

Manel PONSATÍ LÓPEZ

EL CONFLICTO EMPRESARIAL.
LOS ADR O MASC COMO MÉTODOS
ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
EMPRESARIALES. ESPECIAL ESTUDIO DE LA
NEGOCIACIÓN Y LA MEDIACIÓN EMPRESARIAL.
EL CONFLICTO SOCIETARIO.

*Trabajo Fin de Carrera
dirigido por
Carmen PARRA RODRÍGUEZ*

Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Licenciatura en Derecho

2014

Turn your dispute from a business threat into a business opportunity

CAES J.A. VAN LEDE

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto el análisis y la conceptualización de los diferentes tipos de conflictos empresariales y de los diferentes métodos existentes en el ordenamiento jurídico para resolverlos. A continuación, se estudian los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC), también conocidos en los países anglosajones como *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*, como procedimientos alternos a la justicia ordinaria para resolver conflictos y controversias en sede empresarial, profundizando en las técnicas de la negociación y de la mediación empresariales, y haciendo un especial estudio de la conflictología empresarial más frecuente susceptible de ser resuelta mediante la mediación. Por último, se estudian los conflictos societarios, especialmente en las sociedades de capital, así como los mecanismos admitidos en Derecho para prevenirlos y evitarlos, con la finalidad de facilitar una gestión adecuada del conflicto y simplificar su solución. Teniendo en cuenta la relevancia que la empresa familiar tiene en nuestra economía, se realiza un análisis exhaustivo de sus características principales, y del protocolo familiar como instrumento idóneo para ayudar a reducir el potencial de conflicto y mejorar el funcionamiento de las empresas familiares.

Resum

El present treball té com a objectiu l'anàlisi i la conceptualització dels diferents tipus de conflictes empresarials i dels diferents mètodes existents a l'ordenament jurídic per a resoldre'ls. A continuació, s'estudien els Mètodes Alternatius de Resolució de Conflictes (MASC), també coneguts en els països anglosaxons com a Alternative Dispute Resolutions (ADR), com a procediments alterns a la justícia ordinària per a resoldre conflictes i controvèrsies en seu empresarial, aprofundint en les tècniques de la negociació i de la mediació empresarials, i realitzant un estudi especial de la conflictologia empresarial més freqüent susceptible de ser resolta mitjançant la mediació. Per últim, s'estudien els conflictes societaris, especialment en les societats de capital, així com els mecanismes admesos en Dret per a prevenir-los i evitar-los, amb la finalitat de facilitar una gestió adient del conflicte i simplificar-ne la seva solució. Tenint en compte la rellevància que l'empresa familiar té en la nostra economia, es realitza una anàlisi exhaustiva de les seves principals característiques, i del protocol familiar com a instrument idoni per a ajudar a millorar el funcionament de l'empresa familiar i a reduir-ne el potencial de conflicte.

Abstract

The objective of this assignment is the analysis and conceptualization of the different kinds of business conflicts and the different methods in the legal system to solve them. Therefore, Alternative Dispute Resolutions (ADR) are studied as alternative procedures in ordinary justice to solve conflicts and controversy in companies, seeing negotiation techniques and mediation in detail, and studying the most probable business conflicts to be solved through mediation. Finally, company conflicts are studied, especially in capital firms as well as the mechanisms allowed by the Law to prevent and avoid them with the aim of giving it the right management and simplify its solution. Due to the importance of family companies in our economy, there is an exhaustive analysis of its main characteristics and of the family protocol as an appropriate instrument to help the management of the family company improve and reduce the potential conflicts.

Palabras claves / Keywords

Conflicto empresarial – ADRs – Negociación empresarial – Mediación empresarial – Conflicto societario – Cláusulas estatutarias – Pactos parasociales – Empresa familiar – Protocolo familiar.

Sumario

Introducción	9
1. Conflicto empresarial	13
1.1. Concepto	13
1.2. Los conflictos internos	15
1.3. Los conflictos externos	16
1.4. Métodos de solución de los conflictos empresariales	16
2. Los ADR o MASC como sistemas de resolución de conflictos Empresariales. La Negociación y la Mediación empresarial	19
2.1. Concepto y antecedentes	19
2.2. La Negociación empresarial	22
2.3. La Mediación empresarial	27
3. Los conflictos societarios	34
3.1. Consideraciones generales	34
3.2. Cláusulas estatutarias	36
3.3. Pactos extraestatutarios o pactos parasociales	39
3.4. El Protocolo familiar	44
Conclusión	53
Bibliografía	57

Introducción

Las relaciones empresariales no quedan al margen de los efectos que conlleva una sociedad globalizada, compleja y conectada como la de hoy en día. Las empresas se erigen como los principales agentes económicos de la sociedad actual como fuentes generadoras de riqueza y bienestar de las familias y de los países. Este hecho implica que para poder afrontar los retos de futuro que plantea un mercado globalizado como el actual, las empresas deban estar en la búsqueda continúa de procesos y mecanismos que las haga más competitivas, y a la postre también más eficientes.

