de decisiones de manera que los arreglos se puedan alcanzar e implementar más eficientemente. Estos pasos se podrán considerar con éxito por las juntas que desarrollan sus procesos organizacionales:

- ▶ **Convenir:** acordar un proceso de toma de decisiones en particular
- ▶ **Asignar roles y responsabilidades:** aclarar quien está a cargo. Especificar las reglas. Definir el rol del facilitador/presidente de la junta
- ▶ **Facilitar la solución de conflictos de grupo:** Generar propuestas mutuamente beneficiosas y confrontar el desacuerdo de manera respetuosa. Asegurarse de que un rango de soluciones (incluyendo aquellas en las que nadie había pensado) se consideren, para hacerle frente a la preocupación de todos los participantes/miembros.
- ▶ **Lograr un acuerdo:** Llegar lo más cerca posible a satisfacer los intereses más importantes de cada uno de los interesados y documentar cómo y por qué se puede llegar a un acuerdo.
- ▶ **Procurar que la gente mantenga sus compromisos:** Tener a los participantes/miembros haciendo lo que tienen que hacer. Mantener a los participantes/miembros en contacto unos con otros de manera que los problemas inesperados se puedan manejar conjuntamente.

FUENTE: Lawrence Susskind y Jeffrey Cruikshank. *Breaking Robert's Rules*. Oxford University Press: New York, 2006.

El flujo correcto de información a la junta provee hechos relevantes, identifica los problemas y promueve la discusión e intercambio de ideas. La falta de información completa puede resultar en conflictos.

¿Pero qué significa información “completa”? De nuevo, la necesidad de información de la junta es diferente a aquella de la administración. Informar a la junta requiere:

- Entender el rol de la junta directiva y luego suministrar la información necesaria para desempeñar ese rol correctamente
- Compilar, organizar y distribuir información a la junta en forma oportuna, particularmente con el tiempo suficiente antes de las reuniones para asegurar que los miembros de la junta estén bien preparados
- Suministrar información enfocada en los puntos más sobresalientes y evitar los detalles minuciosos

Parte del trabajo de la administración es mantener a la junta informada tanto acerca de la compañía como del negocio y, segundo, ofrecer información de antecedentes de cada ítem de acción en la agenda, antes de cada una

de las reuniones de la junta o del comité. La junta y la administración deben acordar qué información se necesita, cómo se debe presentar esa información y cuál debe ser el tiempo y el momento para recibirla.

Normalmente, las juntas directivas necesitan dos clases de información:

- **Información constante.** Este tipo de información contribuye a la supervisión y monitoreo de la junta directiva de la compañía y de sus negocios. También ofrece un flujo adecuado de la información, el contexto para propuestas específicas que la junta quiera considerar (*ver el recuadro Práctica — Establecer el flujo adecuado de información*).

Cada junta directiva ajustará sus paquetes de información para satisfacer sus necesidades con la administración.

- **Información específica para propuestas y acciones.** Esta información le ayuda a los directores a entender y evaluar las propuestas para la acción de la junta, de manera que pueda tomar decisiones con conocimiento de causa.



PRÁCTICA

Establecer el flujo adecuado de información

Para que los flujos de información funcionen mejor, las juntas y la administración deberían:

- ▶ Ponerse de acuerdo acerca de ciertos indicadores que le ofrecen a la administración y a la junta un vistazo instantáneo de cómo va el negocio y un resumen de lo que ocurrirá a corto, mediano y largo plazo
- ▶ Hacer un análisis del Manejo de la Emergencia del Riesgo después de acordar qué indicadores se deben usar
- ▶ Determinar la frecuencia de los informes con indicadores de desempeño y riesgo para su diseminación dentro de la junta, y su formato de publicación
- ▶ Determinar otro tipo de materiales informativos (por ejemplo, los comunicados de prensa o ciertos documentos que se deben presentar obligatoriamente) que puedan ser deseables para que la junta reciba regularmente
- ▶ Escoger un formato que permita a los directores recibir un “resumen ejecutivo” de los asuntos y hechos significativos, con indicación en el mismo resumen respecto de dónde pueden hallarse mayores detalles explicativos, si fueran requeridos

Los sistemas de información bien contruidos crean lazos saludables entre la junta y la administración. Establecen los hechos básicos alrededor de los cuales se puede formar la discusión y el debate. La información relevante y creíble le ayuda a la junta a entender y concentrarse en los asuntos claves. Aumenta la eficiencia de la junta y crea las bases para una concentración compartida de las estrategias de largo plazo de la compañía.

Permitir discusiones, debate y deliberación

Las juntas directivas con frecuencia manejan hechos y situaciones complicadas. Trabajan recolectando y luego debatiendo esa información antes de tomar decisiones en el mejor interés de la compañía y de los accionistas. La interrogación constructiva, la discusión, el debate y la toma de decisiones, sin embargo, no ocurren automáticamente; requieren de un esfuerzo consciente.

El deber de tomar decisiones informadas es parte de cada uno de los deberes fiduciarios de los directores. Sacar a flote la información normalmente se refiere a descubrir hechos que tienen relevancia en relación con la decisión que se va a tomar. Por ejemplo, la decisión de invertir \$10

millones en ciertos activos de capital, como maquinaria, normalmente requerirá de un entendimiento de las razones de la administración de los activos de capital, cómo se usará el activo y la información financiera, de manera que la junta pueda entender las implicancias económicas de su decisión.

Los hechos, por sí mismos, son sólo útiles cuando están incorporados dentro de un análisis. Los análisis, a su turno, combinan diferentes perspectivas e ideas para entender y evaluar la situación. Por ejemplo, cuando se intercambian ideas, la decisión acerca de proceder con la inversión de capital de \$10 millones puede involucrar esas “ideas” como estrategias, sostenibilidad e impactos sobre las instituciones (por ejemplo, los empleados). Finalmente, los trabajos de los directores corporativos involucran aplicar su mejor juicio sobre los asuntos que tienen que ver con la compañía. Las ideas aparejadas con los hechos y el análisis le dan forma a los juicios.

La deliberación y el debate son procesos integrales, para estimular el flujo de ideas, analizar información y formular juicios que se necesitan para tomar decisiones. La deliberación y el debate son procesos valiosos para una



GLOSARIO

Del descubrimiento al conflicto

La discusión, debate y desacuerdo son actividades constructivas para una junta. Sin embargo, si estos desacuerdos se convierten en conflictos, interferirán inevitablemente con el trabajo de la junta y afectarán la toma de decisiones.

El descubrimiento tiende a emerger en la conversación y el discurso. Los directores descubren diferentes ideas y perspectivas para mirar el mismo problema. El descubrimiento también involucra conocer acerca de las ramificaciones de las decisiones particulares o cursos de acción. Las juntas tienen un deber fiduciario a estar informadas antes de tomar alguna decisión; el proceso de descubrimiento ayuda a los directores a desempeñar ese deber.

El debate ocurre después del descubrimiento. Es una actividad saludable para las juntas, que resultan del hecho de que los directores lleven diferentes puntos de vista a las deliberaciones de la junta. El debate es una característica definitoria de esas juntas en las cuales los directores piensan y actúan independientemente.

El desacuerdo ocurre cuando, después de la discusión y el debate, se forman las opiniones, y algunas de las partes están menos inclinadas a llegar a las mismas conclusiones que los demás.

El conflicto ocurre después de que se endurece el desacuerdo. No hay consenso y no emergen resoluciones. Si no se resuelve, el conflicto puede trasplantarse en divisiones graves dentro de la junta causando incluso la parálisis. Si la junta no puede ser clara en sus instrucciones para la administración, la dirección de la compañía y el negocio pueden sufrir.

junta; merecen que se tomen pasos para fomentarlos. Las técnicas de mediación — tales como la promoción de la discusión, animar el intercambio de ideas, e incluir la información adecuada para tratar un asunto — se vuelven muy útiles para fomentar el intercambio y la discusión de puntos de vista que nutran la toma de decisiones de los directores.

De igual manera, el flujo libre de ideas depende tanto de la escucha activa como de la expresión de los diferentes puntos de vista. Algunos impedimentos a ser receptivo a nuevas ideas pueden resultar de circunstancias sorprendentemente mundanas. Las razones por las que las personas no escuchan correctamente o no se concentran en lo que los demás están diciendo, incluyen:

- La falta de atención
- Falla en estar preparados para las reuniones ignorando la información que se envió con antelación
- Distracciones causadas por otras preocupaciones
- Barreras de lenguaje
- Asuntos de logística, tales como una mala acústica, el no poderse ver unos con otros en la mesa de la reunión o instalaciones incómodas
- Problemas de salud como pérdida de la audición, efectos de la medicación y demás incapacidades sensoriales
- Incomodidad o mal genio resultado del hambre, falta de caféina o ausencia de otras comodidades que impactan el bienestar físico y el confort.

Muchos de estos problemas pueden parecer básicos u obvios. Algunos incluso parecen triviales. ¿Será que es posible que algo como una taza de café o una merienda — ciertamente cosas que uno no asocia con líderes de negocios — puede hacer una diferencia en la calidad del debate y de la discusión? La respuesta es sí. Todas las cosas mencionadas arriba pueden afectar la calidad de la discusión de interferir con la habilidad de focalizarse, concentrarse, escuchar y hablar con claridad. Cuando el ambiente es cómodo y el tono promueve la solución creativa de problemas, los individuos hacen preguntas de sondeo, retan las asunciones y hacen sugerencias que contribuyen a la innovación y a la toma de decisiones informada.

Algunas veces los impedimentos a las discusiones involucran problemas estructurales y organizacionales. Por ejemplo, cuando las reuniones tienen una hora definida de comienzo y de finalización, el debate puede



PRÁCTICA

Promocionar la discusión, el debate y la deliberación

Las siguientes prácticas pueden ayudar a promover la discusión, el debate y la deliberación en la sala de juntas:

- ▶ Establecer estándares de los directores que requieran de la máxima atención posible en la junta y en las reuniones de los comités
- ▶ Crear un calendario de la junta (y de comité de la junta) que establezca, por adelantado, las fechas de las reuniones, los tiempos y lugares, y que los horarios o programaciones para las presentaciones de la administración y la discusión de la junta sobre temas en que todos están de acuerdo deban considerarse periódicamente
- ▶ Asegurarse de que cada director pueda incluir asuntos dentro de la agenda para que se discutan en las reuniones de la junta o comités
- ▶ Evitar que haya tiempos definidos para periodos de discusión, de manera que no se corten arbitrariamente las discusiones
- ▶ Incluir sesiones ejecutivas con directores no administrativos como parte de todas las reuniones de la junta y comités
- ▶ Usar las reuniones ejecutivas como foros para discusiones sobre cualquier asunto que un director quiera elevar
- ▶ Establecer protocolos claros de las sesiones de discusión que aseguren que todos los directores tengan la oportunidad de participar
- ▶ Incluir puntos de vista de los miembros disidentes en las actas de las asambleas de junta para mostrar que se han escuchado todas las posiciones y que la junta valora las discusiones abiertas
- ▶ Asegurarse de que el tono de las sesiones de discusión permanezcan siendo civilizadas y colegiales
- ▶ Elegir como presidentes de las juntas o de comités a aquellos individuos que tengan las habilidades para conducir las reuniones y fomentar la discusión

cortarse para terminar la reunión a tiempo. Aplicar las mejores prácticas para la organización de la junta ayuda a garantizar el tiempo y los lugares para la discusión y las deliberaciones de la junta.

Consultar con los directores la preparación de las reuniones asegurará que ellos estén con mayor voluntad de participar en debates abiertos y escuchar las perspectivas de unos y otros.

Otros impedimentos del debate y la discusión también pueden existir con una excelente organización. Aunque

puedan ser personas muy exitosas, prominentes y distinguidas, los directores de la junta, se encuentran sujetos a las mismas fragilidades humanas que el resto de las personas. Con frecuencia, los impedimentos para expresar ideas pueden ser inhibiciones personales, como son:

- Incomodidad por ser el único que objeta algo
- Preocupación por la posible apariencia de falta de colegialidad o de no ser un jugador en equipo
- Incomodidad por desafiar al CEO, o alguna otra personalidad dominante de la junta directiva



PRÁCTICA

Mejorar la comunicación entre los directores

A través de espacios informales

- ▶ Asegurarse de que existan oportunidades para que los directores se conozcan unos con otros en ambientes cómodos
- ▶ Organizar una comida para todos los directores antes de cada reunión de junta
- ▶ Considerar asignar lugares para que cada uno de los directores vaya a las comidas y cambiar la disposición de los asientos para asegurar que cada uno de los directores tenga una oportunidad de sentarse a lado – y por lo tanto que pueda hablar – con cada uno de los demás directores durante el año
- ▶ Programar un retiro de la junta en una ubicación fuera de las oficinas de la compañía, tal vez en un hotel con todo incluido u otro lugar que promueva la conversación relajada
- ▶ Asegurarse de que el retiro incluya oportunidades como son los almuerzos, cenas y horas de cóctel que permitan la conversación informal
- ▶ El presidente no ejecutivo, o si el presidente es un miembro de la administración, el director líder debería reunirse en una comida al menos una vez al año, con cada uno de los directores individualmente para escuchar los puntos de vista de ese director, en relación a la compañía y la junta, y permitir que salgan a la luz los asuntos en los cuales haya tensiones o malestar.
- ▶ El CEO también debería reunirse, en una comida, al menos una vez al año, con cada uno de los directores, para escuchar los pensamientos e ideas que el director pueda tener acerca de la compañía, la administración y el desempeño del CEO.

A través de espacios formales

- ▶ Los directores y la administración deberían determinar el flujo de la información de la compañía (su negocio, desempeño y riesgo) y los materiales para la acción de la junta
- ▶ Cada reunión de la junta y comité debería incluir una sesión ejecutiva entre los directores para citar cualquier tema de preocupación o interés
- ▶ El presidente no ejecutivo de junta o director líder debería comunicar privadamente al CEO los resultados de toda sesión o reunión ejecutiva en la cual el CEO no estuviera presente

- Evitar problemas que puedan tener sensibilidad emocional
- Miedo de parecer ignorante o desinformado
- Presión de grupo
- “Pensamiento de grupo”, un fenómeno en el cual la gente se concentra más en poner todos sus puntos de vista de acuerdo, pues creen en el consenso de grupo, en vez de promover el debate sobre los problemas o asuntos que se deben confrontar.

Un director que por alguna razón se siente inhibido de expresarse, se verá frustrado y su punto de vista dentro del proceso de decisión puede simplemente perderse. La frustración se encona fácilmente y se convierte en rabia, creando disonancia entre los directores. La disonancia que no se resuelve puede fácilmente conducir a la disfunción.

Mejorar las comunicaciones

Una causa principal de conflicto es una falla en la comunicación efectiva. Las juntas directivas deben tomar pasos efectivos para mejorar las comunicaciones entre los directores y entre la junta y el CEO. Algunos de estos pasos son básicos. Involucran hacer el esfuerzo de poner a la gente en contacto con los demás y ofrecer una atmósfera que promueva la discusión abierta.

El proceso de las comunicaciones es vital. Tiene el objetivo de plantear los problemas, promover la discusión y tanto identificar como concentrarse en intereses de largo plazo. Las buenas comunicaciones forman una base para la construcción de la confianza. La gente que confía en los demás es más apta para trabajar colaborativa y flexiblemente, siendo ambas técnicas propias de los MARC.

Algunas personas se comunican muy bien en un grupo; otras requieren de espacios privados y de una conversación uno a uno. Algunas comunicaciones ocurren en ambientes formales, mientras otras ocurren situaciones informales, sociales o cuasi sociales.



PARA REPASAR LAS IMPLICANCIAS DE LAS COMUNICACIONES VÍA CORREO ELECTRÓNICO PARA LA NEGOCIACIÓN, VÉASE EL VOLUMEN 2, ANEXO 3.

Aplicar técnicas de resolución de conflictos

Al reconocer que el desacuerdo es inevitable, las juntas directivas deben entender cómo incorporar hábilmente las técnicas de resolución de conflictos dentro de su estructura,

haciéndolo de una manera que facilite la operación constructiva y que no impida el trabajo de la junta.



PARA REPASAR LOS PROCESOS BÁSICOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 3.

Los MARC formales no se pueden aplicar directamente en la sala de juntas. Estos procesos interrumpirían el trabajo en proceso de la junta y correrían un altísimo riesgo de endurecer las posiciones, con potenciales vergüenzas y resentimientos como legado. Sin embargo, las técnicas tomadas de la mediación y negociación constructiva pueden ofrecer herramientas de administración que pueden reducir el riesgo de que los desacuerdos evolucionen y se conviertan en conflictos.



ENFOQUE

Técnicas de resolución de conflictos para salas de juntas

Las técnicas de resolución de conflictos que más se prestan para la cultura y ambiente en el cual los directores se reúnen, deliberan, debaten y toman acción, incluyen las siguientes:

- ▶ Identificar los intereses, no las posiciones
- ▶ Descubrir la información de hechos relevantes al problema
- ▶ Poner de relieve asuntos de conflictos emocionales que no necesariamente se hayan expuesto
- ▶ Usar procedimientos que promuevan la colaboración y enfatizan la flexibilidad
- ▶ Promover la discusión y el flujo libre de ideas
- ▶ Facilitar la construcción por la partes de sus propias soluciones al problema en vez de que se les impongan soluciones
- ▶ Utilizar un tercero, sea alguien de la junta o una persona externa neutral, cuando sea el caso, para facilitar y negociar el proceso de comunicación y facilitar una solución



Técnicas para apaciguar los conflictos en salas de juntas

Las técnicas prácticas de comunicación de resolución de conflictos — tomadas de procesos tales como la mediación y negociación constructiva — pueden ayudar a las juntas a prevenir conflictos y resolver desacuerdos. Para construir confianza, cooperación y consenso, los directores deberían practicar lo siguiente:

- ▶ **Escuchar activamente** — escuchar muy de cerca a las personas comunicarse y mostrar su interés genuino haciendo preguntas, resumiendo los puntos clave y relacionando ideas y experiencias relevantes
- ▶ Usar preguntas abiertas — Hacer preguntas que requieran más que simples respuestas de “sí” o “no”. Las preguntas abiertas animan a los participantes a revelar sus preocupaciones e intereses. Esas preguntas normalmente comienzan con palabras como ¿Quién...? ¿Por qué...? ¿Qué...? ¿Cómo...? ¿Cuándo...? ¿Dónde...?
- ▶ **Aclarar las razones** — Promover la cooperación aclarando los objetivos compartidos y confirmando los fines. Haga esto temprano en las discusiones de reuniones
- ▶ **Estar alerta del lenguaje corporal** — Mostrar su interés y deseo de comunicarse por medio de expresiones faciales y posturas amigables, abiertas y atentas
- ▶ **Hablar a nombre de sí mismo** — Utilizar el lenguaje en primera persona, de manera que la audiencia entienda que usted no está haciendo declaraciones universales, sino expresando su opinión, compartiendo observaciones personales y ofreciendo alternativas. Otros pueden tener experiencias, percepciones e ideas diferentes. Las frases que demuestran respeto por las diferencias incluyen: “Me di cuenta...”, “Yo sugiero...” o “Por mi experiencia...”.
- ▶ **Concentrase en ideas constructivas** — Contribuir y promover alternativas constructivas. Reconozca las ideas positivas a través del intercambio constructivo de ideas y reacciones y explique por qué sus propuestas son útiles. Si se necesitan aportes más útiles, sea claro en su solicitud. Pida sugerencias prácticas para mejorar situaciones específicas.
- ▶ **Mantener la calma** — Mantener la calma mientras se trabaja profesional y diplomáticamente. A veces, otros no valorarán sus ideas, sin importar cuán cuidadosamente usted redacte sus pensamientos. La gente se pone a la defensiva por muchas razones, incluyendo circunstancias más allá de su control. En esos casos, reconozca y respete los diferentes puntos de vista. Ya ha ofrecido su perspectiva con base en sus experiencias. Ofrezca reunirse en otra ocasión, cuando las emociones se hayan calmado, para continuar la discusión.
- ▶ **Evitar malos entendidos** — Parafrasear las frases de otros miembros para asegurar un entendimiento correcto de su posición. Permítales reconocer que su resumen de sus comentarios es correcto.
- ▶ **Permitir a los demás “salvar las apariencias”** — Ayudar a los demás a “salvar su pellejo” reformulando sus frases en términos de menor confrontación para desbloquear los conflictos. “Salvar el pellejo” es especialmente importante en algunas culturas pero, en general, a nadie le gusta que se le burlen en público — especialmente en una sala de juntas. Para “salvar el pellejo” los directores pueden tomar una posición defensiva aunque de hecho no se opongan a una decisión

No todas estas técnicas son necesariamente adecuadas o empleadas para resolver desacuerdos o conflictos.

Las técnicas de resolución de conflictos de la negociación y mediación no sólo pueden ayudar a crear el ambiente de colegialidad deseado — para animar la discusión, el debate y el flujo libre de ideas — sino que también pueden ayudar a desarrollar un proceso ordenado de toma de decisiones y formación del consenso sobre asuntos específicos con los cuales la junta debe enfrentarse. Esto, a su turno, mejora el desempeño general de la junta directiva.

Salir de la sala de juntas

Incluso con una buena cultura y unos procesos efectivos de junta, los desacuerdos a veces dan espacio para conflictos y el consenso sigue siendo muy difícil. Cuando se hace claro que el desacuerdo va a convertirse en un conflicto, o cuando un conflicto se materializa, la junta puede decidir tomar pasos abiertamente para construir consenso y resolver el desacuerdo inmediatamente.



PARA REVISAR LOS CONFLICTOS TÍPICOS QUE PUEDEN SURGIR EN LA SALA DE JUNTAS, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 1.

Los procesos para manejar desacuerdo o conflictos que mejor pueden funcionar para la junta son las sesiones ejecutivas de la junta, la evaluación de la junta o las reuniones de evaluación, y los retiros de la junta. Estos ofrecen plataformas excelentes para identificar los intereses, sacar a flote los problemas, promover la discusión y facilitar la toma de decisiones colaborativa. Aunque estos procesos *de facto* pueden asimilarse a los MARC, son aceptados por los directores, pues son percibidos como actividades normales y constructivas que facilitan los asuntos de la junta. En muchas compañías, estos procesos se han vuelto una práctica común y, por lo tanto, se ajustan correctamente dentro del calendario de las actividades. Aunque el calendario anual de la junta debería incluir cada uno de estos procesos, deberían, sin embargo, dar la flexibilidad suficiente para que los asuntos que se deban discutir o investigar no sean controlados rígidamente por anticipado:

- **Sesiones ejecutivas.** Una sesión ejecutiva es una reunión (o parte de una reunión) de la junta sin la presencia de los ejecutivos senior u otros miembros del equipo de trabajo.²

Ciertas restricciones reglamentarias pueden aplicar en cuándo y cómo pueden darse las sesiones ejecutivas. A pesar de cierta incomodidad e incluso resistencia que puede ocurrir cuando se pide al ejecutivo senior, in-

cluyendo el CEO, que deje la sala, las siguientes discusiones pueden darse típicamente entre los directores:

- Asamblea anual con el auditor
- Evaluación del director ejecutivo y definición del salario del director ejecutivo
- Conflictos entre dos miembros de junta o crítica seria de un miembro de junta a otro
- Investigación acerca del director ejecutivo o informe de un consultor de gestión
- Las revisiones de las políticas de remuneración

Algunas organizaciones establecen un tipo de “sesiones semi-ejecutivas” durante las cuales el director ejecutivo está presente, pero ningún otro miembro del equipo de trabajo de la compañía. Estas sesiones pueden incluir discusiones en relación a:

- Demandas o quejas
- Ejecutivos *senior* individuales
- Evaluación del director ejecutivo con el director ejecutivo

Una vía efectiva para evitar el sentimiento de que “una sesión ejecutiva significa malas noticias” es que el presidente de la junta rutinariamente ponga sesiones ejecutivas en la agenda o las agende cuatro veces al año. De esta manera, la junta se puede reunir en privado sin tener que elevar tensiones simplemente llamando a una sesión ejecutiva.

Las actas de las reuniones deberían indicar que la junta se reunió en sesión ejecutiva e informar sobre el tema de la discusión, aunque los detalles específicos puedan ser confidenciales y aparecer únicamente en un conjunto de actas confidenciales y exclusivas de la junta. Más aún, se debería nombrar un director asistente de la sesión ejecutiva para comunicarle al CEO los resultados de la sesión ejecutiva.

- **Evaluaciones de la junta.** No existe una fórmula mágica para la evaluación de la junta (ni de los comités de junta), pero el objetivo es obtener de cada uno de los miembros de la junta sus opiniones sinceras acerca de cómo opera la junta directiva y su efectividad como grupo. Las evaluaciones no son hojas de calificaciones. En cambio, son medios para sacar a flote y resaltar asuntos y probar si la junta está en sintonía con los asuntos claves o si los directores tienen diferentes percepciones y puntos de vista de estos importantes asuntos. Pueden identificar áreas en las cuales los miembros de la junta están de

acuerdo, y aquellos desacuerdos o malos entendidos prominentes. Normalmente, la evaluación incluye una encuesta escrita o entrevistas confidenciales con cada miembro de la junta. La clave de una encuesta exitosa es crear un ambiente en el cual quienes responden puedan ser sinceros. Para crear un ambiente tal, es crucial que quienes responden la encuesta confíen en que sus identidades nunca serán reveladas a nadie en la junta o en la administración.

Algunas juntas ven a la evaluación de la junta como otro ejercicio impuesto por la bolsa de valores u otra agencia reguladora. Si se las concibe como un mal necesario, las evaluaciones no lograrán su fin. Una evaluación de junta constructiva debe ayudar a la junta a evaluar y mejorar su efectividad.

La posible dificultad de usar una encuesta es que las preguntas que se hacen pueden no ir dirigidas a los asuntos o problemas sobre los cuales los directores están preocupados, y que las preguntas estén redactadas de manera que sugieran una cierta respuesta. Por lo tanto, además de un cuidado especial en la construcción del cuestionario, la encuesta debe ofrecer una amplia oportunidad para que los directores identifiquen los problemas que no se incluyeron en las preguntas formales y para que amplíen las respuestas de esas preguntas.



PARA CONOCER HERRAMIENTAS Y CUESTIONARIOS
MODELO DE EVALUACIONES DE JUNTAS DIRECTIVAS,
VÉASE EL VOLUMEN 2, ANEXOS 4 A 6.

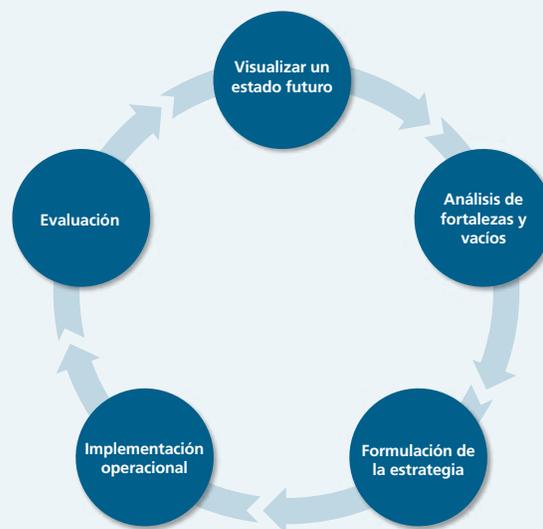
Puede ser muy difícil tratar con los comportamientos individuales de los diferentes miembros de junta. La gente, por lo general, se siente incómoda al quejarse de sus compañeros. A nadie le gusta avergonzar a sus colegas pareciendo hablar mal de alguno de ellos o ellas delante del resto del grupo. Cuando se hacen entrevistas, las personas que las contestan deben, así, asegurarse de que sus respuestas no puedan atribuirse a ellos y que no van a ser avergonzados personalmente por lo que alguien más en el grupo pueda decir acerca de ellos. Las entrevistas deberían incluir un protocolo de los temas que, como mínimo, se deberían tratar. Sin embargo, quienes responden las encuestas también tienen que tener la oportunidad de mostrar y exponer cualquiera de los temas que ellos elijan.

Sea que se use la técnica de la encuesta o de la entrevista, para que esta sea efectiva, debe seguirse de un informe a toda la junta y de un foro para discutir los asuntos que se expusieron y resolver los asuntos contenciosos que

fueron identificados. El informe escrito debe ser fiel a la promesa de que no se harán comentarios o que ningún problema se atribuirá a su fuente. De igual manera, una buena práctica es que si se revela algo que pueda avergonzar personalmente a alguien, sólo la persona objeto de ese comentario podrá verlo.

Las evaluaciones de la junta no resuelven los conflictos por sí mismas. Son la mitad de un proceso que busca construir consenso y resolver conflictos. Una vez que la evaluación sale a la luz e identifica los puntos que generan preocupación, se hace necesario el retiro para la discusión de grupo de los resultados de la evaluación y la formulación de planes de acción, por los cuales el desacuerdo y los conflictos se puedan resolver.

FASES PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS Y PLANEAR LA ESTRATEGIA



Las Fases ofrecen un lugar normal para resolver problemas y planear la estrategia. El proceso de planeación estratégica normalmente incluye cinco fases.

FUENTE: Adaptado de *Global Corporate Governance Forum (Foro Global de Gobierno Corporativo)*, 2008. *Corporate Governance Board Leadership Training Resources, "Parte 3, módulo 1. Liderazgo estratégico"* IFC: Washington, D.C. 2008.

- *Retiros de la junta.* El objetivo de la sesión es concentrarse en asuntos como la estrategia, en un espacio que no tiene presiones de tiempo u otras distracciones de las reuniones normales de las juntas y sus agendas típicamente largas. Por lo general, los participantes identifican preocupaciones comunes pronto en el proceso. Analizan, con una clara concentración en la visión y misión de la empresa, las opciones, priorizan intereses y formulan estrategias. Los resultados incluyen acuerdos sobre prioridades futuras y una concentración mayor dentro de la junta.

Algunas juntas prefieren que el presidente de la junta, una persona de confianza de la administración o de un proveedor de servicios, como es la firma de abogados de la junta, para que lleve a cabo la evaluación. El problema con estos acercamientos es, obviamente, que las preferencias del facilitador las conocen los miembros de la junta, y así, se desanima la innovación y el candor.

Para ayudar a que las evaluaciones y retiros de la junta sean más eficientes, la junta puede decidir llamar a un experto o facilitador externo. Este tercero neutral o imparcial ofrece objetividad al proceso, dándole la seguridad a todos los participantes de que los procedimientos no están dispuestos para hacer oposición de unos contra otros. Si se les permite a dos o más personalidades fuertes dominar la junta, un buen facilitador debe asegurarse que las opiniones disidentes sean, al menos, totalmente escuchadas durante las evaluaciones y retiros.

Si se manejan con destreza y habilidad, el facilitador puede identificar, con la afirmación total del grupo, los asuntos en conflicto y los asuntos resueltos. Este proceso permite una resolución colaborativa a los problemas en disputa. El debate y discusión son públicos. A medida que se resuelven los puntos, el facilitador puede pedir abiertamente al grupo su afirmación mediante un registro por escrito que contenga las memorias del consenso al que se llegó. ■

Notas Finales

1 Mannix, E. y M. A. Neale (2005). "What Differences Make a Difference? Psychological Science in the Public Interest 6 (2).

2 Definición adaptada de Board Café, "¿Should the Board Hold Executive Sessions?". Compass Point Non Profit Services: 2009. Disponible en: <http://www.compasspoint.org/boardcafe/details.php?id=88>.



Los esfuerzos para resolver de manera eficiente y eficaz las disputas de gobierno corporativo fuera de los tribunales deben operar dentro de unos marcos complejos y superpuestos que son locales, nacionales e internacionales en su ámbito de aplicación. Estas incluyen las MARC y las leyes, buenas prácticas o lineamientos de gobierno corporativo, reglamentos, códigos y mejores prácticas o directrices, específicos de la empresa, así como también norma social, económica y cultural.

La construcción de un marco adecuado para la incorporación de la utilización de MARC para las disputas de gobierno corporativo requiere de liderazgo, visión, y el compromiso de reguladores, legisladores, y líderes de negocios. También resulta clave el apoyo de la profesión como del sistema judicial, que resultan ser factores claves.

ESTE MÓDULO EXAMINA

- ▶ La importancia de construir un marco comprensivo de solución alternativa de conflictos para integrar el uso de los procesos y técnicas de MARC para prevenir y resolver conflictos de gobierno corporativo.
- ▶ Los componentes de un marco amplio de MARC en gobierno corporativo.
- ▶ El papel de los legisladores el apoyo a la aplicación de mecanismos efectivos de resolución de conflictos en gobierno corporativo a fines sensibilizar a empresas, inversores y otros interesados sobre los beneficios de los MARC.

MÓDULO 2

¿CÓMO INCORPORAR LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS?

REVISIÓN DEL CONTEXTO PROPIO DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO

Los conflictos de gobierno corporativo pueden resolverse más rápidamente a través de los MARC y con un costo menor que el del tradicional litigio. Puede tomar varios años antes de que una queja sea colocada en un registro judicial, o “expediente”, e incluso más tiempo antes de que el caso sea considerado y resuelto. Los tribunales pueden carecer de experiencia en gobierno corporativo o estar

abrumados con sus casos. Dado este entorno, los métodos de MARC son oportunidades mucho más eficientes para la resolución de asuntos de gobierno de la empresa. Las partes asumen un mayor control sobre cómo el conflicto es considerado y resuelto, ya que ellos impulsan activamente el proceso, lo que contribuye a la eficacia y la eficiencia del MARC. Los resultados del arbitraje y la mediación pueden ser un “triumfo” para ambas partes. Las partes tienen una mayor probabilidad de continuar con sus relaciones de negocios después de que el proceso de MARC se complete porque la intensidad del conflicto tiende a ser menos adversarial que en los casos judiciales.

Una evaluación aparecida la edición 2010 de publicación *Doing Business*, del Banco Mundial, y realizada en Colombia, México y Brasil, observó que: “El arbitraje es sólido los tres países. De hecho, no sólo proporciona una alternativa superior a los sistemas judiciales poco eficientes, sino que puede proporcionar alternativas superiores a los tribunales, en general, incluso en las economías más avanzadas, por razones de competencia y la disponibilidad de quienes toman decisiones, y de la privacidad de los asuntos comerciales”.¹ La evaluación continúa señalando que “los fuertes signos sobre la resolución de conflictos en Colombia en términos de la protección a los inversores, gobierno corporativo y procedimientos sobre quiebra no deben ser descartados a causa de la debilidad del sistema judicial local para hacer cumplir los contratos.”²

Los tribunales, reguladores y las bolsas de valores están explorando, implementando y perfeccionando los procedimientos y las normas de MARC que requieren que las partes consideren el arbitraje o la mediación antes de iniciar los procedimientos judiciales.

Como resultado, los procesos de los MARC se están volviendo más comunes y más formales, con resultados más predecibles. El proceso se fortalece a medida que los MARC se expanden más allá de las disputas comerciales para incluir asuntos que involucran a accionistas.



EJEMPLO

Resolución de conflictos de gobierno corporativo a través del arbitraje

Rusia: Yukos

Los accionistas de Yukos, la compañía petrolera rusa que quebró, demandaron en febrero de 2010 \$100 billones en compensación, el reclamo legal más grande de la historia. Para manejar el caso, los inversionistas escogieron a un panel privado de 3 árbitros con sede en La Haya. Su uso destaca el aumento mundial en el uso de los MARC para resolver los conflictos comerciales.

“El arbitraje se tornará aun mas importante” dijo Philip Croall, de la firma inglesa Freshfields Bruckhaus Deringer. “Las razones para esto son esencialmente practicas y pragmáticas: mientras que no son un proceso formal y complejo como los basados en el litigio en la corte, ofrecen los mejores — y en muchos casos los únicos — medios para resolver estos casos de un modo efectivo y confiable”.

COMENTARIO

Las partes involucradas en un conflictos transfronterizos se están volcando hacia el arbitraje para casos complejos que involucran múltiples jurisdicciones y leyes nacionales.

FUENTE: Michael Peel y Jane Croft, “Case Closed”. Financial Times, 15 de abril de 2010. Disponible en: <http://www.ft.com>. Este resumen del Financial Times fue producido por los autores del toolkit.



PARA REVISAR LOS BENEFICIOS DE LOS PROCESOS Y TÉCNICAS DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 3.

Como resultado, los conocimientos y la experiencia acerca de los MARC de gobierno corporativo está creciendo junto con la demanda a medida que más organizaciones proveen un rango diverso y cada vez más amplio de servicios de MARC.



PARA REVISAR SERVICIOS Y PROVEEDORES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 3.

Sin embargo, para potenciar el uso de los más efectivos MARC de gobierno corporativo, debe adoptarse el marco legal, regulatorio y normativo apropiado, y este debe ser operativo para proveer a todos los interesados los niveles de

incentivos, entendimiento y comodidad requeridos para adoptar políticas de resolución alternativa de conflictos de gobierno corporativo y, cuando sea necesario, para buscar el asesoramiento de un tercero experto en MARC.

Implementar un amplio marco de MARC de gobierno corporativo puede ser complicado e involucrar:

- Que el legislador promulgue leyes que faciliten el uso de los procesos de MARC — especialmente los referidos a la mediación
- Que el poder judicial apoye el uso de los MARC — especialmente a través de mediación relacionada al proceso judicial



ENFOQUE

Factores de éxito en la implementación de marcos efectivos de MARC

Leyes y regulaciones existentes: creación de un entorno legal para resolver los conflictos comerciales. ¿El país cumple con los estándares y protocolos internacionales?

Practica de resolución de conflictos en casos civiles: funcionamiento de los tribunales (comerciales) y otras instituciones legales y asociaciones profesionales (por ejemplo, de empleados judiciales y de abogados); número de procedimientos necesarios para la ejecución de la resolución; tiempo necesario para la ejecución de la resolución; honorarios de los juzgados y los abogados; acceso a la justicia; acceso geográfico a los tribunales; corrupción; otras fortalezas y debilidades, etc.

Cultura de resolución de conflictos: litigiosidad; aceptación social del acuerdo; porcentaje de arreglos dentro y fuera de los tribunales; confianza en el poder judicial; corrupción percibida y real; actitudes frente a la reforma legal y judicial; antecedentes económicos y sociales; antecedentes legales y culturales, etc.

Experiencia en MARC: existencia de métodos alternativos tradicionales o modernos; intentos exitosos y no exitosos de introducir MARC; conocimiento público de MARC y especialmente de la mediación; capacitaciones anteriores en MARC; número de mediadores entrenados y posibles mediadores a entrenar disponible; etc.

Necesidad percibida: soporte amplio para la introducción de la mediación y la identificación de áreas donde este proceso podría ser particularmente útil. ¿Cuándo y por qué las partes abandonan los procesos judiciales? ¿Qué conflictos son percibidos como adecuados para la mediación? ¿Está el país obligado/presionado para modificar sus sistemas (por organizaciones internacionales, países vecinos, etc.)?

Terceros interesados clave y soporte político: grupos o individuos clave comprometidos con los MARC y su apoyo declarado y potencial al proyecto. Lo anterior puede incluir: al poder judicial, el ministerio de justicia, pequeñas y medianas empresas (PYMES), asociaciones o colegios de abogados, y organizaciones empresariales. ¿Cuáles son sus fortalezas? ¿Sus debilidades? ¿Éxitos? ¿Oponentes clave? ¿Áreas que requieran construcción de capacidad?

ONGs y organismos internacionales interesados o involucrados con los MARC: proyectos pasados, presentes y futuros con un componente de MARC. Áreas de interés comunes, posible contribución financiera o proyectos que involucren economías de escala (por ejemplo, capacitaciones en mediación).

Financiamiento sostenible: recursos disponibles; restricciones y metas de los donantes; las necesidades financieras del proyecto; etc. Es probable que la duración del proyecto no sea menor a tres años.

FUENTE: Lukasz Rozdeiczner y Alejandro Alvarez de la Campa, Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation. Washington, D.C.: IFC, diciembre de 2006. Disponible en: http://rru.worldbank.org/Documents/Toolkits/adrladr_fulltoolkit.pdf.

- Que los organismos reguladores fomenten e implementen la resolución de conflictos de gobierno corporativo a través de regulaciones y reglas para cotizar en bolsa.
- Que los legisladores e instituciones de gobierno corporativo aboguen por una efectiva resolución de conflictos de gobierno corporativo a través de

códigos de buenas prácticas, directrices, y eventos de sensibilización.

Algunos países han tomado una iniciativa pluridimensional para desarrollar un marco amplio para los MARC de gobierno corporativo. Brasil, por ejemplo, está trabajando en diferentes niveles para usar MARC para atender conflictos de gobierno corporativo.



EJEMPLO

Marcos de resolución de conflictos de gobierno corporativo

Brasil: un enfoque amplio de varios niveles

- ▶ **Ley de Arbitraje.** El arbitraje fue institucionalizado en 1996 (ley número 9.307 del 23 de Septiembre de 1996). Esta ley de arbitraje se basa en:
 - La convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (ratificada en 2011)
 - La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1976 (ratificada en 1985).
 - La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.
- ▶ **Panel arbitral del mercado.** El 27 de julio de 2001, la Bolsa de Valores de Sao Paulo (BM&FBOVESPA, según sus siglas en portugués) instituyó el panel arbitral del mercado, con el objetivo de ofrecer un foro apropiado para la resolución de conflictos sobre cotización y gobierno corporativo que pudieran surgir en los dos segmentos superiores de cotización del Novo Mercado y en el nivel 2 de gobierno corporativo.
- ▶ **Adhesión obligatoria a las reglas del panel arbitral del mercado.** Las compañías que cotizan en el Novo Mercado y el segmento del nivel 2 de gobierno corporativo, así como sus accionistas controlantes y directores, deben adherirse a las Reglas del Panel Arbitral del Mercado.
- ▶ **Ley de mediación.** Existe un proyecto de ley de mediación (PLC 4827/1998, de fecha 07/12/2006) pendiente de aprobación del congreso (desde noviembre de 2010). La ley intenta destrabar el sistema judicial brasileiro, reconocido por ser burocrático, costoso y lento. La nueva ley requerirá mediación obligatoria en la mayoría de los casos. Habrá un periodo de 180 días para que las partes lleguen a un acuerdo. Si no se llega a un acuerdo, el siguiente paso será recurrir al proceso judicial. Todavía pendiente la sanción de la ley, los asuntos de gobierno corporativo en Brasil pueden demorar entre unos pocos meses o muchos años para comenzar un juicio.
- ▶ **Código de gobierno corporativo.** El código brasileiro de mejores prácticas publicado por el Instituto Brasileiro de Gobierno Corporativo (IBGC) introdujo una provisión de arbitraje y mediación en su cuarta versión, publicada en 2010.
- ▶ **Capacitación en resolución de conflictos de gobierno corporativo.** El IBGC ha introducido un módulo de resolución de conflictos de gobierno corporativo en su currículum estándar de capacitación en gobierno corporativo para directores.

COMENTARIO

El marco de Brasil demuestra el exhaustivo enfoque necesario para adaptar las políticas y leyes nacionales de MARC a los códigos internacionales, desarrollando al mismo tiempo sus capacidades en el área a través de un instituto de gobierno corporativo, el IBGC, para tener profesionales competentes para cumplir roles de terceros en foros de MARC.

Para evaluar el contexto de conflictos de gobierno corporativo existente, deben considerarse los problemas específicos de la resolución de conflictos de gobierno corporativo en el país y la existencia de un entorno favorable a los MARC en él. Esta revisión debería evaluar:

- Estándares y acuerdos internacionales
- Leyes, regulaciones y procedimientos judiciales existentes
- Prácticas actuales para la resolución de conflictos de gobierno corporativo
- Cultura de resolución de conflictos
- Experiencias y antecedentes de MARC
- Necesidad percibida para la introducción de la mediación
- Terceros interesados claves y apoyo político
- ONGs y organismos internacionales interesados en MARC.

Al revisar el entorno existente en el país sobre la resolución alternativa de conflictos, se deben considerar algunas preguntas claves, particularmente aquellas relacionadas con los posibles “impulsores” para la introducción y utilización de MARC:

Considerar la tradición de resolución de conflictos

La exposición de un país a la mediación tradicional puede impactar en el desarrollo de un entorno efectivo para la resolución de conflictos de gobierno corporativo. En varios países en desarrollo, los MARC tienen profundas raíces como medios por los cuales las sociedades solucionaban conflictos mucho antes de que los gobiernos centralizados establecieran un sistema judicial formal. Los conflictos eran generalmente resueltos de forma interna por los ancianos como conciliadores/mediadores dentro de la comunidad local. En este entorno, un sistema informal de mediación era aceptado.

En Indonesia, por ejemplo, los terceros conciliadores fueron usados en todo el archipiélago para resolver conflictos. En Ghana, los jefes de las aldeas usaban la mediación para manejar conflictos sociales y comerciales. India adoptó los *lok adalat*, cortes populares de las aldeas, en la década de los ochenta. Mediadores capacitados buscaban resolver problemas comunes que en un periodo anterior habrían sido tratados en el *panchayat*, un consejo de an-



CITA

Mediación y arbitraje tradicional en Ghana

“La mayoría de los ghaneses saben que la ‘mediación’ como un portal para la resolución de conflictos es una creación nuestra. Y también lo es el arbitraje.

Estas ideas de MARC no son nuevas para nuestro tradicional sistema judicial. Son centrales, no alternativas, para nuestro propio paradigma judicial. Parecería entonces que el completo reconocimiento y aceptación de algunos de los aspectos más sofisticados de nuestros propios principios vernáculos de resolución de conflictos, deberían hacer que los esfuerzos por expandir el alcance a las cortes modernas sean un proceso fácil”

DENNIS ADJEI-BRENYAH
COLUMNISTA, GHANA WEB

SOURCE: Dennis Adjei-Brenyah, “Some Reflections on Ghana’s Search for Alternative Dispute Resolution.” 2 de marzo de 2010. Disponible en: <http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/artikel.php?ID=177621>.



CITA

Prácticas de MARC en Indonesia

“Como sucede en otros países de Asia, en Indonesia se han estado practicando MARC en las comunidades tradicionales durante mucho tiempo. En la comunidad tradicional

de Pasemah, Sumatra Meridional, por ejemplo, es costumbre utilizar para la resolución de conflictos al Jurai Tue o Sungut Jurai como el tercero conciliador. En Sumatra Occidental, esa persona se conoce como Kerapatan Adat Nagari o Kerapatan Ninik Mamak y funcionan para resolverlas disputas basándose en sus normas consuetudinarias”.

MAS ACHMAD SANTOSA
MIEMBRO Y VICE SECRETARIO GENERAL DEL COMITÉ NACIONAL PERMANENTE DE INDONESIA DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO DE LA ASEAN
EXPOSITOR SENIOR DE MARC
PROFESOR DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE INDONESIA

FUENTE: “Development of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Indonesia”. 1 de diciembre de 2003. Disponible en: http://www.aseanlawassociation.org/docs/lw4_indo.pdf.

cianos de la aldea o pertenecientes a la casta. En América Latina, ha habido un resurgimiento del interés en el *juex de paz*, un oficial legal que tiene el poder de conciliar o mediar pequeños reclamos.³

Tener una cultura incorporada de resolución de conflictos través de la mediación, un marco bien establecido de MARC y una larga tradición de recurrir a este tipo de procesos como el caso de Suiza, son todos sin duda elementos importantes para la efectiva introducción

de prácticas de resolución de conflictos de gobierno corporativo fuera de los tribunales. (Ver “Suiza: la mediación y el arbitraje eficaz.”)

Evaluar el entorno legal de resolución de conflictos

Los enfoques en la introducción o el fortalecimiento de un marco de resolución de conflictos de gobierno corporativo pueden variar de país a país. En general, las encuestas muestran que la utilización de MARC está creciendo



EJEMPLO

Tradiciones de MARC

Suiza: prácticas de mediación y arbitraje

Las tasas de éxito de la mediación suelen superar el 70 por ciento y hasta pueden superar el 80 por ciento. Las cláusulas arbitrales requieren cada vez más que la mediación se lleve a cabo como paso previo al arbitraje. Las cláusulas de “mediación-arbitraje” (que señala que el proceso de mediación dará paso a un arbitraje si las partes no llegan a un acuerdo) son cada vez más comunes y es probable que se generalicen.

La tradición suiza de casos de mediación-arbitraje se refleja en su legislación, decisiones judiciales y la práctica. La naturaleza establecida de la práctica ha sido demostrada por el número relativamente grande de árbitros y abogados que tienen ambas habilidades como resultado de la tradición de la conciliación o la mediación en las causas judiciales. Un ejemplo que ha influido en los abogados suizos es el altamente exitoso reporte de audiencia en donde la Corte Comercial de Zurich expresa una opinión preliminar después de un primer conjunto de propuestas, para que las partes, guiadas por esta visión, puedan decidir resolver el caso fuera de la corte (si la opinión resulta razonable) o seguir un proceso judicial (si parece probable que la opinión preliminar de la corte pueda cambiar mediante la presentación de más información).

En cuanto a la ley, el proyecto de ley federal de Procedimiento Civil contiene disposiciones sobre la mediación. Esta ley federal reemplazará a los códigos cantonales de procedimiento civil, que ya establecen procedimientos de conciliación obligatorios antes de que un caso pueda ser llevado ante los tribunales. Las principales cámaras de comercio de Suiza han emitido un conjunto común de leyes de mediación, las cuales pueden ser combinadas con sus leyes de arbitraje.¹

COMENTARIO

Algunos países tienen una larga tradición de recurrir a los MARC que se refleja en sus leyes, decisiones judiciales, y prácticas. Este entorno puede facilitar el uso de procesos de MARC para los conflictos de gobierno corporativo. En la cuestión de la aplicación de las cláusulas de la mediación-arbitraje, parece haber pocas dudas de que el tribunal hará cumplir las cláusulas de mediación-arbitraje estrictamente según lo acordado. Generalmente, cuando los tribunales enfrentan cláusulas que fijan limitaciones de tiempo o condiciones, el curso de acción ha sido hacerlas cumplir con estricto apego a la intención de las partes. Por lo tanto, la responsabilidad recae sobre quienes redactan las cláusulas de arbitraje: si desean incluir mediación obligatoria previa al arbitraje, deben mencionarlo claramente. Establecer un límite de tiempo para la mediación antes de que el arbitraje comience resulta útil en este aspecto.

¹ Las reglas de mediación y arbitraje pueden encontrarse en: <https://www.sccam.org/sm/en/index.php> y en <http://www.swissarbitration.ch/> respectivamente.



GLOSARIO

Derecho común

Sistema legal basado en costumbres y principios generales y que, nutrida por la jurisprudencia, sirve como precedente o se aplica a situaciones no previstas por la ley. Bajo el sistema de derecho común, cuando un juez decide y reporta su decisión sobre un caso particular, el caso pasa a formar parte del plexo normativo y puede ser utilizado en adelante para otros casos relacionados con asuntos similares. Este uso del precedente se conoce como *stare decisis*.

Derecho civil

Sistema legal desarrollado a partir del derecho romano. La base del derecho en los sistemas de derecho civil es la ley, no la costumbre; el derecho civil debe ser entonces distinguido del derecho común. En el derecho civil, los jueces aplican principios consagrados en las normas, o códigos legales, en lugar de recurrir a los precedentes de casos.

FUENTE: Brittanica Concise Encyclopedia



ENFOQUE

Acuerdos internacionales sobre MARC y Arbitraje

ACUERDO	ACCION	ACCION
Convención de Nueva York (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)	Permite la ejecución de los laudos arbitrales en cualquier estado miembro	142 naciones
Convenciones de Washington (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)	Permite la ejecución de los laudos arbitrales en cualquier estado miembro Proporciona un foro para la conciliación y arbitraje de conflictos Establece las normas de procedimiento	155 naciones
Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	Establece las normas de procedimiento Redactó una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional para los países que buscan adoptar las leyes de arbitraje aceptadas a nivel internacional	60 naciones

FUENTE: Modificado del cuadro en el Departamento de Comercio de EE.UU., Alternative Dispute Resolution Services in West Africa: A Guide for Investors. Washington, D.C.: Government Printing Office, 2003. Disponible en: <http://www.fdi.net/documents/WorldBank/databases/benin/westafricaguide7212003.pdf>. Textos de los acuerdos disponibles en: www.uncitral.org.

más rápidamente en el derecho común (por ejemplo, los Estados Unidos, Australia, Canadá e Inglaterra) que en los países de derecho civil (por ejemplo, Francia, Alemania, Austria, Dinamarca, Bélgica, Suiza y Yugoslavia).⁴

En muchos casos bajo un sistema de derecho común, hasta el 90 por ciento de todos los litigios civiles se resuelven antes de ir a juicio. Esto podría indicar que los arreglos a través de la mediación no son un paso demasiado alejado del actual sistema y, como tal, son más fáciles de establecer. Por ejemplo, Canadá llevó a cabo una prueba de dos años para evaluar el valor de MARC

obligatorios. Ese estudio concluyó que los interesados han obtenido beneficios considerables en el uso de MARC y que “los tribunales no tienen que temer efectos adversos de la mediación obligatoria, [que] puede beneficiar a los interesados en el sistema de litigio”.⁵

Algunos países tienen mediación obligatoria para las partes en disputa. Canadá, Australia y Singapur son tres ejemplos. La razón es que “los ciudadanos de todos los países aceptarán regulaciones si creen que como resultado de esa regulación la ‘sociedad’ estará mejor.”⁶ Sin embargo, cualquier legislación de MARC debe encajar con el



EJEMPLO

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE MEDIACIÓN

Unión Europea: Directiva sobre Mediación 2008/52/EC

Los componentes clave son:

- ▶ La Directiva obliga a los estados miembro a **fomentar** la **formación de mediadores** y el desarrollo de, y la adhesión a, **códigos voluntarios de conducta** y otros **mecanismos efectivos de control de calidad** sobre la prestación de servicios de mediación.
- ▶ La Directiva otorga a cada juez en la Comunidad, en cualquier etapa del procedimiento, el derecho a sugerir que las partes asistan a una reunión de información sobre la mediación y, si el juez lo estima conveniente, **invitar a las partes a recurrir a la mediación**.
- ▶ La Directiva permite a las partes dar a un **acuerdo celebrado tras una mediación**, un estatus similar al de una sentencia de un tribunal, declarándolo **ejecutable**. Esto se puede lograr, por ejemplo, por medio de aprobación judicial o certificación notarial, permitiendo que esos acuerdos sean ejecutables en los estados miembro según las normas comunitarias existentes.
- ▶ La Directiva garantiza que la mediación se lleve a cabo en un ambiente de **confidencialidad** y que la información dada o las presentaciones de cualquiera de las partes durante la mediación no pueda ser utilizada contra esa parte en los siguientes procesos judiciales si la mediación fracasa. Esta disposición es esencial para dar confianza a las partes, y animarlas a hacer uso de, la mediación. Con este fin, la Directiva establece que el mediador no puede ser obligado a prestar declaración sobre lo ocurrido durante la mediación en los subsiguientes procesos judiciales entre las partes.
- ▶ La disposición de la Directiva relativa a **plazos de caducidad y prescripción** asegurará que las partes que han recurrido a la mediación no se verán impedidas de acudir a los tribunales como resultado del tiempo dedicado a la misma. La Directiva por lo tanto, garantiza el acceso de las partes a la justicia en caso de que la mediación no tenga éxito.

COMENTARIO

La Directiva es un paso importante hacia adelante en la incorporación de enfoques de MARC — en particular la mediación — en la Unión Europea. Las autoridades tendrán que hacer algo más que garantizar que la Directiva está correctamente traducida en las leyes y reglamentos nacionales, sino que también deben aumentar la conciencia sobre los beneficios de su aplicación efectiva.

FUENTE: European Union Directive on Mediation. 23 de abril de 2008. Disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/263&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

mundo empresarial en general. Australia introdujo los MARC en el sistema judicial de la Nueva Gales del Sur de conformidad con una legislación que tenía una cláusula de vigencia de tres años, al cabo de los cuales cesaría en su vigencia, lo que proporcionó una oportunidad para determinar el valor de los MARC.

En cualquier caso, puede ser muy útil tener una idea clara en cuanto a las formas en que pueden ser introducidos los MARC. En algunas jurisdicciones, la introducción de los MARC requiere legislación; en otros, un código de buenas prácticas o reglas de cotización en bolsa pueden ser los vehículos para su introducción.

Mirar las normas internacionales de sobre MARC y acuerdos

El entorno propicio para el uso y la práctica de los MARC y la ejecución de laudos arbitrales es estructurado, en parte, por los acuerdos internacionales, que incluyen tanto los acuerdos multilaterales como los bilaterales centrados principalmente en los conflictos comerciales. Estos establecen normas, crean foros, y pueden obligar a los signatarios a modificar sus leyes y reglamentos nacionales para alinearse con las disposiciones del acuerdo. (Ver “Acuerdos Internacionales sobre MARC y arbitraje.”)

En Europa, el uso de los MARC ha sido adoptado en 2008 a través de una Directiva⁷ diseñada para fomentar el uso de la mediación voluntaria como una resolución rentable y una alternativa más rápida a los conflictos transfronterizos, civiles o comerciales. Modelado sobre la base de diferentes elementos de diversas estructuras legales nacionales, esta Directiva se aplica a todos los Estados miembro de la UE, con la intención de tornar innecesario para una empresa, con presencia, o involucrada en un conflicto, en más de un país de la UE, que trate de armonizar los distintos procedimientos por sí misma. ■

REFUERZO DEL MARCO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO

El marco de resolución de conflictos de gobierno corporativo puede ser reforzado en varios niveles, incluyendo legislación sobre MARC y gobierno corporativo, reglamentos, y estándares de mejores prácticas. En un marco bien diseñado, cada elemento se alinea con los restantes y se respaldan unos a otros.

La legislación provee la base fundante para la interpretación constructiva de resultados de MARC cuando las cortes revisan los casos. La regulación administrativa saca a la luz los términos invariablemente ambiguos, que pueden ser agregados a una nueva ley posteriormente. Las directivas aprobadas por órganos supranacionales proveen algún incentivo para la acción legislativa a nivel nacional, pero también ayudan a asegurar la consistencia en la implementación de los MARC. Los códigos de mejores prácticas aplican la experiencia y destrezas de los directores, administradores de negocios, abogados, mediadores, negociadores, árbitros y otros profesionales que pueden ser menos influyentes en el proceso de sanción de la legislación. Los lineamientos generales y las instituciones de políticas pueden proveer ejemplos y brindar confianza

a los “adoptadores tempranos”. También pueden proveer la estructura esencial y un “hogar” para los servicios que respaldan a los MARC.

Para el desarrollo y aplicación efectivos de MARC de gobierno corporativo, cada elemento del marco de políticas es necesario.

Introducir leyes y reglamentos

Al introducir un cambio en las prácticas actuales, todas las partes tendrán que estar convencidas de los argumentos e incentivos para apoyar los MARC. Esto es especialmente difícil si los MARC no son declarados obligatorios por la ley y dependen de la adopción voluntaria. Las leyes no son esenciales o técnicamente necesarias para la práctica de MARC y de la mediación, pero los beneficios de introducir una ley de mediación son de dos tipos:

- Proporciona a los usuarios y los profesionales un mayor nivel de comodidad en recurrir a la mediación
- Establece una definición comúnmente aceptada de la mediación y los otros procesos de MARC

Los términos y los procesos de MARC sufren cierta ambigüedad, como resultado de la enorme variedad de circunstancias bajo las cuales se pueden practicar. Un texto específico de la ley que defina con precisión qué se entiende por un término como “mediación” y establezca su propósito en particular y cuál es la jurisdicción que corresponde puede evitar la posterior confusión.

MARCO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO



PARA REVISAR EJEMPLOS DE LEYES DE MEDIACIÓN DE TODO EL MUNDO, VÉASE EL VOLUMEN 2, ANEXO 7.

Si los MARC o la mediación ya están en las leyes de un país y son utilizados para la resolución de conflictos comerciales, entonces los MARC de gobierno corporativo pueden ser introducidos como parte de este marco jurídico más amplio.

Por ejemplo, la ley australiana prevé MARC obligatorios en algunas leyes. En 1998, los MARC, principalmente la mediación, fueron previstos en 28 leyes o regulaciones diferentes, incluyendo la Ley de Sociedades Anónimas (2001) y la Ley de Servicios Financieros (2001). Las leyes requieren la revelación de procedimientos de resolución de conflictos internos y externos. En julio del 2000, se concedió a los tribunales el poder de remitir el asunto a la mediación, a pesar de la falta de consentimiento de una de las partes. Tales disposiciones obligatorias coexisten con los mecanismos de mediación voluntaria.

Los MARC y los mecanismos de mediación pueden ser integrados lentamente en un sistema legal. Por ejemplo, en Delaware, en la Regla Civil número 1 del año 2008, se establece que “todos los casos civiles... [están] sujetos a MARC obligatorios”. El formato puede ser acordado por las partes; si no existe tal acuerdo, la mediación será bajo el formato predeterminado. En febrero de 2010, al tribunal de equidad (*Court of Chancery*) de Delaware se le otorgó el poder de arbitrar en ciertos conflictos comerciales. Además, en mayo de 2010, los MARC voluntarios fueron reconocido por la ley y sus resoluciones son ahora ejecutables en los tribunales.

La ley puede tener un papel más grande o más pequeño en comparación con otros procesos, y puede promulgarse un sistema estatutario específico para el gobierno corporativo, o bien puede integrárselo en legislación que persiga fines regulatorios más amplios.

Una de las ventajas de una legislación específica para MARC de gobierno corporativo es que es más fácil obtener la mayoría necesaria para aprobarla y redactarla con el lenguaje apropiado. Varios países han adoptado, o parecen estar cercanos a hacerlo, legislación que cubre una amplia variedad de casos, que incluyen un mayor enfoque en conflictos societarios. Por ejemplo, Italia ha adoptado una ley sobre mediación de conflictos internos de las empresas, claramente un aspecto de gobierno corporativo.

Por el contrario, un enfoque más amplio puede agotar la atención de los legisladores (un bien escaso) y requerir demasiadas reformas que no puedan ser adecuadamente ubicadas en la agenda legislativa cuando otros asuntos compiten por la atención. Lograr una “masa crítica” es necesario para una reforma de derecho corporativo importante, y adjuntar condiciones de MARC de este tipo

a un proyecto de ley que “debe ser aprobado”, tal como la ley de presupuesto, puede ser la mejor oportunidad para introducir leyes sobre MARC.

Las leyes que abordan diferentes aspectos de gobierno corporativo son muchas y varían ampliamente. Son relativamente pocas las leyes que, sin embargo, dan una consideración explícita a exhaustivos sistemas de resolución de conflictos.

La elaboración, adopción y aplicación de las leyes es un proceso largo y complicado. Las disposiciones específicas relacionadas a la resolución eficaz de conflictos de gobierno corporativo son por lo tanto mejor establecidas a través de los reglamentos y la regulación administrativa y luego impulsadas a través de directrices y códigos de buenas prácticas.

Introducir regulación administrativa y requisitos para cotizar en bolsa

Dado que la regulación administrativa difiere de un país a otro, hay algunos principios generales. Como parte de un marco general para la introducción de resolución de conflictos de gobierno corporativo, sin embargo, la reglamentación y los requisitos para cotizar en bolsa no pueden ser ignorados.

Después de que una ley que regule uno u otro tipo de cuestiones de gobierno corporativo haya sido aprobada, la agencia administrativa ofrece interpretaciones detalladas del lenguaje, a menudo vago, del texto de la ley. Estas “instrucciones” ayudan a asegurar el cumplimiento de los estatutos.

Los reguladores de valores y las bolsas establecieron sus propios sistemas y servicios para apoyar más eficazmente la resolución de conflictos al:

- Obligar que los corredores de bolsa y los emisores de acciones utilicen el proceso arbitral de la bolsa para resolver sus conflictos
- Exigir a las empresas que cotizan la adopción de cláusulas de resolución de conflictos en sus estatutos societarios como parte de las buenas prácticas de gobierno corporativo

Esta tendencia puede ser el desarrollo más importante en la incorporación de resolución eficaz de conflictos de gobierno corporativo; ya ha dado lugar a muchas variaciones.

Por ejemplo, la Bolsa de Amman en Jordania (ASE, según sus siglas en inglés) emitió en septiembre de 2004 una



GLOSARIO

Regulación administrativa

En el derecho administrativo, la regulación se refiere al proceso que las agencias ejecutivas e independientes utilizan para crear o promulgar reglamentos. En general, las legislaturas primero sientan mandatos generales de política al aprobar las leyes y luego las agencias administrativas crean una reglamentación más detallada a través de la regulación.



EJEMPLO

Ejemplo de cláusula de resolución de conflictos corporativos estipulada por las normas de cotización en bolsa

Brasil: Natura Cosméticos S.A.

El Novo Mercado, el índice especialista de las empresas bien gobernadas de la Bolsa de BM&FBOVESPA, exige a las empresas a incluir una cláusula de arbitraje en sus estatutos. Las normas sobre arbitraje en los estatutos de Natura Cosméticos S.A. prevén:

Artículo 40 - La Compañía, sus accionistas, directores, y los miembros de la Junta de Auditores se ven obligados a resolver, mediante arbitraje, todos y cada uno de los conflictos o disputas que pudieran aparecer entre ellos, relacionadas con o derivadas de, en especial, la aplicación, validez, eficacia, interpretación, violación, y efectos, de las disposiciones en la Ley No. 6.404/76, de los estatutos de la empresa, de las reglas emitidas por el Consejo Monetario Nacional, por el Banco Central de Brasil y por la Comisión de Valores, así como en las demás normas aplicables al funcionamiento del mercado de capitales en general, con excepción de las normas permanentes del Reglamento de Cotización del Nuevo Mercado, del Acuerdo de Participación del Nuevo Mercado y de las reglas de arbitraje de la Cámara de Arbitraje del Mercado.

COMENTARIO

Empresas como Natura Cosméticos S.A., que han introducido cláusulas arbitrales en sus estatutos, nunca o rara vez, en realidad, han necesitado recurrir al arbitraje. Una de las razones principales: la preparación para los conflictos ayuda a prevenir los conflictos.

FUENTE: Natura Cosméticos SA, Estatutos 2006, Brasil, 2006. www.natura.net/investor.



EJEMPLO

Arbitraje de la bolsa de valores

Pakistán: Comités arbitrales de la bolsa de valores

Las bolsas de valores de Islamabad, Karachi y Lahore, en Pakistán, son organizaciones auto-reguladas (OAR) con la facultad para intervenir en las quejas en contra de sus respectivos miembros en virtud de las reglas y reglamentos aprobados. Cada bolsa tiene su propio comité arbitral, que analiza los reclamos/conflictos entre inversionistas y miembros. Los comités arbitrales, después de leer los documentos y proporcionar a las partes la oportunidad de ser oídas, dictan un laudo arbitral de acuerdo con las normas y regulaciones de la bolsa.

Para más información:

Bolsa de Valores de Karachi (Garantía) Limitada: Regla 29. Disponible en: www.kse.net.pk.

Bolsa de Valores de Lahore (Garantía) Limitada: Regla 5.01. Disponible en: www.lahorestock.com.

Bolsa de Valores de Islamabad: Regla 29. Disponible en: www.ise.com.pk.

COMENTARIO

La mayoría de las bolsas de valores han introducido mecanismos de resolución de conflictos para proporcionar a emisores e inversionistas un foro efectivo en caso de que surja una disputa. Esto es clave para apoyar la confianza del inversor.

Directiva de Resolución de Conflictos para imponer MARC entre sus miembros y participantes. La ASE informó que se ocupó de 20 casos hasta junio de 2010 con un valor superior a JOD1.3 millones. En Pakistán, las bolsas de valores de Karachi, Islamabad, y Lahore cuentan todas con procedimientos de arbitraje para las controversias que involucran a sus miembros.

Al tener sus propias normas específicas, los paneles arbitrales de las bolsas de valores pueden proporcionar

una alternativa más expedita, económica, e informal para la resolución de conflictos, con la añadida ventaja de la utilización de árbitros especializados en los asuntos señalados para la discusión.

Crear un sistema de MARC bajo la regulación de valores o las normas de las bolsas establece la “legitimidad instantánea” para MARC de gobierno corporativo y ayuda a desviar el número de casos destinados a métodos más polémicos y costosos como el del sistema judicial.



EJEMPLO

Reglas de arbitraje de la comisión de seguridad

India: Junta Directiva de la Bolsa y Valores de India

MUMBAI, 10 de agosto de 2010: La Junta de Valores y Bolsa de la India (SEBI, según sus siglas en inglés) dictó una serie de directrices destinadas a fortalecer el proceso arbitral en las bolsas de valores y agilizar la resolución de conflictos. Los comités arbitrales ayudan a resolver los conflictos entre un cliente y un corredor, o los conflictos entre los corredores.

Bajo las nuevas reglas, las bolsas de valores tienen que mantener un panel de árbitros y el número de árbitros dentro del mismo tendrá que ser acorde con el número de conflictos, de manera que cada persona maneje un número limitado de casos. Esto ayudará en la tramitación rápida de los casos.

Al considerar a un candidato para el panel arbitral, las bolsas de valores tendrán que tener en cuenta su calificación en el ámbito del derecho, las finanzas, la contabilidad, la economía, la gestión o la administración, y su experiencia en servicios financieros, incluyendo el mercado de valores.

La persona incluida en el panel tendrá que brindar una declaración de que no ha estado involucrado en ningún acto de fraude, ni ha sido declarado culpable de un delito económico. También tendrá que revelar los nombres de las personas bajo su dependencia relacionadas con el mercado de valores como miembros, o como sub-corredores. Además, las bolsas también deberán evaluar el desempeño de los árbitros y reconstituir el panel sobre la base de dicha evaluación una vez al año.

La referencia arbitral será concluida por medio de la emisión de un laudo arbitral dentro de los cuatro meses a partir de la fecha del nombramiento del árbitro. Sin embargo, a discreción del director gerente o director ejecutivo de una bolsa de valores, por causa suficiente se podría extender el tiempo para la emisión del laudo arbitral por dos meses más, basándose en las circunstancias de cada caso.

Si la parte agraviada no está conforme con el laudo arbitral, podrá recurrir al panel arbitral de apelaciones de la bolsa de valores. Sin embargo, la apelación debe ser presentada dentro de un mes a partir de la fecha de recepción del laudo arbitral.

COMENTARIO

En varios países, los reguladores de valores están revisando los sistemas de resolución de conflictos de las bolsas y buscando fortalecer el proceso. Esto incluye asegurar la resolución oportuna de conflictos y ser capaz de elegir de un grupo de árbitros expertos.

FUENTE: "SEBI Issues Arbitration Guidelines for Stock Exchanges.". Economic Times, 13 de agosto, 2010. Disponible en: <http://economictimes.india-times.com/markets/stocks/market-news/Sebi-issues-arbitration-guidelines-for-stock-exchanges/articleshow/6302391.cms>. Las directivas de la Junta de Valores y Bolsa de India se encuentran disponibles en: <http://www.sebi.gov.in/circulars/2010/cirmd24.pdf>.



PARA REVISAR EJEMPLOS DE REGLAMENTOS Y TENDENCIAS ARBITRALES DE LAS BOLSAS DE VALORES, VÉASE EL VOLUMEN 2, ANEXOS 8, 9, 10 Y 11.

Introducir MARC a través de códigos de mejores prácticas

Un código de buenas prácticas tiene ventajas significativas. En primer lugar, un grupo responsable de la industria puede desarrollar un código por sí mismo, aprovechando al máximo los conocimientos y experiencia en la industria, al tiempo que permanece relativamente libre de interferencias políticas.

Los códigos son flexibles, dando espacio a las partes para maniobrar y permitiendo al mismo tiempo modificaciones para reflejar los cambios de circunstancias. Por otra parte,

los códigos tienen sentido, también, ya que cuestiones de gobierno corporativo no se prestan a las prescripciones legales.

Puede redactarse un código específico para la resolución de conflictos, o cláusulas relativas a la resolución de conflictos pueden ser agregadas en los códigos de gobierno corporativo. No siendo obligatorio, y a menudo no siendo emitido por una entidad gubernamental, un código puede ser supranacional o local. Los códigos deben incorporar las visiones acerca de qué constituyen buenas prácticas de MARC, comunicación de la equidad de los procedimientos, rendición de cuentas, transparencia y responsabilidad.

Al igual que con las leyes, los códigos pueden ayudar a proporcionar un definición comúnmente acordada de los procedimientos de MARC. Sin embargo, para asegurar que los códigos siguen siendo pertinentes y adecuados, deben ser revisados y actualizados periódicamente. Esto asegurará que, si en un momento posterior una ley de MARC es aprobada, no haya contradicciones en los términos y las percepciones que puedan inducir confusión y la incertidumbre. Los mecanismos de revisión, con plazos para evaluaciones periódicas, son incluidos normalmente en un código de disposiciones.

Si el código es cuidadosamente elaborado con la participación de todos los interesados, el documento resultante puede ser muy persuasivo para los funcionarios del gobierno, legisladores, reguladores y usuarios.

Los códigos de gobierno corporativo se han adoptado en todo el mundo. Los políticos “afirman cada vez más que los códigos que incorporan estos principios no sólo protegen a los inversores contra el fraude y la mala administración, sino que también pueden ayudar reducir los costos de capital del sector empresarial.”⁸ Los códigos abarcan todo tipo de empresas, o se centran en empresas que cotizan en bolsa, bancos, empresas de propiedad estatal o empresas de familia.

Los códigos de mejores prácticas que abordan la resolución efectiva de conflictos de gobierno corporativo pueden:

- Aumentar la conciencia de los riesgos y las consecuencias negativas de los conflictos de gobierno corporativo
- Ampliar el conocimiento de los beneficios de las técnicas de MARC y procesos para prevenir y resolver conflictos de gobierno en las empresas
- Proporcionar orientación sobre la resolución eficaz de conflictos



EJEMPLO

Introducir resolución de conflictos de gobierno corporativo

Brasil: Código de Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo

El Código Brasileño de Mejores Prácticas (4th versión) emitido por el IBGC incluye la siguiente cláusula:

“1.8 La mediación y el arbitraje

En los casos en que una negociación exitosa no puede ser alcanzada entre las partes, los conflictos entre los accionistas y administradores, y entre los administradores y la organización deben ser resueltos, preferentemente a través de la mediación, y, en su defecto, a través del arbitraje. Se recomienda que tales mecanismos se incluyan en los Artículos de Incorporación/Organización, o que se redacte y firme un compromiso entre las partes.”

COMENTARIO

Los códigos de gobierno corporativo son herramientas excelentes para ayudar a incluir las prácticas de resolución de conflictos de gobierno corporativo e impulsar la posterior capacitación para los directores.

FUENTE: IBGC, Code of Best Practices of Corporate Governance, cuarta edición. San Pablo: IBGC, 2010. Disponible en: <http://www.ibgc.org.br/CodeBestPractices.aspx>.

- Fomentar la adopción de políticas corporativas de resolución de conflictos
- Fomentar la formación de directores en resolución de conflictos
- Influir en la legislación y regulación

Los códigos de gobierno corporativo de Sudáfrica y Brasil defienden las mejores prácticas de resolución de conflictos de gobierno corporativo a través de disposiciones específicas. “King III”, la versión revisada del código de Sudáfrica redactada en 2009, establece inequívocamente que los MARC son un componente esencial del buen gobierno corporativo y una herramienta para gestionar y mantener relaciones con los interesados.



PARA VER LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE GOBIERNO CORPORATIVO DE SUDÁFRICA (KING III) RELATIVAS A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, VÉASE EL VOLUMEN 2 ANEXO 12.

Aunque se basa en el principio de “aplique y explique”, las disposiciones del King III se han fortalecido en términos legales por la exigencia de que las empresas que cotizan en la Bolsa de Johannesburgo deben aplicar el código. El Principio 8.6 establece: “La junta debe asegurar que los conflictos se resuelvan de la manera más eficaz, eficiente y expedita posible”. En los párrafos 39 y 40, el código establece: “La junta directiva debe adoptar los procedimientos de resolución formal de conflictos internos y externos”.⁹ ■

APOYAR LA IMPLEMENTACION DE MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO

Los MARC son un concepto relativamente nuevo en muchos países, y su aplicación a los conflictos de gobierno corporativo es aún más novedosa. Proporcionar un marco global es esencial pero no suficiente para integrar el uso de prácticas efectivas de resolución de conflictos de gobierno corporativo.

Incluso si un marco global está instalado, varios obstáculos impiden el uso sistemático de los procesos de MARC — especialmente la mediación — para resolver con eficacia conflictos de gobierno corporativo. Estos incluyen:

- **Conocimiento.** Los MARC y sus beneficios entre los abogados corporativos, las juntas y los accionistas no son bien entendidos.
- **Conciencia.** La mayoría de ejemplos de mediación que la gente cita involucran casos de familia o de vecindad de pequeña cuantía. Las disputas de gobierno corporativo no suelen ser mediadas.
- **Confianza.** Al igual que otros procesos de MARC, la mediación no es considerada tan seria y formal como los procesos judiciales; por lo tanto, la ejecutividad de los acuerdos ha sido cuestionada.
- **Fuerza.** Temas culturales relacionados con “evitar la humillación”, tales como el uso de un método de colaboración, son percibidos a menudo como una “rendición”.
- **Datos.** Las dificultades en proveer resultados afectan la capacidad de las empresas de evaluar de manera objetiva que método a utilizar.
- **Experiencia.** Los mediadores y los servicios establecidos de mediación, pueden no haber manejado conflictos de gobierno corporativo.

Hay muchas alternativas a la introducción de la resolución alternativa de conflictos de gobierno corporativo. En Europa, el aumento en el uso de MARC siguió al crecimiento de la mediación comercial, pero muchos en la comunidad de negocios siguen sin ser conscientes de sus beneficios.

En el Reino Unido, el estudio del Juez Jackson sobre los costos de los litigios demostró que los beneficios de la mediación no son ni muy apreciados ni muy reconocidos.¹⁰ Este estudio indicó que: “La forma más importante

de MARC es la mediación. La razón del énfasis en la mediación es doble. En primer lugar, la mediación llevada a cabo debidamente permite a muchos (pero no todos) conflictos civiles ser resueltos a un costo menor y con mayor satisfacción de las partes que un litigio. En segundo lugar, muchas partes en conflicto no son conscientes de los beneficios que pueden obtenerse a través de la mediación y pueden, por tanto, desestimar esta opción con demasiada facilidad.”¹¹ El Juez recomendó la preparación de un manual autoritativo y poner en marcha iniciativas de educación para maximizar el uso de los MARC.

El apoyo y la participación de políticos, legisladores, reguladores, el Poder Judicial y las instituciones profesionales son esenciales en la implementación e integración de MARC para la resolución de conflictos de gobierno corporativo.

Muchas estrategias pueden utilizarse para llegar a los actores de gobierno corporativo y convencerlos sobre el valor de los MARC. En el corto plazo, estas pueden incluir:

- Los grupos de enfoque dirigidos a los principales interesados
- Asesoramiento a las partes interesadas
- Conferencias y otros eventos para facilitar el diálogo y la creación de redes sociales y coaliciones
- Publicaciones, encuestas y material promocional
- Comunicación directa con las principales partes interesadas (incluyendo reuniones con los legisladores, reguladores, grupos de la industria, abogados, directores, y grupos de accionistas)
- Mayor campaña en medios de comunicación y en relaciones públicas, incluyendo artículos en medios escritos y audiovisuales y el uso de medios de comunicación social relevantes.

Esto implica la identificación de los principales dirigentes, interesados y los posibles socios que ven la necesidad y, actuando como catalizadores, están dispuestos a apoyar la introducción de resolución de conflictos de gobierno corporativo. Estos “agentes de cambio” están por lo general dispuestos a hablar y trabajar hacia el uso generalizado de MARC en los conflictos de gobierno corporativo. Los atributos más importantes que pueden llevar a lograr el cambio son la pasión, convicción y confianza en los otros.¹² “Los verdaderos agentes del

cambio están dispuestos a tomar medidas enérgicas — y aceptar las consecuencias”, escriben el ex presidente y CEO de GE, Jack Welch, y la consultora de gestión, Suzy Welch. “Ellos saben que liderar el cambio puede ser desordenado, con pocas respuestas claras acerca de cómo los acontecimientos se desarrollarán. Ellos entienden que el retroceso acompaña a cualquier iniciativa de cambio y que ellos se llevarán la peor parte, si las cosas van mal... Finalmente, los agentes del cambio tienen algo en ellos que galvaniza a los equipos y convierte a las personas”.¹³

Identificar a los líderes individuales o “defensores de MARC” es particularmente importante. Es probable que tengan una combinación de estos atributos:

- Conexiones políticas
- Capacidad para facilitar el cambio
- Buen conocimiento del poder judicial, los MARC, y sus beneficios
- Apoyo y aceptación como líderes comunitarios y de negocios

Este liderazgo fue evidente en Sudáfrica, donde el uso de MARC fue apoyado y promovido por la IoDSA y líderes destacados en gobierno corporativo como el profesor Mervyn E. King a través de los influyentes informes King.

Generar sensibilización

Hasta que los enfoques de resolución alternativa de conflictos de gobierno corporativo estén plenamente integrados en las prácticas locales, es necesario comunicar continuamente el caso de negocios de los MARC. Hacerlo, permitirá a las juntas, los accionistas y otros interesados a aprovechar el proceso existente de MARC y aplicar técnicas eficaces de resolución de conflictos.



PARA EXAMINAR CÓMO LOS PROCESOS Y TÉCNICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PUEDEN AYUDAR A RESOLVER CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 3.

Las estrategias de comunicación bien diseñadas contribuyen a la implementación exitosa de un buen marco de resolución de conflictos de gobierno corporativo. Estas estrategias deben centrarse en:

- Aumentar el conocimiento de los MARC y comunicar los beneficios de estos enfoques sobre conflictos de gobierno corporativo.
- Fortalecer el compromiso con los MARC de legisladores, jueces, abogados y líderes de negocios que han abordado con éxito los
- Mostrar historias de éxito. Las historias de éxito son particularmente útiles en la ampliación de la conciencia y aceptación de los MARC. Por lo general, el interés en los MARC surge cuando un determinado conflicto toma demasiado tiempo para ser resuelto, no se resuelve, o encuentra obstáculos costosos y aparentemente insuperables relacionados con los tribunales. Esto crea



ENFOQUE

Apoyar la introducción de mecanismos de resolución alternativa de conflictos de gobierno corporativo

Los siguientes interesados son fundamentales para incrementar la sensibilización y construir apoyo para la utilización de MARC de gobierno corporativo:

- ▶ Ministerio de Justicia
- ▶ Jueces y tribunales comerciales
- ▶ Reguladores y bolsas de valores
- ▶ Asociaciones de directores
- ▶ Cámaras de comercio y otros negocios y organizaciones
- ▶ Inversores institucionales y asociaciones de accionistas
- ▶ Colegios de abogados y otros juristas
- ▶ ONG y organizaciones internacionales
- ▶ Árbitros y mediadores (o asociaciones de arbitraje y mediación)

FUENTE: Adaptado de Lukasz Rozdeiczer y Alejandro Alvarez de la Campa, *Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation*. Washington, DC: IFC, 2006. Disponible en: <http://rru.worldbank.org/Toolkits/AlternativeDisputeResolution/>.