Este cometido no pasa solo por la adopción por parte de la empresa de nuevos métodos que acarreen la mejora y optimización de los procesos productivos, de la obtención de materias primas, de la logística, de políticas salariales, etc., entre otros, sino que también se hace imprescindible dotar a las organizaciones empresariales, sean del tipo que sean, de unos sistemas o mecanismos de resolución o prevención de los conflictos que inevitablemente se producen en su tráfico social, jurídico y mercantil, y que a la vez, estos sistemas construyan puentes de entendimiento y confianza entre los diferentes agentes intervinientes.

Para cumplir con el objetivo mencionado hemos estructurado el presente trabajo en tres capítulos.

En el capítulo uno, y a los efectos de delimitar el ámbito objetivo de este trabajo, después de analizar los diferentes tipos de conflicto que se pueden generar en sede empresarial (internos y externos), se estudian las diferentes alternativas que tienen las partes enfrentadas para solucionar su controversia, comparando las ventajas e inconvenientes que presentan los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos en relación con los autococompositivos. Estos métodos últimos, de los que los ADRs forman parte, se justifican como los mecanismos más convenientes en la resolución de los conflictos empresariales, puesto que por sus características y particularidades procedimentales llevan a las partes a adoptar consensuadamente un acuerdo que ponga fin al conflicto, produciendo en ellas un mayor grado de satisfacción y confianza, que en la mayoría de los casos, propiciará la continuidad de las relaciones entre ellas.

En el capítulo dos, después de hacer un breve paso por la historia y por los orígenes del empleo de los ADRs en la solución de conflictos empresariales y de negocio, entramos a analizar la tipología y características de estas técnicas. Para cumplir con este cometido, se ha procedido a estudiar más detalladamente la negociación y la mediación, como métodos alternativos para la resolución de este tipo de conflictos, en contraposición a la concepción tradicional de solucionar los litigios mediante la aplicación del derecho positivo, ya sea por parte de un juez o por parte de un árbitro.

En este sentido, se analizan la negociación pre-conflictual, la conflictual, la distributiva, y la integradora, como los tipos de negociación que más habitualmente se desarrollan en el entorno empresarial y de los negocios, haciendo especial hincapié en que en toda negociación es imprescindible la cooperación de todas las partes involucradas para llegar a un pacto que satisfaga los intereses de todas ellas, advirtiendo que si alguna de las partes sale debilitada del proceso, producirá en ella un efecto negativo que dificultará el mantenimiento de las relaciones mercantiles entre ambas.

A continuación, y mediante el análisis de las definiciones y de los principios informadores que de la mediación hacen, tanto la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, como la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se formula un concepto específico de mediación empresarial, determinando también las ventajas y beneficios que esta técnica supone para las partes en controversia. Este análisis y conceptualización es lo que nos ha permitido cerrar el capítulo haciendo un estudio de los supuestos de conflictos empresariales más habituales que son susceptibles de ser resueltos por medio del empleo del procedimiento de mediación.

Ya en el capítulo tres, y mediante el examen del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se analizan los conflictos societarios dentro de las sociedades denominadas de capital, especialmente en las denominadas sociedades de tipo cerrado, delimitando los supuestos más característicos en los que se manifiestan las desavenencias entre los socios en el seno de este tipo de sociedades. A continuación, se examinan los medios permitidos por el ordenamiento jurídico para prevenir o para reconducir los conflictos societarios que se generen dentro de la empresa, con la finalidad de facilitar una gestión adecuada del conflicto y simplificar su solución. Para cumplir con este objetivo, por un lado se estudian las denominadas

cláusulas estatutarias, y con la finalidad de evitar el conflicto, se proponen que aspectos sociales son susceptibles de regularse mediante su inclusión en los estatutos de la sociedad; y, por el otro, se analizan los pactos parasociales, también llamados pactos extraestatutarios, proponiendo un ejemplo de los aspectos que se deberían regular mediante estos pactos, también con el mismo fin: evitar el conflicto y facilitar su solución.