¿Por qué dedicar atención a los métodos alternativos de resolución de conflictos de gobierno corporativo?

PARTES CLAVES INTERESADAS EN MARC	INTERÉS EN Y MENSAJES RELACIONADOS CON MARC
Legisladores y reguladores	Los legisladores y los reguladores tratan de establecer y mantener mercados que funcionen bien, proporcionando un marco jurídico adecuado para garantizar la correcta aplicación de la ley, la protección de los derechos de los inversores, y la resolución oportuna de problemas. Los MARC proporcionarán un mejor acceso a la justicia y mejorarán el clima de negocios.
Sistema judicial y jueces	La resolución extrajudicial de los litigios se limita a la jurisdicción del tribunal. Los sistemas judiciales pueden ser lentos y engorrosos, o abrumados por su carga de trabajo. Los tribunales no siempre tienen suficiente personal y conocimientos para tratar con conflictos complejos de gobierno corporativo. Los jueces podrán beneficiarse de una reducción de la carga de trabajo y de la mejorada eficiencia de los tribunales.
Abogados y asesores	Ellos estarán preocupados por el impacto de los MARC en sus prácticas. Los abogados pueden llegar a ser conciliadores con la formación adecuada y guiar a sus clientes hacia una resolución de conflictos más eficaz. Esta es una oportunidad para crear un nuevo nicho de mercado.
Asociación de directores	Establecer estándares profesionales y guiar a los directores en el ejercicio de sus funciones. La resolución efectiva de conflictos es parte de las buenas prácticas de gobierno corporativo.
Centros de mediación	Los conflictos de gobierno corporativo socavan la confianza en la empresa, dañando potencialmente su posición competitiva y el precio de la acción. Tales conflictos pueden poner en peligro la capacidad de la empresa para atraer capitales, al disuadir a los inversores, afectando la capacidad de crecer y prosperar. Los recursos legales normales son costosos, lentos, no son fácilmente accesibles para los pequeños accionistas, y sus resultados tienen efectos limitados a una jurisdicción en particular. Con la correspondiente formación en el campo del gobierno corporativo, los mediadores pueden extender su práctica a la resolución de conflictos de gobierno corporativo.
Medios de comunicación	Los medios de comunicación son especialmente importantes, ya que informan a una amplia comunidad de líderes de gobierno, jefes de empresa, interesados, y formadores de opinión como los profesores universitarios. Los medios de comunicación pueden ayudar a crear conciencia sobre formas alternativas para resolver mejor los conflictos de gobierno corporativo.

FUENTE: Adaptado de Lukasz Rozdeiczer y Alejandro Alvarez de la Campa, *Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation*. Washington, DC: IFC, 2006. Disponible en: http://rru.worldbank.org/Documents/Toolkits/adrladr_fulltoolkit.pdf.

un sentido de urgencia de “hacer algo”, a medida que los costos de la prolongada disputa se acrecientan — ¿pero, qué? Aquellos que han identificado la necesidad de establecer un plan para gestionar conflictos internos y externos de gobierno corporativo, o reducir la acumulación de asuntos pendientes en los tribunales, invariablemente compartirán sus puntos de vista. Para motivar a los interesados, son necesarios argumentos concisos, bien preparados y pertinentes para demostrar el caso de negocios para los MARC.

- Cambiar las perspectivas culturales y crear incentivos de reputación para el uso de una resolución efectiva de conflictos de gobierno corporativo. Aplicar los procesos y las técnicas de MARC en lugar de llevar los casos

a los tribunales debe ser percibido como un signo de fortaleza y no de debilidad.

- Publicitar la disponibilidad de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo para proporcionar capacitación, asesoría, y otras asistencias en la resolución de conflictos.

El éxito de los MARC debe ser demostrado, asegurando que cualquier defecto sistémico sea identificado y rectificado. Para facilitar este proceso de monitoreo, deben desarrollarse medidas de evaluación. Monitorear la evaluación, y un programa de mejora continuo ayudará a integrar los MARC en el entorno local y determinará las iniciativas para la mejora continua en su uso.



CITA

La reputación de la empresa actúa como un incentivo para que las partes honren los resultados de los MARC

“En Argentina, Colombia y Perú, cualquier empresa que no remita un conflicto a arbitraje después de acceder a hacerlo o se niega a cumplir un laudo — pasa a ser conocida rápidamente como un socio comercial no fiable. Así, la preocupación de una empresa por su reputación constituye un poderoso incentivo para participar en la resolución alternativa de conflictos y respetar el resultado”.

BLOG ADR CENTER INDIA

FUENTE: Blog ADR Center India, post del 11 de agosto de 2009 “Common drawbacks”. Disponible en: <http://cppradr.blogspot.com/search?updated-max=2009-10-20T17%3A17%3A00%2B05%3A30&max-results=7>.



EJEMPLO

Sensibilización

Tonga: mejorar la sensibilización sobre la mediación

En la isla nación-estado de Tonga, los MARC y la mediación eran conceptos poco conocidos en el año 2007. Un programa dirigido por el Presidente del Tribunal Supremo Anthony Ford — con la asistencia de la IFC y la LEADR (una organización australiana sin fin de lucro que promueve los enfoques de MARC, según sus siglas en inglés) — ayudó a ampliar y profundizar el conocimiento de MARC. “Emisiones de radio y shows de entrevistas sobre la mediación fundadas por la IFC. ... La IFC [también] financió capacitaciones de mediadores en Samoa para tres habitantes de Tonga... A partir de junio del 2008, “10 casos civiles han sido referidos a la mediación, ocho de los cuales fueron resueltos con éxito. Cada uno habría tardado de tres a cinco años si hubiese ido a una audiencia en la corte.”

COMENTARIO

Un programa apoyado por los tribunales con apoyo externo muestra cómo los usos creativos de los medios de comunicación y otras iniciativas sensibilizan eficientemente sobre los MARC.

FUENTE: K. Stingemore, IFC Works With Tonga, a ‘Doing Business’ Top Performer, to Improve Mediation Awareness, Washington, D.C.: IFC, 2008. Disponible en: [http://www.ifc.org/ifcext/pacifiedf.nsf/AttachmentsByTitle/PQFY08Qtr2/\\$FILE/Pacific+Quarterly_Second+Qrt+FY08.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/pacifiedf.nsf/AttachmentsByTitle/PQFY08Qtr2/$FILE/Pacific+Quarterly_Second+Qrt+FY08.pdf).

La constante recopilación y difusión de datos sobre los éxitos de los MARC para resolución de conflictos de gobierno corporativo en el ámbito local es importante. Datos valiosos incluirían los registros de casos de conflictos de gobierno corporativo, información sobre la reducción en la acumulación de asuntos pendientes en el Poder Judicial, el tiempo necesario para la resolución del conflicto, los costos y los niveles de satisfacción de las partes con los MARC.

En su libro fundamental *Liderar el cambio*, el profesor de la Universidad de Harvard John Kotter describe cómo el éxito en la implementación del cambio depende de convencer a tres cuartas partes de los principales interesados.¹⁴ Esto toma tiempo y esfuerzo y tiene sólo un 30 por ciento de posibilidades de éxito. Un cambio exitoso tiende a seguir un proceso de ocho pasos: establecer un sentido de urgencia, formar una poderosa coalición orientadora; crear una visión, comunicar esa visión; capacitar a los demás para que actúen sobre la base de la visión; planear y crear metas a corto plazo; consolidar las mejoras, generando al mismo tiempo impulso para el cambio; e institucionalizar los nuevos enfoques. “Hasta que los nuevos comportamientos echen raíces en las normas sociales y en valores compartidos, son objeto de degradación tan pronto como la presión para el cambio sea eliminada”, advierte.



CITA

La incorporación de prácticas de mediación

“Al principio, la mediación era vista con algún escepticismo — especialmente por los clientes que podrían no ver cómo se tendría éxito donde las tradicionales negociaciones habían fracasado. Ahora los clientes aprecian los beneficios que un mediador neutral puede traer, aunque algunos siguen siendo escépticos — pero la presión de los tribunales ingleses asegura que se involucren en MARC en cualquier caso.”

JOSEPH TIRADO

JEFE DE ARBITRAJE Y MARC, NORTON ROSE LLP

SOURCE: Encuesta del Foro del 2008 sobre mediación en conflictos de gobierno corporativo.

Los consultores administrativos de McKinsey, Carolyn Aiken y Scott Keller, advierten que “los líderes influyentes no son una panacea para hacer realidad el cambio”. En su opinión, “el éxito no depende tanto de lo persuasivo que sea un grupo selecto de líderes, como de cuán receptiva es la ‘sociedad’ hacia la idea. En la práctica, a menudo son los miembros inesperados de puestos más bajos quienes sienten la obligación de tomar el mando y hacer una diferencia en el impulso de cambio. Es por eso que aconsejamos no sobre-invertir en líderes influyentes...”¹⁵ Igualmente importante para el proceso de reforma son los propietarios, un punto subrayado por el investigador de la Universidad de Columbia, Shanta Sukhu. El proceso debe reforzar la percepción de que todos los participantes “están muy involucrados en el proceso — desde qué se debe cambiar hasta la manera de hacerlo, y hasta cómo va a ser medido — el cambio es no se impone.”¹⁶ Un mecanismo de opción de compra temprana para los interesados, junto a su sentido de propiedad personal, como señala Kotter, es lo que más importa.



ENFOQUE

Gestión del cambio

Los consultores administrativos Emily Lawson y Colin Price sugieren cuatro condiciones básicas que son necesarias para cambiar el comportamiento:

- ▶ **Argumento convincente:** hay un punto detrás del cambio con el cual los interesados están de acuerdo
- ▶ **Modelos a seguir:** el CEO y sus colegas se comportan de acuerdo con el sentido del cambio
- ▶ **Reforzar los mecanismos:** los sistemas, procesos, e incentivos deben estar alineados con el nuevo comportamiento
- ▶ **Construcción de capacidades:** se requiere el desarrollo de habilidades para realizar los cambios deseados

FUENTE: Emily Lawson y Colin Price, “The Psychology of Change Management”. McKinsey Quarterly, junio del 2003. Disponible en: mckinseyquarterly.com.

En cada vez más países, existe política jurídica explícita que alienta a las partes a negociar o mediar en sus diferencias con efecto considerable, como el comentario (en un recuadro adjunto) de un experimentado abogado del Reino Unido ilustra.

La investigación ha demostrado que la mayoría de la gente aprende sobre todo del ejemplo dado por otros que son más innovadores, pero que también forman parte de la misma comunidad laboral y que, por lo demás, son muy similares. Los proveedores de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo — asociaciones de directores, cámaras de comercio, firmas de derecho corporativo y consultores — desempeñan un papel central en la defensa efectiva de la resolución de conflictos fuera de los tribunales.

El IoDSA, por ejemplo, al recomendar a sus miembros el uso de la mediación para resolver conflictos, claramente cree que ello es una parte de los deberes de sus miembros y directores. Esto tiene el efecto de colocar el peso de un organismo reconocido detrás de una afirmación fuerte. Empresas de todos los tamaños en Sudáfrica están acostumbradas a recibir directivas acerca de políticas por parte de la IoDSA. Esto hace que la responsabilidad de considerar la mediación como mecanismo de solución de disputas no sea meramente vaga y completamente librada a la voluntad de cada empresa, sino, por el contrario, una responsabilidad profesional de cada director



CITA

Apoyar la resolución efectiva de conflictos de gobierno corporativo

“Un director tiene la obligación de actuar en el mejor interés de la empresa. La mediación evitará retrasos innecesarios, eliminará largos períodos de incertidumbre y reducirá sustancialmente los costos, lo que claramente sería en el mejor interés de la compañía. En caso de que la negociación entre las partes falle, el IoD cree que cada director tiene el deber hacia su compañía de considerar la mediación como el próximo paso lógico hacia la resolución de conflictos.”

INSTITUTO DE DIRECTORES DE SUDÁFRICA

FUENTE: “Director’s Duty” especificación redactada por el IoDSA. Disponible en: www.iodsa.co.za/products_services.asp?CatID=24.

individualmente. De este modo, el IoDSA ha elevado el perfil de la mediación y le ha dado un nuevo impulso.

Las cámaras de comercio pueden ser influyentes también en el desarrollo de políticas, mediante la creación de un entorno en el que las empresas puedan prosperar. En todo el mundo, han ayudado a establecer centros de facilitación de MARC o de mediación. Por ejemplo, en Colombia, las cámaras de comercio de Bogotá y Medellín han establecido por separado centros de arbitraje y mediación. Estos centros han demostrado tener éxito en proveer servicios de resolución de conflictos no basados en litigio.



PARA REVISAR EL PAPEL Y LOS SERVICIOS DE LOS PROVEEDORES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 3.

Muchos conflictos de gobierno corporativo incluyen otros tipos de interesados?, además de los directores. De este modo, un enfoque paralelo en la búsqueda de, y trabajo con, con las contrapartes como los inversores institucionales y asociaciones de accionistas es igualmente importante.

La generación de apoyo y confianza en los MARC a largo plazo requiere el desarrollo de capacitación y otros programas de educación. Estos esfuerzos deben abordar temas tales como: “¿Qué es la mediación?” “¿Por qué mediar?” “¿Cuáles son los beneficios de la mediación?” “¿Cómo pueden los MARC referirse a un deber de actuar en el mejor interés de la empresa?” El desarrollo de estudios de casos ejemplares centrado en los conflictos de gobierno corporativo y en los procedimientos de resolución de conflictos — su nivel de éxito y satisfacción — son particularmente relevantes para estas discusiones.



PARA REVISAR MATERIALES MODELO DE CAPACITACIÓN EN RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO VÉASE EL VOLUMEN 3, MÓDULOS 2 Y 3.

Fomentar la mediación anexa a los tribunales

Los tribunales también están fomentando los procedimientos de MARC como una parte integral del sistema judicial. Los jueces están preocupados por el número de casos acumulados, lo que socava la calidad de las deliberaciones judiciales dejando que todas las partes se sientan mal atendidas.

En una amplia gama de países, la mediación anexa a los tribunales ha sido efectivamente utilizada para la pronta resolución de los conflictos, incluso en el ámbito del gobierno corporativo.



Utilizando la resolución alternativa de conflictos de gobierno corporativo

Uganda: mediación anexa a los tribunales

Basado en un estudio clave sobre el impacto de MARC en el Cuerno de África y en las observaciones propias del Juez Geoffrey W.M. Kiryabwire, la introducción de MARC en Uganda y, en particular, la mediación para los conflictos de gobierno corporativo ha sido un éxito y ha sido emulada en varios países africanos.

“La Constitución de 1995 puso la piedra angular para los MARC en Uganda, promoviendo la reconciliación en todos los asuntos manejados por el poder judicial”, escribe Kiryabwire. “Ordena a los jueces a acelerar el proceso y resolver los conflictos basándose en las cuestiones de fondo y no en tecnicismos. La Ley de Arbitraje y Conciliación del 2000 describió nuevos poderes judiciales para remitir los casos a mediación... Poco después pusieron a prueba un sistema de mediación mediante el cual todos los casos presentados en la Corte Comercial [incluidos los casos de gobierno corporativo] eran referidos con carácter obligatorio a un centro de arbitraje y resolución de conflictos (CADER, según sus siglas en inglés) sin costo alguno para las partes. A finales de 2005, la Corte Comercial resolvía un 60% más de casos que en 2001; el piloto es considerado un éxito tan grande que se ha extendido a las otras divisiones de la Corte Suprema.”

La acumulación de casos pendientes era un problema serio, particularmente en la Corte Comercial. En 2008, sólo había cuatro jueces disponibles en dicha corte. “[E]n 2007, se registró un promedio de 1.742 casos asignados por juez, todos los cuales trabajan sin secretarios u otro personal de apoyo que se encuentran normalmente en los sistemas legales occidentales, de acuerdo con Kiryabwire.

“La tendencia general en Uganda ha sido, a través de los años, litigar los conflictos esperando conseguir una decisión legal vinculante. En 2003, Uganda inició un proyecto piloto en la Corte Comercial para poner a prueba la eficacia de la remisión de algunos casos a mediación obligatoria. Los casos fueron remitidos al CADER, que utiliza recientes graduados en derecho como mediadores. Las decisiones tomadas se hicieron legalmente vinculantes por órdenes de la corte.

Los pasos de Uganda hacia la mediación anexa a los tribunales (en resumen) son:

1. Crear un conjunto de reglas para que la mediación funcione dentro del sistema judicial. Esto se hizo mediante la modificación de las Reglas de Procedimiento Civil en 1998, añadiendo una nueva regla sobre “Programación de audiencias y resolución alternativa de conflictos”.
2. Crear conciencia de las nuevas normas y los beneficios de los MARC.
3. Establecer un proyecto piloto. Los donantes internacionales financiaron el proyecto bienal en Uganda.
4. Evaluar el éxito del proyecto y difundir información sobre su éxito/fracaso.
5. Garantizar una formación general en el área de la mediación y la disponibilidad de mediadores competentes.

COMENTARIO

Uganda ilustra los numerosos interesados involucrados en la ejecución de los procedimientos de MARC y en asegurar su éxito, a partir de una disposición constitucional.

FUENTES: A. Greco, “ADR and a Smile: Neocolonialism and the West’s newest Export in Africa.” 2009. Disponible en: http://works.bepress.com/cgij/viewcontentcgij?article=1000&content=anthony_greco. Juez Geoffrey W. M. Kiryabwire, “Mediation of Corporate Governance Disputes Through Court-Annexed Mediation — A Case Study from Uganda.” Disponible en: www.ifc.org. El artículo esboza los pasos mediante los cuales Uganda introdujo la mediación anexa a los tribunales como parte del proceso legal.

B. Brainch, “Justice Sector Reform in Sub-Saharan Africa — Commercial ADR.” 2006. Disponible en: www.disputeresolutionkenya.org/pdf/Commercial%20ADR.pdf.

Un programa judicial de mediación puede tener su base en el propio tribunal o funcionar mediante la remisión del caso a programas de MARC externos dirigidos por asociaciones de abogados, grupos sin fines de lucro, otros tribunales locales, o proveedores privados de MARC. Algunos tribunales requieren que las partes utilicen la mediación en lo que se conocen como programas de mediación obligatoria. El propósito de las sesiones de mediación es el mismo, sea que las partes hayan accedido a ellas de manera voluntaria u obligatoria. El mediador del tribunal puede ser un abogado capacitado en mediación

y remunerado por las partes, o trabajar como voluntario. Los jueces de primera instancia, los jueces superiores, o los profesionales en MARC de los tribunales también se desempeñan como mediadores en algunos programas de los tribunales.¹⁷ La mediación anexa a los tribunales puede ser voluntaria u obligatoria y puede ser iniciada antes de, o durante, los procedimientos ante el tribunal.

En Alemania, los MARC anexos a los tribunales fueron introducidos para el litigio civil por la legislación con la introducción de la Sección 15ª al Código Introductorio



PRÁCTICA

Consideraciones prácticas para la conciliación anexa a los tribunales

Vichai Ariyanontaka, un juez de la Corte Central de Propiedad Intelectual y de Comercio Internacional de Tailandia, ofrece algunos consejos prácticos:

- ▶ La conciliación se lleva a cabo en una sala de conferencias, no en el tribunal. Se prescinde de las formalidades. El secreto se hace cumplir. El público y la prensa tienen prohibido presenciar el procedimiento de conciliación.
- ▶ Se hace un acuerdo de confidencialidad. Se agrega una cláusula “sin perjuicio” para facilitar la creación de opciones para el compromiso.
- ▶ Aunque la ley permite la conciliación sin abogados, en la práctica el conciliador nunca desalienta la presencia de un abogado. Si intenta hacerlo, es probable que tenga un efecto adverso en la confianza de las partes hacia el conciliador. La decisión de excluir a un abogado debe provenir de una de las partes. El conciliador debe decir que los abogados son bienvenidos.
- ▶ Las reuniones privadas con cada una de las partes por separado son útiles a veces para diluir algunas de las demandas poco razonables o para aumentar algunas de las ofertas más razonables. Aunque la ley permite el uso de estas reuniones, lo mejor es primero obtener el consentimiento de las partes.
- ▶ Un ambiente de trabajo conjunto para resolver el problema es quizás el mejor entorno para crear en la conciliación. Las partes son invitadas a presentar opciones para resolver el conflicto. Cada opción atiende a los intereses mutuos de las partes. El conciliador debe ser sensible a las necesidades e intereses legítimos de cada parte.
- ▶ El conciliador debe tener cuidado acerca de la objetividad y la neutralidad. En lugar de hacer una declaración afirmativa, hacer preguntas es más “políticamente correcto” y puede lograr el mismo resultado.
- ▶ Refrescos, cafés, un (buen) almuerzo de trabajo o incluso un par de chistes del día ayudan a la atmósfera en una negociación. Los milagros a veces ocurren en estos períodos de receso.
- ▶ Es discutible si es aconsejable obligar a una parte a comparecer en la conciliación bajo la amenaza de presentar cargos de desacato de órdenes del tribunal. Este dispositivo se utiliza a veces en las demandas de los consumidores en la cual el demandado es una corporación.
- ▶ En virtud de una reciente enmienda del Código de Procedimiento Civil, la conciliación es obligatoria en los conflictos de menor cuantía.

FUENTE: Vichai Ariyanontaka, “Court-Annexed ADR in Thailand: A New Challenge”. Este artículo fue presentado en la 7ma Conferencia Internacional de Resolución Alternativa de Conflictos de la LEADR, 27 al 29 de julio del 2000. Disponible en: <http://asialaw.tripod.com/articles/adr.htm>.



EJEMPLO

Mediación de conflictos entre accionistas Hong Kong: la directriz práctica

En 2010, el Presidente del Tribunal Supremo de Hong Kong publicó un directriz práctica para la aplicación de la Ordenanza de Empresas de Hong Kong, que prevé la mediación voluntaria en casos de accionistas. Cuando las demandas son conflictos puramente entre los accionistas, que no afectan a los intereses del conjunto de los acreedores de la empresa involucrada ni al interés público, el tribunal insta a las partes a considerar el uso de la mediación como un medio adicional posible para resolver sus diferencias de manera más económica y expedita. En cualquier etapa de la demanda, si una parte desea intentar la mediación, esto puede ser iniciado por una notificación (“aviso de mediación”) a la otra parte o partes, invitándolos a aceptar la mediación. Bajo la directriz práctica, cuando un aviso de mediación ha sido notificado, un rechazo irrazonable o la falta de intento de mediación pueden exponer a una parte a una resolución adversa en cuanto a la imposición de las costas del litigio. El hecho de que una parte haya actuado o no de forma irrazonable será determinado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en particular.

COMENTARIO

El juez más importante de Hong Kong advierte el valor de la mediación para los conflictos entre accionistas. Cuando una parte notifica al tribunal que busca la mediación, las demás partes podrán ser sancionadas si sus motivos para negarse son irrazonables.

FUENTE: Directriz práctica 3.3 sobre mediación voluntaria en demandas presentadas bajo las secciones 168A y 177(1)(f) de la Ordenanza de Empresas, Cap. 32. (Enero del 2010). Citado en: Law Reform Commission (Ireland), Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation. Noviembre del 2010. Disponible en: http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/r98ADR.pdf.

Alemania para el Código de Procedimiento Civil y la Sección 278 del Código Alemán de Procedimiento Civil. Desde 2005, Finlandia ha permitido la mediación anexa a los tribunales a través de su “Ley sobre Mediación Anexa a los Tribunales”. Indonesia es otro ejemplo de un país que aplica la mediación anexa a los tribunales a través de lo decidido en 2003 en el fallo de su Tribunal Supremo No.2/2003 sobre mediación anexa a los tribunales.

La mediación anexa a los tribunales ha sido también introducida exitosamente en países asiáticos y africanos para la temprana resolución de conflictos.

En la India, el arbitraje y la mediación han sido durante mucho tiempo opciones legales, pero fueron poco utilizadas hasta hace poco. El 25 de noviembre de 2009, en un renovado esfuerzo para promover los MARC dentro del país, el Presidente del Tribunal Supremo abrió en Nueva Delhi el primer centro arbitral anexo a los tribunales. El Centro Arbitral del Tribunal Superior de Delhi (el Centro) es autónomo, con representantes del poder judicial, la asociación de abogados y el gobierno como parte de su estructura de gobierno. Este desarrollo replica el establecimiento de centros de mediación similares en los tribunales de distrito de Nueva Delhi en 2005. Los centros de mediación han manejado cerca de 23.631 casos desde febrero del 2010 con una tasa éxito de alrededor del 72%.¹⁸

Uganda ilustra el punto de que hay muchas formas de introducir mecanismos de MARC en un entorno legal existente, lo que lleva a la conclusión del juez Kiryabwire de que “la experiencia en Uganda mostrará que la mediación anexa a los tribunales puede funcionar en la resolución de los conflictos de gobierno corporativo”.¹⁹

Junto con la regulación administrativa, la mediación anexa a los tribunales es tal vez el enfoque más eficaz para racionalizar el uso de los procesos de MARC para la resolución de conflictos externos de gobierno corporativo ya que proporciona un marco institucional y el nivel de confort requerido por los accionistas y otras partes en estos conflictos. ■

Notas Finales

- 1 World Bank, *Doing Business 2010: Reforming Through Difficult Times*, Washington, D.C.: World Bank Group, 2010. Disponible en: <http://www.doingbusiness.org/features/Highlights2010.aspx>.
- 2 *Ibid.*
- 3 World Bank, "Topic Brief on Alternative Dispute Resolution." Disponible en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTINST/0,,contentMDK:20755904-menuPK:2035565-pagePK:210058-piPK:210062-theSitePK:1974062,00.htm>.
- 4 Véase, por ejemplo: Nadja Alexander, *Global Trends in Mediation*. Leiden, The Netherlands: Kluwer Law International, 2006.
- 5 J.J. Spigelman, Presidente del Corte Suprema de la Nueva Gales del Sur, "Mandatory Mediation." Discurso, noviembre del 2000.
- 6 *Ibid.*
- 7 Una directiva es un acto legislativo de la Unión Europea, que requiere que los estados miembro alcancen un resultado particular sin especificar los medios por los cuales deben hacerlo. Se distinguen de las regulaciones, que son auto ejetorias. Las directivas normalmente dejan a los estados miembro algún margen de maniobra en cuanto a las reglas exactas que deben ser adoptadas.
- 8 Paul Coombes y Simon Chiu-Yin Wong, "Why Codes of Governance Work." *McKinsey Quarterly*. Mayo del 2004. Disponible en: https://www.mckinseyquarterly.com/Why_codes_of_governance_work_1416.
- 9 Institute of Directors of South Africa (IoDSA), *King Report on Governance for South Africa y King Code of Governance Principles (King III)*. Copyright 2009. Usado bajo permiso. Disponible en: <http://african.ipapercms.dk/IOD/KINGIII/kingiiiireport/>.
- 10 El Lord Juez Jackson fue designado para llevar a cabo una revisión fundamental de las reglas y los principios que gobiernan los costos en el litigio civil. Su objetivo era hacer recomendaciones "con la finalidad de promover el acceso a la justicia con costos proporcionales." *El Review of Civil Litigation Costs* fue finalizado en diciembre del 2009. Disponible en: http://www.judiciary.gov.uk/about_judiciary/cost-review/jan2010/final-report-140110.pdf.
- 11 *Ibid.*
- 12 Rosabeth Moss Kanter, "The Enduring Skills of Change Leaders." *Leader to Leader* (Verano 1999). Disponible en: <http://www.pfd.org/leaderbooks/l2l/summer99/kanter.html>.
- 13 Jack y Suzy Welch, "What Change Agents Are Made Of." *Business Week*, 9 de octubre, 2008. Disponible en: http://www.businessweek.com/magazine/content/08_42/b4104096917161.htm.
- 14 John Kotter, *Leading Change*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- 15 Carolyn Aiken y Scott Keller, "The Irrational Side of Change Management," *McKinsey Quarterly*, abril de 2009. Disponible en: www.mckinseyquarterly.com.
- 16 *Ibid.*
- 17 CPR Institute for Dispute Resolution. Disponible en: http://www.ilr.cornell.edu/alliance/resources/basics/court_annexed_mediation.html.
- 18 Alexander Oddy, Sonya Leydecker, Anthony Monaghan, Mike McClure, and Anita Phillips, "Court-Annexed Arbitration and Mediation in India." 25 de febrero, 2010. Disponible en: www.lexology.com/library/detail.aspx?g=75b174e4-b97f-43e2-84f7-9919e6415129.
- 19 Juez Geoffrey W. M. Kiryabwire, "Mediation of Corporate Governance Disputes Through Court Annexed Mediation — A Case Study from Uganda." Disponible en: www.ifc.org. El artículo esboza los pasos mediante los cuales Uganda introdujo la mediación anexa a los tribunales como parte del proceso legal.



Aunque los conflictos de la sala de juntas son generalmente manejados por detrás a puertas cerradas, mientras que las disputas de accionistas se pelean en los tribunales, las empresas buscan cada vez más, terceros con conocimientos para prevenir y resolver las controversias que pueden poner en peligro su desempeño, reputación y resultados.

Con base en sus necesidades y problemas, en especial si los consejos lo desean, pueden buscar:

- Formación en habilidades de resolución de conflictos
- Asesoramiento sobre el uso de procesos de MARC y la aplicación de la solución alternativa de conflictos en gobierno corporativo
- Mediación de conflictos de gobierno corporativo
- La facilitación de los retiros bordo y reuniones con los interesados.

Sin embargo, ¿quién puede recurrir a una tabla cuando está en desarrollo eficaz resolución de conflictos, que buscan mejorar su disputa habilidades para la resolución, la búsqueda de un facilitador para retiros de su estrategia, o que necesitan ayuda para resolver un conflicto?

A pesar de gobierno corporativo de servicios de resolución de conflictos son en su infancia, la demanda va en aumento. Una variedad de establecer organizaciones, las empresas, las prácticas de consultoría y académico las instituciones están considerando la posibilidad o la oferta de servicios que pueden ayudar las empresas a mitigar los riesgos y el impacto negativo de las empresas gobierno disputas. Cada tipo de proveedor de solución de controversias ofrece una gama única de conocimientos, capacidades, experiencias y autoridad.

ESTE MÓDULO REVIS

- Los diferentes tipos de resolución de controversias de gobierno corporativo servicios
- Fortalezas y debilidades de la disputa de gobierno corporativo proveedores de resolución
- Introducción y comercialización de conflicto de gobierno corporativo resolución de los servicios

MÓDULO 3

¿QUIÉN PUEDE PROVEER SERVICIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO?

Las juntas deben estar preparadas para prevenir y manejar disputas internas y externas de gobierno corporativo de la manera más eficaz posible minimizando el daño a la empresa y sus interesados. Sea que estén revisando sus políticas de resolución de conflictos, buscando entrenamiento en resolución de conflictos para sí mismos y la alta gerencia, tratando de evitar los conflictos potenciales antes de tomar una importante decisión estratégica, o efectivamente abordando una disputa, los directores pueden necesitar recurrir a un experto externo en resolución de conflictos de gobierno corporativo.

BUSCAR UN TERCERO EXPERTO EN RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Buscar un tercero experto en resolución de conflictos de gobierno corporativo puede proporcionar los siguientes beneficios:

- *Reforzar la credibilidad de la junta, al demostrar compromiso con una resolución justa y rápida.* Mediante la contratación de un experto en MARC, la junta envía una señal fuerte de que quiere tener

las destrezas y conocimiento adecuados y estar bien informada respecto a los métodos utilizados para asegurar una resolución ejecutable, justa y rápida. La junta directiva también demuestra que tiene una postura abierta y flexible acerca de la forma en que la disputa debe ser afrontada.

- *Evaluar las políticas, las prácticas y los procedimientos existentes.* Sugerir las reformas necesarias. Un asesor externo puede revisar los enfoques existentes para la resolución de controversias, compararlos con las mejores prácticas, y sugerir cambios. Estas recomendaciones estarán basadas tanto en una evaluación independiente como en las experiencias que el experto en MARC ha tenido al colaborar en otros casos en la implementación de mejoras en las políticas, prácticas y procedimientos para la resolución de conflictos. Basando su asesoramiento en las “lecciones aprendidas”, los expertos en MARC brindan apoyo a los directores escépticos o mal informados. Los directores pueden temer que estas iniciativas “experimentales” desperdicien recursos y los distraigan innecesariamente. Pueden temer también que las partes se vuelvan más reacias a un acuerdo a medida que sus frustraciones se intensifican mientras más tiempo permanece irresuelto el conflicto. De este modo, lograr que los directores acepten y apoyen los enfoques de MARC mucho antes de que estalle un conflicto ayuda a acelerar su proceso cuando finalmente es utilizado y a promover un resultado mutuamente justo.

- *Explique los enfoques de MARC: sus fortalezas y debilidades.* Los MARC no son tan ampliamente entendidos por los directores y la alta gerencia como lo son los procesos judiciales. Dado el uso generalizado de enfoques similares en las sociedades tradicionales, puede haber confusión en diferenciar las técnicas modernas de las prácticas de larga data tales como las de, por ejemplo, los ancianos tribales. Un tercero podría ayudar a responder las preguntas y acelerar el proceso de aprendizaje de los directores y de la alta gerencia a través de entrenamiento especializado. Todas las partes en la controversia deben comprender las condiciones, los procesos y los mecanismos de ejecución de los MARC, y sus derechos y responsabilidades.



CITA

Sincronización

“No hay un momento concreto en el que un caso puede, o debe, ser sometido a MARC. Puede ocurrir cuando las negociaciones han llegado a un punto muerto, o en cualquier momento antes o durante el litigio o arbitraje hasta, e incluyendo, el juicio. Los beneficios, particularmente en términos de costos, son, obviamente, mayores mientras más pronto se somete el caso a un MARC”.

HOGAN LOVELLS LLP
RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

FUENTE: Hogan Lovells LLP. Disponible en: http://www.hoganlovells.com/files/Publication/dfe782b0-2cee-4480-8ecf-548b287d0cd6/Presentation/PublicationAttachment/be8b2a76-54fa-48f1-86ca-581b0ba6975a/Alternative_Dispute_Resolution.pdf.

- **Lograr un consenso entre los directores.** Los directores pueden estar en desacuerdo respecto a la utilización de MARC o los términos del acuerdo de resolución del conflicto, dejando a la junta paralizada por la inacción. Un tercero puede ayudar a encontrar consenso orientando la discusión de los directores, aclarando malentendidos, compartiendo casos que ilustran cómo otras juntas se enfrentaron a los mismos problemas, o trabajando activamente para negociar un acuerdo entre los directores enfrentados.



PARA REVISAR LOS BENEFICIOS DE LOS PROCESOS Y TÉCNICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 3.

- **Facilitar el diálogo entre las partes en disputa.** Un tercero neutral suele tener un acercamiento más fácil a las partes si es percibido, en primer lugar, como alguien sin preferencias hacia cualquiera de los puntos de vista de las partes y, en segundo lugar, como alguien libre de lealtades personales para con la junta, la empresa, u otras partes interesadas. En el contrato, el tercero por lo general da fe de estar libre de conflictos de interés o revela este tipo de conflictos (actuales y potenciales) para que la junta pueda determinar si el individuo debe ser descalificado. La capacidad del tercero para mantener la confianza es especialmente importante, en primer lugar, para comprometer a las partes en el proceso de MARC y, en segundo lugar, para encontrar una resolución en lugar de seguir encerrados en un callejón sin salida cada vez más hostil. La confianza implica la adhesión estricta a los términos de confidencialidad, los cuales deben ser cuidadosamente delineados en el contrato firmado por la junta directiva y el proveedor de servicios de MARC.
- **Definir y acortar el alcance del conflicto.** Los desacuerdos pueden resolverse con mayor rapidez si las cuestiones secundarias son desactivadas o eliminadas anticipadamente para que las partes puedan centrarse en los temas que han alimentado el conflicto. Esta fase de discusión entre las partes y el experto en MARC facilita el acuerdo respecto de las cuestiones procedimentales difíciles, elimina malentendidos comunes, define las expectativas, y establece una relación. La construcción de la confianza emerge cuando se logra un progreso común mediante la eliminación temprana de, por ejemplo, el “desorden” en torno a los “verdaderos” problemas en el conflicto. Esta etapa inicial es particularmente crítica porque las empresas están ansiosas por resolver los casos con antelación para evitar litigios, limitar su responsabilidad y mantener los costos al mínimo.

- **Establecer un proceso formal o informal para que las partes negocien una resolución o consientan la decisión de un tercero.** El tercero neutral puede ayudar a calibrar el proceso de MARC en la/s controversia/s que necesitan resolución. Basado en sus experiencias, los proveedores de MARC pueden recomendar procedimientos específicos en virtud de la escala y complejidad del conflicto. De esta manera, ayudan a las juntas a maximizar los recursos y eliminar las ineficiencias.



CITA

¿Por qué buscar el asesoramiento de terceros en la resolución de conflictos?

“Cuando el desacuerdo llega a ser un conflicto concreto, los puntos de vista pueden endurecerse tanto que puede llegar a ser difícil escuchar por completo los otros puntos de vista, aun cuando incluyan concesiones a los propios intereses. Los psicólogos han denominado a este fenómeno “desvalorización reactiva” lo que significa que en situaciones de conflicto, se tiende a minusvalorar lo que el otro está diciendo, incluso si implica una concesión a nuestras preferencias. Sea que se trate de una acción consciente o inconsciente, en situaciones de conflicto tendemos a ver las concesiones con desconfianza, y a esperar que escondan algo malo.

“Muchos expertos en resolución de conflictos creen que una de las razones por la cual los mediadores pueden ser eficaces en facilitar la gestión de conflictos es que son capaces de proporcionar una presencia de terceros que permiten a las partes en conflicto superar los problemas de la desvalorización reactiva. Los facilitadores en los conflictos de la junta de las empresas pueden cumplir la misma función, es decir, servir como vehículo para la expresión de ideas, opiniones y opciones que pueden ser inaceptables si son propuestas directamente por una de las partes”.

RICHARD REUBEN

PROFESOR DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MISSOURI

FUENTE: Richard C. Reuben, *Corporate Governance: A Practical Guide for Dispute Resolution Professionals*. Washington, D.C.: American Bar Association, 2005. Disponible en: [http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Mediating_Corp_Gov_Disputes_ADR_CG_Guide_Reuben/\\$FILE/Corporate+Governance++Reuben.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Mediating_Corp_Gov_Disputes_ADR_CG_Guide_Reuben/$FILE/Corporate+Governance++Reuben.pdf).

- **Vigilar y asegurar el cumplimiento de los términos del acuerdo.** Después del acuerdo un tercero podría seguir supervisando el cumplimiento del resultado acordado y dirigir los conflictos que puedan haber surgido en su ejecución. El conflicto también puede señalar la necesidad de revisar las políticas y procedimientos de MARC de la empresa, tarea que también puede ser supervisada por el proveedor de MARC.

Dado que el uso de las técnicas de los MARC en el gobierno corporativo es un nuevo desafío para la junta, la alta gerencia, y las partes interesadas, entre otros,

los directores pueden inclinarse a contratar asesores externos, pese a su capacidad y experiencia, como una forma adicional de asegurar la diligencia debida.

Antes de buscar terceros con experiencia en resolución de conflictos, y preferiblemente antes de que se desate la disputa, la junta debe determinar sus necesidades reales basadas en los roles que prevé para el facilitador, asesor o pacificador externo. Al definir sus necesidades, la junta también debe reflexionar sobre cómo su proceso de toma de decisiones debe acomodarse a los participantes externos, particularmente en términos de delegación de



PRÁCTICA

Áreas considerar para determinar si y cuándo buscar la ayuda de terceros expertos

Conocimientos y destrezas: ¿cuánto conocimiento tiene la junta directiva y/o la alta gerencia sobre las siguientes áreas?

- ▶ Naturaleza y potencial del impacto de los conflictos internos o externos de gobierno corporativo
- ▶ La resolución de controversias similares de otras compañías a través de MARC
- ▶ Leyes, reglamentos, y las mejores prácticas relevantes
- ▶ Las técnicas utilizadas para reunir a todas las partes para definir los temas y ponerse de acuerdo en un proceso de resolución fuera de los tribunales
- ▶ Conocimiento y comprensión de las partes potencialmente involucradas en el conflicto y otras partes interesadas

Experiencia: ¿La junta directiva y/o la alta gerencia han tenido experiencias exitosas en contener, si no resolver, controversias relativas a cuestiones de gobierno corporativo?

Carga de trabajo: ¿Tiene la junta directiva y/o la alta gerencia suficiente tiempo y personal para dedicarle al proceso de resolución de disputas? ¿Hay otras distracciones previsibles que puedan surgir, que reducirán el tiempo y los recursos que podrían ser dedicados a la adecuada prevención y resolución de conflictos?

Conflictos de interés/confianza: ¿La junta directiva y/o la alta gerencia serán consideradas lo suficientemente independientes por las partes en disputa como para asegurarse de que el proceso sea justo, objetivo y exhaustivo, de forma tal de inspirar confianza en las partes de que sus intereses serán respetados y bien servidos? ¿Puede un asesor externo proporcionar una evaluación del caso lo suficientemente independiente y neutral? La objetividad puede ser particularmente difícil de mantener cuando se prepara para una batalla de litigios con mucho en juego.

Capacidad de la junta para trabajar eficazmente: Las juntas deben considerar cómo la inclusión de los proveedores externos de MARC afectará sus capacidades para tomar decisiones con eficacia. Las políticas y procedimientos que rigen la toma de decisiones de la junta pueden tener que ser modificadas para garantizar que los consejeros externos formen parte del proceso, sin comprometer su independencia. Las restricciones de confidencialidad y el acceso a documentos de la junta se encuentran entre los cambios que los directores deben contemplar para integrar plenamente a los asesores externos y que puedan trabajar con eficacia.

Rendición de cuentas: Por encima de todo, los directores deben tener en cuenta la forma de garantizar un equilibrio adecuado entre la autoridad y la responsabilidad de los directores al incluir asesores externos.

autoridad, construcción de la confianza, protección de la confidencialidad de la información, y delineación de los términos y condiciones de la responsabilidad y la garantía.



PARA REVISAR LOS FACTORES QUE PUEDEN GUIAR LA SELECCIÓN DE LOS SERVICIOS DE MARC, VÉASE EL ANEXO 13, VOLUMEN 2.

Las juntas deben garantizar también que los consejeros externos puedan operar de forma independiente para lograr ser objetivos en su análisis, intervención, y recomendaciones. Al permitir acceso especial a las deliberaciones de la sala de juntas, deben tener cuidado de no comprometer esa independencia. Este acuerdo debe estar claramente delimitado en el contrato firmado con el experto en MARC. La junta puede preferir establecer un comité especial para supervisar la selección, el compromiso y la negociación del acta de misión del experto en resolución de controversias.



PARA REVISAR LOS TÉRMINOS BÁSICOS QUE SE DEBATEN ANTES DE PARTICIPAR EN LA MEDIACIÓN, VÉASE EL ANEXO 14, VOLUMEN 2.

Una vez que la junta directiva y la alta gerencia han hecho un listado de sus necesidades específicas — actuales y futuras — el paso siguiente es buscar expertos externos que puedan satisfacer esos requisitos.

Los proveedores de servicios de resolución de controversias de gobierno corporativo suelen desempeñar cuatro funciones principales: consejero, educador, facilitador, y/o pacificador. No todos los proveedores ofrecen todas estas funciones, y puesto que la resolución de conflictos

de gobierno corporativo todavía está en crecimiento, las juntas pueden encontrar limitadas las opciones en su jurisdicción. Encontrar y vincularse con personas calificadas no es una tarea fácil. Las juntas deben dedicar tiempo suficiente a la buscar candidatos potenciales, organizar entrevistas y tomar una decisión.

Los servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo pueden ser ofrecidos por:

- Estudios jurídicos especializados en derecho corporativo y consultores
- Institutos de directores y centros de gobierno corporativo
- Proveedores de MARC (por ejemplo, centros de mediación, cámaras de comercio, y estudios)
- Universidades y escuelas de negocios
- Reguladores y bolsas de valores



PARA REVISAR EL PAPEL DE LOS REGULADORES Y BOLSAS DE VALORES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 2.

Cada tipo de proveedor ofrece ventajas únicas, pero se encuentra siempre limitado por debilidades particulares. Del mismo modo en que la junta directiva ha realizado su propio “DOFA” (es decir, el análisis de sus debilidades, oportunidades, fortalezas, y amenazas) de sus necesidades inmediatas y potenciales, los directores deben hacer lo mismo al evaluar y al elegir los posibles candidatos que los guiarán y apoyarán abordar y tratar los conflictos de gobierno corporativo de forma efectiva. A través de este análisis, la junta podrá decidir que requiere un proveedor diferente para cada necesidad.

Las cuestiones de gobierno corporativo están en contacto con las leyes, la aplicación de reglas, y la dinámica humana. Entender cómo las empresas trabajan y las responsabilidades que los directores cargan sobre sus hombros son criterios esenciales en la selección de profesionales.

La pericia de un proveedor de servicios en asuntos de gobierno corporativo no lo califica automáticamente para actuar como mediador, facilitador, o experto en resolución de conflictos de gobierno corporativo. Por el contrario, incluso los mediadores experimentados no necesariamente están preparados para manejar conflictos de gobierno corporativo. Al buscar terceros expertos, debe prestarse especial atención al tipo de trabajo que el individuo, empresa, u organización ha hecho



CITA

La búsqueda de la diversidad

“Una manera de inyectar energía en el proceso es poniendo en práctica la diversidad en la designación de terceros neutrales, árbitros o mediadores. Nos obliga a buscar activamente las habilidades, talentos, [y], reputación adecuadas para la disputa específica.”

ABOGADO INTERNO

INTERNATIONAL FORTUNE 500 COMPANY

FUENTE: Disponible en: <http://www.negotiationlawblog.com/2010/03/articles/conflict-resolution/negotiating-genderbias-in-adr-the-commercial-client-speaks/>.

específicamente en resolución de conflictos de gobierno corporativo. Es crucial determinar si el experto tiene los conocimientos, la experiencia, las habilidades y los rasgos de personalidad requeridos.



PARA REVISAR LAS HABILIDADES REQUERIDAS PARA LA RESOLUCIÓN EFICAZ DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 3, MÓDULO 1

Estudios jurídicos y consultoras especializadas en derecho corporativo

Las juntas dependen cada vez más de consultores independientes para cumplir con las mejores prácticas y con los cambiantes requisitos legales y regulatorios. Cuando una disputa interna o externa de gobierno corporativo surge, el primer reflejo de la junta es a menudo solicitar la opinión a su bufete de abogados.

Estudios jurídicos

Los bufetes de abogados han asesorado a las juntas y sus comités sobre temas de gobernabilidad y han representado a las partes en disputas externas de gobierno corporativo. Ellos pueden tener personal que realiza evaluaciones de la junta para los clientes, y algunas juntas han contratado a estos asesores en forma permanente. Como resultado de ello, los abogados, por lo general experimentados, que aconsejan a la junta, o que participan de ella, han jugado informalmente el papel de un mediador en las disputas interna de gobierno.

Los abogados también pueden servir como mediadores y árbitros, y algunos bufetes de abogados han hecho de los MARC un área de práctica específica. En algunas jurisdicciones, los abogados tienen incluso la obligación ética de aconsejar a sus clientes acerca de las múltiples formas de resolver los problemas. Los abogados y sus estudios necesitan entender cómo el propósito, los conceptos clave y los flujos de información de MARC difieren de aquellas más convencionales de la práctica legal. Si el estudio es global, tener oficinas en distintas partes del mundo puede ayudarlo a perfeccionarse en las distintas jurisdicciones según sea necesario. Sin embargo, los abogados con habilidades adecuadas sobre MARC deben tener asimismo nociones de gobierno corporativo y experiencia trabajando con directores, ya sea como consultor externo o como director.

Los bufetes de abogados no son siempre los proveedores de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo más adecuados. Ellos tienden a ser altamente competitivos internamente, lo cual es una fuente de su



CITA

La asesoría constante e independiente es de rutina para las juntas

“Algunas juntas ahora contratan a un abogado para que asista a todas las reuniones y les aconseje en forma permanente, habiendo concluido que los beneficios del asesoramiento independiente compensan con creces las preocupaciones respecto a los costos adicionales y las potenciales ineficiencias. Ellos creen que el asesoramiento jurídico independiente es, sin duda, necesario para las numerosas tareas en curso y para que, cuando una crisis estalle, todos se beneficien de tener un segundo grupo de abogados especializados disponibles inmediatamente para asesorar a la junta.”

FUENTE: Francis G. Coleman, “The Case for Independent Counsel”. Directorship. 1ro de febrero de 2008. Disponible en: <http://www.directorship.com/the-case-for-independent-counsel/>.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Estados Unidos: Foley Hoag LLP

Comenzamos por investigar y analizar lo que realmente está en juego para nuestros clientes y para sus oponentes, los recursos disponibles para hacer frente a los problemas de fondo, y qué resoluciones de negocios pueden ser diseñadas para tratar esos intereses. También trabajamos para identificar los costos tangibles e intangibles de los litigios, las resoluciones obtenidas por otras vías y los posibles resultados de cada enfoque.

Si nuestro cliente decide utilizar los procesos de MARC, trabajamos para posicionarlo de forma tal que pueda obtener el máximo provecho de tales actuaciones. Asistimos en el desarrollo creativo de las estrategias de negociación y preparamos presentaciones de proyectos para educar al facilitador neutral y a los ejecutivos de la oposición; después ayudamos a estructurar el proceso. Una vez que el procedimiento está en marcha, participamos activamente para lograr una resolución que satisfaga a las dos partes.

COMENTARIO

Este ejemplo ilustra el proceso que un bufete de abogados seguiría en el uso de MARC.

FUENTE: Foley Hoag LLP. <http://www.foleyhoag.com>.

excelencia. Pero la competencia también puede generar conflictos internos cuando, por ejemplo, tienen una amplia gama de clientes con intereses opuestos. Además, el consultor externo, requiere un tiempo inicial para movilizar sus recursos y avanzar en la curva de aprendizaje. Cuando buscan servicios de un bufete de abogados, las juntas deben tomar en cuenta este trabajo preparatorio.

Consultores

Las juntas también pueden recurrir a consultores cuyas prácticas toquen aspectos de gobierno corporativo. Estos tienen más flexibilidad y los costos de sus servicios pueden ser comparativamente inferiores a los honorarios de los bufetes de abogados. Pero no todos los consultores tendrán la capacidad, experiencia e inclinación para mediar o arbitrar las disputas de gobierno corporativo.

El término “consultores” cubre una amplia, pero a menudo vaga gama de servicios que los terceros pueden ofrecer, y el alcance de sus servicios varía, a menudo en función de las personas que trabajan en las empresas y su particular área de especialización. Por esa razón, las generalizaciones

sobre los consultores pueden ser engañosas porque una empresa que ofrezca tales servicios puede tener a alguien con las calificaciones especiales requeridas para resolver los conflictos de gobierno corporativo. Los consultores organizacionales y entrenadores ejecutivos, algunos de los cuales pueden ser parte de empresas que ofrecen una amplia gama de servicios de recursos humanos, poseen conocimientos y habilidades en trabajo en equipo y en el fortalecimiento de habilidades de liderazgo. Su trabajo y su área de especialización radican principalmente en la alta gerencia, pero no necesariamente con la junta y los temas que esta, en vez de la administración, enfrenta. Determinados individuos en estas empresas pueden tener una experiencia de trabajo con juntas de directores, pero pueden carecer, sin embargo, de una comprensión acabada de las exigencias de gobierno corporativo o de la familiaridad con las técnicas de mediación o los procedimientos de arbitraje. Del mismo modo, los consultores de compensación y las firmas de recursos humanos básicamente asesoran en lo referido a sus áreas de especialización. Sus conocimientos específicos son valiosos en el suministro de información y recomendaciones sobre la compensación a los ejecutivos, pero su enfoque y experiencia no son necesariamente orientados a la negociación y a reunir a las partes para resolver su(s) disputa(s).



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

India: Seth Associates

El estudio representa a sus clientes en la resolución de conflictos a través de MARC y lleva a cabo arbitrajes tanto nacionales e internacionales ante diversos foros, en relación con todas las áreas de la práctica general y especial, incluidas las finanzas, el comercio, los contratos, la propiedad intelectual, las leyes cibernéticas, la construcción, así como disputas vinculadas a la industria y el empleo. Los abogados y los expertos técnicos de nuestra empresa tienen los conocimientos necesarios para el manejo de arbitrajes en los que hay mucho en juego, incluidos los relativos a los contratos de suministro, construcción, edificación y proyectos llave en mano.

COMENTARIO

La información que un estudio de abogados ofrece típicamente en su sitio web es un buen punto de partida para la evaluación del mismo y el desarrollo de preguntas para una primera reunión.

FUENTE: <http://www.sethassociates.com/firm-experience.html>.



CITA

Bufetes de abogados y MARC

“Reconocemos que el litigio y el arbitraje ya no son los únicos procesos para los clientes que buscan hacer valer o defender legalmente sus posiciones comerciales. Estamos, por tanto, asesorando cada vez más respecto a asuntos previos al litigio y trabajando junto con nuestros equipos no contenciosos como gestores de riesgos. Los MARC son una parte integral de nuestra práctica y un área de especialización en que la tenemos amplios conocimientos y experiencia. Regularmente emprendemos mediaciones, determinaciones de expertos, adjudicaciones y procesos a medida para resolver las disputas. Varios de nuestros abogados también son mediadores acreditados”.

HERBERT SMITH LLP

FUENTE: <http://www.herbertsmith.com/Services/PracticeAreas/Disputeresolution>.

**Proveedores de resolución de conflictos de gobierno corporativo****Fortalezas y debilidades de los estudios jurídicos y las firmas de consultoría**

FORTALEZAS	DEBILIDADES
<ul style="list-style-type: none">▶ Experiencia en asesorar a las juntas y a sus comités sobre temas de gobernabilidad▶ Experiencia en representar a las partes en conflictos externos de gobierno corporativo▶ Experiencia en servir como negociadores para la resolución de conflictos societarios▶ Amplio conocimiento sobre MARC▶ Modelo de negocios centrado en el cliente▶ Relación de confianza previa con el cliente	<ul style="list-style-type: none">▶ Especialización o experiencia inadecuados, o una oficina de una sola persona puede no tener una red formal, en particular, una red global, para aprovechar la especialidad▶ Conflictos de interés con los actuales o potenciales clientes o la voluntad de complacer para obtener el seguimiento de negocios▶ La experiencia puede ser limitada a cuestiones de específicas de gobierno corporativo, no tiene una base amplia de las prácticas de gobierno corporativo.▶ Los socios <i>senior</i> pueden pasar el trabajo diario de MARC a los abogados <i>junior</i>, quienes ejercen menos influencia dada su reputación y "poder"▶ Entrenados para litigar y reacios a aplicar los procesos de MARC▶ Centrados en la dimensión jurídica de la disputa

Las juntas normalmente podrían buscar los siguientes servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo en los bufetes de abogados y consultoras:

- ▶ Consejo sobre el uso de procesos de MARC y las políticas
- ▶ Ayuda en la preparación de un foro de MARC y apoyo al cliente durante los procesos de mediación y arbitraje
- ▶ Facilitación de discusiones difíciles entre los directores
- ▶ Facilitación de los debates entre el directorio y las partes interesadas externas
- ▶ Asesoramiento sobre las cláusulas de MARC en los convenios de accionistas
- ▶ Negociación y mediación de conflictos de gobierno corporativo
- ▶ Las evaluaciones neutrales de expertos (por ejemplo, la valuación de las acciones)



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Filipinas: Instituto de Directores Corporativos

El instituto (ICD, según sus siglas en inglés) ofrece orientación y capacitación en todos los aspectos de la práctica de la dirección corporativa. El ICD también puede ayudar en la formulación y ejecución de los programas corporativos para mejorar la gestión en directorios específicos en los que trabajan sus asociados. Se trata de una organización con membresía.

COMENTARIO

Las juntas deben evaluar las necesidades de formación de sus directores y altos gerentes para asegurar que aquellas personas que toman decisiones clave tengan suficientes conocimientos para guiar y evaluar los enfoques de los MARC. Los programas hechos a medida pueden ser más relevantes, sobre todo si la capacitación es necesaria para hacer frente a una controversia inmediata.

FUENTE: www.icdcenter.org.



ENFOQUE

Proveedores de resolución de conflictos de gobierno corporativo

Fortalezas y debilidades de los institutos de gobierno corporativo y asociaciones de directores

FORTALEZAS	DEBILIDADES
<ul style="list-style-type: none"> ▶ Conocimiento y comprensión de las mejores prácticas de gobierno corporativo ▶ Competencia para alcanzar y ofrecer servicios a sus miembros a través de redes establecidas ▶ Capacidad de reunir/capacitar a los profesionales para que sean competentes en los enfoques de MARC ▶ Experiencia y habilidad en el desarrollo del producto/servicio 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Imposibilidad de acceder a los expertos (por ejemplo, bajos salarios, condiciones poco atractivas del contrato, red de contactos débil) en un mercado competitivo ▶ Capacidad limitada para ampliar los servicios (por ejemplo, fondos limitados e infraestructura débil para apoyar el crecimiento)
<p>Las juntas directivas podrían buscar los siguientes servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo de los institutos de gobierno corporativo y de las asociaciones de directores:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ Entrenamiento en resolución de conflictos de gobierno corporativo ▶ Talleres sobre el uso de resolución de conflictos de gobierno corporativo ▶ Asesoramiento en la implementación de procesos de MARC y orientación sobre a quién contactar ▶ Asesoramiento sobre las políticas de resolución de conflictos ▶ Facilitación de discusiones difíciles entre los miembros de la junta ▶ Facilitación de los debates entre la junta directiva y los interesados 	

Institutos de gobierno corporativo y asociaciones de directores

A medida que el conocimiento acerca del gobierno corporativo se ha ampliado y que más empresas han adoptado las mejores prácticas, los institutos de directores y/o centros de gobierno corporativo han lanzado o ampliado sus servicios en muchos países. A menudo, estas instituciones están en la vanguardia de las mejores prácticas de gobierno corporativo y desempeñan un papel esencial en construir la capacidad de la junta. Los institutos suelen tener fuertes redes de líderes empresariales, académicos, y de gobierno. Pueden administrar programas de formación para directores y promover la investigación para demostrar los casos de negocios para adoptar las mejores prácticas. Algunos ofrecen servicios de consultoría por una cuota, mientras que otros no, adhiriendo de ese modo a una política de estricta independencia.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Sudáfrica: Centro de Mediación del Instituto de Directores

El IoDSA, de acuerdo con sus siglas en inglés, estableció el Centro de Mediación, que se centra en la resolución de conflictos comerciales y corporativos. El centro fomenta a las partes contratantes a incluir cláusulas de mediación en sus contratos. Tradicionalmente ha habido renuencia a incluir cláusulas de mediación en los contratos en Sudáfrica. Sin embargo, como el cuerpo representativo de directores y líderes de negocios, el instituto se encuentra bien posicionado para desarrollar una cultura de la mediación.

El Instituto promueve el uso de cláusulas de mediación como pre-condición al arbitraje. La lógica es que las partes primero deben intentar la mediación a través del centro de mediación del instituto y, si esto falla, el arbitraje en la Fundación Sudafricana de Arbitraje de acuerdo con sus reglas.

COMENTARIO

El IoDSA demuestra un enfoque diferente que el IBGC. Las ofertas de un instituto son determinadas por la demanda del mercado, la existencia de otros servicios de MARC y de otras prioridades que compiten por recursos limitados.

FUENTE: Ronan Feehily y John Brand, "Commercial mediation in South Africa". Disponible en: <http://www.bowman.co.za/LawArticles/Law-Article-id-2132417326.asp>.

Dado su enfoque, los institutos de directores están en condiciones de aumentar la conciencia sobre la resolución efectiva de conflictos de gobierno corporativo y de entrenar a los directores acerca de cómo prevenir y resolver conflictos. Los institutos pueden ofrecer capacitación, facilitación y entrenamiento, entre otros servicios. En la mayoría de los casos, estos institutos remiten los conflictos de gobierno que necesitan intervención formal de terceras partes a centros de mediación o firmas de MARC. En algunos casos, como en Sudáfrica, el instituto cuenta con un centro de mediación.

La resolución de conflictos de gobierno corporativo es, sin embargo, un territorio desconocido en la mayoría de los países. Por lo tanto, la mayoría de los institutos se limitan a proporcionar asesoramiento sobre MARC y a resolver los conflictos propios de una compañía

Centros de mediación y firmas especializadas en MARC

Un factor importante para el énfasis en la mediación en el gobierno corporativo ha sido la aparición de profesionales especializados en mediación y otros centros y proveedores de MARC. La mediación profesional y los servicios de resolución de conflictos se han visto impulsados por la demanda y las oportunidades de mercado para resolver las disputas sociales y comerciales de manera más constructiva — ya sea para ayudar a la armonía social y las relaciones de negocios productivas, o para compensar el costo, rigidez profesional, y los retrasos inherentes a los sistemas de justicia civil en todo el mundo.



PARA REVISAR LOS LÍMITES DE LOS PROCESOS JUDICIALES Y LOS BENEFICIOS DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS, VÉASE EL VOLUMEN 1, MÓDULO 3.

Hay un patrón de diversos orígenes y estructuras para dichas organizaciones. Ellas pueden haberse formado a partir de agencias gubernamentales, tribunales, servicios comunitarios, cámaras de comercio, asociaciones empresariales, organizaciones no gubernamentales, o en forma privada. Lo que tienen en común, en general, es un enfoque sobre la "mejor manera de resolver los conflictos" y, por lo general, un compromiso con las reglas especializadas y los programas de entrenamiento para los expertos que prestan el servicio.

Del mismo modo, un consenso mundial acerca de los atributos clave de la mediación comercial efectiva ha emergido rápidamente:

- Un enfoque de facilitación para ayudar a las partes a negociar
- Un foro que respeta la confidencialidad de las conversaciones con los negociadores/mediadores
- Un enfoque para la negociación que se entiende sin perjuicio de los derechos de las partes que implica buscar adjudicación más formal a falta de acuerdo dentro del proceso de mediación

La mediación es el proceso de MARC más utilizado y, a nivel mundial, ha surgido como un elemento clave de

nuevo desarrollo y reconocimiento profesional, asistido por los proveedores de la mediación.

La mediación ha sido adoptada como un proceso formal de resolución de conflictos y ha obtenido apoyo judicial y legislativo en muchos países. La mediación es también promovida cada vez más como un instrumento de gestión eficaz para negociaciones comerciales no contenciosas que siguen siendo difíciles.

Los avances, sin embargo han sido desiguales en lo que respecta a estructura organizacional y enfoque.



EJEMPLO

Tipos de proveedores de servicios de mediación

PROVEEDORES	EJEMPLOS	CAPACITACION	CONSULTORIA	FACILITACION	MEDIACION	ARBITRAJE
Mediación anexa a la Corte	Centro de Mediación de Tamil Nadu de la Suprema Corte de Chennai <i>www.hcmadras.tn.nic.in/adr.htm</i>				X	
Cámara de Comercio	Cámara de Comercio Internacional <i>www.iccwbo.org</i> Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá <i>www.ccb.org.co/cac</i>	X			X	X
Centros internacionales de mediación	Centro para la Efectiva Resolución de Conflictos (CEDR, según sus siglas en inglés) <i>www.cedr.com</i> Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR, según sus siglas en inglés) <i>www.cpradr.org</i>	X	X		X	
Firmas de MARC	Bickerman Resolución de Conflictos, PLLC <i>www.bickerman.com</i>		X	X	X	
Servicios en línea	Capacitación en línea de MARC del Instituto para el Manejo de Conflictos (ICM, según sus siglas en inglés) <i>www.icmadr.com/conflict-resolution-training/online-adrtraining</i>	X	X		X	



PARA REVISAR EL PAPEL DE LOS FORMULADORES DE POLÍTICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL MÓDULO 2, VOLUMEN 2.

Los centros de mediación y MARC ofrecen capacitación, consultoría, foros para que las partes se reúnan, y otros servicios (por ejemplo, recomendación de mediadores que pueden trabajar directamente con las partes).

Hay un factor importante a considerar al examinar los centros de mediación: el riesgo limitado que una junta directiva encontrará al tomar medidas que involucren a un centro. El proceso de mediación suele estar protegido por cláusulas de confidencialidad y ser no vinculante, a menos que se logre un acuerdo para divulgar públicamente el acuerdo final y/o que la decisión del mediador sea obligatoria.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Italia: Centro de MARC

El Centro de MARC combina 30 años de experiencia en la administración de mediación y arbitraje en los Estados Unidos con la pericia de algunos de los mejores mediadores y árbitros italianos y europeos. Los servicios de MARC del Centro se han desarrollado sobre la base de las peticiones de los clientes para asegurar su capacidad de resolver los conflictos dentro de un plazo prescrito a un costo determinado. El Centro de MARC es el único organismo en el mundo con operaciones en Europa y los Estados Unidos.

COMENTARIO

La experiencia y conocimientos internacionales pueden ser particularmente importantes en litigios transfronterizos. Las organizaciones que tienen oficinas o profesionales de MARC en los países en donde ocurren las controversias pueden estar más en sintonía con la diversidad cultural, social, y otros matices que son clave para entender las cuestiones en disputa y encontrar una resolución.

FUENTE: <http://www.adrcenter.com>.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Reino Unido: Centro para la Efectiva Resolución de Conflictos (CEDR, según sus siglas en inglés)

Ofrecemos un servicio completo de resolución de conflictos con una serie de procesos que, junto con soluciones a medida, podemos adaptar a sus necesidades.

Nuestro servicio es independiente de estudios jurídicos, mediadores, y grupos con intereses especiales tales como interesados financieros.

Nosotros podemos:

► Seleccionar el proceso más adecuado

Ayudar a las partes a decidir qué proceso es más efectivo para resolver su conflicto.

► Acercar a las otras partes

Debido a nuestra neutralidad, podemos acercarnos a todas las partes para obtener su consentimiento en el proceso.

► Seleccionar una persona neutral

La elección de un tercero neutral descansa en última instancia en las partes, pero somos capaces de proporcionar servicios avanzados que ayudan en dicha elección debido a nuestra información detallada y actualizada, que incluye comentarios y reacciones de parte de los clientes, acerca de todos los mediadores del CEDR Solve.

► Administrar el proceso

Dependiendo del proceso que usted elija, el equipo experimentado resolverá las cuestiones logísticas y prestará asesoramiento y apoyo cuando sea necesario.

► Garantizar el control de calidad

Después de cada mediación, buscamos la opinión de las partes sobre el proceso y el rendimiento del mediador.

También ofrecemos gratis documentos descargables de nuestro sitio web bajo el nombre de "documentos modelo", incluyendo nuestros Modelo de Procedimiento de Mediación y Acuerdo, Modelo de Cláusulas Contractuales de MARC y Modelo de Acuerdo de Conciliación Modelo.

COMENTARIO

La biblioteca en línea del CEDR proporciona orientación respecto de las mejores prácticas en la contratación de terceros expertos.

FUENTE: <http://www.cedr.com>.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Colombia: Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) de la Cámara de Comercio de Bogotá

El Centro ofrece diferentes servicios destinados a la resolución de los conflictos y a la formación en la gestión del problema, a través de la efectiva aplicación de MARC. Este servicio está dirigido a las áreas industriales, comunitarias y educativas. Los servicios ofrecidos incluyen:

- ▶ Arbitraje
- ▶ Conciliación
- ▶ Amigable Composición
- ▶ Áreas especializadas
- ▶ Programas comunitarios
- ▶ Resolución de conflictos en el ámbito educativo
- ▶ Programas de formación profesional
- ▶ Consultoría e investigación

La función de la CAC es la de administrar los diferentes mecanismos de resolución de conflictos, entre ellos, el arbitraje, la conciliación, la amigable composición, y la mediación. El CAC también ofrece programas de formación, mecanismos de resolución de conflictos en el área de educación, programas comunitarios, investigación, y consultoría.

COMENTARIO

La Cámara de Comercio de Bogotá muestra cómo las cámaras están a la vanguardia del desarrollo de los procesos y procedimientos de MARC como alternativa a los tribunales. Estas iniciativas suelen ser típicamente requeridas por líderes empresariales que han visto directamente los costos de largas batallas con los empresarios. Por lo tanto, las cámaras son a menudo impulsadas por su misión de promover un ambiente donde las empresas puedan prosperar.

FUENTE: www.ccb.org.co.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Los servicios de resolución de conflictos de la CCI existen en varias formas:

Corte Internacional de Arbitraje™ — Una institución verdaderamente internacional de arbitraje con una sobresaliente trayectoria en la resolución de conflictos transfronterizos.

MARC — Un procedimiento de resolución de conflictos amistoso basado en la buena voluntad de las partes y la ayuda de un tercero neutral que cubre diversas técnicas, incluida la mediación.

Juntas de Resolución de Conflictos (DB, según sus siglas en inglés) — Organismos independientes diseñados para ayudar a resolver los desacuerdos y conflictos a medida que ellos se van presentando durante la ejecución de un contrato

Conocimientos especializados — Asistencia en la búsqueda de la persona indicada para realizar una evaluación independiente sobre cada tema relevante para las operaciones de las empresas.

DOCDEX — Proporcionar las decisiones de expertos para resolver las disputas relativas a créditos documentarios, colecciones, y garantías de demanda que incorporan las reglas bancarias de la CCI

Publicaciones

▶ Series de modelos contractuales:

- Acuerdo de confidencialidad
- Cláusula de confidencialidad
- Contrato de venta
- Contrato de agencia comercial
- Contrato de distribución
- Derecho contractual y arbitraje de las franquicias internacionales

Arbitraje y laudos arbitrales de la CCI

Informe del Instituto de Derecho Internacional de Negocios de la CCI

COMENTARIO

La lista de servicios de MARC de la CCI se encuentra entre las más extensas. Sus contratos tipo proporcionan modelos para abordar cuestiones tales como la confidencialidad de las obligaciones contractuales de los profesionales de MARC.

FUENTE: CCI, *Guide to ICC ADR*. Disponible en: <http://www.iccwbo.org>.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Estados Unidos: Chris Whitelaw

Cualquier persona que contrate mis servicios de consultoría puede pedirme que haga cualquiera de las siguientes cosas:

- ▶ Análisis completo de los hechos relevantes
- ▶ Identificación precisa de la naturaleza y el alcance de la disputa
- ▶ Identificación precisa de todas las posibles partes del conflicto
- ▶ Identificación precisa de los derechos y obligaciones de cada parte
- ▶ Identificación de las “zonas grises” en relación a los derechos y obligaciones legales de las partes
- ▶ Asesoramiento sobre las fortalezas y debilidades de la situación jurídica de cualquiera de las partes en la controversia
- ▶ Identificación de las mejores vías abiertas para cada parte, teniendo en cuenta todas las consideraciones (como la capacidad financiera, el poder de negociación, los problemas de salud, la personalidad, los cuestiones familiares, las cuestiones de bienes, etc.) para evitar, disipar, administrar y resolver el conflicto

Explicar en forma completa y con un lenguaje claro y simple los métodos alternativos disponibles para cada parte y las implicancias de cada opción en cuanto a lo financiero el tiempo, los negocios, la posibilidad física y lo emocional.

Si hay una clara necesidad de contratar servicios legales, hay que determinar el nivel y calidad de los servicios para la controversia, teniendo en cuenta su nivel de complejidad y la cantidad de dinero involucrada en la disputa.

COMENTARIO

Este ejemplo ilustra la importancia de las técnicas de comunicación al articular los temas en conflicto, al destacar las posibles resoluciones, y al ayudar a entender a las partes el proceso de MARC y sus posibles resultados. Al considerar una profesional de MARC, las habilidades de comunicación deben ser evaluadas cuidadosamente.

FUENTE: <http://www.chriswhitelaw.com.au/disputeresolution-services.html>.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Servicios de MARC en línea

Los procedimientos para resolver disputas comerciales por internet están siendo utilizados cada vez más dado el avance de la tecnología a nivel mundial. Cada vez más personas utilizan internet para hacer negocios, para socializar o por motivos personales; los servicios de MARC en línea son una extensión lógica de esos usos. “Internet facilita el almacenamiento, recuperación, revisión, comparación, clasificación y reutilización de la información más que cualquier otro medio de comunicación” escriben los profesores Haitham A. Haloush and Bashar H. Malkawi de la Universidad de Hashemite Jordania. Asimismo, los gobiernos, las agencias y otras entidades están comenzando a proveer servicios de resolución de conflictos en línea directo a los consumidores.

“La resolución de conflictos en línea es esencialmente un cambio en el medio en vez de en el enfoque”, escriben Haloush y Malkawi. “El procedimiento de resolución de conflictos en línea no difiere mucho de aquellos que no son en línea, excepto que otro foro de comunicación, es decir, la internet, es usado en lugar de los encuentros cara a cara”. Estos foros utilizan salas de chat, sitios con software encriptado y protegidos por contraseñas, mensajería instantánea y video conferencia para crear distintos métodos alternativos de resolución de conflictos en línea.

“Los MARC han evolucionado a la par del desarrollo del comercio, y los MARC en línea refinarán los MARC existentes en vez de establecer un punto de partida nuevo. Los MARC en línea no representan un cambio mayor, y la decisión de las partes con respecto a si eligen el procedimiento tradicional o el en línea será dictada por consideraciones de economía o conveniencia sopesada con la importancia relativa que estas le otorguen a los encuentros cara a cara.”

COMENTARIO

Los MARC en línea están emergiendo como una forma costo-efectiva de juntar a las partes, pero puede no ser apropiada para todas las disputas.

FUENTE: Haitham A. Haloush y Bashar H. Malkawi, “Internet Characteristics and Online Alternative Dispute Resolution”, *Harvard Negotiation Law Review*. Primavera 2008. Disponible en: http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2009/06/Haloush_Malkawi.pdf. Ver también: Haitham A. Haloush, Besem Melhem, Bashar H. Malkawi, “Equality of Arms in the Digital Age”. 2008. *Macquarie Journal of Business Law*. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MqJBLaw/2008/3.html>.

Los centros de mediación líderes

Los centros líderes que tienen la mayor influencia en el avance del uso de los MARC en las empresas tienen generalmente su origen en organizaciones no lucrativas tales como el Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR, según sus siglas en inglés) en Nueva York y el Centro para la Resolución Efectiva de Conflictos (CEDR) de Londres. Puestas en marcha con el apoyo significativo de la comunidad empresarial, ambas han promovido mejores alternativas para hacer frente a conflictos societarios y comerciales y los procedimientos/habilidades implicados en la mediación y otras alternativas. CPR, por ejemplo, fue pionero en el “Compromiso de las empresas” a través del cual los

funcionarios de las empresas firmaron un compromiso para el uso de MARC en determinados casos con otros signatarios. Esta iniciativa reunió importante apoyo de parte de los Consejeros Generales (*General Counsels*) de EE.UU. y de bufetes de abogados. El CEDR adoptó un sistema de “membresía” para promover el valor de comprometerse con la alta calidad de gestión de conflictos y la formación de “mediadores acreditados”.

Cámaras de Comercio

En muchas jurisdicciones, las cámaras de comercio han tradicionalmente asumido un papel en la resolución de conflictos privados. Ese papel se ha convertido en uno de formular reglas de arbitraje, sobre la base de los estrechos



ENFOQUE

Proveedores de resolución de conflictos de gobierno corporativo

Fortalezas y debilidades: Centros de mediación y empresas especializadas en MARC

FORTALEZAS	DEBILIDADES
<ul style="list-style-type: none">▶ Sólida formación en los métodos propios de los MARC▶ Experiencia y trayectoria en la resolución de conflictos▶ Amplia gama de expertos disponibles en diferentes especialidades en la industria▶ Capacidad para reunir y entrenar profesionales competentes en MARC▶ Capacidad para dedicar fondos para el desarrollo de servicios de MARC▶ Ofrece un ambiente seguro para explorar la negociación sin violar la confidencialidad y sin perjudicarla la posibilidad de ejercer acciones legales posteriores	<ul style="list-style-type: none">▶ Conocimientos y experiencia inadecuados en materia de gobierno corporativo▶ Capacidad interna para acceder o atraer profesionales calificados (por ejemplo, los bajos salarios y condiciones de contratación poco atractivas)▶ Capacidad limitada para manejar la demanda y ampliar los servicios (por ejemplo, la insuficiencia de fondos, recursos humanos e infraestructura)
<p>Las juntas normalmente podrían buscar los siguientes servicios de resolución de disputas de gobierno corporativo en centros de mediación y las empresas especializadas en MARC:</p> <ul style="list-style-type: none">▶ Complementar el desarrollo profesional con capacitación especializada y talleres para los directores y ejecutivos <i>senior</i> a mejorar sus habilidades de resolución de conflictos▶ Asesorar sobre el uso de los diferentes procesos de MARC (incluidos los documentos modelo)- Mediar o co-medar los conflictos de gobierno corporativo▶ sobre todo con las partes interesadas externas▶ Asesorar sobre la implementación de políticas de solución de controversias	

vínculos entre la cámara y la comunidad empresarial. En muchos países, las cámaras tienen una función cuasi-pública y reconocimiento legal.

La Cámara de Comercio Internacional (con una corte de arbitraje) es el líder modelo a nivel mundial. La mayoría de los demás se asocian a una gran ciudad. En los países donde las cámaras tienen un carácter público menos formal, los centros de arbitraje han tendido a desarrollarse de manera independiente como vehículos autónomos de resolución de controversias comerciales, como el Chartered Institute of Arbitrators de Londres

(ChIA) o la Asociación Americana de Arbitraje (AAA). A medida que la popularidad y el reconocimiento de la mediación han crecido, la mayoría de estos centros han sido animados a participar en este desarrollo. Con el tiempo, estos centros han adoptado MARC o normas de mediación, además de su enfoque tradicional de arbitraje. Esto se está convirtiendo rápidamente en la norma. En concordancia con este desarrollo de la práctica comercial, la CNUDMI promulgó una “Ley Modelo de Conciliación” (léase “mediación”) para ayudar a los centros y los negocios internacionales en la búsqueda de un enfoque común y estándar.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Estados Unidos: Programa de Negociación (PON, según sus siglas en inglés), Escuela de Derecho de Harvard

Este programa es desde todo punto de vista el más destacado grupo de académicos en el campo de la resolución de conflictos, con más de 50 profesores afiliados de instituciones de reconocido prestigio. Durante más de 20 años, el PON ha tenido un gran éxito en la comercialización de “educación ejecutiva”, los cuales están dirigidos a un amplio rango de profesionales y ejecutivos. Estos cursos pueden generar ingresos sustanciales, dado que los profesores donan parte de su tiempo para enseñar a estos cursos, sin percibir honorarios extra, para apoyar el programa. Por lo tanto, el PON tiene su propio financiamiento interno para apoyar el trabajo de investigación de los profesores cuando los donantes externos no pueden hacerlo y cuenta asimismo con numerosos estudiantes asistentes de posgrado, que son atraídos por el programa. La reputación del claustro sobre todo entre los líderes empresariales que han participado en estos cursos, crea un mercado listo para los servicios de los profesores en roles de MARC. Esto mantiene sus percepciones prácticas agudas. El resultado final es una serie integrada de servicios, en la que cada función sirve a las demás también.

COMENTARIO

Los centros y los programas universitarios pueden hacer uso de la investigación docente, la especialización en las técnicas de aprendizaje de adultos, los servicios de capacitación y las iniciativas de liderazgo.

FUENTE: www.pon.harvard.edu.



EJEMPLO

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Ucrania: Centro de Mediación

El Centro de Mediación de Ucrania (UMC, según sus siglas en inglés) fue establecido bajo los auspicios de la Escuela de Negocios de Kyiv-Mohyla para ser la fuerza motriz detrás del desarrollo de MARC mediante la capacitación y los servicios de mediadores independientes.

Una barrera para el desarrollo de la mediación en Ucrania es la falta de garantías para asegurar la verdadera independencia del mediador. Las partes en una controversia deben confiar en un mediador para compartir la información, que de otro modo no revelarían. Por lo tanto, separamos el proceso de organizar una mediación independiente (los participantes aquí son las partes y el UMC) — que asegura una selección independiente del mediador, libera al mediador de la necesidad de discutir las cuestiones financieras con las partes, y controla la calidad de los procedimientos y el cumplimiento de los principios de la mediación — desde el proceso de encauzar una mediación independiente (los participantes aquí son el mediador seleccionado en forma independiente y las partes).

COMENTARIO

Los centros universitarios pueden realizar muchas actividades, desde la defensa de las reformas legales y reglamentarias para el establecimiento de MARC hasta ofrecer a los expertos que llevan a cabo la mediación.

FUENTE: <http://ukrmediation.com.ua>.

Las cámaras pueden ofrecer servicios de consultoría, incluyendo la recomendación de individuos que pueden llevar a cabo los procesos de MARC, implementar sus reglas y establecer foros en los que los conflictos puedan llevarse a cabo. La CCI ofrece la mayor variedad de servicios de resolución de conflictos.

Firmas especializadas en servicios de MARC

Además de los centros de mediación institucionalizada y las organizaciones sin fines de lucro, hay muchos ejemplos de grupos privados y consultores individuales que han establecido o expandido la práctica de MARC. La estructura típica de estas firmas — que surgen de los orígenes de los MARC — ha sido su integración por

abogados que ya han operado fuera de su práctica legal o, más comúnmente, que se han convertido en mediadores individuales o se han asociado con otros en una pequeña empresa. El mayor número de profesionales privados se puede encontrar en los Estados Unidos (el mayor panel de agrupación privada, el JAMS, según sus siglas en inglés, se ocupa de más de 10.000 casos al año), que es el primer y mayor mercado para los MARC.

Cada vez más, a medida que los MARC se globalizan, los consultores y los operadores privados de negocios pueden ser encontrados en la mayoría de los países donde el marco jurídico es adecuado y existe un nivel de conciencia sobre los beneficios de sus beneficios.