Las empresas familiares constituyen en España uno de los principales motores de la actividad económica y se erigen como uno de los agentes más significativos de creación de riqueza y generación de empleo. Dada su importancia, y observando la dificultad de gobernar estas empresas por el hecho de no existir de forma clara una separación entre los asuntos de empresa y los de familia, este trabajo pretende demostrar, que los protocolos familiares se erigen en el método idóneo para ayudar a reducir el potencial de conflicto y mejorar el funcionamiento de este tipo de empresas . Para ello, a partir del análisis del Real Decreto Legislativo 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se analiza su naturaleza jurídica, el concepto, la forma jurídica de la empresa en la que es factible su elaboración e implementación, así como la publicidad de los mismos.

Se examinan también las diferentes instituciones propias de la empresa familiar, cuyo fin es la ordenación de las relaciones que se producen dentro del ámbito de la familia, y entre ésta y la empresa. Estas instituciones variarán en función de la complejidad de la estructura familiar de las familias implicadas en la empresa. Así, de menos complejidad a más, existe la reunión familiar, la asamblea familiar, y el consejo de familia, irigiéndose este último como el órgano ejecutivo del protocolo familiar.

1. El conflicto empresarial

1.1 Concepto

Antes de analizar los diferentes conflictos empresariales, procederemos a definir los vocablos que conforman el enunciado del presente título: “conflicto”, y “empresa”.

Según el Diccionario de la Lengua Española la palabra “conflicto” proviene del latín *conflictus*, y tiene varios significados: “1.- Combate, lucha, pelea. 2.- Enfrentamiento armado. 3.- Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. 4.- Problema, cuestión, materia de discusión. 5.- Coexistencia de materias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos. 6.- Momento en que la batalla es más dura y violenta”¹.

De las diferentes acepciones enumeradas anteriormente, podemos explicar el conflicto como la situación en la que un individuo o individuos con intereses contrapuestos entran en confrontación entre sí.

Según el mismo diccionario, la palabra “empresa” proviene del latín *impresa*, y tiene los siguientes significados: “1.- Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo. 2.- Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. 3.- Lugar en que se realizan estas actividades. 4.-Intento o designio de hacer algo. 5.- Símbolo o figura que alude a lo que se intenta conseguir o denota alguna prenda de la que se hace alarde, acompañada frecuentemente de una palabra”².

Según estas definiciones podemos delimitar el término empresa como organización que realiza actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos, que es concebida como un sistema o conjunto de elementos ordenados mediante una estructura y relacionados entre sí para el cumplimiento de un bien común.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], vigésimo segunda edición, [consulta 29 septiembre 2014].

Disponible en: <<http://www.lema.rae.es/drae/?val=conflicto>>

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], vigésimo segunda edición, [consulta 29 septiembre 2014].

Disponible en: <<http://www.lema.rae.es/drae/?val=empresa>>

Una vez concretados estos dos términos, podemos detallar el conflicto empresarial como la situación que se genera dentro de una empresa, como consecuencia de la existencia de intereses contrapuestos entre dos o más de sus miembros, o entre la empresa como unidad y terceros, que, en el caso de no ser solucionado diligentemente, puede provocar a corto plazo una situación de ineficiencia, y consecuentemente, poner en peligro el desarrollo de la actividad de la organización, pudiendo incluso en determinados casos, afectar a su viabilidad a largo plazo.

En este sentido, las relaciones empresariales no quedan al margen de los efectos que conlleva una sociedad globalizada, compleja y conectada como la de hoy en día. Al contrario, al ser las empresas los agentes económicos principales en la generación de riqueza y bienestar de las personas y de los países, el mejorar la competitividad y la eficiencia económica de la actividad empresarial y comercial es fundamental. Y ello pasa también, por dotar a las organizaciones de unos sistemas de resolución o prevención de los conflictos empresariales que construyan puentes de entendimiento y confianza entre los diferentes agentes intervinientes.

La búsqueda de nuevos métodos que deriven en la mejora y optimización de los procesos productivos, de la obtención de materias primas, de la logística, etc, son esenciales para la continuidad y el éxito de las empresas en un mercado globalizado y competitivo como el actual, invirtiendo las empresas importantes cantidades de dinero a este cometido. Pero aún siendo estos menesteres primordiales e imprescindibles para el desarrollo empresarial, no debemos olvidar que el capital humano es el más importante en la vida de las organizaciones empresariales.

Como dice Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, las relaciones personales y sociales conllevan, normalmente, la manifestación de controversias³. En efecto, las empresas como organizaciones vivas están formadas por personas, y éstas con su trabajo, esfuerzo y dedicación, son las encargadas de lograr la finalidad fundacional de aquéllas. Las empresas como colectivo de personas, aún estando jerárquica y funcionalmente ordenadas y estructuradas, se constituyen en una fuente de conflictividad potencial, motivada por la confluencia de diferentes parámetros (políticos, culturales, religiosos, etc.), y por lo tanto, no quedan al margen de sufrir conflictos tanto a nivel interno como externo.

³ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO. *La Mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas i ámbitos* (Directora Helena Soletto Muñoz). Madrid: Editorial Tecnos, 2011, p. 403.

A continuación passamos a analizar en que consisten cada uno de estos tipos de conflicto.

1.2 Los conflictos internos

Internamente las cuestiones que suelen ser fuente de conflictos en las organizaciones empresariales son básicamente de dos tipos: por un lado, en el campo de las relaciones entre el empresario y los empleados, y entre éstos entre sí; y por otro, entre los miembros de los órganos de administración y representación de todo tipo de sociedades, pero más frecuentemente en las de capital, ya sean multinacionales, grandes, pequeñas y medianas empresas, y máxime cuando estamos ante empresas familiares, en las que, de acuerdo con Trinidad Bernal Samper, se confunden los roles que las personas ejercen en los dos ámbitos: familiar y laboral⁴.

Los primeros, los podemos catalogar como conflictos de trabajo. Estos conflictos derivan a un comportamiento organizacional no beneficioso para los objetivos establecidos, así como para el desarrollo y buen funcionamiento de la empresa. Concretamente desembocan en la aparición de un clima laboral que perjudica a la organización, y por ende, a toda persona que trabaja en ella. De entre las circunstancias más frecuentes que pueden derivar en conflicto, podemos citar las siguientes: críticas al funcionamiento de la empresa, la constante rotación de empleados, el padecimiento de mucho estrés, la moral baja de los trabajadores, los errores de comunicación y malos entendidos, la duplicidad de funciones y tareas, la ineficiencia del personal, la falta de productividad, ...

En los segundos, llamados conflictos societarios, intervienen diferentes factores e intereses personales de los socios que afectan plenamente a la toma de decisiones en el seno de la empresa, los cuales repercuten muy negativamente en el funcionamiento normal y deseado de la organización desde el punto de vista directivo, impidiendo en muchos casos, la consecución de la finalidad fundacional de la misma. Ya no digamos el impacto negativo que tales conflictos producen en las relaciones personales y familiares cuando se trata de una empresa familiar. Para Pedro Malagón Ruiz⁵, los supuestos más característicos en los que se manifiestan

⁴ BERNAL SAMPER, TRINIDAD. *Conflicto y mediación* [en línea], p.118. [consulta 4 septiembre 2014]. Disponible en:

<<http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/11/conflicto%20y%20Mediacion%20Trinidad%20Bernal.pdf>>
⁵ MALAGÓN RUIZ, PEDRO. *Conflictos societarios. Supuestos diversos*. Madrid: Editorial Fe d'erratas, 2013, p. 12

las desavenencias entre los socios son, la impugnación de acuerdos, la separación y exclusión de socios, la responsabilidad de los administradores, el bloqueo de los órganos sociales, y la disolución judicial de las sociedades.

1.3 Conflictos externos

Los conflictos externos, llamados también conflictos comerciales, como su nombre bien indica, derivan de las relaciones de las empresas con el exterior. Son fruto de las relaciones en el tráfico jurídico, social y mercantil de la entidad empresarial. Entre los más frecuentes encontramos los relativos a las relaciones entre el empresario y los suministradores, la Administración pública, los terceros que contraen servicios, etc., y los relacionados con empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial o a la misma familia.

Numerosas son las situaciones en las que puede surgir un conflicto o disputa de este tipo: responsabilidad contractual y extracontractual, daño ambiental, prácticas relativas a la competencia, propiedad industrial e intelectual, responsabilidad por productos defectuosos, deudas de clientes, ..., viéndose agravadas sus consecuencias, en muchos casos, por efectos de la globalización.

Retomando el argumento inicial de la necesidad de mejorar la competitividad y la eficiencia económica de la actividad empresarial y comercial mediante, entre otros, la inversión en nuevos métodos que conlleven la mejora y optimización de los procesos productivos, de la obtención de materias primas, de la logística, etc., también y con el mismo afán, es de suma importancia dotar a las empresas de los instrumentos suficientes que les permitan solucionar o, en muchos casos, prevenir los conflictos empresariales, ya sean de índole interna como externa, que tendrá que afrontar a lo largo de su trayectoria.