ENFOQUE

Proveedores de servicios de resolución de conflictos

Fortalezas y debilidades: universidades y escuelas de negocios

FORTALEZAS	DEBILIDADES
<ul style="list-style-type: none"> ▶ La profundidad de conocimientos y actividades de investigación pueden proveer perspectivas de vanguardia, incluyendo estudios comparativos de casos del tipo “lecciones aprendidas ” ▶ La reputación puede aumentar la percepción de su imparcialidad por parte de todos los interesados involucrados en un conflicto ▶ La red de expertos desarrollada a partir de la investigación y otras actividades académicas puede ser particularmente valiosa en casos de cuestiones técnicas ▶ La investigación y la experiencia en los casos de MARC pueden ayudar a ampliar el uso de enfoques de MARC. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ El desempeño en el ambiente académico puede no traducirse en la práctica ▶ Centrarse en las cuestiones teóricas puede crear un conflicto con las juntas, los líderes empresariales y otros interesados que necesitan una resolución específica y concreta ▶ Las limitaciones de los ingresos puede limitar la disponibilidad, la amplitud y la calidad de los servicios ▶ Las clases a cargo del claustro y los compromisos de la investigación pueden reducir su disponibilidad y flexibilidad para el manejo de un caso
<p>Las juntas directivas podrían buscar los siguientes servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo en las universidades y escuelas de negocios:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ Formación adaptada a los directores, ejecutivos y formadores de políticas ▶ Facilitación y asesoramiento por parte del claustro ▶ Evaluaciones y estudios de los marcos de resolución de conflictos ▶ Mediación del tipo caso por caso 	



PARA UNA REVISIÓN DEL MARCO LEGAL Y REGULATORIO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 2, MÓDULO 2.

Las firmas que proveen servicios de MARC con frecuencia son conocidas por otras “fuentes de referencia de casos”, o están vinculadas con ellas, a través de centros líderes de MARC. Sin embargo, tal como sucede con los estudios jurídicos, las personas contratadas para trabajar con la junta deben entender cuestiones de gobierno corporativo, los deberes fiduciarios de los directores, y, en lo que respecta a la práctica, los retos del día a día que los directores de las corporaciones y las juntas deben enfrentar.

Universidades y escuelas de negocios

Algunas universidades y escuelas de negocios han establecido programas de capacitación en negociación y resolución de conflictos para ejecutivos. En algunos casos, las universidades también son centros de mediación o tienen profesores que también participan en servicios de consultoría o de mediación. Las juntas pueden considerar a las universidades y escuelas de negocios para entrenar a sus miembros. Algunos profesores también pueden ser contratados directamente como asesores o facilitadores.

Por lo general, las universidades pueden ofrecer a los directores ejecutivos y no ejecutivos una formación amplia, profunda, basada en sus investigaciones, lo que puede hacer que sus servicios sean muy actualizados. Además, los profesores son altamente considerados muy

independientes desde el punto de vista intelectual, una cualidad que puede ser una ventaja para las partes en los países donde no siempre están seguros de quién trabaja para quién.

Para el claustro académico, hay ventajas significativas en el hecho de tener roles prácticos que complementan su labor académica. El más obvio es el financiero. Las tarifas diarias pueden ser significativamente superiores a los ingresos académicos. Igualmente importante para muchos profesores es la exposición a entornos del mundo real que los casos traen. Para muchos, esta exposición puede ser difícil de obtener de otro modo. Aún más significativo en el largo plazo es la oportunidad que una base práctica puede brindar para diseñar y montar de proyectos de investigación con administradores, profesionales, y otros. En consecuencia, hay ventajas en el hecho de que los académicos se integren a la práctica de los MARC.

En el lado negativo, los profesores pueden no estar disponibles a tiempo completo como los profesionales privados, en particular para los casos que implican viajes con corta anticipación. Además, los académicos, conocidos como fuertes investigadores y teóricos y con gran prestigio como profesores, pueden no ser necesariamente exitosos en entornos prácticos. Pueden carecer de los conocimientos, por ejemplo, de cómo una industria desarrolla su actividad, o pueden no alcanzar a comprender los matices de la política corporativa. Con el tiempo, sin embargo, los académicos-profesionales más eficientes desarrollan una reputación que los distingue. También hay un riesgo conocido, que no es tan común en el campo de los MARC, pero observable en la investigación farmacéutica y en otros campos, de un sesgo en la investigación debido a las relaciones excesivamente estrechas entre los estudiosos y los intereses corporativos. Este punto en particular es también relevante para los centros de investigación que no están afiliados a las universidades de investigación. ■



CITA

Escuelas de negocios y capacitación en MARC

Francia: IRENE (según sus siglas en inglés)

“Debe haber una investigación sólida y una capacitación fuerte, y se debe mantener el vínculo permanente entre la teoría y la práctica.”

ALAIN LEMPEREUR

PROFESOR DE DERECHO Y NEGOCIACIÓN EN LA ESCUELA DE NEGOCIOS DE ESSEC Y FUNDADOR DE IRENE (INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN EN NEGOCIACIÓN EN EUROPA)

FUENTE: *Program on Negotiation at Harvard Law School, Founding a Negotiation Education Center, Case Study 1: IRENE (París, Francia), enero de 2003. Disponible en: www.pon.org.*

DESARROLLAR SERVICIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO

La resolución de conflictos corporativos de gobierno se encuentra todavía en su infancia, pero a medida que crece la demanda por dichos servicios, los posibles proveedores de servicios tendrán que considerar cuál es la mejor manera para responder a dicha demanda. En cualquier caso, ya sea que se trate de un instituto de directores, un bufete de abogados, o un centro de mediación, los proveedores potenciales de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo tendrán que completar una serie de pasos para poder determinar qué servicios ofrecer, cómo comercializar su servicio y cómo construir la capacidad adecuada para prestar servicios con eficacia.

Fase de investigación y planificación

La investigación y la planificación son esenciales para la comprensión la necesidad/demanda y otros factores del mercado que determinan el posicionamiento de la institución en la prestación de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo de. Como escribió el general chino Sun Tzu hace unos 2.500 años atrás acerca de los enemigos, se podría decir acerca de los mercados: “Si usted conoce a su (mercado) y se conoce a sí mismo, no necesita temer los resultados. Si se conoce a sí mismo, pero no al (mercado), por cada victoria obtenida, va a sufrir un derrota. Si no conoce ni al (mercado), ni a sí mismo, siempre sucumbirá”.

Una organización que considere la posibilidad de introducir tales servicios para responder a las oportunidades emergentes de MARC dentro de su jurisdicción debe desarrollar una primera impresión de los problemas y temas de gobierno corporativo y su ambiente. Debe analizar también el clima y las prioridades de negocios.

En la fase de la investigación y planificación, se deben identificar los impedimentos para la resolución rápida y rentable y buscar resoluciones para ellos. Los impedimentos pueden incluir a la aplicación del derecho sustantivo y los procedimientos adversariales que consumen mucho tiempo en seguir el proceso normal de prueba documental e interrogatorios.

Por ejemplo, en algunos países puede llegar a tardar de nueve a 14 años para establecer una fecha de juicio. Retrasar la resolución de esta manera no es una solución adecuada y disuade a las partes de plantear cuestiones y buscar una reparación. También provee una oportunidad para la introducción de servicios de mediación.

Paso 1: Llevar a cabo un análisis de mercado

Un estudio de mercado es una colección y análisis sistemático y objetivo de datos que involucra investigación *primaria* (por ejemplo, encuestas) y *secundaria* (por ejemplo, investigación “de escritorio”, que incluye selección y síntesis de datos). La colección de datos puede utilizar análisis estadísticos (investigaciones cuantitativas tales como los niveles de ingreso y el crecimiento económico), anecdóticos o actitudinales (análisis cualitativo de grupos focales que tienden a utilizar formatos de respuesta libre y abierta).



ENFOQUE

Pasos en el desarrollo de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo

La hoja de ruta para la implementación exitosa de servicios corporativos de gestión de controversias abarca los siguientes pasos:

INVESTIGACIÓN Y PLANIFICACIÓN

- ▶ **PASO 1:** Realizar un análisis de mercado que incluya una evaluación de los intereses internos/capacidades, y la demanda externa.
- ▶ **PASO 2:** Revisar las habilidades y recursos involucrados en el ofrecimiento de nuevos servicios.
- ▶ **PASO 3:** Desarrollar una estrategia de marketing.

EJECUCIÓN

- ▶ **PASO 4:** Concientizar sobre el valor de los MARC y generar demanda para la capacitación y otros servicios que el mercado necesita.
- ▶ **PASO 5:** Asegurar los recursos financieros y humanos.
- ▶ **PASO 6:** Formular la visión y estrategia.
- ▶ **PASO 7:** Comunicar la visión y los servicios disponibles
- ▶ **PASO 8:** Generar metas a corto plazo.

Como parte de su análisis de mercado, el proveedor potencial de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo debe:

- Considerar y determinar el marco jurídico del país de origen, incluyendo la capacidad de respuesta y la capacidad para resolver los conflictos de gobierno corporativo de manera oportuna.
- Construir una comprensión de los distintos procesos y técnicas de los MARC.
- Reconocer que los MARC se basan en la colaboración, utilizando los intereses y necesidades para alcanzar una resolución, mientras que las vías legales se enfocan en los derechos y obligaciones que son adversariales en naturaleza y estilo.



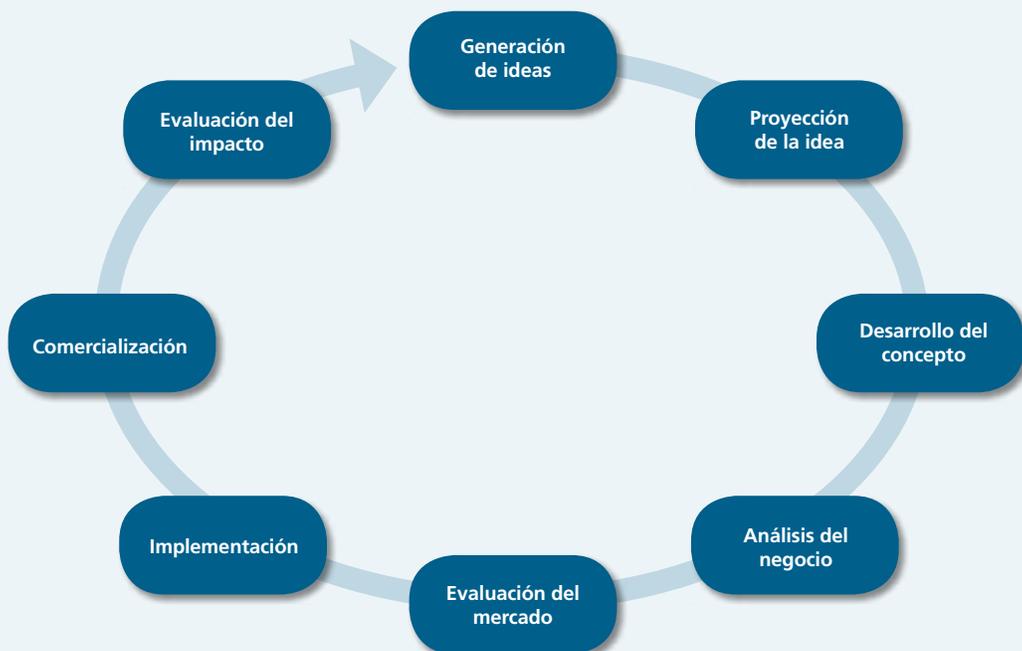
PARA REVISAR LOS BENEFICIOS DE LOS MARC Y LOS PROCESOS Y TÉCNICAS INVOLUCRADOS, VÉASE EL MÓDULO 3, VOLUMEN 1.

Es esencial revisar para el análisis de mercado:

- ¿Quiénes podrían ser los usuarios finales de los servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo? Estas consideraciones deben incluir a los directores, accionistas, empleados, partes interesadas, empresas (por ejemplo, listadas o no), reguladores y los motivos por los que pueden llegar a utilizar los MARC.
- ¿Cuál es el nivel de conocimiento de los MARC de gobierno corporativo en el grupo de usuarios al que se dirige? ¿Qué pasos serán necesarios para elevar sus conocimientos y su apreciación de los MARC?
- ¿Qué motivará a los participantes a usar MARC para los conflictos de gobierno corporativo?
- ¿Quién proporcionará los servicios? Considere los conocimientos, las calificaciones y las destrezas necesarias de los mediadores potenciales en la construcción de la confianza en el proceso de mediación.
- ¿Qué servicios ya han sido provistos?

DESARROLLAR NUEVOS SERVICIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO

Proceso de desarrollo de un nuevo producto (NDP, según sus siglas en inglés)



FUENTE: http://en.wikipedia.org/wiki/New_product_development

Paso 2: Revisar las habilidades y recursos a ser involucrados

Al revisar los nuevos servicios que serán introducidos por la organización, es importante:

- Tener en cuenta las capacidades disponibles y los recursos necesarios (por ejemplo, la financiación, los mediadores, la formación, los socios y la comercialización) para ofrecer los servicios. Conocer las fortalezas y debilidades de la empresa para responder a las necesidades de los MARC de gobierno corporativo y planear en consecuencia. Involucrar (a través de entrevistas, talleres o encuestas) a los terceros interesados en esta etapa temprana para hablar de sus puntos de vista y prioridades.
- Considerar a las personas involucradas en la introducción de los servicios. Estas personas pueden incluir: líderes respetados que puedan introducir eficazmente a los MARC en el ámbito del gobierno corporativo, los paneles de las organizaciones que apoyan el desarrollo del posicionamiento y materiales de los MARC, y las fraternidades legales.
- Determinar el posicionamiento de la organización, y las ramificaciones de proporcionar servicios de MARC para el gobierno corporativo. Tener en cuenta en este proceso a la interfaz legal.

Paso 3: Desarrollar una estrategia de comercialización

El desarrollo de una estrategia de comercialización es esencial para la introducción efectiva de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo.

Los proveedores de servicios dependen de la conciencia sobre sus capacidades y diferencias en comparación con sus competidores, para atraer a los clientes, profesionales cualificados, y participantes al programa de capacitación. La comercialización de los servicios de MARC de gobierno corporativo ayuda a un proveedor a establecer y reforzar su “marca” y se puede utilizar para ganar apoyo de parte de influyentes líderes empresariales. Las redes sociales (por ejemplo, Facebook, Twitter, y LinkedIn) proporcionan nuevas vías para la construcción de relaciones con los públicos a los que se intenta llegar

Debe haber un alto nivel de confianza en los enfoques de los MARC, la calidad de los servicios, y los entrenadores, asesores, mediadores y facilitadores que los proporcionan.

La estrategia debe explicar los servicios que serán presentados, por qué el cambio es necesario, qué implicarán los servicios, y cuáles serán los resultados

deseados de los servicios que se ofrecen. Se deben considerar las oportunidades sin explotar y los riesgos en la introducción de los MARC, distinguiendo los aspectos operativos de preocupaciones estratégicas. La estrategia también debe explicar qué elementos serán proporcionados directamente por la organización y cuáles pueden ser subcontratados (en caso de ser así, indicar a quién se contratará y por qué).

Una línea debe ser trazada para distinguir las iniciativas que deben ser incluidas en los servicios de MARC (los “debe hacer”) de aquellos que pueden ser menos esenciales (“bueno tener”).



PRÁCTICA

Liderar el desarrollo de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo

Idealmente, los individuos que llevarían a la introducción de los servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo tienen algunas o todas las siguientes características:

- ▶ Una reputación impecable en sus campos de influencia y su vida personal
- ▶ Habilidades de liderazgo
- ▶ Experiencia en la mediación y como directores y miembros del directorio
- ▶ Buenos contactos en el mundo corporativo, en el gobierno y en la sociedad civil
- ▶ Espíritu emprendedor
- ▶ Visión de la organización
- ▶ Habilidad para la comercialización
- ▶ Buen conocimiento de la gestión empresarial y las cuestiones de la mediación
- ▶ Compromiso con el uso de la mediación en cuestiones de gobierno corporativo

FUENTE: Forum, Building Director Training Organizations, Toolkit 1. Washington, D.C.: IFC, 2003. Disponible en: <http://www.gcgf.org>.

Para ello será necesario identificar y planear los escenarios apropiados para la mitigación del riesgo, por ejemplo, las cuestiones legales y responsabilidades que puedan surgir. ¿Está la organización lo suficientemente protegida contra riesgos de incurrir en responsabilidades legales? ¿Existen normas que regulan la prestación de estos servicios?

El desarrollo de la organización y su apoyo de la estrategia podrá necesitar un tiempo para ser obtenidos. Habrá muchas cuestiones y preguntas que la junta directiva o la alta dirección querrán tener respondidas. Tendrán que establecer un consenso entre sí respecto a los beneficios derivados de la prestación de servicios y la probabilidad de éxito.



ENFOQUE

Estrategia de marketing

Un plan de marketing comienza con una estrategia que establece, dirige y coordina los esfuerzos de comercialización. Los objetivos de los negocios conducen la estrategia de marketing, y estos objetivos deben ser consolidados y apoyados por el equipo de gestión de una empresa.

La estrategia de marketing puede diferir de una organización a otra. Algunas quizás deseen crear un nuevo negocio, tal vez desafiando la base de clientes del líder. Otras pueden querer estabilizar su posición, especialmente si ya dominan el mercado. Y otras pueden querer hacer crecer su negocio, a veces a expensas de sus competidores, ya sea al convertirse en un jugador de nicho o en un líder del mercado. Todos estos enfoques dependerán de la capacidad de una organización para innovar, gestionar los costos, diferenciarse y tener éxito.

Una estrategia debe definir con precisión el mercado de destino sobre la base de un análisis de la demanda de los productos o servicios de la organización de corto, mediano y largo plazo. Este análisis suele incluir las tendencias de la industria, las condiciones macro y microeconómicas, las perspectivas de la competencia, la demografía del mercado objetivo, y el potencial de la propia organización.

Con ese análisis y los objetivos de negocio como base, la estrategia define las metas y el “terreno de juego” para la comercialización. ¿Qué objetivos alcanzarán los esfuerzos de marketing y en qué fecha? Los objetivos deben ser mensurables y estar basados en puntos de referencia. ¿Cuál será el mensaje de la campaña de comercialización?

Los métodos para alcanzar dichos objetivos incluyen una amplia gama de comunicaciones de alcance (por ejemplo, el uso de Facebook y el sitio web de manera más agresiva) a una más directa y del tipo uno a uno con individuos determinados, tales como los líderes de opinión y presidentes de la junta.

En el libro *Marketing 3.0: From Products to Customers to the Human Spirit* (Nueva York: John Wiley and Sons, 2010), los autores Philip Kotler, Hermawan Kartajaya, e Iwan Setiawan argumentan que las nuevas tecnologías de comunicación han obligado a los enfoques de marketing a cambiar significativamente. La comercialización involucra a las personas en formas que proporcionan “soluciones a sus inquietudes para que el mundo globalizado sea un lugar mejor”. Los profesionales deben, como nunca antes, comprender y responder a los valores que impulsan la elección del cliente. La confianza es el núcleo de la relación.

DATOS	DIFERENCIACIÓN	CICLO DE VIDA	MEDICIÓN	RENDIMIENTO
Los datos del cliente ofrecen información que orienta segmentaciones, mensajes, y canales	Las ofertas, el servicio de mensajería y el canal deben diferenciarse por segmentos para crear interacciones personales significativas	Los programas eficaces se comunican con el cliente para saber donde se encuentran en el ciclo de vida de su relación	En todo programa de relación de marketing deben construirse indicadores clave de rendimiento	Las empresas deben tener una gestión activa de los programas para lograr resultados económicos tangibles

FUENTE: <http://www.digitalcement.com>

Durante el desarrollo de la estrategia, es importante identificar los posibles obstáculos, tanto en la introducción como en la aplicación de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo y luego desarrollar las resoluciones adecuadas para superarlos. Esto incluye la comprensión de las fortalezas y debilidades de la organización en la prestación de los MARC y tanto conocer como responder a las amenazas potenciales, incluyendo a la oposición y los competidores.

Los principales obstáculos pueden incluir:

- Apreciación insuficiente de los beneficios de los MARC y sus conexiones con las mejores prácticas de gobierno corporativo.
- Personas sin experiencia y poco cualificadas que no pueden proporcionar servicios de MARC de calidad ni ganar el respeto de los directores y ejecutivos *senior*.
- Dificultades con los directores de la empresa para insertar cláusulas de MARC en el estatuto de la compañía, acuerdos de accionistas, y declaraciones de facultades reservadas. Los directores pueden comprender los beneficios de los MARC, pero puede haber problemas relacionados con cambiar el estatuto u otro tipo de documento para incluir una cláusula que insista en la mediación como primer paso en la gestión de conflictos.
- Resistencia de la comunidad jurídica. La comunidad jurídica puede percibir que los MARC son una amenaza para sus ingresos generados a través de los servicios que prestan relativos al arbitraje y al litigio. Sin embargo, conocer cuán frecuente es la resolución

exitosa de conflictos a través de métodos MARC puede mitigar estos temores. En Sudáfrica, el 80 por ciento de las disputas se resuelven antes del comienzo de los procedimientos judiciales, y del 20 por ciento restante, el 80 por ciento se resuelven en el proceso previo conocido como *discovery*.¹

- La novedad del uso de los MARC y la mediación en conflictos comerciales y/o de gobierno corporativo. El liderazgo y la promoción dentro de una jurisdicción de los MARC pueden ser necesarios; esto puede conducir a considerarlos para su inserción en las normas y/o en los códigos de gobierno de las empresas.

Fase de Implementación

Una vez que la organización ha decidido introducir los servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo, una serie de medidas deben llevarse a cabo para su implementación. Esto comienza con una toma de conciencia.

Paso 4: Concientizar

La organización debe ser pro-activa en la promoción del caso de negocios para los MARC. Se debe generar la idea de un vínculo fuerte entre los MARC y el deber fiduciario de los directores para actuar en el mejor interés de la compañía. También puede promover a los MARC y a la mediación como herramientas para la gestión de riesgos y su mitigación.

Para presentar el mejor caso de negocios, la organización necesita:

- Considerar cómo los beneficios de los MARC serán comunicados.



PRÁCTICA

Introducir servicios de mediación en gobierno corporativo en asociaciones de directores

OPCIÓN 1: Establecer un centro de mediación dentro de la empresa.

OPCIÓN 2: Servir como canal hacia los mediadores y/o centros de mediación existentes.

OPCIÓN 3: Concentrarse en la prevención de resolución de conflictos y servicios de formación o de asesoramiento donde exista un nicho que los centros existentes no abordan.



CITA

Hacer frente a la falta de conciencia sobre los beneficios de los MARC

“Nos centramos en la utilización activa de las técnicas de mediación, negociación y facilitación de controversias, especialmente disputas de negocios de familia, sin hacer referencia explícita a la etiqueta de los “MARC” dado el escaso conocimiento de los mismos en Bélgica”.

JOZEF LIEVENS

ABOGADO SOCIO, ESTUDIO JURÍDICO EUBELIUS



Amenazas y oportunidades para la introducción de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo por los proveedores

PROVEEDOR DE SERVICIO	PRINCIPALES OPORTUNIDADES	PRINCIPALES AMENAZAS
Derecho corporativo y consultores	<p>Expandir el negocio que se encuentra en su infancia en muchos países</p> <p>Desarrollar una práctica “boutique”</p> <p>Ofrecer servicios adicionales para los clientes actuales y potenciales</p>	<p>Otros trabajos legales podrían ser más lucrativos</p> <p>No es fácil llegar a ser conocido como un proveedor de servicios de MARC de gobierno corporativo y, por tanto, construir una práctica de importancia económica</p> <p>Los competidores que ya ofrecen servicios de MARC, incluyendo a los centros de mediación y las firmas dedicadas a los MARC</p> <p>Una persona o firma con sobrecarga de trabajo puede comprometer la calidad y el tiempo necesario para garantizar un resultado que todas las partes acepten</p>
Institutos de gobierno corporativo y asociaciones de directores	<p>Servicios adicionales de los miembros</p> <p>Incremento de la membresía a través de nuevos servicios</p> <p>Liderazgo en gobierno corporativo, medio neutral para la mediación, y resolución rápida y confidencial de los conflictos</p> <p>Oportunidad de desarrollar asociaciones y alianzas en la mediación en áreas no tradicionales</p>	<p>Falta de interés o la conciencia de los beneficios de los MARC</p> <p>Incapacidad para mantener la calidad en los servicios de MARC a largo plazo y/o la falta de mediadores calificados</p>
Centros de mediación y firmas de MARC	<p>Ampliar el reconocimiento público del valor y los servicios de MARC</p> <p>Oportunidad para desarrollar asociaciones y alianzas en la mediación en áreas no tradicionales</p> <p>Mejorar la “marca” a través del compromiso</p> <p>Desarrollo de un nicho de mercado</p> <p>Ampliar la red de clientes a través de un aumento en la exposición</p> <p>Establecer el liderazgo en el entrenamiento y los servicios de MARC en temas de gobierno corporativo</p> <p>Aumentar la base de clientes y los ingresos</p> <p>El éxito en los conflictos de gobierno corporativo puede facilitar la difusión de los MARC a otras dimensiones de la vida corporativa o cultura, o llamar la atención de las escuelas de negocios para entrenar a la próxima generación de ejecutivos</p> <p>Contratos y declaraciones de políticas pueden ser promovidos por las asociaciones empresariales, ayudando a perfilar la credibilidad del propio centro y su experiencia</p>	<p>La competencia de la comunidad legal</p> <p>Marco jurídico nacional inadecuado para apoyar los MARC</p> <p>Falta de interés o conocimiento sobre gobierno corporativo</p> <p>La costosa puesta en marcha puede distraer recursos de otras prioridades</p> <p>Puede carecer de especialidad en el sector o ser incapaz de mover energía y recursos hacia mercados más lucrativos</p>
Universidades y escuelas de negocios	<p>Atraer fondos para apoyar la investigación y compensar a profesores de renombre mundial</p> <p>Construir relaciones con líderes de negocios que pueden dar lugar a asociaciones que otorguen apoyo financiero y una mayor aceptación de los MARC</p>	<p>Competencia de la comunidad legal y de los estudios jurídicos</p> <p>Los profesores pueden establecer consultorías privadas, privando al centro de nuevos ingresos</p>

- Explicar los factores clave del negocio y los beneficios para la propia organización (por ejemplo, el liderazgo, la buena reputación, etc.).
- Considerar la posibilidad de acercarse a los líderes clave en busca de apoyo.
- Ofrecer artículos a los medios de comunicación relevantes y utilizar cualquier oportunidad a través de eventos, entrevistas, y “entradas” en los blogs para aumentar la conciencia de los valores de los MARC.
- Anticipar las críticas y elaborar respuestas.

Paso 5: Asegurar los recursos humanos y financieros

Es esencial evaluar y garantizar los recursos humanos y financieros para poner en marcha los nuevos servicios. En particular:

- Evaluar el posible suministro de personal calificado que esté dispuesto y sea capaz de proporcionar servicios de MARC de gobierno corporativo.



PARA REVISAR LAS DESTREZAS NECESARIAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 3, MÓDULO 1.

- Los mediadores, entrenadores o consejeros pueden estar disponibles en la empresa o pueden ser reclutados mediante una asociación con otros grupos u organizaciones. Un instituto de directores, por ejemplo, puede preferir asociarse con un centro de mediación para ofrecer servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo. Esta fue la primera aproximación tomada por el Instituto Brasileiro de Gobierno Corporativo (IBGC).



PARA REVISAR LOS RECURSOS ESTÁNDAR PARA EL ENTRENAMIENTO EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO, VÉASE EL VOLUMEN 3.

- La organización necesitará listar las áreas en las que los mediadores de confianza identificados tienen la capacidad de proporcionar servicios de mediación de gobierno corporativo. Esta lista puede comenzar en una escala pequeña y luego ampliarse a medida que las necesidades de la mediación se multiplican y la disponibilidad de mediadores de calidad se expande.
- Asegurarse que los servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo se proporcionan acorde con el presupuesto de la organización. Al hacerlo, tenga en cuenta la cantidad de fondos necesarios para lograr una nueva estrategia de la organización y el nivel de los fondos que deben ser recolectados.



PRÁCTICA

Determinación de los honorarios de los servicios de mediación

En el contrato o carta de contratación, asegúrese de que la estructura de tarifas esté definida de forma clara. Los términos deben contestar las siguientes preguntas:

- ▶ ¿La tarifa es horaria? ¿O hay una cuota para todo el proyecto? ¿O acaso está basada total o parcialmente en contingencias, tales como el resultado?
- ▶ Si la tarifa es horaria, ¿cuántas horas se estiman para el total del caso? En caso de que se requiera más ¿cómo va a ser informado el cliente? ¿Se pueden renegociar los términos de facturación?
- ▶ Si la tarifa es horaria, ¿cuáles son los incrementos mínimos de facturación?
- ▶ ¿Hay un cargo por cada llamada telefónica, carta, correo electrónico, o fotocopia? Si es así, ¿de cuánto es?
- ▶ ¿Cuál es el calendario de pagos?

- Las consideraciones financieras deben incluir un presupuesto por un período de tres años basado en estimaciones realistas (incluyendo escenarios buenos, moderados, y malos) para los nuevos servicios. El proceso presupuestario desarrolla la identificación y compromiso con los nuevos servicios y debe incluir la evaluación de:
 - Los ingresos a ganar (de mesas redondas, la capacitación de los directores, la capacitación de los mediadores, las publicaciones o los documentos, los servicios de mediación, y otras iniciativas).
 - Los supuestos relacionados con los honorarios, el número estimado de servicios que se prestarán, los eventos y las sesiones de capacitación que se ofrecerán, la política de precios para los servicios y la capacitación, y los puntos de equilibrio para los programas de resolución de conflictos y servicios relacionados.
 - Los costos en que pueda incurrir, incluyendo las cargas directas (por ejemplo, capacitación y los gastos de servicio) e indirectas (por ejemplo, gastos generales, administración, personal, alquiler y seguros). También considere las implicaciones fiscales en la obtención de ingresos.
 - Los riesgos para la sostenibilidad financiera deben ser identificados, y deben establecerse controles internos y medidas de desempeño para supervisar los mismos.

Paso 6: Prepararse para la implementación

Una vez que los pasos anteriores se han completado, la organización puede trabajar en la aplicación y el despliegue de las nuevas actividades. Para poder hacerlo, es importante:

- Desarrollar los detalles del plan de negocios para ejecutar la estrategia acordada, incluyendo la definición y refinación de los servicios que se prestarán y la implementación del plan para cada servicio.
- Integrar las nuevas estrategias y servicios con las otras actividades y estrategias de la institución, tales como la capacitación, las comunicaciones de los miembros, y la creación de redes.
- Identificar y seleccionar el equipo responsable de la implementación de la estrategia, e instruirlos acerca de sus funciones y responsabilidades. Asegurarse de que tienen la capacidad para llevar a cabo sus funciones.
- Establecer los criterios para la calidad de mediadores, capacitadores y asesores, y desarrollar normas y un código de conducta para la prestación de sus servicios.
- Identificar, contratar y capacitar a mediadores calificados, sobre todo en las mejores prácticas de gobierno corporativo y los requisitos legales y reglamentarios.



CITA

Introducir servicios de capacitación en resolución de conflictos de gobierno corporativo

“Sólo tienes que ir de a poco. Haz un curso, usa la simulación, muestra que funciona, muestra cuánto los estudiantes lo aman, y luego será renovado. ... El boca a boca. Es por eso que las personas no deben tener miedo. Si tienen un buen producto, y si son buenos maestros, esto funciona. ... Y llega un momento en que la gente reflexiona y dice, uh-oh, tengo que desarrollar una capacitación de capacitadores”.

ALAIN LEMPEREUR

PROFESOR DE DERECHO Y NEGOCIACIÓN EN LA ESCUELA DE NEGOCIOS DE ESSEC
FUNDADOR DE IRENE

FUENTE: Program on Negotiation at Harvard Law School, Founding a Negotiation Education Center, Case Study 1: IRENE (Paris, Francia), enero de 2003, Disponible en: www.pon.org.

Paso 7: Comercializar los nuevos servicios

La comercialización es clave para la exitosa introducción de los nuevos servicios. La organización puede, por ejemplo:

- Preparar documentos de posición, presentaciones, información y folletos para una amplia gama de partes interesadas externas.

Las partes para garantizar el éxito de la implementación de servicios de mediación deben incluir: a los directores, los funcionarios de la empresa, la alta gerencia, los reguladores, las aseguradoras, los accionistas, las organizaciones de negocios, los abogados, los contadores, los corredores de bolsa, el poder judicial y los medios de comunicación.



EJEMPLO

La introducción gradual de los servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo Sudáfrica: IoDSA

Disponibles en la actualidad:

- ▶ El acceso a los mediadores independientes acreditados ante el IoD
- ▶ El asesoramiento y asistencia en el desarrollo de paneles especialistas de mediadores para satisfacer las necesidades de la comunidad de negocios
- ▶ La facilitación de la mediación
- ▶ La facilitación de instancias de mediación
- ▶ El aliento a las partes contratantes para que estas incluyan cláusulas de mediación en sus contratos
- ▶ El aliento a las partes en conflicto para que estas acepten la mediación, incluso en ausencia de una cláusula de mediación
- ▶ La vinculación con las organizaciones de MARC a nivel nacional e internacional

Para su introducción en el mediano plazo:

- ▶ Proporcionar capacitación en todos los aspectos de la mediación

Para su introducción en el largo plazo:

- ▶ Conferencia sobre la mediación
- ▶ Investigación y comunicaciones sobre cuestiones de mediación
- ▶ El diseño de organismos propios de resolución de conflictos y gestión de quejas
- ▶ Publicaciones e información sobre la mediación

COMENTARIO

Las organizaciones que desean ofrecer servicios de MARC suelen comenzar con una limitada gama de actividades que desarrollan con el tiempo, usando el éxito como modo de proveer ingresos, atrayendo a los clientes, y mejorando la reputación y la marca de la organización.

FUENTE: Institute of Directors of Southern Africa (IoDSA) Centre for Mediation, Promotional Brochure, (Johannesburg: IoDSA, 2007. Disponible en: www.iodsa.co.za).

- Incluir en los documentos una descripción de los beneficios y los mecanismos de los MARC, el posicionamiento de la organización, y contraargumentos para las posibles críticas.
- Promover la resolución de conflictos de gobierno corporativo y los servicios de mediación a través del desarrollo de materiales de comercialización y promoción, proporcionando cursos de orientación, capacitación, organización de foros/mesas redondas de discusión y creación de redes de contacto, proporcionando acceso a los datos y las herramientas de mediación, y haciendo presentaciones a los socios y grupos asociados.
- Incluir el uso de una campaña de correo directo, oradores expertos y presentaciones, folletos y publicaciones de calidad profesional en el diseño y arte, campañas institucionales de relaciones públicas, un sitio web para facilitar el acceso a la información y herramientas de comunicación social.

Mensajes clave de la campaña de marketing:

- Los mejores intereses de la empresa
- Deberes de los directores y gestión del riesgo
- Resolución práctica y a tiempo de la disputa
- Resoluciones novedosas y creativas
- Naturaleza confidencial y de no confrontación de los MARC
- Rol de liderazgo de la organización en la prestación de los MARC
- Relación entre los MARC y los códigos de gobierno corporativo y el estatuto de la empresa

Paso 8: Generar ganancias de corto plazo

Las organizaciones deben comenzar con actividades sencillas y asequibles para demostrar el éxito, desarrollar el entusiasmo y contribuir a una mayor conciencia de los servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo. Algunos ejemplos:

- Establecer dentro de la membresía de la organización un panel de expertos para asesorar respecto al desarrollo de servicios de resolución de controversias y que sean responsables por la concientización de los beneficios de los MARC en el ámbito del gobierno corporativo. Este panel, por ejemplo, puede vincularse rápidamente con las partes interesadas (por ejemplo, funcionarios de la empresa, los reguladores en lo que respecta los requisitos

para cotizar en bolsa, autores del código de gobierno corporativo) para asegurar la inclusión de cláusulas de mediación en los procesos de resolución de conflictos.

- Desarrollar y ofrecer a las empresas una cláusula estándar de MARC para los acuerdos entre accionistas, lo que garantiza que los accionistas y las juntas utilizarán a la mediación como el primer paso en la búsqueda de resolución de conflictos.
- Elaborar una breve lista de mediadores reconocidos, calificados y de confianza, disponibles y capacitados en la resolución de conflictos de gobierno corporativo.
- Desarrollar y poner a disposición un modelo de acuerdo para la resolución de conflictos que las partes y el mediador puedan utilizar para establecer un acuerdo y las condiciones de mediación.
- Desarrollar reglas que especifiquen cómo la organización opera en la prestación de servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo. Consolidar pasos adelante e introducir más cambio
- Considerar el apoyo a la organización y los vínculos para obtener el máximo provecho para el cambio. La organización debería considerar los triunfos fáciles y rápidos y también tener un plan para el mediano y largo plazo para el desarrollo de servicios de MARC.

La introducción exitosa de los servicios de resolución de conflictos de gobierno corporativo por las instituciones locales le ayudará a integrar el uso de MARC en el ámbito de las empresas y ayudar a promover un marco jurídico y normativo que apoye el uso de los procesos de los MARC cuando estos sean apropiados. Las organizaciones también pueden desempeñar un papel proactivo en la defensa de los reglamentos y los estándares de las mejores prácticas. ■

Notas Finales

¹ M. King, "Presentation in Washington, D.C. to the IFC", 4 de diciembre de 2007.

1. Aspectos esenciales de un acuerdo de accionistas
2. Ejemplo de cláusulas tipo de mediación y de resolución de conflictos del mundo
3. Implicancias del uso del correo electrónico en la negociación.
4. Modelo de herramienta para evaluación de la junta directiva
5. Modelo de herramienta de autoevaluación de directores
6. Modelo de cuestionario de autoevaluación para directores de bancos
7. Ejemplos de leyes de mediación del mundo
8. SECP – Mecanismo de resolución de controversias
9. Directivas de la Bolsa de Valores de Amman para la resolución de conflictos
10. Tribunal Arbitral de la BSE
11. Panel Arbitral del Mercado BM&FBOVESPA
12. Informe King sobre gobierno corporativo – Sudáfrica (2009)
13. Factores para guiar la selección de MARC
14. Ponerse de acuerdo sobre los términos de la mediación

ASPECTOS ESENCIALES DE UN ACUERDO DE ACCIONISTAS

Más Negocios.com

Si su negocio es una corporación que emite acciones, entonces usted necesita tener un acuerdo de accionistas, para la protección de todos. Un buen acuerdo de accionistas debe contener lo siguiente:

PARA LOS DIRECTORES O LOS INTERESADOS

Distribución de acciones: incluirá los derechos relativos a la emisión, venta o distribución posterior de las acciones. También tendrá los derechos de suscripción preferente (pre-emptive rights) y de primera negativa o adquisición preferente (first refusal rights) de los directores y administradores.

Deberes y derechos de la administración y de los empleados: es el fundamento legal del aspecto personal del negocio y asegurará que este no sea dirigido de manera autocrática.

Transferencia de acciones: con el paso del tiempo, los directores y la administración pueden desear vender sus acciones. El acuerdo de accionistas deberá contener directrices y opciones para la compra y venta de acciones, de manera que la proporción global de la participación accionaria no sea alterada.

Directrices para situaciones de urgente necesidad: esto incluirá las contingencias de la jubilación o la muerte de un actor o director. Estas directrices se asegurarán de que exista la menor confusión posible si llegase a ocurrir una emergencia y mientras ella se desarrolle. Con ello se garantizará la continuidad del negocio y se salvaguardarán los intereses de los accionistas.

Composición de la junta directiva: este es un requisito legal que claramente identifica a los miembros de la junta directiva y sus condiciones de empleo o continuidad. También se describen las funciones de la junta.

Compensación: los miembros de la junta directiva no son normalmente empleados de la empresa. Por lo tanto, tienen que ser compensados por sus esfuerzos en la formulación de políticas y control de la gestión de la empresa.

Condiciones para la modificación de la composición: en esta sección se establecen las condiciones bajo las cuales

la junta directiva puede traer un nuevo interesado, o un accionista pueda transferir/vender sus acciones a fin de reconstituir la junta directiva.

Cláusulas de salida: un accionista o un interesado puede elegir en cualquier momento o por cualquier motivo desprenderse de su participación o interés en juego. El acuerdo de accionistas debe establecer las condiciones que él/ella necesitan reunir en ese momento. Esto ayudará a asegurar que los directores y administradores mantengan el control de la empresa y asegurará también que el patrón general de participación accionaria no cambie sin el acuerdo expreso de los directores.

PARA LOS ACCIONISTAS

Estructura de la empresa: esto informará a los accionistas sobre las personas que manejan la organización y administran su dinero.

Derechos y deberes de los accionistas: se informa a los accionistas cuánto pueden o no participar en el funcionamiento de la empresa o cuánto pueden controlar la gestión del dinero que tienen invertido.

Distinción en la titularidad de las acciones: esta sección ayuda a distinguir entre las diferentes clases de accionistas.

Derechos de cesión o transferencia: condiciones en las que un accionista puede vender sus acciones.

Quórum: establece el número de accionistas que deben estar presentes para celebrar una asamblea de accionistas y para aprobar una resolución.

La estructura de propiedad en casos de adquisiciones que conllevan control: establece el número de los accionistas que deben estar presentes para celebrar una asamblea de accionistas y para aprobar una resolución.

Mecanismo de resolución de controversias: esta sección explicará en detalle los métodos de arbitraje que se utilizarán para resolver una disputa entre accionistas.

Derechos de voto: esta sección describe los derechos de voto sobre las decisiones de gestión de los accionistas, indicando, así, qué control tendrán los accionistas sobre la gestión del dinero que han invertido.

Un acuerdo de accionistas bien redactado ayudará a dirigir la compañía, desempeñará un papel importante



ANEXO 1

en la continuidad de la organización, y ayudará a evitar disputas legales costosas y que requieran mucho tiempo. Proporcionará detalles sobre los derechos y deberes de las partes interesadas y los accionistas. Un acuerdo de accionistas debe ser examinado y revisado periódicamente para asegurarse de que está en consonancia con el entorno empresarial actual, pero no debe ser revisado tan a menudo como para causar inestabilidad.

FUENTE: Artículo publicado en: http://www.morebusiness.com/running_your_business/legal/Shareholder-Agreement.brc.