1.4 Métodos de solución de los conflictos empresariales

Ante un conflicto, ya sea interno o externo, si las partes implicadas no han sido capaces de resolverlo por sí mismas, éstas pueden elegir entre dos alternativas fundamentales:

- 1) Asistidos por un Abogado, iniciar un procedimiento judicial o arbitral encaminado a qué, en base a unos hechos probados, y aplicando el

derecho positivo, el Juez o árbitro, resuelvan el conflicto planteado. O bien,

- 2) Transformar el conflicto en una herramienta para obtener una oportunidad de negocio.

Distinto de las dos soluciones apuntadas anteriormente, aunque claramente en desuso en las sociedades más civilizadas, tenemos la autotutela. Se trata del primer sistema de resolución de conflictos por el cual éste se resuelve mediante la posición coactiva de la voluntad de uno de los sujetos sobre el otro⁶.

Tal y como manifiesta Díez Picazo⁷, las funciones de pacificación y de satisfacción imponen la creación de lo que podemos llamar las vías de composición de los conflictos. Estas vías son diferentes según se trate de cumplir predominantemente una función de pacificación, una función de satisfacción o que traten de lograr equilibradamente una y otra.

En la solución 1) estamos frente a una forma de heterocomposición de conflictos en la que confluyen tanto la pacificación como la función de satisfacción⁸. Las formas heterocompositivas de resolución de conflictos son dos: la jurisdicción y el arbitraje. Ambos se caracterizan por ser un tercero imparcial, el Juez o Tribunal, o el árbitro, según el caso, el que mediante la aplicación del derecho positivo emitirá sentencia o laudo arbitral, poniendo fin al conflicto planteado, llevando la situación en el terreno bélico de ganador- perdedor⁹, provocando en la mayoría de casos un clima de confrontación entre ambas partes que difícilmente les permitirá colaborar en nuevos proyectos futuros.

Por el contrario, en la solución 2) se persigue un consenso entre las partes en el que, en base a la teoría de la autonomía de la voluntad, la iniciativa, el diálogo, la comprensión de los intereses de los otros como no necesariamente opuestos a los propios, hacen posible una resolución pacífica del conflicto, que conllevará en la mayoría de los casos a una continuidad de las relaciones comerciales entre las empresas enfrentadas. Esta opción forma parte de la llamada autocomposición de conflictos, la cual, y como dice Víctor Moreno Cátana, representa un mecanismo

⁶ MORENO CATENA, VÍCTOR. *La resolución jurídica de conflictos*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (Directora Helena Soletto Muñoz). Madrid: Editorial Tecnos, 2011, p. 30.

⁷ *Ibidem*, p. 29

⁸ *Ibidem*, p. 29

⁹ *Ibidem*, p. 35

intermedio para la solución de conflictos que se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin¹⁰.

Estos sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo para resolver el conflicto. No obstante, en ocasiones precisarán de la intervención de un tercero, el cual actuando con absoluta independencia y neutralidad respecto de las partes en conflicto, tiene como función acercar a las partes para que lleguen a un consenso y pongan así fin a la controversia.

De acuerdo con Susana Cristóbal Reales¹¹, los sistemas autocompositivos son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, y también, cuando las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución, o un menor coste que la jurisdicción. Siguiendo esta teoría estos sistemas serían los idóneos y aconsejables para solucionar conflictos familiares o entre vecinos, y dentro del objeto del presente trabajo, conflictos entre los socios o entre empresas con vinculaciones más o menos permanentes.

A modo de resumen podemos establecer que los elementos característicos de los métodos heterocompositivos son:

- Los sujetos mantienen un conflicto o controversia y acuden a un tercero (Juez o árbitro) para que se lo resuelva, impidiendo que se llegue a un acuerdo o pacto entre las partes enfrentadas.
- El tercero se encuentra en una situación de superioridad en relación a las partes.
- La función del Juez o árbitro es la de decidir y resolver el conflicto, imponiendo su decisión sobre las partes.

En cuanto a los rasgos definitorios de los métodos autocompositivos, los podemos resumir en los siguientes:

¹⁰ *Ibidem*, p. 31

¹¹ SAN CRISTÓBAL REALES, SUSANA. *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil* [en línea], p. 42 [consulta 17 septiembre 2014]. En *Anuario Jurídico y Económico Esculariense*, XLVI (2013) / ISSN: 1133-3677

Disponibile en: <<http://www.rcumariacristina.net:8080/ojs/index.php/AJEE/article/view/145/126>>

- Los sujetos en conflicto acuden voluntariamente a un tercero neutral para que colabore con ellos en la búsqueda de la solución del mismo.
- El tercero no está en una situación de superioridad en relación a las partes, sino que está a un mismo nivel que ellas, sin imponer la solución.
- La relación entre el tercero y los sujetos en conflicto es de colaboración, de aproximación de posiciones de las partes para que sean éstos los que decidan la solución, y en definitiva, pongan fin al conflicto.

Dentro de estas formas de autocomposición de conflictos, actualmente existen los llamados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), igualmente conocidos en los países anglosajones como *Alternative Dispute Resolution*, abreviados coloquialmente como *ADR*.

En el siguiente capítulo se analizará en qué consisten los ADRs en general, y especialmente se estudiará la negociación y la mediación como métodos alternativos para la solución de conflictos empresariales.

2. Los ADR o MASC como sistemas de resolución de conflictos empresariales. La negociación y la mediación empresarial.

2.1 Concepto y antecedentes

Frente a la concepción tradicional de solucionar conflictos en el que las partes aparecen como adversarios, existen otros métodos de resolución que pueden ser más eficientes, en tanto que las partes disponen de diferentes mecanismos y técnicas que permiten gestionar y resolver las controversias con un menor coste económico, y con un grado mayor de satisfacción para todas las partes intervinientes: Los ADR o MASC.

Como su propio nombre indica, los sistemas alternativos de resolución de conflictos o ADR, suponen una alternativa a la justicia ordinaria. Estos procesos suponen un proceso más rápido, y flexible que la justicia ordinaria, en donde prima siempre la autonomía de la voluntad de las partes, y en los que sus características principales son la voluntariedad, la mayor participación y responsabilidad de las partes, un

menor coste económico, y el más importante desde el punto de vista social, reside en que al ser las propias implicados por sí mismos los que llegan a un acuerdo para poner fin al conflicto, produce en ellos un mayor grado de satisfacción y confianza que, en la mayoría de casos, propiciará la continuidad de las relaciones entre ellos.

El empleo de los ADR en la solución de conflictos empresariales y de negocio dispone de una dilatada trayectoria en países anglosajones y en latinoamérica. Concretamente arranca en EEUU en los años setenta, cuando las empresas americanas comenzaron a utilizar técnicas para resolver sus problemas extrajudicialmente.

Así, como explica Pedro Carulla¹², como consecuencia del incremento de la actividad empresarial, se produjo un aumento de las transacciones comerciales, y con ello, un aumento de los litigios comerciales. Ante el colapso de los tribunales y con la finalidad de controlar el incremento de costes legales derivados de tales litigios, muchas compañías norteamericanas que figuraban en el Fortune 500 decidieron crear el programa Legal para Reducir los Gastos de los Conflictos Empresariales, bajo los auspicios del *Center for Public Resources*, CPR de Nueva York. Este fue el punto de partida de lo que hoy conocemos como ADR, los cuales, con el tiempo y cada vez más, su práctica se ha ido extendiendo a otros ámbitos como el familiar, el educativo, la salud pública, etc., en sustitución de los litigios judiciales, y están teniendo un imparable desarrollo en los últimos años en los países económicamente desarrollados.

Los ADR más consolidados son la negociación, la mediación, la conciliación, y el arbitraje. No obstante, existen otras figuras de resolución menos conocidas, pero que pueden también utilizarse como alternativas de las anteriores. Algunos ejemplos relevantes de ellas, siguiendo a Josep Redorta¹³, son:

- *Los Ombutsman*, técnica basada en la independencia de quien la ejerce respecto del problema, y en su capacidad de resolver casos generalmente tasados y efectuar recomendaciones generales.

¹² Información tomada de CARULLA, PEDRO. *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales* [en línea], [consulta 14 septiembre 2014]

Disponible en:

<<http://www.diba.cat/cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/CARULLAlamediacion.PDF>>

¹³ REDORTA, JOSEP. *Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos*. [en línea], p. 31 [consulta 17 septiembre 2014]. En *Revista de Mediación*, año 2, Nº 3, marzo 2009

Disponible en:

<<http://www.revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-mediación-03-04.pdf>>

- *La facilitación*, en la que se usa mínimamente el recurso al poder, y es de gran utilidad en problemáticas grupales.
- *El “fact finding”*, en el cual la búsqueda y esclarecimiento de hechos relevantes en un conflicto cambia la naturaleza de ese conflicto al aportar información contrastada. Un ejemplo claro de “fact finding” lo encontramos en las diligencias previas penales.
- *La evaluación neutral preventiva*. Consiste en la intervención de un tercero para que emita un dictamen no vinculante para las partes.
- *El “Conferencing”*. Se trata de una técnica especializada para conflictos comunitarios consistente en reunir a todas las partes afectadas marcando los límites legales para formar un consenso desde una figura de autoridad que puede ser la policía.