EJEMPLOS DE CLÁUSULAS TIPO DE MEDIACIÓN Y DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL MUNDO

Asociación Americana de Arbitraje

CLÁUSULA DE MEDIACIÓN 1

“Si surge una controversia respecto de este contrato, o que se relacione con él o con su incumplimiento, y si la disputa no puede resolverse través de la negociación, las partes acuerdan primero en intentar de buena fe resolver la controversia mediante la mediación administrada por la Asociación Americana de Arbitraje de acuerdo a sus Procedimientos de Mediación Comercial antes de recurrir a arbitraje, litigios, o algún otro procedimiento de resolución de controversias”.

CLÁUSULA DE MEDIACIÓN 2

“Las partes someten el presente conflicto a una mediación administrada por la Asociación Americana de Arbitraje de acuerdo a sus Procedimientos de Mediación Comercial [la cláusula podrá también establecer los requisitos del/los mediador(es), el método para la asignación de honorarios y gastos, el lugar de las reuniones, los plazos, o cualquier otro elemento de preocupación de las partes].”

CLAUSULA DE MEDIACIÓN/ARBITRAJE

“Si surge una controversia a partir de o se relaciona con este contrato o el incumplimiento del mismo, y si la disputa no puede resolverse a través de conversaciones directas, las partes convienen en que procurarán primero resolver la controversia mediante una mediación administrada por la Asociación Americana de Arbitraje de acuerdo a sus Procedimientos de Mediación Comercial antes de recurrir al arbitraje. Cualquier controversia o demanda sin resolver que surja de este contrato o esté relacionada con él o con su incumplimiento, será resuelta mediante un arbitraje administrado por la Asociación Americana de Arbitraje, de acuerdo a sus Reglamento de Arbitraje Comercial, y la revisión del laudo dictado por el árbitro podrá ser presentada en cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el mismo. Si todas las partes en el conflicto así lo acuerdan, un mediador involucrado en la mediación del conflicto podrá ser requerido para actuar como árbitro”.

FUENTE: <http://www.adr.org/resources/Drafting+Dispute+Resolution+Cluses+Guide+AAA-2007.pdf>.

Centro Belga de Mediación y Arbitraje

CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“Las partes se comprometen a aplicar las Reglas de Mediación de CEPANI a todas las disputas que surjan de este Acuerdo o en relación con él”.

Las siguientes disposiciones pueden ser agregadas a esta cláusula:

- “La sede de la mediación será (pueblo o ciudad)”
- “Las actuaciones se llevarán a cabo en el lenguaje (...)”
- “en caso de fracasar la mediación, el conflicto será resuelto conforme a las Reglas de Arbitraje de CEPANI por uno o más árbitros designados de conformidad con esas Reglas”.

FUENTE: <http://www.cepani.be/EN/default.aspx?Pid=411>.

Cámara Búlgara de Comercio e Industria

CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“Todas las controversias en relación con este contrato serán remitidas para su resolución por mediación al Centro de Mediación de la Corte de Arbitraje de la Cámara Búlgara de Comercio e Industria, y en caso de que las partes no llegaran a un acuerdo – a la Corte de Arbitraje de la Cámara Búlgara de Comercio e Industria de acuerdo con su Reglamento”

FUENTE: <http://www.mediation.bcci.bg/english/index.php3?vheader=RECOMMENDEDE%20MEDIATION%20CLAUSES&vfile=it8.htm>.

Centro para la Resolución Efectiva de Disputas (CEDR, según sus siglas en inglés)

PROCESO DE NIVELES MÚLTIPLES

“Si surge alguna controversia en relación con este acuerdo, directores y otros altos representantes de las partes con autoridad para resolver la disputa, dentro de los [] días de presentada una solicitud escrita por una parte a la otra, se reúnen en un esfuerzo de buena fe para resolver la disputa.

“Si la controversia no se resuelve en esa reunión, las partes tratarán de resolverla por mediación de conformidad con el Procedimiento Modelo de Mediación del CEDR. A menos que se haya acordado de otra manera entre las partes, el mediador será designado por el CEDR. Para

ANEXO 2

iniciar la mediación una parte debe dar notificación por escrito (“aviso de MARC”) a la(s) otra parte(s) del conflicto solicitando una mediación. Una copia de la solicitud debe ser enviada al CEDR Solve. La mediación se iniciará a más tardar en [] días después de la fecha del aviso de MARC”.

“[El redactor tiene la opción de añadir la versión 1, refiriéndose a los procesos judiciales en paralelo, o la versión 2, en la que no habrá procesos judiciales hasta que la mediación haya sido completada.]

Versión 1:

“El comienzo de una mediación no impedirá que las partes inicien o continúen un procedimiento judicial /un arbitraje”.

Versión 2:

“Ninguna de las partes puede iniciar un procedimiento judicial/arbitraje en relación con cualquier disputa que surja de este acuerdo hasta que se haya tratado de resolver el conflicto a través de la mediación y, o bien la mediación ha terminado o la otra parte no ha participado en la misma, siempre que el derecho a iniciar los procedimientos no se vea perjudicado por la demora.”

CLÁUSULA BASE DE MEDIACIÓN INTERNACIONAL

“Si surge alguna controversia en relación con este acuerdo, las partes tratarán de resolverla mediante la mediación de acuerdo con el Modelo de Mediación del CEDR Procedimiento. Salvo acuerdo en contrario entre las partes, el mediador será designado por CEDR. La mediación tendrá lugar en [ciudad/país de ninguna de las partes] y el lenguaje de la mediación será []. El acuerdo de mediación referido en el Procedimiento Modelo se regirá, interpretará y aplicará de conformidad con el derecho sustantivo de [Inglaterra y Gales]. Los tribunales de [Inglaterra] tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier demanda, disputa o asunto del conflicto que pueda surgir de, o en conexión con, la mediación. Si la controversia no se resuelve por la mediación dentro de los [] días de comienzo de la mediación o dentro de período mayor que las partes pueden acordar por escrito, la controversia se diferirá y será finalmente resuelta por medio de arbitraje. El CEDR será el órgano de nombramiento y administrará el arbitraje. El CEDR aplicará el Reglamento de la CNUDMI en vigor en el momento en que haya sido iniciado el arbitraje. En

cualquier arbitraje iniciado de conformidad con esta cláusula, el número de árbitros será de [1 - 3] y la sede o el lugar legal del arbitraje será [Londres, Inglaterra].”

FUENTE: http://www.cedr.com/about_us/library/internationalclauses.php.

Instituto Danés de Arbitraje (Arbitraje de Copenhagen)

CLÁUSULA DE MEDIACIÓN

“Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato, incluyendo cualquier controversia relativa a la existencia, validez o terminación, será resuelta por la mediación organizada por el Instituto Danés de Arbitraje de conformidad con las Reglas de Mediación adoptada por el Instituto y en vigor en el momento en que la mediación haya iniciado”.

FUENTE: <http://www.voldgiftsinstituttet.dk/en/Menu/Recommended+clauses/Mediation>.

Cámara de Comercio Internacional

CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

“Las partes podrán en todo momento, sin perjuicio de cualquier otro proceso, intentar la solución de cualquier desavenencia que derive de este contrato o esté relacionada con él, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento ADR de la CCI.”

FUENTE: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/adr_rules.pdf

Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos

Modelo CPR cláusulas de resolución de disputas

NEGOCIACIÓN

Negociación entre los ejecutivos

“(A) Las partes deberán tratar [de buena fe] de resolver cualquier disputa que surja de, o esté relacionada con, este [Acuerdo] [Contrato] de inmediato por la negociación entre los ejecutivos que tienen autoridad para resolver la controversia y que se encuentran en un nivel superior de gestión respecto de las personas con responsabilidad directa en la administración de este contrato. Cualquier persona puede dar a la otra parte una notificación escrita de una controversia no resuelta en el curso normal del negocio. Dentro de los [15] días después de la entrega de

la notificación, la parte notificada presentará a la otra una respuesta por escrito. La notificación y la respuesta debe incluir (a) una declaración de la posición de la parte y un resumen de los argumentos que sustentan esa posición, y (b) el nombre y cargo del ejecutivo que representará a esa parte y de cualquier otra persona que acompañará al ejecutivo. Dentro de los [30] días después de la entrega de la notificación inicial, los ejecutivos de ambas partes se reunirán en un momento y lugar aceptable para ambas partes, y posteriormente con la frecuencia que consideren razonablemente necesaria, para tratar de resolver la disputa. [Todas las solicitudes razonables de información formuladas por una de las partes a la otra serán satisfechas.]

“Todas las negociaciones de conformidad con esta cláusula son confidenciales y deberán ser tratadas como negociaciones para alcanzar un compromiso o un acuerdo, a los efectos de las normas aplicables de evidencia”.

MEDIACIÓN

“(B) Si la controversia no se ha resuelto mediante la negociación, según lo aquí establecido, en el plazo de [45] días después de la notificación inicial de la negociación, [o si las partes no se reúnen dentro de los [30] días después de la entrega], las partes procurarán resolver la controversia mediante la mediación bajo Procedimiento de Mediación del CPR [el entonces vigente o el que se encuentre vigente a la fecha del presente Acuerdo], [No obstante si una parte no participa en la negociación como aquí se estipula, la otra parte puede iniciar una mediación antes del término de los [45] días.] Salvo acuerdo en contrario, las partes seleccionarán un mediador de los Paneles de Neutrales Distinguidos del CPR”.

ARBITRAJE

“(C) Cualquier disputa que surja de o esté relacionada con este [Acuerdo] [Contrato], incluyendo la violación, terminación o validez del mismo, que no haya sido resuelta por la mediación como aquí se establece [dentro de los [45] días después del inicio del procedimiento de mediación] [dentro de [30] días después del nombramiento de un mediador], se resolverá finalmente mediante arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje no Administrado del CPR [entonces vigente O vigente a la fecha de este Acuerdo], por [un solo árbitro] [tres árbitros independientes e imparciales, de los cuales cada parte designará a uno] [tres árbitros de los cuales cada

parte nombrará uno, de acuerdo con el procedimiento de selección previsto en el artículo 5.4] [tres árbitros independientes e imparciales, ninguno de los cuales serán designados por cualquiera de las partes]; [a condición, sin embargo, que si una de las partes no participa ni en la negociación ni en la mediación según lo aquí acordado, la otra parte puede comenzar el arbitraje con anterioridad a la expiración de los plazos establecidos anteriormente.] El arbitraje se regirá por la Ley Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act), 9 USC § § 1 y ss., y la revisión del laudo dictado por el(los) árbitro(s) puede ser presentado ante cualquier corte que tenga jurisdicción. El lugar del arbitraje será [ciudad, estado]. “

FUENTE: <http://www.cpradr.org/ClausesRules/PRModelDisputeResolution-Clauses/tabid/157/Default.aspx.ent>

Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres

CLÁUSULA DE MEDIACIÓN

“En el caso de que una disputa surja de este contrato o se relacione con él, incluyendo cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o terminación, las partes deberán buscar la resolución de esa controversia a través de la mediación de conformidad con el Procedimiento de Mediación de la LCIA (según sus siglas en inglés), el procedimiento se considera incorporado por referencia en esta cláusula.”

FUENTE: <http://www.lcia-arbitration.com/>

Instituto de Mediación de los Países Bajos

CLÁUSULA DE MEDIACIÓN

1. “Las Partes acuerdan someter todas las disputas que puedan surgir de este acuerdo a la mediación de conformidad con el Reglamento del Instituto de Mediación de los Países Bajos (Stichting Nederlands Mediation Institute) en Rotterdam, antes de que las controversias sean sometidas para su resolución por el juez competente [o panel arbitral] según lo dispuesto a continuación.
2. “La tarea del mediador es la de analizar con las partes los conflictos que han surgido con el fin de que las partes pueden llegar de buena fe a una resolución y confirmar mutuamente la resolución mediante acuerdo por escrito. Esta buena fe implica que las

ANEXO 2

partes no iniciarán ninguna acción legal antes de que el procedimiento de mediación de conformidad con la cláusula anterior haya sido intentado, y por un período de [____] días a partir de la fecha en que el mediador sea nombrado, a menos que el procedimiento de mediación haya terminado con anterioridad.

3. “El procedimiento de mediación es estrictamente confidencial. Las partes no estarán obligadas en cualquier procedimiento judicial [o arbitral] posterior por cualquier posición tomada o declaración realizada durante el procedimiento de mediación.
4. “[Arbitraje normal o cláusula de tribunal competente.]”

FUENTE: http://www.nmimmediation.nl/english/nmi_rules_and_models/nmi_mediation_clause.p

Instituto Sudafricano de Directores

CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

1. “Si una controversia surge de, o en conexión con, este Acuerdo, o relacionados con los mismos, ya sea directa o indirectamente, las partes deben someter la controversia a resolución en primer lugar por la vía de la negociación y en caso de no lograr la resolución, a través de la mediación y en el caso de no lograr la resolución, por la vía del arbitraje. La referencia a la negociación y la mediación es una precondition para que las partes puedan resolver la controversia por medio de arbitraje.
2. “Una disputa se iniciará si el conflicto y la particularidad del mismo es comunicada por una de las partes a la otra por escrito.
3. “Dentro de los 21 (veintiún) días del inicio de la controversia, las partes buscarán una resolución amistosa a la misma refiriendo la misma en representantes de cada una de las partes encargados de la negociación y la resolución del conflicto. Los representantes estarán facultados para resolver la disputa.
4. “En el caso de que las negociaciones previstas en el 2. hayan fracasado por cualquier motivo o causa, las partes deben, dentro de los 21 (veintiún) días de dicho fracaso, someter la controversia para su resolución

por vía de la mediación de acuerdo con la normativa vigente en ese momento del Instituto Sudafricano de Directores (en adelante “IoD”, por sus siglas en inglés). Se considerará que la negociación ha fracasado, si una de las partes extiende una declaración por escrito en tal sentido.

5. “En el caso de que la mediación prevista en el 3, fracasara en los términos de las reglas de la IoD, el asunto deberá, dentro de los 21 (veintiún) días a partir de entonces, referirse a arbitraje conforme a lo previsto en los incisos a continuación.
6. “El período de 21 (veintiún) días antes mencionado para la negociación o la mediación puede ser reducido o extendido por acuerdo escrito entre las partes.
7. “Cada parte acuerda que el arbitraje se llevará a cabo como un arbitraje expedito en Sudáfrica de acuerdo con la normativa vigente en ese momento para arbitraje expedito de la Fundación de Arbitraje de Sudáfrica (en adelante AFSA, según sus siglas en inglés) por 1 (un) árbitro designado por acuerdo entre las partes. Si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre el árbitro en el plazo un período de 10 (diez) días hábiles después de la remisión de la controversia a arbitraje, el árbitro será designado por la Secretaría de AFSA.
8. “Las disposiciones de esta cláusula no impedirán a cualquiera de las partes recurrir a un tribunal competente requiriendo medidas provisionales del tipo de los interdictos o mandamus, si se tratase de asuntos urgentes y en espera del resultado del arbitraje para lo cual las partes se someten irrevocablemente a la jurisdicción de una división de la Alta Corte de la República de Sudáfrica.
9. “Esta cláusula es un acuerdo separado y divisible del resto de este Acuerdo, y permanecerá vigente, aunque el acuerdo termine, o sea anulado o cancelado por cualquier motivo.”

FUENTE: http://www.iodsa.co.za/centre_mediation.asp?ShowWhat=ServiceBlock#dispute

Centro de Mediación de Singapur

CLÁUSULA DE MEDIACIÓN 1

“Todas las disputas, controversias o diferencias que

surjan de o en conexión con este primer acuerdo se presentarán primero al Centro de Mediación de Singapur para su resolución por mediación de conformidad con el Procedimiento de Mediación en vigor en ese momento. Las partes se comprometen a participar en la mediación de buena fe y se comprometen a acatar los términos de cualquier acuerdo alcanzado.”

CLÁUSULA DE MEDIACIÓN 2

“Todas las disputas, controversias o diferencias que surjan de o en conexión con este acuerdo deberán ser remitidas primero al Centro de Mediación de Singapur para su resolución. Las disputas, controversias o diferencias deberán ser remitidas dentro de los [____] días desde el momento en que surgieron, de acuerdo con el Procedimiento de Mediación vigente, a menos que cualquiera de las partes notifique por escrito a todas las demás partes y al Centro de Mediación de Singapur indicando que no está de acuerdo en someter el asunto a mediación. Las partes se comprometen a participar en la mediación de buena fe y se comprometen a acatar los términos de cualquier acuerdo alcanzado.”

FUENTE: http://www.mediation.com.sg/mediation_clauses.htm.

IMPLICANCIAS DEL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO EN LA NEGOCIACIÓN

El siguiente es un extracto del capítulo: “Tienes un acuerdo: negoci@r a través de correo electrónico” en Repensando la enseñanza de la negociación: innovaciones para el contexto y la cultura (título original: “You’ve got Got Agreement: Negoti@ting via Email” en *Rethinking Negotiation Teaching: Innovations for Context and Culture*; C. Honeyman, J. Coben, J. y G. De Palo, editores, DRI Press, Hamline University). Los autores son: Noam Ebner, Anita D. Bhappu, Jennifer Gerarda Brown, Kimberlee K. Kovach y Andrea Kupfer Schneider.

En este extracto, los autores delinearon las cinco principales implicancias de las características únicas, para la negociación, de la comunicación por correo electrónico. Destacar estos particulares efectos de los medios de comunicación es especialmente importante para entender los desafíos planteados por los medios de comunicación a los negociadores capacitados para llevar a cabo interacciones cara a cara.

Implicancias de comunicaciones por correo electrónico en la negociación

Hay cinco grandes implicancias para las partes que negocian por correo electrónico:

1. *Aumento de conflictividad*
2. *Intercambio de información disminuido*
3. *Proceso de cooperación disminuido*
4. *Disminución de la confianza*
5. *Aumento de los efectos negativos de la atribución*

1. Aumento de conflictividad

Incluso antes de la llegada de la comunicación electrónica vía internet, las investigaciones mostraron que la comunicación a distancia a través de medios tecnológicos es más susceptible a generar conflictos que un diálogo cara a cara. Aimee Drolet y Michael Morris, por ejemplo, han encontrado que mientras que las interacciones cara a cara fomentan la relación y la cooperación, la comunicación telefónica era propensa a más desconfianza, competencia y un comportamiento conflictivo (Drolet y Morris 2000).

En la comunicación vía Internet, estos resultados no sólo se mantienen, sino que se intensifican. La comunicación en el ciberespacio tiende a ser más desinhibida, las partes ignoran las posibles consecuencias adversas de las interacciones en línea debido a la distancia física, la reducción de la presencia social, la limitada responsabilidad, y un sentido de anonimato (Griffith y Northcraft 1994; Wallace 1999,

Thompson 2004). La falta de señales sociales en la comunicación electrónica hace que la gente a actúe de manera más conflictiva que cuando lo hace en encuentros cara a cara, resultando en una mayor frecuencia de comportamientos hostiles y utilización de insultos (Kiesler y Sproull, 1992).

Las investigaciones muestran que estos resultados en la comunicación electrónica también son aplicables a la negociación electrónica. Las primeras investigaciones mostraron que los negociadores son aptos para actuar de modo más duro y para elegir tácticas más polémicas negociando con gente a distancia (Raiffa, 1982). A medida que los investigadores comenzaron a centrarse en la negociación electrónica, descubrieron los efectos de la menor riqueza de los medios de comunicación: la presencia social de los demás se reduce (Short, Williams, y Christie 1976; Weisband y Atwater, 1999) y la distancia social percibida entre los negociadores aumenta (Sproull y Kiesler 1986; Jessup y Tansik 1991). Por lo tanto, la conciencia social de los negociadores se podría ver seriamente disminuida (Valley y Croson 2004) cuando se comunican a través de correo electrónico. Esto podría explicar por qué los negociadores electrónicos se sienten menos obligados por el comportamiento normativamente apropiado que lo que al parecer se sienten los negociadores que se enfrentan cara a cara. Este debilitamiento del tejido normativo se traduce en un aumento en la tendencia a formular amenazas y ultimátums (Morris et al. 2002), a adoptar comportamientos polémicos, a mentir o engañar (Naquin, Kurtzberg y Belkin, a publicarse), a enfrentarse a los demás negativamente, y a involucrarse en discusiones impetuosas (Thompson y Nadler 2002).

Por lo tanto, los negociadores de correo electrónico trabajan sobre un campo mucho más áspero que los negociadores cara a cara. Sin embargo, cuanto mejor entendamos la naturaleza del correo electrónico como se describe en la sección anterior, mayor será nuestra capacidad de aplicar las características potencialmente peligrosas del correo electrónico para un buen uso - por ejemplo, reducir la conflictividad. Si se usan adecuadamente, los medios de comunicación pueden facilitar un mejor procesamiento de los conflictos sociales, precisamente porque estos medios no transmiten las señales visuales y verbales (Carnevale, Pruitt y Seilheimer 1981; Bhappu y Crews 2005). En primer lugar, la presencia física visible de un adversario puede inducir intranquilidad (Zajonc 1965), lo que conduce a respuestas más agresivas. Por lo tanto, la ausencia de señales visuales y verbales en el correo electrónico puede desactivar tales desencadenantes. En segundo lugar, el correo electrónico también puede reducir la prominencia de las diferencias entre los grupos.

Al ocultar o restar importancia a su sexo, raza, acento u origen nacional, por nombrar algunos, el correo electrónico puede incluso reducir el impacto del sesgo inconsciente (Greenwald, McGhee y Schwartz 1998) en la negociación. Restar importancia a la pertenencia al grupo también puede suprimir la formación de coaliciones. Además, debido a que los negociadores se encuentran físicamente aislados y la presencia social de los demás se ve disminuida, pueden tomarse un tiempo para “salir” de la discusión y responder reflexivamente en vez de simplemente reaccionar ante el comportamiento de la otra parte, potencialmente limitando aun más el agravamiento del conflicto social (Harasim 1993; Bhappu y Crews 2005).

2. Disminución de la cooperación entre las partes

Los experimentos en la negociación de correo electrónico han explorado dos conceptos relacionados: la medida de la cooperación entre las partes a lo largo del proceso de negociación, y el grado en que los resultados obtenidos son integradores al final de la negociación. La conexión entre los dos es evidente: la posibilidad de que los resultados sean integradores crece a medida que las partes son más conscientes de las necesidades y capacidades de la otra, y surgen las áreas potenciales de ganancia mutua.

Las negociaciones por correo electrónico hacen que el intercambio de información sea probablemente limitado, analítico y polémico. Esto disminuye la capacidad de los negociadores para evaluar con precisión las diferentes preferencias e identificar posibles ganancias conjuntas.

De hecho, una comparación entre las negociaciones cara a cara y aquellas mediadas vía red reveló que los negociadores que interactúan electrónicamente fueron menos precisos al juzgar los intereses de la otra parte (Arunachalam y Dilla 1995). La conciencia social reducida en los medios de comunicación hace que las partes incurran más fuertemente en un comportamiento auto interesado cuando negocian a través de correo electrónico. Como resultado, puede que simplemente ignoren o dejen de obtener información importante acerca de los intereses y prioridades de la otra parte. El uso del correo electrónico puede, por lo tanto, acentuar el comportamiento competitivo en las negociaciones (Barsness y Bhappu 2004).

Sin embargo, cuando se utiliza correctamente, el correo electrónico podría aumentar el intercambio de información. Los medios de comunicación pueden trabajar para promover una participación más igualitaria entre los negociadores. La disminución de las señales de contexto social (Sproull y Kiesler 1991) y la reducción resultante en la relevancia de las

diferencias entre grupos sociales pueden reducir el sesgo de la influencia social entre los individuos (Bhappu et al. 1997) e incentivar a personas de menor estatus a participar más (Siegel et al. 1986). En lugar de descontar o ignorar información proporcionada por las personas de estatus inferior, como podrían hacerlo en encuentros cara a cara, los negociadores pueden ser receptivos de esta información adicional cuando se utiliza el correo electrónico. La atención sobre esta “nueva” información puede posteriormente permitir a los negociadores identificar las operaciones óptimas y crear acuerdos más integradores.

La naturaleza de la interacción del correo electrónico refuerza esta tendencia hacia una mayor participación y hacia una información más diversa. Como se mencionó anteriormente, el procesamiento paralelo que permite el correo electrónico libera a los negociadores de tomar turnos de modo alternativo, evita las interrupciones, y permite a los negociadores expresar sus diferentes puntos de vista al mismo tiempo (Lam y Schaubroeck 2000). El procesamiento en paralelo también puede socavar la dinámica de poder existentes y alentar la confrontación directa, ya que impide que un individuo se haga con el control de la discusión y suprima los puntos de vista de otros (Nunamaker et al. 1991). Por lo tanto, en cierto sentido, el intercambio por correo electrónico puede domesticar y disciplinar la forma agresiva de procesamiento paralelo que puede ocurrir en los encuentros cara a cara. Al hacer el procesamiento paralelo más coherente, el correo electrónico puede apoyar más a la consideración simultánea de múltiples problemas durante la negociación. Cuando se lo suma a la mayor diversidad de información que se produce cuando se resta importancia a los grupos sociales y se reducen las diferencias de poder, el procesamiento paralelo en el correo electrónico es más propenso a promover la búsqueda de ganancias conjuntas (Barsness y Bhappu 2004).

3. Reducción en los resultados integradores

Como se mencionó anteriormente, se espera que la reducción en el proceso de cooperación resulte en un nivel más bajo de acuerdos integradores. Muchos de los experimentos que miden estos dos indicadores — el comportamiento cooperativo y los resultados integradores — han demostrado que en la negociación electrónica, en contraposición a la negociación cara a cara, es menos probable que uno encuentre cooperación en el proceso, y es menos probable que se logren resultados integradores (Arunachalam y Dilla 1995; Valley et al, 1998; véase también Nadler y Shestowsky 2006). Además, la posibilidad de estancamiento parece ser mayor que en la negociación cara a cara (Croson 1999). Por el

ANEXO 3

contrario, otros investigadores no han encontrado ninguna diferencia en las tasas de estancamiento ni en la frecuencia de resultados integradores al comparar las negociaciones por correo electrónico y las negociaciones cara a cara (Nanquin y Paulson 2003, véase también Nadler y Shestowsky 2006).¹

¿Por qué, podríamos preguntarnos, la negociación vía correo electrónico puede ser menos integradora que los encuentros cara a cara (si, de hecho, la tendencia va en esa dirección)? Creemos que una reducción de la probabilidad y del grado de soluciones integradoras podría ser el resultado de niveles más bajos de procesos de cooperación y de la dificultad de establecer un entendimiento mutuo en la negociación vía correo electrónico. Si el correo electrónico de alguna manera alienta a los negociadores a ser más polémicos y hostiles en la forma en que se comunican (Kiesler y Sproull 1992), esto puede conducir a un conflicto que crece vertiginosamente y al endurecimiento de las posiciones. Este problema se hace aún más grave por la dificultad de establecer un entendimiento mutuo a través del correo electrónico (Drolet y Morris 2000), algo sobre lo que ampliaremos más adelante. Ha sido demostrado que el desarrollo de un entendimiento mutuo promueve acuerdos más beneficiosos para ambas partes (Drolet y Morris 2000), especialmente en contextos de medios de comunicación menos ricos en contenidos informativos (lean media) (Moore et al. 1999) tal vez porque genera una mayor conciencia social entre los negociadores (Valley y Croson 2004).

Por otro lado, los efectos del medio de comunicación utilizado en la negociación vía correo electrónico incluyen una característica que puede promover pensamientos y resultados integradores. Como hemos visto, los negociadores tienden a intercambiar mensajes largos que incluyen varios puntos en un solo “paquete” al utilizar medios de comunicación asincrónicos como el correo electrónico (Adair et al 2001; Friedman y Currall 2001; Rosette et al 2001). La agrupación de argumentos puede facilitar los acuerdos integradores al incentivar a los negociadores a vincular las cuestiones y considerarlas de forma simultánea y no secuencialmente (Rosette et al. 2001). Esto puede promover el intercambio de favores (logrolling), una herramienta clásica para llegar a los resultados integradores. Sin embargo, los negociadores deben evitar el “exceso de la agrupación”: demasiados problemas y demasiada información suministrada de una sola vez pueden superar la capacidad de procesamiento de información del receptor. Los negociadores pueden, por tanto, tener más dificultades para establecer el significado y para administrar el intercambio de información en los medios de comunicación asincrónicos (DeSanctis y Monge 1999),

dificultando aún más sus esfuerzos para obtener e integrar con éxito la información que se requiere para construir un acuerdo mutuamente beneficioso.

4. Disminución en el grado de confianza entre las partes

La confianza entre las partes negociadoras ha sido identificada como desempeñando un papel clave en permitir la cooperación (Deutsch 1962), la resolución de problemas (Pruitt, Rubin y Kim 1994), el logro de soluciones integradoras (Lewicki y Litterer 1985, Lax y Sebenius 1986), la eficacia (Schneider 2002) y resolución de conflictos (Moore 2003).

Los negociadores están capacitados y asesorados para buscar y crear oportunidades para la creación de confianza cada vez que sea posible, y tan pronto como sea posible en el curso de un proceso de negociación (Lewicki y Litterer 1985).

La comunicación a través del correo electrónico, sin embargo, está plagada de peligros para la confianza que son inherentes al medio y al modo en que las partes lo abordan y lo utilizan (Ebner 2007). Se ha sugerido que la falta de confianza en los opuestos en línea es el factor responsable de los bajos niveles del proceso de cooperación y de los resultados integradores mencionadas anteriormente (Nadler y Shestowsky 2006). Los bajos niveles de confianza entre las partes en la negociación vía correo electrónico han sido medidos no sólo a través de indicadores indirectos, tales como bajos procesos de cooperación y resultados integradores infrecuentes, sino también directamente: cuando se les preguntó sobre el grado de confianza que sentían en los procesos de negociación, los negociadores electrónicos reportaron niveles más bajos de confianza que los negociadores cara a cara (Naquin y Paulson 2003). Los negociadores electrónicos entran en el proceso con un nivel más bajo de confianza de pre-negociación en sus contrapartes que los participantes en las negociaciones cara a cara (Naquin y Paulson 2003). Esta expectativa inicialmente baja respecto a la confianza interpersonal puede exacerbar el error fundamental de atribución mediante el fortalecimiento de la tendencia a buscar razones para la desconfianza en lugar de reconocer acciones dignas de confianza. Esto se convierte en una profecía auto-cumplida: esperando encontrar contrapartes poco fiables, los negociadores electrónicos comparten menos información; esto refuerza las expectativas de sus contrapartes. Como resultado, los participantes en negociaciones vía correo electrónico también experimentan niveles más bajos de confianza en la post-negociación que los participantes en las negociaciones cara a cara (Naquin y Paulson 2003).²

5. Aumento de la tendencia hacia la atribución “sinistra”

Los efectos de la negociación vía correo electrónico exacerbaban la tendencia hacia el error de atribución “sinistro”: el sesgo a ver los acontecimientos negativos como el resultado de las intenciones negativas de los demás en lugar de resultados no deseados o circunstancias ajenas a su control. La falta de presencia social y de señales contextuales da una sensación de distancia y de la vaguedad de la interacción. La dinámica asincrónica de las negociaciones vía correo electrónico se suma a este desafío.

La investigación muestra que los negociadores electrónicos hacen menos preguntas aclaratorias que los negociadores que se encuentran cara a cara. En lugar de obtener información de sus contrapartes, los negociadores de correo electrónico pueden ser más propensos a hacer suposiciones (Thompson y Nadler 2002); si esos supuestos resultan luego infundados, los negociadores pueden percibir las acciones o preferencias inconsistentes del otro como una ruptura de la confianza. El poder del error de atribución siniestro en la negociación electrónica está claramente demostrado por los experimentos que muestran que los negociadores electrónicos son más propensos a sospechar que su contrario miente que los negociadores cara a cara, incluso cuando no ha tenido lugar un engaño real (Thompson y Nadler 2002). El análisis de fallidas negociaciones vía correo electrónico muestra que estas tienden a incluir mensajes poco claros, puntos irrelevantes, y largas declaraciones de carácter general (Thompson 2004), cada una de las cuales ofrece un amplio campo apto para el error de atribución siniestro.

Sobre los autores

Noam Ebner es codirector del Tachlit Negotiation and Mediation Training en Jerusalén, Israel. También es profesor en el Programa de Maestría en Negociación y Resolución de Conflictos que ofrece el Instituto Werner en la Escuela de Derecho de la Universidad de Creighton. Su correo electrónico es noam@tachlit.net. Anita D. Bhappu es profesora asociada y presidenta del Retailing and Consumer Sciences e investigadora fellow en el Terry J. Lundgren Center for Retailing en la Universidad de Arizona en Tucson, Arizona. Su dirección de correo electrónico es abhappu@email.arizona.edu. Jennifer Gerarda Brown es profesora de Derecho y directora del Centro de Resolución de Disputas de la Escuela de Derecho de la Universidad de Quinnipiac en Hamden, Connecticut e investigadora senior en la Escuela de Derecho de Yale en New Haven, Connecticut. Su dirección de correo electrónico es Jennifer.Brown@quinnipiac.edu. Kimberlee K. Kovach es la directora del Centro Frank Evans para la Resolución de Disputas y disertante distinguida en la resolución de controversias en el South Texas College of Law. Su dirección de correo electrónico es k2kovach@yahoo.com. Andrea Kupfer Schneider es profesora de derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad Marquette en Milwaukee, Wisconsin. Su dirección de correo electrónico es andrea.schneider@marquette.edu.

Los autores desean agradecer a Melissa Manwaring y a los participantes en el Coloquio de la Escuela de Derecho de Quinnipiac por sus atentos comentarios sobre los borradores de este capítulo. Asimismo, nuestro agradecimiento a Ranse Howell y Habib Chamoun-Nicolas por proporcionar sugerencias sobre el material de referencia.

Notas Finales

1 Al leer mucha de la literatura sobre este tema, uno puede pensar que la mayoría de los profesionales e investigadores han aceptado el supuesto de que la negociación electrónica, como regla general, implica la disminución de la confianza entre las partes y resulta en menos – y menos integradores – acuerdos. Más allá de la fuerza intuitiva de esta suposición lo mejor que uno puede decir acerca de la investigación es que no es concluyente. Varios autores han observado experiencias y experimentos que desafían esta suposición (Nadler y Shestowsky 2006; Conley, Tyler, y Raines 2006; Chamoun-Nicholas 2007), indicando que necesita hacerse un examen más cuidadoso, lo que puede diferenciar entre diferentes plataformas de comunicación electrónica (sólo algunos de los experimentos se llevaron a cabo a través de correo electrónico), o examinar la idoneidad de la negociación electrónica para los tipos específicos de controversias (Conley, Tyler, y Raines 2006).

2 Si bien esta tendencia de disminución en la confianza en la comunicación electrónica es verdadera en el caso de quienes han sido educados en un entorno relacional predominantemente del tipo “cara a cara”, puede no ser tan fuerte con respecto a las personas para quienes el entorno electrónico ha sido siempre un lugar principal de encuentro. Cuanto más experiencias reflectivas y familiaridad tiene la gente con la comunicación electrónica, más va a desarrollar nuevos sentidos para la recepción y evaluación de nuevos tipos de señales contextuales. Esto podría sugerir que la gente que nació y se crió después de la revolución de Internet puede necesitar poner menos tiempo y esfuerzo para convertirse en adeptos a la construcción y evaluación de confianza que los comunicadores mayores, que podrían ser más propensos a aplicar procesos de recepción, transmisión y evaluación no adecuados o no adaptados al medio. Por otro lado, la familiaridad con el medio puede llevar los usuarios más jóvenes a ser menos cuidadosos en su uso, haciendo que envíen mensajes improvisados o excesivamente informales que debilitan sus metas. El mayor cuidado y formalidad que caracteriza a muchos usuarios mayores y menos experimentados podría ser útil para evitar esto. Más allá de la afiliación generacional de un negociador, comprender las diferencias entre la negociación cara a cara y la negociación electrónica, y la práctica consciente en el desarrollo de nuevos sentidos y adecuar viejos sentidos a los nuevos tipos de matices, dará lugar a un grado de familiaridad media conducente a mejorar la toma de decisiones y los resultados de las negociaciones. Para una mayor discusión sobre este tema, véase Larson (2003) y Ebner (2007).



ANEXO 4

MODELO DE HERRAMIENTA PARA EVALUACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA

MODELO DEL CUESTIONARIO DE AUTO EVALUACIÓN DE JUNTAS DIRECTIVAS DE NACD (SEGÚN SUS SIGLAS EN INGLÉS)		
Use esta escala en su respuesta: 1= en completo desacuerdo; 2= en desacuerdo; 3= indeciso; 4= de acuerdo; 5= completamente de acuerdo		
GENERAL	PUNTUACIÓN	RECOMENDACIÓN
1. La junta está firmemente decidida a rendir cuentas.	1 2 3 4 5	
2. La junta ha criticado, cuestionado y aprobado la estrategia corporativa de la administración.	1 2 3 4 5	
3. La junta puede articular y comunicar claramente el plan estratégico de la compañía.	1 2 3 4 5	
4. La junta garantiza una excelente ejecución operativa de la administración.	1 2 3 4 5	
5. La junta se centra en la sucesión de la administración y alinea el liderazgo del CEO con los retos estratégicos de la compañía.	1 2 3 4 5	
6. La junta y el comité de compensación promueven una cultura agresiva, impulsada? ¿por los valores, y orientada al rendimiento que alinea la compensación de los oficiales con rendimientos a largo plazo e innovación	1 2 3 4 5	
7. La junta está bien informada acerca de los factores competitivos, incluyendo la satisfacción del cliente.	1 2 3 4 5	
8. La junta asegura que el equipo de administración es sensible a las fuerzas del mercado.	1 2 3 4 5	
9. La junta se encuentra estratégicamente involucrada en negociaciones de fusiones y adquisiciones, y asegura la ejecución de la gestión en esas áreas.	1 2 3 4 5	
LAS PERSONAS ADECUADAS	PUNTUACIÓN	RECOMENDACIÓN
10. Los directores independientes de la junta tienen una amplia gama de talentos, experiencia y antecedentes personales y profesionales.	1 2 3 4 5	

MODELO DEL CUESTIONARIO DE AUTO EVALUACIÓN DE JUNTAS DIRECTIVAS DE NACD (SEGÚN SUS SIGLAS EN INGLÉS)		
Use esta escala en su respuesta: 1= en completo desacuerdo; 2= en desacuerdo; 3= indeciso; 4= de acuerdo; 5= completamente de acuerdo		
11. Los directores independientes de la junta son independientes en su mentalidad al tratar con los problemas de la empresa.	1 2 3 4 5	
12. La junta es intolerante a la ineficacia de la administración y de la junta.	1 2 3 4 5	
13. Los directores hacen lo mejor para la empresa y los accionistas independientemente de las presiones en sentido contrario.	1 2 3 4 5	
LA CULTURA ADECUADA	PUNTUACIÓN	RECOMENDACIÓN
14. La junta incentiva una cultura que promueve la comunicación franca y la toma de decisiones rigurosas.	1 2 3 4 5	
15. Directores y gerentes trabajan juntos para lograr “una interacción constructiva” — un ambiente saludable de dar y recibir.	1 2 3 4 5	
LAS CUESTIONES ADECUADAS	PUNTUACIÓN	RECOMENDACIÓN
16. La junta se enfoca en actividades que ayudarán a la compañía a maximizar el valor de las acciones.	1 2 3 4 5	
17. La junta se concentra consistentemente en la estrategia corporativa..	1 2 3 4 5	
18. La junta y la administración actúan en conjunto mostrando al mismo tiempo fidelidad a sus respectivas funciones.	1 2 3 4 5	
LA INFORMACIÓN ADECUADA	PUNTUACIÓN	RECOMENDACIÓN
19. Los directores estudian y comprenden la información relevante con el fin de utilizar su tiempo con eficacia y tomar decisiones informadas..	1 2 3 4 5	
20. Las peticiones de información de los directores son razonables en cantidad y tiempo, lo que permite respuestas exhaustivas y oportunas.	1 2 3 4 5	



ANEXO 4

MODELO DEL CUESTIONARIO DE AUTO EVALUACIÓN DE JUNTAS DIRECTIVAS DE NACD (SEGÚN SUS SIGLAS EN INGLÉS)		
Use esta escala en su respuesta: 1= en completo desacuerdo; 2= en desacuerdo; 3= indeciso; 4= de acuerdo; 5= completamente de acuerdo		
EL PROCESO ADECUADO	PUNTUACIÓN	RECOMENDACIÓN
21. La junta ha compuesto una descripción de los derechos, metas y objetivos, y mide su desempeño con esas responsabilidades.	1 2 3 4 5	
22. La junta ha designado a un comité independiente para supervisar la composición del directorio y las operaciones.	1 2 3 4 5	
EL CORRECTO SEGUIMIENTO	PUNTUACIÓN	RECOMENDACIÓN
23. La junta realiza un seguimiento efectivo de las recomendaciones desarrolladas durante el proceso de evaluación.	1 2 3 4 5	
24. Las evaluaciones conducen a una comprensión más clara de lo que la junta debe hacer para convertirse en un activo estratégico.	1 2 3 4 5	
25. Toda la junta acuerda y aprueba medidas para abordar las áreas que necesitan una mejora.	1 2 3 4 5	
26. La junta inicia planes de acción con plazos concretos para la implementación de las recomendaciones, y monitorea el progreso.	1 2 3 4 5	
FUENTE: NACD, <i>Improving Director Effectiveness/It. II</i> , 2005. Copyright 2005 NACD. Todos los derechos reservados. Usado bajo permiso		

ANEXO 5

MODELO DE HERRAMIENTA DE AUTOEVALUACIÓN DE DIRECTORES
Autoevaluación de directores de Highmark Inc.