Centrándonos en el ámbito empresarial, los ADR están todavía poco empleados en las relaciones de negocio de ámbito nacional o local. No en cambio en conflictos empresariales internacionales, en los que el empleo de los ADR es mucho más habitual, existiendo incluso diversos organismos especializados en la prestación de servicios de administración de procedimientos de ADR.

De entre estos organismos internacionales podemos destacar la Cámara Internacional de Comercio, con sede en París, formada por empresas, organizaciones empresariales y cámaras de comercio de numerosos países, cuya principal finalidad es “actuar en favor de un sistema de comercio e inversiones abierto y crear instrumentos que lo faciliten¹⁴”.

No menos importante en el desarrollo de los ADRs, ha sido la *American Arbitration Association*, con sede en Nueva York y que proporciona servicios tanto a particulares como a organizaciones que buscan alternativas a la justicia ordinaria para resolver sus desavenencias. De entre sus funciones más importantes destaca la continua formación académica y preparación de los profesionales de ADRs¹⁵.

Otra institución de relevancia en la resolución de conflictología empresarial en el ámbito internacional es la *The London Court of International Arbitration*, con sede en

¹⁴ Cámara de Comercio Internacional. [Consulta 2 octubre 2014]. Disponible en: <http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47:la-camara-de-comercio-internacional-icc&Itemid=54>

¹⁵ American Arbitration Association. [Consulta 2 octubre 2014]. Disponible en: <<http://www.adr.org>>

Londres, y que ofrece servicios de ADR a nivel mundial¹⁶.

Centrándonos en el ámbito nacional o local, a lo largo de su historia, España ha sido un país con una larga y dilatada tradición judicial en la resolución de conflictos empresariales, no existiendo hasta hace poco tiempo apenas legislación que regulara los ADRs. En efecto, aparte de la conciliación laboral, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y de leyes dictadas por algunas Comunidades Autónomas en materia de mediación en asuntos de derecho privado, en el ordenamiento jurídico español no existía ninguna regulación de los ADRs en materia civil y mercantil. No ha sido hasta la aprobación del Real Decreto Ley 5/2012 de 6 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el cual incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación civil y mercantil, que se ha producido por parte del legislador, una ordenación general de la mediación en esas materias, constituyéndose aquel Decreto Ley en el origen de la legislación española en este ámbito, y en el punto de partida de la utilización de los métodos alternativos para la resolución de conflictos empresariales.

2.2 La Negociación empresarial

Antes de entrar en el análisis de la negociación como método alternativo de resolución de conflictos, conviene definir los términos “negociar” y “negociación”.

Siguiendo el ya citado Diccionario de la Lengua Española, negociar¹⁷ significa: “1.- Ajustar el traspaso, cesión o endoso de un vale, de un efecto o de una letra. 2.- Descontar valores. 3.- Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores para aumentar el caudal. 4.- Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro. 5.- Tratar por la vía diplomática, de potencia a potencia, un asunto, como un tratado de alianza, de comercio, etc.” Por su parte, el término negociación lo define como: “1.- Acción y efecto de negociar. 2.- Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto”¹⁸.

¹⁶ The London Court of International Arbitration. [Consulta 2 octubre 2014] Disponible en: <<http://www.lcia.org>>

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], vigésima segunda edición, [consulta 3 octubre 2014].

Disponible en: <<http://www.lema.rae.es/drae/?val=negociar>>

¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], vigésima segunda edición, [consulta 3 octubre 2014].

Disponible en: <<http://www.lema.rae.es/drae/?val=negociacion>>

En base a estas acepciones podemos delimitar la negociación como la acción de tratar un asunto, público o privado, con la finalidad de obtener el mejor acuerdo posible entre las partes intervinientes, que se plasmará en la conclusión de un convenio o pacto. Trasladando el concepto al terreno conflictual, y en palabras de Susana San Cristóbal concluimos que la negociación es un método alternativo de resolución de conflictos mediante el cual dos o más partes con intereses contrapuestos se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo en algo cada una de ellas¹⁹.

Ya en el ámbito que nos ocupa, el empresarial, podemos precisar la negociación como el método autocompositivo de resolución de conflictos utilizado por los empresarios o sus representantes, con la finalidad de concluir un convenio o pacto con los diferentes agentes que intervienen en su tráfico jurídico, social o mercantil.