Nombre _____

Fecha de terminación del mandato: _____ Fecha de jubilación _____

1. Durante su mandato como director, ha presidido o conformado los siguientes comités y juntas auxiliares. (Por favor revise este registro de su participación, corrija y actualice según sea necesario.)

Fechas	Comité

2. Presencia en la Reuniones Anuales

Las actas de las reuniones anuales desde que comenzó su mandato en _____ reflejan que usted ha asistido a _____ de las _____ reuniones anuales. *(Por favor, revise y corrija esta información, si es necesario.)*

3. Asistencia a las reuniones de la junta

Las actas de reuniones de la junta reflejan que usted ha asistido a _____ de las _____ reuniones celebradas desde que comenzó su mandato. Usted ha participado en _____ reuniones por conferencia telefónica. *(Por favor, revise y corrija esta información, si es necesario.)*

4. Asistencia a las reuniones del comité

Las actas de las reuniones del comité reflejan que usted ha asistido a _____ de las _____ reuniones celebradas por el comité que usted presidió o conformó desde que comenzó su mandato. Usted ha participado en _____ reuniones por conferencia telefónica. *(Por favor, revise y corrija esta información, si es necesario.)*



ANEXO 5

5. Asistencia a las reuniones de la junta subsidiaria *(Si corresponde)*

Las actas de las reuniones subsidiarias reflejan que usted ha asistido a _____ de las _____ reuniones celebradas por la junta subsidiaria que usted presidió o conformó desde que comenzó su mandato. Usted ha participado en _____ reuniones por conferencia telefónica. *(Por favor, revise y corrija esta información, si es necesario.)*

6. A la luz de sus compromisos de agenda, obligaciones familiares/profesionales, y su estado de salud, ¿va a ser capaz de seguir contribuyendo a la junta y a sus comités?

Sí No

Comentarios: _____

7. Comente sobre el grado en que usted ha traído y traerá, experiencia, información y nuevas percepciones útiles para abordar los problemas que se presenten en la junta.

Comentarios: _____

8. ¿Cuáles son los temas que se presentarán en la junta durante los próximos tres años que más le interesan y respecto de los cuales siente que usted podría hacer la mayor contribución?

Comentarios: _____

9. ¿Está satisfecho con su desempeño como director? ¿Por qué o por qué no?

Comentarios: _____

10. ¿Qué le ayudaría a cumplir mejor sus obligaciones como director en el futuro?

Comentarios: _____

11. ¿Hay áreas de interés o conocimiento en las que le gustaría ampliar su participación en la junta? En caso afirmativo, por favor especifique.

Comentarios: _____

FUENTE: NACD, *Improving Director Effectiveness*//it.//, 2005. Copyright 2005 NACD. Todos los derechos reservados. Usado bajo permiso.



ANEXO 6

MODELO DE CUESTIONARIO DE AUTOEVALUACIÓN PARA DIRECTORES DE BANCOS Centro de Aprendizaje en línea de la Reserva Federal

MODELO DE AUTOEVALUACIÓN DE LA JUNTA DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2_____

1. Determinar la misión y propósito del banco

La junta directiva debe establecer la declaración de la misión del banco y revisarla periódicamente cuando sea necesario. La declaración de la misión debe ser clara, concisa y comprendida y apoyada por cada miembro de la junta.

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
1.1 Todos los directores están familiarizados con la actual declaración de la misión?				
1.2 Todos los directores apoyan la actual declaración de la misión?				
1.3 La declaración de la misión es apropiada para las actividades del banco por los próximos dos a cuatro años?				
1.4 Las políticas de la junta son consistentes con la declaración de la misión del banco?				

¿Hay algún área relacionada con la declaración de la misión del banco que deba ser discutida?

2. Establecer el Plan Estratégico del Banco

La planificación estratégica es una responsabilidad esencial de la junta. El proceso formal de planificación debe realizarse al menos cada tres años debido a que los cambios en el entorno pueden presentar nuevas oportunidades o desafíos y pueden requerir una modificación en el liderazgo del banco. Estos cambios también pueden afectar los objetivos del banco.

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
2.1 Todos los directores están familiarizados con la actual declaración de la misión?				
2.2 Todos los directores apoyan la actual declaración de la misión?				
2.3 La declaración de la misión es apropiada para las actividades del Banco por los próximos dos a cuatro años?				
2.4 Las políticas de la junta son consistentes con la declaración de la misión del Banco?				

¿Hay algún área relacionada con el proceso de planificación estratégica del banco que deba ser discutida?

3. Aprobar y monitorear los productos y servicios del banco

El banco lleva a cabo su misión ofreciendo productos y servicios específicos que han sido aprobados por la junta. Además, la junta tiene la responsabilidad de monitorear y evaluar los productos, asegurando que su calidad sea coherente con los objetivos del banco. Monitorear significa medir el progreso hacia las metas establecidas en las planificaciones estratégica y anual. Evaluar significa medir la eficacia y la calidad de los productos y servicios del banco. El monitoreo y la evaluación pueden llevarse a cabo mediante la revisión de los datos de rendimiento, la observación de primera mano de los productos y servicios, la encuesta de clientes, o la contratación de un consultor para realizar una evaluación.

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
3.1 La junta conoce todos los actuales productos y servicios?				
3.2 La junta conoce todas las fortalezas y debilidades de los actuales productos y servicios del banco?				
3.3 La junta considera periódicamente agregar nuevos productos y servicios o discontinuar productos y servicios existentes?				
3.4 La junta tiene un proceso de seguimiento del rendimiento de los productos y servicios?				

¿Hay algún área relacionada con los productos y servicios del banco que deba ser discutida?

4. Seleccionar y apoyar al CEO y revisar el desempeño del CEO

Una responsabilidad esencial de la junta es la selección y retención del CEO. Una junta efectiva tendrá una descripción clara del trabajo a utilizar en la evaluación de desempeño del CEO o para facilitar un proceso de búsqueda cuidadosamente ejecutado si el puesto está vacante. Además, la junta apoyará al CEO, proporcionando un intercambio de información constructivo, y realizando evaluaciones periódicamente para fortalecer el desempeño del CEO.



ANEXO 6

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
4.1 Una descripción escrita del trabajo define claramente las responsabilidades del CEO?				
4.2 La junta evalúa periódicamente el desempeño del CEO de manera sistemática e imparcial?				
4.3 La declaración de la misión es apropiada para las actividades del banco por los próximos dos a cuatro años?				
4.4 El proceso de la junta para determinar la compensación del CEO es objetivo, adecuado, y vincula la compensación con su rendimiento?				

¿Hay algún área relacionada con el proceso de la junta de selección, apoyo y revisión del rendimiento del CEO que deba ser discutida?

5. Proporcionar supervisión fiscal eficaz

Otra responsabilidad importante de la junta es la preservación de los recursos y activos de un banco. La junta debe establecer las directrices presupuestarias, aprobar el presupuesto anual de operación y controlar el cumplimiento del presupuesto a lo largo del año. Además, la junta debe considerar la posibilidad de una auditoría anual realizada por un estudio contable independiente para demostrar a los accionistas y al público que el banco reporta con exactitud sus recursos y el uso de fondos. La junta es también responsable de asegurar que los fondos son invertidos debidamente para salvaguardar el futuro del banco.

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
5.1 La junta asegura que el presupuesto refleja las prioridades de forma consistente con el plan estratégico y el plan anual?				
5.2 La junta recibe informes financieros periódicamente?				
5.3 Los informes financieros son entendibles, precisos y oportunos?				
5.4 La administración ha establecido controles apropiados sobre los informes financieros?				
5.5 El personal de contaduría tiene experiencia apropiada y formación constante para preparar informes financieros de acuerdo a los principios generales de contaduría?				
5.6 La junta considera tener una auditoría financiera anual realizada por un estudio contable independiente y documenta en sus actas cualquier razón por la cual esto no es realizado?				

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
5.7 La junta ha establecido políticas de inversión apropiadas?				
5.8 La junta ha aprobado políticas que permiten al banco administrar el riesgo y reducirlo a un nivel tolerable?				
5.9 La junta tiene un nivel adecuado de seguro de responsabilidad en caso de demandas judiciales dirigidas contra el banco mismo o contra sus miembros o personal individualmente?				
5.10 La junta revisa periódicamente el análisis del seguro del banco (por ejemplo, la responsabilidad general de los directores y autoridades y la compensación de los trabajadores) para asegurar cobertura adecuada y precios competitivos?				

¿Hay algún área relacionada con la vigilancia fiscal por parte de la junta que deba ser discutida?

6. Comprender la relación entre la junta y el personal del banco

Los directores deben tener una comprensión clara de su papel y el del personal del banco, así como ser conscientes de que las responsabilidades pueden cambiar a medida que el banco crece y cambia. Muchos problemas organizacionales importantes requieren colaboración entre la junta y el personal del banco para que puedan ser abordados con eficacia. La principal relación entre la junta y el personal es entre la junta y el CEO, y la calidad de esta relación es extremadamente importante. Cuando otros miembros del personal son asignados a trabajar con comités de la junta, su papel debe estar claramente definido y aprobado por el CEO.

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
6.1 Los roles respectivos de la junta y del personal están claramente definidos y son comprendidos adecuadamente?				
6.2 Los roles respectivos de la junta y del CEO están claramente definidos y son comprendidos adecuadamente?				
6.3 Existe un clima de respeto y confianza mutua entre la junta y el CEO?				
6.4 La junta le otorga al CEO autoridad y responsabilidad suficiente para liderar al personal y para administrar el banco efectivamente?				
6.5 Cuando el personal del banco es asignado a asistir a los comités de la junta, cada uno/a entiende su rol?				



ANEXO 6

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
6.6 Los directores se abstienen de dirigir el trabajo del personal del banco?				
6.7 La junta ha adoptado políticas de recursos humanos adecuadas y apropiadas?				

¿Hay algún área relacionada con la vinculación entre la junta y el personal del banco que deba ser discutida?

7. Mejorar la imagen pública del banco

Los directores pueden hacer mucho para desarrollar la imagen del banco. Si un banco tiene éxito, pero sus logros se mantienen en secreto, no será capaz de obtener más capital, atraer a los candidatos deseables para la junta o para el personal, o servir a un amplio sector de la comunidad. En consecuencia, la junta debe desarrollar una estrategia de marketing y relaciones públicas. Tal estrategia podría incluir comunicaciones escritas y visuales, tales como informes anuales, boletines, hojas informativas, comunicados de prensa, páginas web y participación en eventos comunitarios. Como parte de su estrategia de relaciones públicas, el papel de los directores debe ser definido en lo que respecta a las comunicaciones con los negocios claves, el gobierno, los medios de comunicación, y los reguladores. El papel del CEO también debe ser definido para estos fines. Al mismo tiempo en que fomenta que los directores, de forma individual, realicen tareas de difusión sobre el banco que ayudan a gobernar, la junta también debe tener una política sobre quién debe servir como portavoz oficial del banco cuando, por ejemplo, un periodista solicita una entrevista sobre un tema posiblemente controvertido. Por el contrario, los directores también tienen que entender que mucha de la información que adquieren como miembros de la junta es confidencial y no debe repetirse en la comunidad en general.

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
7.1 El banco tiene una adecuada estrategia de marketing y de relaciones públicas?				
7.2 Los directores promueven una imagen positiva del banco en la comunidad?				
7.3 Los directores entienden quién puede cumplir el rol de portavoz oficial del banco?				
7.4 Los directores entienden qué información es confidencial y no se puede repetir en la comunidad?				

¿Hay algún área relacionada con la estrategia de relaciones públicas y de marketing del banco que deba ser discutida?

8. Seleccionar y orientar cuidadosamente a nuevos directores

Una junta de un banco efectiva se compone de individuos que contribuyen con habilidades necesarias, experiencia, perspectiva, sabiduría, tiempo y otros recursos para el banco. Debido a que ninguna persona puede ofrecer todas estas cualidades juntas, y a que las necesidades del banco cambian con el tiempo, la junta debe tener un plan para identificar y reclutar a las personas adecuadas para servir en la junta. Una vez que los nuevos miembros han sido reclutados, la junta debe tener un programa de orientación para dar a conocer a los nuevos miembros a sus responsabilidades y las actividades del banco. Además, podría considerarse la posibilidad de que los directores roten periódicamente, siendo excluidos de la junta, para asegurar que esta pueda beneficiarse de nuevas ideas y experiencia, sin la necesidad de crear una junta tan grande que se vuelva ineficaz..

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
8.1 La junta tiene un proceso efectivo para identificar, seleccionar y nominar a nuevos miembros?				
8.2 La junta se asegura de que los potenciales directores dispongan de tiempo suficiente para dedicar a las responsabilidades de la junta?				
8.3 La composición de la junta refleja la diversidad de antecedentes, destrezas y otros recursos que el banco necesita?				
8.4 La junta provee a los nuevos directores una orientación comprensiva de las finanzas y programas del banco?				
8.5 La junta tiene políticas establecidas de duración de mandatos de los directores, jubilación obligatoria, y rotación de los directores para asegurar liderazgo, energía y habilidades apropiadas para supervisar las operaciones del banco?				

¿Hay algún área relacionada con la selección o la orientación de los nuevos directores que deba ser discutida?

9. Organizarse para que la junta funcione de manera eficaz

Las juntas llevan a cabo su trabajo en las reuniones. Para hacer productivas las reuniones de la junta, los directores deben recibir y revisar los programas y materiales de antecedentes antes de dichas reuniones. Las juntas efectivas utilizan agendas de junta que se centran en aspectos importantes, permiten la discusión, y culminan en la acción. Dado que las juntas operan de acuerdo a los estatutos y a las políticas organizacionales, los directores deben estar familiarizados con estos documentos. Los estatutos y las políticas deben ser revisadas periódicamente y, si fuera necesario, modificadas.

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
9.1 Los directores reciben agendas claras y concisas y material escrito con suficiente antelación para examinarlas antes de las reuniones de la junta y los comités?				
9.2 La junta centra gran parte de su atención en cuestiones importantes de políticas a largo plazo en vez de preocupaciones administrativas a corto plazo?				



ANEXO 6

¿Está satisfecho de que	No satisfecho	Satisfecho	No estoy seguro	No es aplicable
9.3 Los directores tienen oportunidades adecuadas para discutir los problemas y para realizar preguntas?				
9.4 Cada uno de los directores se encuentra cómodo si es necesario discutir cuestiones controversiales y realizar preguntas difíciles?				
9.5 La frecuencia de las reuniones de la junta es apropiada para el cumplimiento responsable de sus tareas?				
9.6 La duración de las reuniones de la junta es adecuada para analizar cabalmente todos los ítems en la agenda de la junta?				
9.7 El tamaño de la junta es apropiado para el gobierno efectivo del banco?				
9.8 Los directores están involucrados activamente en el trabajo de la junta?				
9.9 La junta revisa y aprueba periódicamente sus políticas, procedimientos, reglamentos de comités y estatutos?				
9.10 Los directores están familiarizados con los estatutos, políticas, procedimientos y reglamentos?				
9.11 La junta ha aprobado y adoptado un Código de Ética para sí misma y para el personal del banco?				
9.12 La junta ha adoptado y aprobado una política efectiva de conflictos de intereses para sí misma y para el personal del banco?				
9.13 La junta ha designado comités apropiados para mejorar su eficiencia y efectividad?				
9.14 Las tareas de los comités reflejan el interés, la experiencia y las habilidades de los directores individuales?				
9.15 Cada comité tiene un reglamento o política que define sus responsabilidades y sus autoridades?				
9.16 Las políticas relacionadas con las tareas de los comités ofrecen oportunidades adecuadas para el desarrollo de liderazgo?				
9.17 La junta evalúa la independencia de los directores al menos anualmente?				
9.18 Si la junta no tiene un comité de auditoría, la misma toma a su cargo todas las responsabilidades que serían llevadas a cabo por dicho comité?				
9.19 La junta hace que la administración de línea sea sujeta a rendición de cuentas si no da seguimiento satisfactorio o efectivo a las falencias en el control?				

¿Hay algún área relacionada con la organización de la junta que deba ser discutida?

10. Evaluación general

Además de las cuestiones tratadas en el cuestionario:

1. ¿Se ha identificado a algún director que necesite formación adicional relacionada con cualquier aspecto de sus responsabilidades?

2. ¿Qué temas deben ocupar el tiempo y la atención de la junta durante los próximos dos años?

3. ¿Cómo puede la organización o el rendimiento de la junta directiva mejorar durante los próximos dos años?

4. ¿Qué otros comentarios o sugerencias le gustaría realizar en relación con el desempeño de la junta?

FUENTE: *Insight for Bank Directors, a Basic Course on Evaluating Financial Performance and Portfolio Risk*, Federal Reserve Bank of Kansas City and Federal Reserve Bank of St. Louis. Copyright 2004. Todos los derechos reservados. Usado bajo permiso.

EJEMPLOS DE LEYES DE MEDIACIÓN DEL MUNDO

PAÍS	AÑO DE LA LEY	NOMBRE COMPLETO	LINK
Albania	N° 9090 del 26 de junio de 2003	Ley de mediación albanesa sobre resolución de disputas a través de mediación	http://www.mediationworld.net/albania/court_rules/full/107.html
Argentina	Ley 24.573 del 4 de octubre de 1995	Ley de mediación y conciliación	http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/marc_ley24573.pdf http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm
Argentina	Ley provincial N° 6.452 del 16 de diciembre de 1998	Ley de mediación de la Provincia de Santiago del Estero	http://www.cejamericas.org/marc/marc_legislacion.php?idioma=ingles&accion=buscar http://www.fam.org.ar/FAM.asp?id=271
Australia	1997	Ley de mediación	http://www.legislation.act.gov.au/a/1997-61/current/pdf/1997-61.pdf
Austria	6 de junio de 2003	Ley austríaca de mediación civil (Zivilrechtsmediationsgesetz)	http://www.mediationworld.net/austria/court_rules/full/111.html
Bielorrusia	2004	Capítulo 17 del Código de Procedimientos Comerciales de la República de Bielorrusia	http://praunik.org/artykuly/78#sdfootnote1anc
Bélgica	21 de febrero de 2005	Parte séptima del Código Judicial Belga: Mediación	http://www.cepina.be/en/default.aspx?pld=413 http://staatsbladclip.zita.be/moniteur/lois/2005/03/22/loi-2005009173.html
Bosnia y Herzegovina	29 de junio de 2004	Ley de procedimiento de mediación	http://www.umbih.co.ba/eng/mediation/law_on_mediation_procedure_in_bih.pdf
Brasil	2006	Proyecto de ley de mediación	http://www.mediationworld.net/brazil/court_rules/full/90.html
Bulgaria	2004	Ley de mediación	http://www.mediationworld.net/bulgaria/court_rules/full/6.html
Colombia	Ley 640 De 2001	Ley por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones	http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/ley_640_2001.pdf http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6059
Ecuador	Ley N° 000. RO/145 del 4 de septiembre de 1997	Ley de arbitraje y mediación	http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/marc_ec_arbitraje.pdf http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Ecuador/larbymed.asp
Finlandia	663/2005	Ley sobre mediación extrajudicial	http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2005/en20050663.pdf

PAÍS	AÑO DE LA LEY	NOMBRE COMPLETO	LINK
Hungría	9 de noviembre de 2007 Ley LV de 2002	Ley sobre mediación Ley de mediación	http://www.mediationworld.net/hungary/court_rules/full/108.html http://www.mediacion.net/e05.php?szakterulet= http://www.mediationworld.net/hungary/court_rules/full/108.html http://www.mediationworld.net/hungary/court_rules/full/108.html
Indonesia	2003	Fallo de la Corte Suprema N° 2/2003 sobre mediación extrajudicial	http://www.pmn.or.id/files/doc/document%20-%20perma%2002%202003_pmn_official_translation.pdf http://www.mediationworld.net/indonesia/court_rules/full/140.html
Italia	Ley N° 192-1998	Reglas especiales sobre mediación	http://www.mediationworld.net/italy/court_rules/full/131.html
Italia	Decreto 23 Luglio 2004, n. 222: Ministry of Justice Decrees n. 222 of 2004	El texto de la ley (Decreto N° 5 de 2005) establece un esquema de mediación destinado a disputas relacionadas a compañías o asociaciones y a ciertas inversiones o transacciones financieras, junto a la implementación de las regulaciones relevantes del Ministerio de Justicia (decretos N° 222 y 223 de 2004)	http://www.mediationworld.net/italy/court_rules/full/132.html
Macedonia	2008	Ley de mediación	http://www.seemf.cssproject.org/pdf/fyrom/16.01.2005%20-%20%20Draft%20Mediation%20Law.Macedonia.pdf http://www.mediationworld.net/macedonia/articles/full/210.html
Malta	2004	Ley de mediación	http://docs.justice.gov.mt/lom/Legislation/English/Leg/VOL_15/Chapt474.pdf
Montenegro	2005	Ley de mediación	http://www.mediationworld.net/montenegro/court_rules/full/30.html
Rumania	2006	Ley de mediación	http://www.mediationworld.net/romania/court_rules/full/3.html
Serbia	2005	Ley de mediación	http://www.seemf.cssproject.org/pdf/serbia/Serbia%20LAW%20ON%20MEDIATION.pdf http://www.mpravde.gov.rs/images/25__law_on_mediation.pdf
Singapur	1998	Ley de mediación de centros comunitarios	http://statutes.agc.gov.sg/
Eslovaquia	25 de junio de 2004	Ley de mediación	http://www.mediationworld.net/slovakia/court_rules/full/56.html
Estados Unidos	Ley 104-320 (modifica Ley 101-552 y Ley 102-354)	Ley de resolución de disputas administrativas de 1996	http://www.justice.gov/adr/pdf/adra.pdf http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf

SECP - MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

SECP puede tener la facultad de implementar un “Mecanismo de resolución de conflictos”

Por Sohail Sarfraz

ISLAMABAD: El gobierno puede autorizar a la Comisión de Valores y Comercio de Pakistán (SECP, según sus siglas en inglés) para que redacte un “mecanismo de resolución de controversias” aplicable a disputas entre una empresa y sus accionistas sobre cuestiones que surjan entre los miembros de la junta directiva de una empresa.

Fuentes dijeron al Business Recorder aquí el lunes que el proyecto de la Ley de la Comisión de Valores y Comercio de Pakistán de 2010 ha introducido una nueva disposición de “mecanismo de resolución de controversias” para reducir los litigios. El concepto ya está disponible en la Ordenanza de impuesto sobre la renta de 2001, la Ley de impuesto a las ventas de 1990, la Ley federal de impuestos especiales y aduanas de 1969 para resolver las disputas relacionadas con los impuestos entre los contribuyentes y el departamento. Bajo el mismo patrón, el proyecto de la Ley de la Comisión de Valores y Comercio de Pakistán de 2010 ha propuesto un “mecanismo de resolución de controversias” para reducir los litigios entre el sector empresarial y la SECP.

De acuerdo con la disposición, la Comisión puede prescribir un mecanismo de resolución de conflictos que surjan entre personas sujetas a la regulación, un inversionista y una persona sujeta a la regulación, una empresa y sus accionistas o la junta directiva de una empresa. En el marco del proyecto de ley, la “persona regulada” se define como una persona que realiza o participa en el negocio de una actividad regulada y en el cual dicha persona es una subsidiaria que incluye una sociedad de cartera, no una entidad bancaria o una institución financiera de desarrollo.

A través de otra enmienda importante a la Ley de la Comisión de Valores y Comercio de Pakistán existente de 1997, la SECP permitirá a las personas devolver voluntariamente los bienes o ganancias adquiridas en violación del proyecto de Ley de la Comisión 2010.

De acuerdo con la disposición, “no obstante lo dispuesto en cualquier otra ley, cuando una persona antes del inicio de una investigación en su contra voluntariamente se presenta y ofrece devolver los bienes o ganancias adquiridas en contravención a esta ley o una legislación que aplique, la SECP puede aceptar dicha oferta después de determinar la

cantidad adeudada por este en los términos y condiciones que la Comisión considere conveniente y tal persona será liberada de su responsabilidad con respecto al asunto o transacción en cuestión, en la medida de dicho monto.”

El proyecto de ley, dijo que la devolución voluntaria de los activos, ganancias o cualquier otra cantidad bajo esta sección no eximirá a la persona de su responsabilidad en relación con cualquier acuerdo contractual con alguna otra persona. Las facultades previstas en esta sección serán ejercidas por la Comisión de conformidad con las normas establecidas por el Gobierno Federal.

De acuerdo con la disposición de “Ejecución de compromisos y acuerdos homologados”, donde una persona regulada ha cometido una violación de cualquier ley, reglamento, regulación, condición de licencia o registro o las instrucciones dadas por la Comisión (violación que no implique una conducta fraudulenta por parte de la persona regulada) la Comisión podrá, si lo considera en el interés de las partes interesadas relevantes y del mercado en general, aceptar un compromiso por escrito otorgado por dicha persona regulada en relación con dicha cuestión. El compromiso puede contener admisiones de incumplimientos y contravenciones, la ratificación de una omisión y cualquier otra afirmación, a satisfacción de la Comisión. El compromiso puede variar en cualquier momento, pero sólo con el consentimiento de la Comisión.

Si la persona regulada viola alguno de los términos del compromiso, la Comisión podrá ejecutarlo y tomar las medidas pertinentes que sean permitidas para dicho incumplimiento bajo esta ley o cualquier otra ley vigente. En tal caso, la persona regulada, adicionalmente a cualquier otro derecho que haya renunciado mediante el compromiso, no podrá exigir que se le otorgue la oportunidad de una audiencia o representación antes de que tal acción sea tomada por la Comisión.

La Comisión podrá, cuando esté decidiendo cualquier asunto bajo esta ley u otra legislación que aplique, emitir órdenes con el consentimiento de las partes involucradas. Las facultades previstas en esta sección serán ejercidas por la Comisión de conformidad con las normas establecidas por el Gobierno Federal y en el proyecto de ley de la Comisión de Valores y Comercio de Pakistán de 2010.

FUENTE: Sohail Sarfraz, “SECP may be empowered to evolve ‘Dispute Settlement Mechanism’”, Business Recorder, 11 de Mayo de 2010. Disponible en: <http://www.brecorder.com/index3.php?id=1054762&currPageNo=3&query=&search=&term=&supDate>

ANEXO 9

DIRECTIVAS DE LA BOLSA DE VALORES DE AMMAN PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Emitidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 24/B/7 de los estatutos de la ASE (Bolsa de valores de Amman, según sus siglas en inglés) de 2004.

Artículo 1:

Estas instrucciones serán llamadas las “Directivas de la Bolsa de Valores de Amman para la resolución de conflictos para el año 2004”. Entrarán en vigor a partir del 1 de septiembre de 2004.

Artículo 2:

Cada vez que aparecen en estas instrucciones, las siguientes palabras y expresiones tendrán el significado asignado en este documento, a menos que su contexto indique lo contrario:

ASE	Bolsa de Valores de Amman
La junta	La junta directiva de ASE
El presidente	El presidente de la junta directiva de ASE
Miembro	Miembro de ASE
Panel de arbitraje	Un único árbitro o un panel de tres árbitros
El secretario	El secretario de la junta directiva de ASE

Artículo 3:

- A. Cualquier controversia que surja entre los Miembros y sus clientes serán resueltas mediante los procedimientos de arbitraje en la ASE, en cualquiera de los siguientes casos:
1. Si el acuerdo elaborado entre las partes incluye una cláusula de arbitraje que establece que todas las disputas pertinentes o relacionadas con el acuerdo serán resueltas definitivamente de conformidad

con las disposiciones de las Instrucciones para la Resolución de Disputas de la ASE por uno o más árbitros según lo acuerden las partes.

2. Si las partes acuerdan luego del surgimiento de una controversia que esta será resuelta definitivamente de conformidad con las disposiciones de las Instrucciones para la Resolución de Disputas de la ASE y si no hay una cláusula de arbitraje.
- B. Conflictos que surjan entre los Miembros respecto a las actividades de corretaje financiero se resolverán conforme a las disposiciones de las presentes Instrucciones, si las partes acuerdan que serán resueltas definitivamente a través de los procedimientos de arbitraje, de conformidad con las disposiciones de las presentes Instrucciones.
- C. Conflictos en los cuales la ASE sea parte no podrán ser objeto de procedimientos de arbitraje de acuerdo con las disposiciones de estas Instrucciones

Artículo 4:

- A. Cualquier parte que desee recurrir al arbitraje de acuerdo con estas instrucciones deberá presentar una solicitud dirigida al Secretario. Dicha solicitud deberá incluir la siguiente información:
1. Nombre y dirección completa tanto del demandante como del demandado.
 2. Acuerdos conexos, particularmente los relacionados con el acuerdo de someter la controversia a arbitraje de conformidad con las disposiciones de estas Instrucciones.
 3. Una descripción de la naturaleza y las circunstancias de la controversia que dio lugar a la solicitud.
 4. Referencia a la materia objeto de la solicitud, montos reclamados y las pruebas que corroboren la demanda.
 5. La posición de la parte en lo relativo al número y la selección de los árbitros de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de estas Instrucciones.
 6. Cualquier otra información pertinente a la materia objeto de la solicitud.
- B. Una vez que los documentos mencionados en el inciso (a) del presente artículo se han completado, el Secretario deberá enviar al demandado, al día

siguiente de la presentación de todos los documentos, una copia de la solicitud y sus anexos para que este/a pueda presentar su respuesta.

Artículo 5:

- A. El/la demandado/a debe presentar su respuesta a la solicitud dentro de los cinco (5) días hábiles de recibida la solicitud. Él/ella deberá presentar su respuesta al Secretario, incluyendo la siguiente información:
 1. Su opinión sobre la naturaleza y circunstancias de la controversia.
 2. Su respuesta a las peticiones del demandante, junto con los documentos y la evidencia corroborativa.
 3. Su respuesta a las propuestas sobre el número y la selección de los árbitros.
 4. Cualquier otra información pertinente a la materia objeto de la controversia.
- B. El demandado deberá adjuntar a la respuesta a la solicitud cualquier reconvencción o contrademanda, incluyendo una declaración de los hechos que dieron lugar a dicha reconvencción, junto con una declaración del(los) monto(s) pretendidos.
- C. El Secretario enviará una copia de la respuesta y los documentos anexos a la misma al demandante el día siguiente a su recepción.
- D. Si la respuesta del demandado contiene una reconvencción, el demandante deberá responder dentro de cinco (5) días hábiles de haber recibido la demanda reconvenccional.

Artículo 6:

- A. Si el demandante y el demandado acuerdan que un único árbitro resuelva la controversia, deberán designarlo/la por escrito, y el acuerdo se deberá notificar al Secretario. Si no llegan a tal acuerdo dentro de siete (7) días de notificada la demandada con la solicitud de arbitraje, el Presidente de la Junta designará un solo árbitro.
- B. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el nombramiento de un único árbitro, la controversia será sometida a tres árbitros. En tal caso, cada parte deberá nombrar a su árbitro, y el Presidente de la

Junta designará al tercer árbitro, a menos que las dos partes hayan autorizado a los dos árbitros designados por ellos para seleccionar el tercer árbitro dentro de los tres días de la designación del segundo árbitro. Si los dos árbitros no logran ponerse de acuerdo sobre la selección del tercer árbitro dentro del plazo establecido, el Presidente de la Junta nombrará el mencionado tercer árbitro. En todos los casos, el tercer árbitro será el presidente del panel arbitral.

- C. Si cualquiera de las partes no designa a su árbitro conforme a lo estipulado en el inciso (b) del presente artículo, el Presidente de la Junta nombrará al árbitro en su lugar.
- D. Las partes serán notificadas de la composición final del panel arbitral.
- E. Cualquier parte puede rechazar la designación de un árbitro con base en la imparcialidad o la conexión, en cualquier manera o forma, a la materia objeto de la controversia; la petición de denegación deberá ser presentada al Secretario dentro de los tres días de la notificación de la designación del árbitro. La Junta tendrá la facultad para pronunciarse sobre esa petición.
- F. El árbitro que deje de realizar o renuncia a sus deberes, por cualquier motivo, deberá ser reemplazado por otro árbitro que será designado por el mismo partido que nombró al anterior.
- G. Los árbitros actuarán a título personal y no como representantes de alguna de las partes.

Artículo 7:

- A. Una vez que los procedimientos de intercambio de documentos y selección de los árbitros se hayan completado, el Secretario deberá remitir el expediente del conflicto al panel arbitral.
- B. El panel arbitral nombrará un redactor de actas y analizará el caso a la luz de los documentos y declaraciones presentados por ambas partes. Ante el pedido de cualquiera de las partes, el panel deberá oír a las partes en una audiencia con la presencia de ambas. El panel arbitral también podrá decidir, por propia iniciativa y sin ningún tipo de solicitud de las partes, escucharlos en una audiencia. El panel arbitral tendrá la facultad de decidir escuchar a cualquier

otra persona en presencia de las partes o invitándolos debidamente a asistir.

Artículo 8:

- A. Los avisos, las notificaciones y las decisiones se enviarán a las partes involucradas a través de fax o correo exprés, a menos que las partes acuerden lo contrario.
- B. Si una de las partes no asiste a las audiencias, a pesar de la invitación realizada, el panel arbitral podrá, previa verificación de la ausencia de cualquier excusa legítima, continuar con sus funciones, y los procedimientos se considerarán como conducidos ante la presencia de ambas partes.

Artículo 9:

- A. El lugar del arbitraje será Amman, y el lugar real de los procedimientos del arbitraje será la ASE, a menos que las partes acuerden lo contrario.
- B. El idioma del arbitraje será árabe, a menos que las partes se comprometan a utilizar otro idioma.
- C. El panel arbitral será responsable de los procedimientos de las sesiones, y ninguna persona distinta de las partes o sus representantes legales puede asistir sin la aprobación del panel.
- D. Las actas de las reuniones serán firmadas por el Presidente del panel arbitral, así como por el redactor de actas.
- E. El panel arbitral estará exento de acatar los derechos de los litigantes bajo los códigos de procedimiento.

Artículo 10:

Estará dentro de la discreción del panel arbitral pronunciarse sobre su competencia para conocer la disputa, de acuerdo con estas Instrucciones, sin perjuicio de cualquier reclamo por una parte sobre la anulación o la no existencia de un contrato entre las partes.

Artículo 11:

Cualquiera de las partes puede solicitar a cualquier autoridad judicial a adoptar medidas cautelares o preventivas, de acuerdo con las disposiciones de la ley, con anterioridad a la iniciación de los procedimientos de arbitraje. Tal

petición no debe estar en contradicción con el acuerdo de arbitraje, y no debe infringir el poder del panel arbitral. Dicha petición y cualquiera de esas medidas adoptadas por la autoridad judicial deben ser inmediatamente puestas en conocimiento del Secretario, quien notificará sobre las mismas al panel arbitral. El panel podrá solicitar la cancelación o confirmación de dichas medidas provisionales y preventivas a la luz de su laudo definitivo.

Artículo 12:

Si las partes llegan a un acuerdo en la controversia, después de la remisión del expediente arbitral al panel, el mismo debe ser confirmado por un laudo emitido con su consentimiento mutuo.

Artículo 13:

- A. Los procedimientos ante el panel arbitral estarán sujetos a las disposiciones de estas Instrucciones. En los casos en que no existe ninguna disposición en estas instrucciones, la legislación pertinente de Jordania servirá como referencia de autoridad.
- B. El panel arbitral aplicará la legislación pertinente de Jordania en la materia objeto de la controversia.

Artículo 14:

- A. El panel arbitral deberá emitir su laudo definitivo en el plazo de (20) veinte días a partir de la fecha de la presentación del expediente al mismo.
- B. Sobre la base de una solicitud convincente del panel arbitral, la Junta podrá prorrogar el plazo establecido en el inciso (a) del presente artículo por un máximo de (20) veinte días.

Artículo 15:

- A. En caso de que hayan sido designados tres árbitros, el laudo arbitral se decidirá por unanimidad o por mayoría. Si ninguno de estos dos casos se presenta, el Presidente del panel arbitral emitirá el laudo por sí mismo.
- B. El laudo arbitral deberá ser motivado.
- C. El laudo arbitral será considerado emitido en el lugar del arbitraje y en la fecha de su emisión.

ANEXO 9

- D. El laudo arbitral deberá ser emitido por escrito y será firmado por el panel arbitral.
- E. El laudo arbitral definitivo debe contener una disposición relativa a los gastos del arbitraje, los honorarios de los árbitros, y la parte que debe afrontarlos o el porcentaje de ellos a afrontar por cada una de las partes.
- F. Los laudos del panel arbitral serán definitivos y ejecutables.

Artículo 16:

- A. El panel arbitral podrá emitir laudos provisionales en parte de las solicitudes, antes de emitir el laudo definitivo que pone fin a la totalidad de la disputa.
- B. El panel arbitral que resuelva la controversia se encargará de interpretar cualquier ambigüedad en el laudo o de rectificar los errores materiales, matemáticos o tipográficos en el mismo.
- C. La decisión de la interpretación o la rectificación se considerarán como parte integrante del laudo.

Artículo 17:

- A. El laudo arbitral deberá ser emitido en un ejemplar original que se depositará por el panel arbitral con el Secretario.
- B. Una vez recibida la misma, el Secretario deberá llamar a las partes para otorgar el laudo a las mismas.
- C. El Secretario deberá entregar una copia certificada del laudo arbitral a cualquiera de las partes que lo soliciten, siempre que una o ambas partes hayan pagado los costos del arbitraje en su totalidad.
- D. Cualquiera de las partes podrá solicitar en cualquier momento copias certificadas adicionales del laudo emitido por el Secretario.

Artículo 18:

Los plazos mencionados en estas Instrucciones entrarán en vigor al día siguiente de que la notificación se considere debidamente realizada; si es un feriado oficial, el plazo entrará en vigor el primer día hábil siguiente. Los feriados oficiales no se contarán en los plazos.

Artículo 19:

Se derogan, así, los estatutos de la Bolsa de Valores/ Mercado de Valores de Amman sobre la Resolución de Controversias para el año 2000.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LA BSE (BOLSA DE VALORES DE BULGARIA, SEGÚN SUS SIGLAS EN INGLÉS)

Normas y Reglamentos

ARTÍCULO 1. (1) El Tribunal Arbitral de la Bolsa de Valores de Bulgaria - Sofía AD es una jurisdicción especial establecida en cumplimiento del punto 1 del artículo 26 (1) de la Ley de Oferta Pública de Valores.

(2) El Tribunal Arbitral examinará los casos, conforme al mencionado en la ley, así como los casos relacionados con la celebración y ejecución de operaciones de cambio y las consecuencias de las mismas, el arbitraje voluntario y otras relaciones que surjan de las normas y reglamentos de la Bolsa.

(3) Una controversia podrá ser llevada ante el Tribunal Arbitral, y la disputa mencionada será examinada y resuelta sobre el fondo, independientemente del hecho de que la misma controversia está sujeta a un procedimiento pendiente ante un tribunal de justicia u otra jurisdicción especial, en Bulgaria o en el extranjero.

(4) El acuerdo de arbitraje será ejecutable contra otros actos judiciales de acuerdo con los principios generales de la legislación aplicable.

(5) En caso de que la aplicabilidad del laudo y de la ley sea impugnada, se considerará que prevalece el consentimiento prestado por la parte para el examen de la controversia por el Tribunal Arbitral.

ARTÍCULO 2. (1) El Tribunal Arbitral de la Bolsa de Valores de Bulgaria – Sofía AD estará integrado por un Presidente, dos Vicepresidentes y Jueces Árbitros.

(2) Habrá un Secretario Administrativo, un Secretario redactor de actas y un Encargado del registro con el Tribunal Arbitral.

ARTÍCULO 3. (1) El Presidente del Tribunal Arbitral deberá organizar el funcionamiento del mismos y, para ello, deberá:

1. asegurar la pronta decisión de los casos;
2. dirigir el trabajo del Secretario Administrativo y del sistema de registro;
3. garantizar la interacción del Tribunal con los órganos de administración de la Bolsa;

4. organizar la formación continuada de los jueces y del personal administrativo;
5. distribuir las tareas de organización y gestión generales entre los Vicepresidentes.

(2) En ausencia del Presidente, las funciones del mismo serán realizadas por los vicepresidentes, conforme a la distribución mencionada en el punto 5 del apartado anterior.

ARTÍCULO 4. (1) Al decidir los casos, los Jueces Árbitros serán iguales en derechos, autónomos e independientes y se ajustarán sólo a la ley y las normas y reglamentos de la Bolsa.

(2) Los Jueces Árbitros estarán obligados a respetar la confidencialidad de toda información que llegue a su conocimiento en el curso de o en conexión con el desempeño de sus funciones.

ARTÍCULO 5. El Secretario Administrativo deberá organizar, dirigir y controlar el trabajo en la oficina de registros de la Corte y, a tal fin, deberán:

1. dirigir y controlar el sistema de registros;
2. velar por el cumplimiento de las órdenes del Presidente, los vicepresidentes y los paneles arbitrales;
3. mantener una lista de árbitros y encargarse de la aplicación de la Tarifa de la Corte;
4. estar a cargo del apoyo logístico para la operación de la Corte.

ARTÍCULO 6. El Secretario redactor de actas deberá:

1. Elaborar y certificar las actas de los procedimientos en las sesiones de Presidente de la Junta y de los paneles de la corte;
2. garantizar la aplicación de las órdenes de la Corte;
3. elaborar los documentos en relación con el pago de las tasas, las remuneraciones de los expertos, etc.;
4. compilar la lista de personas a ser convocadas e informar sobre el cumplimiento al Juez Árbitro que se encuentre presidiendo;
5. certificar la comparecencia de personas en los casos de arbitraje;
6. estar a cargo del sistema de los registros de la Corte y de los paneles por separado.

ANEXO 10

ARTÍCULO 7. (1) Los registros deberán ser recibidos en el Tribunal Arbitral en la lengua búlgara, y los registros en lenguas extranjeras deben ir acompañados de una traducción a la lengua búlgara certificada.

(2) Los registros recibidos en el Tribunal se constituirán, conforme a la orden del Presidente, como casos, archivos de casos, y otros.

(3) Los registros originalmente recibidos en el Tribunal, con la excepción de las demandas regulares, se constituirán como casos simplemente presentados

(4) Los casos simplemente presentados se transformarán en casos después de que las partes presenten los documentos de conformidad con los requisitos de la ley, paguen las tasas correspondientes, y designen a los Jueces Árbitro regulares y suplentes de su elección.

(5) Los Jueces Árbitros designados por las partes, a puertas cerradas, en un día y en un momento determinado por el Presidente, elegirán al Presidente del Tribunal Arbitral.

(6) Los árbitros sustitutos se unirán al procedimiento en caso de recusación de un árbitro regular o en el caso de que un obstáculo insalvable no permita que alguno de los árbitros regulares procedan con el examen del caso.

ARTÍCULO 8. (1) Los siguientes libros se mantendrán en el Tribunal Arbitral:

1. un registro de entradas y de salidas;
2. un índice alfabético;
3. un libro de inventario de los casos;
4. un libro de reuniones ejecutivas y abiertas;
5. un libro de pruebas.

(2) Los libros serán encordelados, numerados, sellados y firmados por el Presidente.

(3) Los registros que ingresan serán aceptados por el Secretario Administrativo, quien le asignará un número de entrada y una fecha de recepción a dichos expedientes.

ARTÍCULO 9. (1) Los expedientes recibidos, una vez archivados, serán reportados por el Secretario Administrativo al Presidente antes de los tres días de la recepción de los mismos, y el Presidente firmará todos ellos de inmediato.

(2) La correspondencia de salida deberá estar firmada

por el Presidente del Tribunal o por el Juez Árbitro que presida el panel arbitral y por Secretario Administrativo.

ARTÍCULO 10. Los casos referidos al Tribunal procederán conforme a las disposiciones adjetivas de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional y del Código de Procedimiento Civil.

ARTÍCULO 11. (1) Tras la recepción de un escrito de demanda, el Presidente del Tribunal deberá verificar la validez del mismo y, si no hay defectos, ordenará que las transcripciones de la lista de árbitros, el arancel y las presentes Reglas y Reglamento se enviarán a la parte demandante, y establecerá un plazo en el cual la parte debe nombrar a un árbitro regular y a uno sustituto y deberá pagar las tasas correspondientes.

(2) Tras la designación de árbitros y el pago de las tasas adeudadas, las transcripciones de los registros serán transmitidas a la parte demandada, a quien se fijará un límite de tiempo para nombrar a un árbitro regular y a uno sustituto y para responder la demanda.

(3) En caso de que la parte demandante no subsane los defectos dentro del plazo establecido y no pague las tasas correspondientes, el Presidente del Tribunal pondrá fin al procedimiento.

(4) Un procedimiento terminado se podrá reanudar, bajo un nuevo escrito de demanda y, en cumplimiento de los requisitos de la ley.

ARTÍCULO 12. (1) Una vez iniciado el procedimiento por el panel arbitral, las partes tendrán el derecho a impugnar los árbitros, lo que se decidirá de acuerdo con el procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Civil.

(3) En el caso de que un árbitro establezca la existencia de impedimentos legales para su participación en el panel, el mencionado árbitro estará obligado a recusarse a sí mismo.

ARTÍCULO 13. (1) Los casos serán examinados en el edificio del Tribunal.

(2) A modo de excepción, actuando a pedido de parte y por decisión unánime del panel, cuando las circunstancias del caso así lo requieran, un caso puede ser examinado en otro lugar.

(3) Los casos serán conocidos y decididos en el idioma

búlgaro. Una parte que no posea el dominio del idioma búlgaro estará obligada a comparecer con un intérprete.

ARTÍCULO 14. (1) Al decidir los casos, los miembros del panel gozarán de los mismos derechos y las decisiones serán dictadas por la mayoría.

(2) Cuando un miembro del panel tenga una opinión disidente, dicho miembro deberá indicar el razonamiento de dicha opinión y la misma será incluida en la decisión del panel dentro de los tres días después de que esta última haya sido tomada.

ARTÍCULO 15. Todos los registros de los casos tal como fueron constituidos deberán ser archivados conforme al orden de recepción y serán numerados para garantizar la lectura libre del texto.

ARTÍCULO 16. (1) Todos los asuntos pendientes se mantendrán por separado y serán organizados de conformidad con las fechas de examen de los mismos.

(2) Todos los casos cerrados deberán ser archivados bajo la firma del Presidente y se conservarán por separado en el orden de los números de su presentación.

(3) Si el caso se retira de las instalaciones del Tribunal, el Secretario Administrativo tomará nota de la persona a la cual el caso fue enviado y el momento de la entrega en el libro respectivo.

ARTÍCULO 17. (1) Será inadmisibles hacer cualquier marca, signo, subrayado y otros del estilo en los registros del tribunal, con la excepción de las firmas del Presidente del Tribunal y del árbitro presidente del panel.

(2) Los casos serán puestos a disposición de las partes o de los representantes autorizados de los mismos únicamente.

(3) Copias de los expedientes, extractos, certificaciones y otros documentos del estilo serán preparados únicamente bajo un formulario escrito con el permiso del Presidente del Tribunal o el árbitro presidente del panel.

(4) Los documentos originales se devolverán únicamente cuando sea probada su necesidad y después de que la parte presente una transcripción certificada.

ARTÍCULO 18. (1) Los casos pendientes no se pondrán a disposición de los órganos del Estado, de las partes o de terceros y no podrán ser adjuntados a otros casos.

(2) Los casos perdidos se repondrán de acuerdo con el procedimiento establecido para ello por el Ministerio de Justicia.

(3) Después del final de cada año, el Secretario Administrativo deberá hacer un inventario de los casos para el período anterior e informará el resultado por escrito al Presidente del Tribunal.

ARTÍCULO 20. (1) Los casos serán programados para su examen en una sesión ejecutiva por el árbitro presidente del panel, antes de los siete días siguientes a la elección de dicho árbitro.

(2) Después de la actuación de las acciones prescritas en la sesión ejecutiva, el árbitro presidente del panel deberá programar un examen del caso en una sesión abierta con citación a las partes.

(3) Las partes, los expertos y los testigos serán citados de acuerdo con el procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Civil.

ARTÍCULO 21. (1) Si fue debidamente convocada, la no comparecencia de una parte o de un representante de la misma no será un impedimento para el examen del caso.

(2) En caso de no comparecencia de una de las partes o uno de sus representantes, por razones convincentes, el panel deberá suspender el examen del caso hasta otra fecha, de la cual la parte compareciente se presumirá notificada.

(3) Una parte podrá solicitar que el caso sea examinado en su ausencia, pero si el panel determina que la comparecencia de dicha parte es de relevancia fundamental para el esclarecimiento de la situación de hecho en la materia del caso, el panel puede ordenar la comparecencia de dicha parte.

ARTÍCULO 22. (1) El procedimiento ante el panel arbitral se abrirá con una propuesta de acuerdo por el árbitro presidente.

(2) Las partes podrán convenir un acuerdo antes de que la decisión del Tribunal sea registrada, y el acuerdo, a menos que sea contrario a la moral y a la ley, deberá ser aprobado por el Tribunal y se hará constar en el acta de la sesión.

(3) Además, las partes podrán acordar en relación con el derecho sustantivo aplicable en caso de que no sea contrario a las normas del derecho internacional y a la Constitución.

ANEXO 10

(4) La legislación búlgara registrará cualquier disputa relacionada con la propiedad de bienes inmuebles y sobre los derechos reales que surjan de los mismos.

ARTÍCULO 23. (1) Las actas de los procedimientos en las sesiones del Tribunal serán preparadas bajo el dictado del presidente del panel durante la misma sesión y será firmada por dicho presidente y por el Secretario redactor de actas.

(2) Las defensas de las partes, después de la finalización de la recolección y verificación de la prueba, a menos que sea presentada por escrito, se incluirán en el acta en forma resumida.

ARTÍCULO 24. La decisión del panel arbitral se hará constar en el libro de inventario de los casos y será transmitida a las partes en el orden de convocatoria.

ARTÍCULO 25. (1) Cada parte podrá acudir al panel del Tribunal con una moción para interpretar la decisión o para corregir un error manifiesto de hecho.

(2) Tras la interpretación de la decisión, el panel deberá pronunciarse sobre todas las ambigüedades declaradas a través de una nueva decisión.

(3) En un procedimiento para la corrección de un error manifiesto de hecho, el panel del Tribunal podrá pronunciarse, a puertas cerradas, si las partes no se oponen por escrito. De lo contrario, la moción será examinada de acuerdo con el procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Civil.

ARTÍCULO 26. (1) Después del dictado de la decisión y de la notificación de las partes, el caso deberá ser registrado con la firma del Presidente del Tribunal y será archivado por un período no menor a diez años.

(2) Antes de archivar los casos, el Secretario Administrativo deberá verificar si todas las acciones previstas en la decisión han sido realizadas e informará al Presidente del Tribunal.

(3) Los libros del Tribunal después del cierre de los casos se mantendrán de acuerdo con el procedimiento establecido en el párrafo anterior.

ARTÍCULO 27. Anualmente, el Presidente y los vicepresidentes resumirán la jurisprudencia del Tribunal y notificarán de la misma al panel plenario de los árbitros.

El presente reglamento fue aprobado por la Junta Directiva de la Bolsa de Valores de Bulgaria – Sofía, en una reunión evidenciada por las Actas de Procedimiento N° 28 de fecha 24 de septiembre de 2004, y el sello de la Bolsa ha sido incluido en las mismas.

PANEL ARBITRAL DEL MERCADO BM&FBOVESPA

Por Luiz Eduardo Martines Ferreira

Panel arbitral del mercado

Institución

El 27 de julio de 2001, la Bolsa de San Pablo “BOVESPA” instituyó el Panel Arbitral del Mercado, con el objetivo de ofrecer un foro adecuado para la resolución de asuntos relativos a los mercados de capitales y las cuestiones especialmente de carácter corporativo.

Objetivos del Panel Arbitral del Mercado

En primer lugar, el Panel Arbitral del Mercado tiene la función de actuar en la composición de los conflictos que surgen en los segmentos especiales de listado de BOVESPA, que son Nuevo Mercado y Nivel 2 de Gobierno Corporativo.

Sin embargo, i) aumentar el instituto de arbitraje, ii) los beneficios proporcionados por el panel y iii) las recientes modificaciones en la legislación brasileña que hizo posible la inclusión de la resolución mediante arbitraje en los estatutos de las compañías (artículo 109, párrafo 3^o de la Ley 10.303, del 31 de octubre de 2001, que enmendó la Ley de Sociedades)³ deben ser tomados en consideración. El Panel Arbitral del Mercado ha decidido autorizar la adhesión de todas las personas, empresas y otros distintos de los participantes mencionados en el listado de segmentos especiales.

Adhesión obligatoria a las Reglas del Panel Arbitral del Mercado

Las empresas que cotizan en el Nuevo Mercado y el Nivel 2 de los segmentos de Gobierno Corporativo, así como los accionistas mayoritarios, los administradores y los miembros del Consejo Fiscal, están obligados a cumplir con las Reglas del Panel Arbitral del Mercado.

Adhesión voluntaria a las Reglas del Panel Arbitral del Mercado

Los inversores de las sociedades que cotizan en el Nuevo Mercado o Nivel 2 de gobierno corporativo pueden voluntariamente adherirse a las Reglas del Panel Arbitral del Mercado. Cualquier otra empresa, incluyendo las empresas que figuran en otros segmentos especiales de listado, (Nivel 1 de gobierno corporativo), también tendrán derecho a adherirse.

Procedimiento de adhesión a las Reglas del Panel Arbitral del Mercado

La firma de la “condición de aprobación” es necesaria para adherirse a las Reglas del Panel Arbitral del Mercado y dicha aprobación se convertirá en la resolución de los conflictos mediante el arbitraje obligatorio.

Procedimientos para la adhesión voluntaria a las Reglas del Panel Arbitral del Mercado

Para aquellos que están voluntariamente interesados en presentar una controversia a la Reglas del Panel Arbitral del Mercado, es necesario incluir una cláusula arbitral u otro documento específico, refiriéndose expresamente a la normativa del Panel Arbitral del Mercado. Además, la participación también depende de la aprobación del Presidente del Panel Arbitral del Mercado.

Controversias susceptibles de resolución en el Panel Arbitral del Mercado

- Normas corporativas
- Normas aplicables a los mercados de capitales

Diferenciado de otros centros de arbitraje, el Panel Arbitral del Mercado cuenta con una característica esencial, que es el mantenimiento de árbitros expertos en los temas empresariales corporativos más variados y en las cuestiones relativas al mercado de capitales, cuyo grado de complejidad y dificultad es bastante considerable. En este sentido, el Panel Arbitral del Mercado será capaz de resolver las controversias resultantes de la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley de Sociedades, en los estatutos sociales, en las normas editadas por el Consejo Monetario Nacional, Banco Central de Brasil y la Comisión de Valores y Bolsa de Brasil, así como otras normas aplicables al funcionamiento del mercado de capitales en general.

La composición del Panel Arbitral del Mercado

De conformidad con la regulación del Panel Arbitral del Mercado, el panel debe estar compuesto por al menos 30 árbitros, elegidos por la Junta Directiva de BOVESPA, por un período de dos años. Cada árbitro debe cumplir con los siguientes requisitos (acumulativamente):

- Poseer una reputación intachable y un buen conocimiento del mercado de capitales; y
- ser una persona capaz, con un mínimo de 30 años de edad.

Hoy en día, 31 árbitros forman el Panel Arbitral del Mercado, con un presidente y dos vicepresidentes, entre ellos abogados, contadores, economistas y administradores. El panel también incluye un Secretario General (que no forma parte de la junta de árbitros).

Para actuar en un procedimiento de arbitraje, el árbitro no tiene que integrar necesariamente la junta de árbitros del Panel Arbitral del Mercado. Las partes podrán designar a otras personas como árbitros, proponiendo sus nombres para la aprobación del Presidente y de los vicepresidentes del Panel Arbitral del Mercado

El árbitro designado no debe:

- ser o haber sido un controlador, administrador, miembro del comité auditor/consejo fiscal, auditor, empleado o representante de alguna de las partes litigantes, en los últimos tres años;
- estar prestando servicios a algunas de las partes litigantes, o haberlo hecho en los últimos tres años, a excepción de ofrecer opiniones sobre temas no relacionados con el conflicto; y
- tener un interés económico o legal en la disputa.

Procedimientos Arbitrales

El Panel Arbitral del Mercado mantiene en funcionamiento tres tipos de procedimientos arbitrales:

1. Arbitraje ordinario

El arbitraje ordinario debe ser utilizado para resolver los conflictos de gran complejidad, si se trata de procedimientos muy detallados y específicos, y deben tener un máximo de cinco árbitros (Tribunal de Arbitraje).

En resumen, la parte que pretende resolver un conflicto determinado debe dirigir una solicitud al Panel Arbitral del Mercado indicando las partes que van a participar, presentando los hechos que originaron la controversia, formulando la solicitud, estimando los valores implicados, así como adjuntando todos los documentos pertinentes para ayudar al juez a tomar una decisión.

Siempre que la solicitud cumpla con todos los requisitos exigidos, la parte demandada deberá presentar la defensa al Panel Arbitral del Mercado dentro del plazo de cinco días, y la parte demandante escuchará a la defensa.

Las partes serán notificadas para asistir a una primera audiencia en el intento de una negociación, y en caso de llegarse a un acuerdo, dicho acuerdo tendrá el efecto de un laudo arbitral. En el caso de que la negociación falle, la cuestión preliminar existente será terminada y los procedimientos de nombramiento de un árbitro serán iniciados.

Los árbitros designados deberán elaborar el acta del arbitraje que debe contener el resumen de la controversia y las reglas de procedimiento (Compromiso de Arbitraje). Después de la firma correcta del acta de arbitraje, la producción de pruebas (documental, oral, de expertos, testimonios) comenzará. Después de esta etapa, la sentencia debe ser pronunciada, observando el plazo establecido en el acta de arbitraje.

2. Arbitraje abreviado

El arbitraje abreviado debe ser utilizado para resolver disputas de una complejidad más sencilla.

A petición suya, la parte que demanda el arbitraje debe indicar la prueba que pretende producir en la audiencia de conciliación y juicio. El Presidente del Panel Arbitral del Mercado promueve el sorteo de un solo árbitro, salvo que las partes indiquen lo contrario de común acuerdo, cuando el Presidente notifica a la parte demandada, y establece una fecha para la audiencia. En esta audiencia, habrá un intento de negociación, y en caso de que sea frustrado el acta de arbitraje es inmediatamente firmada. En este caso, la parte demandada presenta su defensa y las pruebas, y ya sea en ese momento, o en las próximas 48 horas, el árbitro pronuncia la sentencia.

3. Arbitraje ad hoc

En el arbitraje ad hoc, o el arbitraje informal, las partes pueden establecer reglas de procedimiento privadas, en cuanto al número de árbitros y al uso de otro centro, ya que lo hacen de mutuo acuerdo y a través de un acta de arbitraje que debe contar con la aprobación del Presidente del Panel Arbitral del Mercado.

En todos los procedimientos, los principios de adversarialidad, la igualdad de las partes, la imparcialidad de los árbitros y el consentimiento libre se respetan, además de adoptarse el secreto, la velocidad, la economía de recursos y la experiencia de los árbitros.

Laudo arbitral

El laudo arbitral deberá ser emitido por una mayoría de votos, en los términos definidos por las partes en el acta de arbitraje o, en ausencia de una estipulación de plazo, en el término de 180 días contados a partir del inicio de las actuaciones.

Antes de la firma de la sentencia, el Tribunal Arbitral deberá presentar un borrador de la sentencia a la apreciación del Presidente o de uno de los vicepresidentes, que pueden prescribir modificaciones relacionadas con los aspectos formales y señalar los aspectos relacionados con el mérito de la controversia (sin afectar a la decisión).

La extensión de la decisión arbitral se limita a las partes del procedimiento. Sin embargo, existe la posibilidad de que la empresa extienda sus efectos a otros accionistas, que podrán alegar la misma situación.

De vez en cuando, las decisiones arbitrales serán publicadas, incluyendo los nombres de los árbitros que participaron en el procedimiento, pero sin revelar los nombres de las partes o cualquier otra información que pueda ser utilizada para identificarlos.

Pleitos

Con respecto específicamente a lo solicitado, tenemos que añadir lo siguiente:

(i) ¿De qué forma debe presentar una empresa su sujeción al arbitraje?

Con la edición de la Ley 9.307/96, la cláusula de arbitraje (que precede a la controversia, disponiendo de una futura disputa) introduce un acuerdo que se vuelve ejecutable, siendo suficiente y capaz de someter la controversia al procedimiento de arbitraje, evitando la jurisdicción del Estado. De esta manera, cuando el conflicto surge las partes deberán solicitar la implementación del arbitraje, con la firma, de buena fe – o, ante la resistencia, por una decisión judicial – del compromiso arbitral, que es el documento que establecerá los lineamientos jurídico-procesales del arbitraje (resumiendo la controversia y las reglas de procedimientos).

Para adaptar el derecho societario a los procedimientos arbitrales, se establece expresamente que las empresas pueden insertar en sus estatutos, cualquier norma que someta a arbitraje las controversias entre los accionistas y su compañía, así como entre los accionistas minoritarios y mayoritarios.

Sin embargo, la efectividad de la cláusula arbitral estatutaria no es totalmente aceptada. Para algunos juristas la simple inclusión de arbitraje en los estatutos de la compañía no es suficiente para obligar a los accionistas a que se sometan a un procedimiento arbitral, siendo indispensable la firma de una cláusula arbitral específica. Para otros, la cláusula estatutaria es equivalente a una cláusula arbitral, llegando a ser posible el establecimiento de un procedimiento arbitral inmediato, es decir, tan pronto como surja una controversia con cualquier accionista.

Específicamente en el caso del Panel Arbitral del Mercado, las partes están obligadas a cumplir con las normas y a firmar un acta de aprobación que es equivalente a la cláusula arbitral, de conformidad con el punto 7, con el fin de evitar cualquier discusión adicional sobre el procedimiento arbitral.

(ii) ¿Qué cambios en la legislación y en la práctica se requerirían para incluir a los funcionarios y a los directores?

El derecho societario ha previsto sólo una posibilidad de que los estatutos de una corporación pública implementen el arbitraje para resolver conflictos, y es entre los accionistas y la empresa o entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios (art. 109, § 3 °).

En el Panel Arbitral del Mercado, con el fin de evitar cualquier discusión adicional sobre la inclusión de los funcionarios y directores, es necesario firmar el acta de aprobación sometiendo la disputa al procedimiento arbitral.

(iii) ¿Cómo se calculan los daños?

Según lo establecido en el procedimiento arbitral, la sentencia respectiva (o laudo arbitral) debe contener un “informe” (delimitación de la solicitud), la base jurídica de la decisión (razones que convencieron al tribunal arbitral) y la “decisión” misma. En la última parte del laudo arbitral, el tribunal resuelve el tema, resolviendo el conflicto y refiriéndose únicamente a la petición de la parte vencedora, declarando procedente o no, o decidiendo y especificando la sentencia (por ejemplo: “Yo impongo a la parte perdedora el pago de R\$____) y la forma y los términos de ejecución de lo que queda por resolver.

La decisión arbitral debe ser clara para evitar interpretaciones ambiguas o erróneas. Su imprecisión puede causar, por ejemplo, un recurso solicitando la

ANEXO 11

acларación de la decisión o incluso la petición para que el laudo arbitral no sea válido. También existe la posibilidad de un procedimiento denominado “revisión de la sentencia” que apunta a la prescripción de modificaciones del aspecto formal de la decisión, así como también por el mérito de la controversia, por el Presidente o Vicepresidentes del instituto. El tribunal arbitral respectivo debe especificar en el laudo arbitral la responsabilidad de las partes sobre las costas y gastos del procedimiento arbitral, así como los honorarios de los árbitros que han participado.

(iv) ¿Cómo debería ser manejado el arbitraje multilateral?

En la Ley de Arbitraje, y también en la Reglas del Panel Arbitral del Mercado, no hay diferencia entre los procedimientos arbitrales que involucran a una sola parte a ambos lados del procedimiento, y los que involucran a dos o más partes en cada lado.

Todavía es posible considerar la posibilidad de agrupar diferentes procesos arbitrales que discuten el mismo tema e involucran la misma demanda o parte demandada. En este caso, deben ser previamente evaluadas las consecuencias de la agrupación de los procedimientos, especialmente el nombramiento de los árbitros que conformarían el tribunal arbitral correspondiente.

Reglas de cotización del Novo Mercado de BOVESPA disponibles en: <http://www.bmfbovespa.com.br/en-us/bmfbovespa/download/regulamento.pdf>. Las reglas que rigen al panel están disponibles en: <http://www.camaradomercado.com.br/InstDownload/Regulation.pdf>.

FUENTE: Luiz Eduardo Martins Ferreira, “Arbitration in Brazil,” OECD – UNCITRAL Experts Group meeting on Corporate Governance Dispute Resolution, 25 de junio de 2003. Disponible en: www.oecd.org/dataoecd/2/59/3842405.pdf SOURCE: Luiz Eduardo Martins Ferreira, “Arbitration in Brazil,” OECD – UNCITRAL Experts Group meeting on Corporate Governance Dispute Resolution, June 25, 2003. Available at: www.oecd.org/dataoecd/2/59/3842405.pdf.

Notas finales

- 1 La cláusula arbitral es el convenio a través del cual las partes de un acuerdo se comprometen a someter a arbitraje las controversias que surjan de este acuerdo (artículo 4 de la Ley 9.307/96).
- 2 §3 El estatuto puede establecer que las divergencias entre los accionistas y la sociedad, o entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, pueden ser resueltos mediante arbitraje, en los términos que especifique.
- 3 Art. 109. Ni el estatuto ni por la asamblea general puede privar a los accionistas de sus derechos.

**INFORME KING SOBRE GOBIERNO PARA
SUDÁFRICA – 2009**
Resolución de disputas

**Principio 8.6: la junta debe asegurar que las
disputas sean resueltas de la manera más
eficaz, eficiente y rápida que sea posible**

1. Las disputas (o conflictos) entre las empresas son una parte inevitable de los negocios y proporcionan una oportunidad no sólo para resolver la controversia en cuestión sino también para abordar y resolver problemas de negocios y para evitar su repetición.
2. Les corresponde a los directores y ejecutivos cumplir su deber de cuidado para con una empresa, para asegurarse de que las disputas se resuelvan eficaz, rápida y eficientemente. Esto significa que las necesidades, intereses y derechos de los litigantes deben ser tenidos en cuenta. Además, la resolución de conflictos debe ser rentable y no ser una carga para las finanzas y los recursos de la empresa.
3. Los MARC han sido una metodología muy eficaz y eficiente para hacer frente a los mayores costos y tiempos asociados al litigio más formal. Las estadísticas relacionadas con el éxito de los mismos varían entre un mínimo del 50%, para aquellas situaciones en las que los tribunales han referido el caso a MARC, y un promedio de 85% - 90% cuando ambas partes están dispuestas a participar en ellos.
4. La mediación es a menudo sugerida como un método de MARC con el asunción de que las partes estén plenamente dispuestas a participar en el proceso. Un proceso de selección, que excluye a quienes que no satisfacen los criterios de voluntad y capacidad, es llevado a cabo por muchos mediadores. Esto se describe en el campo en términos de presteza o madurez para los MARC. La incapacidad, como en el caso de las enfermedades mentales y la incapacidad de comprender los conceptos, naturalmente, debe dar lugar a la exclusión del mediador del proceso.
5. Aquellos que son resistentes a los MARC resultan problemáticos en términos de referencias ubicuas.
6. Los MARC se han convertido en la intervención elegida en muchas instancias, y por ende le corresponde a los especialistas mejorar su tasa general de uso y éxito. Es evidente que el resultado óptimo sería aumentar la satisfacción general con el proceso y el resultado de una resolución exitosa.
7. Las disputas pueden surgir ya sea dentro de una empresa (conflictos internos) o entre la empresa y entidades externas o individuos (conflictos externos). La junta directiva debe adoptar procesos formales de resolución de controversias para los conflictos internos y externos.
8. Los conflictos internos pueden ser abordados recurriendo a las disposiciones de la ley y garantizando que los sistemas internos de resolución de conflictos se encuentran presentes y funcionan con eficacia.
9. Los conflictos externos pueden ser sometidos a arbitraje o a un tribunal. Sin embargo, estos no siempre son los medios adecuados o más eficaces para resolver esas controversias. La mediación es frecuentemente más apropiada cuando los intereses de las partes en conflicto deben ser abordados y cuando las relaciones comerciales deben ser preservadas e incluso mejoradas.
10. Una distinción debe hacerse entre los procesos de resolución de conflictos (litigios, arbitraje, mediación y otros) y las instituciones que prestan estos servicios.
11. Con respecto a todas las instituciones de resolución de conflictos y con independencia del mecanismo o mecanismos de resolución de conflictos adoptados por cada uno, un requisito indispensable es su independencia e imparcialidad en relación con las partes en conflicto.
12. Los tribunales, los servicios de mediación y arbitraje independientes (no vinculados a ninguna de las partes en conflicto) y las instituciones formales de resolución de conflictos creadas por ley están facultadas para resolver los conflictos mediante la mediación o la conciliación y la facultad de decidir sobre el caso. Su uso efectivo debe ser garantizado por las empresas.
13. La resolución exitosa de conflictos implica elegir el

método de resolución de controversias que mejor sirva a los intereses de la empresa. Esto, a su vez, implica tomar en consideración aspectos tales como la preservación de las relaciones comerciales y los costos, tanto en dinero y tiempo — especialmente el tiempo ejecutivo.

14. También es importante reconocer que el uso de la mediación permite a las partes crear opciones para la resolución que generalmente no están disponibles para la partes en un proceso judicial o arbitral. Además, la ley prevé que los procesos alternativos de resolución de conflictos se lleven a cabo en privado.
15. La mediación no se define en la ley. El concepto tiene un significado aceptado en la práctica en Sudáfrica. La mediación puede ser definida como un proceso donde las partes en disputa incluyen los servicios de una tercera parte aceptable, imparcial y neutral que les ayuda a negociar una resolución de su controversia, por medio de un acuerdo de conciliación. El mediador no tiene autoridad independiente y no toma una decisión. Todos los poderes de toma de decisiones respecto del conflicto permanecen en las partes. La mediación es un proceso voluntario, tanto en su inicio como en su continuación y conclusión.
16. Del mismo modo, la conciliación no está definida en la ley. La conciliación es, como la mediación, un proceso de negociación estructurada que incluye los servicios de un tercero imparcial. El conciliador, además de jugar el papel de un mediador, hará una recomendación formal a las partes en cuanto a cómo puede resolverse el conflicto.
17. Una vez más, el poder para tomar la decisión no se define en la ley, pero el proceso no será significativamente diferente del arbitraje.
18. En la selección de un proceso de resolución de conflictos, no hay un conjunto universal de reglas que establecen cuál es el método más apropiado. Cada caso debe ser cuidadosamente considerada por sus méritos y, por lo menos, los siguientes factores deben ser tenidos en cuenta:
 - 18.1. *Tiempo disponible para la resolución de la controversia.* Los procedimientos formales, y en

particular los procesos judiciales, a menudo implican procedimientos que duran muchos años. Por el contrario, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC), y en particular la mediación, pueden tener lugar en un período de tiempo limitado, a veces en un día.

- 18.2. *Principio y precedentes.* Cuando el tema de la controversia consiste en una cuestión de principios y cuando la compañía quiere una resolución que sea vinculante en relación con las controversias similares en el futuro, los MARC pueden no ser adecuados. En esos casos, los procesos judiciales pueden ser más apropiados.
- 18.3. *Las relaciones de negocios.* Los litigios y los procesos que implican un resultado impuesto a ambas partes pueden destruir las relaciones comerciales. Por el contrario, a mediación, en la cual el procedimiento está diseñado para producir una resolución más satisfactoria para ambas partes (una resolución del tipo ganador-ganador), las relaciones pueden ser preservadas. Por lo tanto, cuando se encuentran involucradas las relaciones, y sobre todo las relaciones comerciales continuas, la mediación o la conciliación puede ser preferible.
- 18.4. *Recomendación de expertos.* Si las partes desean negociar un acuerdo para su controversia, pero carecen de los conocimientos técnicos, o de otra índole, necesarios para encontrar una resolución, una recomendación de un experto que haya ayudado a las partes en sus negociaciones puede ser apropiada. Este proceso se denominará conciliación.
- 18.5. *Confidencialidad.* Los procedimientos privados de resolución de conflictos pueden ser realizados en secreto. Además, la ley prevé que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se lleven a cabo en privado.
- 18.6. *Derechos e intereses.* Es importante al elegir un mecanismo de resolución de conflictos comprender la diferencia fundamental que

tienen estos con los métodos vinculantes de resolución de conflictos (procedimientos judiciales, arbitraje y adjudicación). El procedimiento vinculante implica que quien toma la decisión impone una resolución de la controversia a las partes después de haber considerado la conducta pasada de las mismas en relación a los principios jurídicos y los derechos aplicables a la controversia. Esto se traduce inevitablemente en un rango estrecho de posibles resultados sobre la base de consideraciones fundamentales sobre lo que es correcto y lo que es incorrecto. Por el contrario, la mediación y la conciliación permiten a las partes, al configurar una resolución a su conflicto, considerar sus necesidades e intereses respectivos, tanto actuales como futuros. En consecuencia, cuando las resoluciones creativas y con visión en el futuro son necesarias en relación con un conflicto en particular y sobre todo cuando el conflicto implica una relación continua entre las partes, la mediación y la conciliación deben ser preferidas. Por ejemplo, un contrato puede ser modificado o materialmente reescrito.

19. La mediación y la conciliación requieren de la participación y la presencia de personas habilitadas y encargadas de resolver la disputa.
20. La junta directiva debe seleccionar a la/s persona/s adecuada/s para representar a la empresa en el mecanismo alternativo de resolución de conflicto (MARC).
21. Los tribunales harán cumplir una cláusula de MARC para resolver una disputa estableciendo que todos están sujetos a un conjunto de normas y prácticas acordadas tales como el lugar y el idioma del proceso.
22. Las partes contratantes que están acostumbradas al hecho de que una disputa será administrada y resuelta por un tercero, están naturalmente inclinadas a resolver ellas mismas el conflicto. Si, por ejemplo, los MARC se someten a las reglas de la Fundación de Arbitraje de África Meridional (AFSA, según sus siglas en inglés), serán administrados por AFSA. Si los

MARC son ad hoc, una parte recalcitrante actuando de mala fe puede ser capaz de frustrar el proceso.

23. Una cláusula modelo de MARC ha sido desarrollada por el Instituto de Directores de AFSA y aprobada por los consejos superiores. Esa cláusula se encuentra en las notas para la práctica y se recomienda que sea incorporada en todos los contratos, especialmente en grandes contratos de adquisición y transfronterizos

FUENTE: Institute of Directors in Southern Africa, "King Report on Governance for South Africa 2009", Copyright 2009 IoDSA. Todos los derechos reservados. Usado bajo permiso.

ANEXO 13

FACTORES PARA GUIAR LA SELECCIÓN DE MARC

La siguiente tabla puede utilizarse para realizar entrevistas para la selección de la ayuda apropiada y para determinar el nivel de participación. Los temas y las preguntas no pretenden ser exhaustivos, sino proveer ejemplos de criterios para orientar la toma de decisiones.

<p>CAPACIDADES</p> <p>¿Qué conocimientos y habilidades específicas tiene su empresa?</p> <p>¿Cuál de ellos es más relevante para nuestra empresa/ organización, su negocio/misión, la naturaleza del conflicto, y el uso de MARC?</p> <p>¿Qué diferencia a su empresa de las demás?</p>	<p>ÉXITO, CALIDAD DE SERVICIO</p> <p>¿La de ayuda de su empresa ha contribuido a la resolución exitosa de un conflicto?</p> <p>Si es así, ¿de qué manera y por qué?</p>
<p>FORMACIÓN, CERTIFICACIÓN</p> <p>¿En qué institución se formó? ¿Con qué fin?</p> <p>¿Tiene certificado de una organización confiable?</p> <p>¿Ha participado en programas de educación continua para mantenerse actualizado?</p>	<p>ACCESIBILIDAD Y CONVENIENCIA</p> <p>¿Qué tan accesible será la persona o la empresa durante todo el período del conflicto? ¿Es el acceso algo conveniente para todas las partes y para la junta directiva?</p>
<p>HABILIDADES, ATRIBUTOS PERSONALES</p> <p>Comunicación (oral, escrita)</p> <p>Confianza, asertividad, interés en trabajar con usted</p> <p>Personalidad</p> <p>Integridad</p> <p>Compromiso</p> <p>Capacidad de organización</p> <p>Inspirador</p> <p>Diplomático</p> <p>Culto</p>	<p>DISPONIBILIDAD</p> <p>¿Estará disponible la empresa para prestar servicios dentro del marco de tiempo necesario?</p>
<p>PROCESO DE PENSAMIENTO</p> <p>¿La empresa demuestra creatividad y nuevas formas de pensar los problemas?</p> <p>¿Es conocedora de la información más reciente relevante para su caso?</p>	<p>CONFLICTOS DE INTERÉS</p> <p>¿Tiene su empresa algún conflicto de interés potencial o existente con la junta, la alta gerencia, la empresa, o las otras partes en la controversia?</p> <p>Si no, ¿podrían surgir conflictos potenciales de interés?</p> <p>Si hay conflictos, ¿cuáles son? ¿Son lo suficientemente importantes como para evitar que la empresa aconseje justa e imparcialmente?</p>
<p>EXPERIENCIA</p> <p>¿Qué casos de resolución de controversias ha llevado usted y/o su empresa?</p> <p>¿Esos casos y la experiencia de la empresa relevantes para las necesidades de la junta directiva para el conflicto al cual se alude?</p>	<p>HONORARIOS</p> <p>¿Cómo suele cobrar a sus clientes (por ejemplo, por hora; diariamente; tarifa fija por caso; dependiendo de si existe una contingencia; tarifa más gastos)?</p>
	<p>RECOMENDACIONES</p> <p>¿Quién ha utilizado sus servicios?</p> <p>¿En qué casos concretos se ha involucrado su empresa?</p> <p>¿Tiene referencias que puedan ser contactadas?</p>
	<p>DIVERSIDAD</p> <p>¿Entenderá el candidato los problemas culturales y las perspectivas de género?</p>

ANEXO 14

PONERSE DE ACUERDO SOBRE LOS TÉRMINOS DE LA MEDIACIÓN

Una vez que la junta ha elegido un experto en MARC, ambos deben firmar un acuerdo. Este acuerdo debe incluir las siguientes disposiciones:

LAS PARTES Identifique las partes en la controversia. Especifique si otras partes pueden surgir a medida que el experto en MARC comienza su trabajo. No hay necesidad, aquí, de describir las posiciones de las partes.

ALCANCE DE LA DISPUTA Defina la naturaleza de la disputa, pero tenga en cuenta si el alcance de la disputa puede ampliarse o reducirse a medida que las partes trabajan con el experto en MARC. Esto centra los esfuerzos del experto en MARC y evita que él o ella se distraigan con disputas accesorias u otras disputas que puedan surgir. Tenga cuidado de no caracterizar el conflicto de manera que sugiera un sesgo hacia una parte o partes sobre las demás.

DESIGNACIÓN DEL EXPERTO Defina el/los rol/es específico/s para el experto en MARC, desde la investigación exploratoria hasta la implementación de los términos de un acuerdo. Explique cómo será su relación con la junta, en lo referido a suministrarle a esta información, y cuál será la autoridad del mismo/a en el trabajo con las partes en conflicto y, si es parte de su rol, en hacer cumplir el acuerdo. Proporcione un medio para revisar esta sección si el experto, las partes, y la junta se dan cuenta que el papel del primero debe ser modificado para acomodarse a los cambios a medida que el procedimiento de resolución de conflictos se desarrolla. También en este caso, el experto deberá dar fe de que no tiene conflictos de interés. Si estos existen, deben ser comunicados a la junta pública o privadamente, según lo determinado en las negociaciones del contrato.

PROPÓSITO DE LA DETERMINACIÓN DE EXPERTOS Esta sección otorga una oportunidad para reafirmar el apoyo de la junta para la resolución alternativa del conflicto.

CONFIDENCIALIDAD Deje clara la importancia de las condiciones de confidencialidad que el experto en MARC debe cumplir en sus relaciones con todas las partes. La confianza en un experto en MARC es una fuente clave de su éxito. Mantener confidencias es parte integral de la construcción y el mantenimiento de la confianza.

INDEPENDENCIA Los expertos en MARC son más eficaces cuando trabajan independientemente de la junta. Afirmar su independencia en el acuerdo es esencial para el MARC ya que da mayor confianza a las partes de que sus puntos de vista serán tratados sin ningún tipo de lealtad a la junta directiva o alta gerencia.

DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA DEL EXPERTO Esta sección debe especificar cómo la junta espera que el experto en MARC lleve a cabo su trabajo, remarcando la expectativa de que este se someterá a los altos estándares profesionales y éticos, y haciendo referencia a leyes, reglamentos, y los códigos que afectan su trabajo. Por ejemplo, si hay un impasse entre las partes, el acuerdo CEDR¹ especifica que la decisión del experto en MARC prevalecerá.

PLAZOS Las disposiciones pueden poner plazos específicos para las distintas fases del procedimiento del MARC y/o un plazo general para el período comprendido entre el inicio y la conciliación.

IMPUGNACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Si el MARC falla porque las partes no están contentas, o el experto entiende que no está debidamente calificado para el caso, el acuerdo debería esbozar un proceso para impugnar y cambiar el conflicto.

OTRAS OPCIONES DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS Si el experto en MARC falla, el acuerdo debe especificar cómo el caso puede referirse a una mediación anexa a los tribunales o a los tribunales mismos para su resolución.

FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN El experto en MARC debe explicar las razones de su decisión.

HONORARIOS Y GASTOS Sea específico acerca de la forma en que el experto en MARC cobrará por su tiempo y gastos, ya sea por horas o por una tarifa fija (dentro de los parámetros determinados en forma conjunta con base en el acuerdo sobre el alcance del trabajo).

IMPLEMENTACIÓN DE LA DECISIÓN Proporcione una guía sobre cómo el experto en MARC implementará la decisión, si él o ella ha sido contratado para realizar esta tarea.

EJECUCIÓN Estos términos deben reflejar los requisitos de las jurisdicciones locales.

IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN Si las partes, la junta directiva, o los altos directivos se oponen a la decisión,



ANEXO 14

¿qué recursos, si es que se prevén, existen para revisar y modificar la decisión?

RESPONSABILIDAD Si el experto en MARC es negligente, ¿cuál es su responsabilidad? Esta sección debe reflejar las leyes, regulaciones y mejores prácticas basadas en documentos modelo.

1 Acuerdos modelo están disponibles en: <http://www.cedr.com>