La negociación como actividad humana ha sido estudiada desde hace muchos años. De hecho la negociación ha existido siempre, como dice José Antonio Carrión “negociamos de forma no consciente desde el instante mismo de nuestro nacimiento: a un bebé, nadie le ha enseñado a intercambiar llanto por comida, y sin embargo, lo hace, luego podríamos decir que ya está negociando”²⁰. Ahora bien, la negociación como método alternativo de resolución de conflictos que además genere beneficios para todas las partes involucradas no ha sido desarrollada hasta hace poco tiempo.

El libro titulado *Getting to yes* en español *Obtenga el sí*²¹, de los autores Roger Fischer, William Ury, y Bruce Patton, es una de las principales obras de referencia y más reconocida sobre el estudio de la negociación, así como de sus técnicas para ponerla en práctica. Así mismo, estos tres autores son cofundadores de la *Harvard Negotiation Project*, fundada en la Universidad de Harvard en 1979, y dedicada al estudio y desarrollo de la teoría y de la práctica de resolución de conflictos y controversias en general, y muy especialmente de la negociación. De hecho, la *Harvard Negotiation Project*, está reconocida a nivel mundial y se conoce popularmente como Método Harvard.

¹⁹ *Op. Cit.* p. 44

²⁰ CARRIÓN, JOSÉ ANTONIO. *Técnicas de Negociación*. [En línea] Alicante, 2007. [Consulta 25 septiembre 2014]. Disponible en: <<http://www.ua.es/es/congresos/protocolo/6encuentro/ponencias/docs/negociacion.pdf>>

²¹ Información tomada de, <http://books.google.es/books/about/Obtenga_el_s%C3%AD.html?id=pA2Dw0Pd-UC&redir_esc=y>. [Consulta 23 septiembre 2014].

Una vez delimitado el concepto de negociación en general, y en el ámbito empresarial en particular, y de una breve exposición de sus antecedentes como materia de estudio como técnica de resolución de conflictos, a continuación procederemos al análisis de los tipos de negociación que habitualmente se desarrollan en el entorno empresarial: la pre-conflictual, la conflictual, la distributiva, y la integradora.

De acuerdo con Raúl Núñez Ojeda²², podemos considerar la negociación como un medio a partir del cual es posible en ocasiones evitar la aparición del conflicto; y por otro, puede actuar como método resolutorio del conflicto ya existente. En el primer caso podemos hablar de negociación pre-conflictual, y en el segundo de negociación conflictual.

Sirva como ejemplo de negociación pre-conflictual los diferentes pactos y acuerdos a que se llegan en la elaboración de los contratos. De hecho ha sido siempre un mecanismo de actuación de los abogados en su actividad profesional. En efecto, el contrato ya sea verbal o escrito, es la plasmación de un acuerdo de voluntades, y como tal, contiene un serie de derechos y obligaciones que las partes han aceptado sobre una materia determinada. Por imperativo de la Ley, en determinados casos, los contratos deben hacerse de una determinada manera y deben contener determinadas cláusulas con la finalidad de garantizar la seguridad, protección y equilibrio entre los eventuales sujetos contratantes, como por ejemplo, el contrato de de arrendamientos urbanos. En otros en cambio, el contrato como máxima expresión de la autonomía de la voluntad, hace posible pactar las cláusulas y pactos, que de conformidad con el ordenamiento jurídico, hayan acordado libremente las partes. En este sentido, son ilimitados los derechos y obligaciones que pueden crear las partes. Es aquí donde se hace imprescindible la actuación de los abogados, los cuales como conocedores del derecho positivo y de las consecuencias de su no aplicación, podrán asesorar a sus clientes-contratantes, con anterioridad a la formalización del contrato, sobre las cláusulas o estipulaciones que mejor se ajusten a sus necesidades, para de este modo poder negociar lo que mejor les convenga a sus intereses. También es posible que en nombre de las partes negocien sus abogados o apoderados como representantes de aquéllas. Con todo, y en palabras de Núñez Ojeda²³, se requiere la existencia de intereses en juego que provoquen, cuando

²² NÚÑEZ OJEDA, RAÚL. *Negociación, mediación y conciliación, como métodos alternativos de solución de controversias*. [En línea]. [Consulta 28 septiembre 2014]. P. 13. Disponible en: <<http://www.rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/05/Informe-Metodos-Alternativos.pdf>>.

²³ *Ibidem*, p. 13

menos, ciertas tensiones entre los adversarios, de manera tal que se requiera de la colaboración de ambas para alcanzar la solución deseada: evitar el conflicto.

Por otro lado, y tal como se ha dicho anteriormente, la negociación puede actuar como método resolutorio del conflicto ya existente, convirtiéndose entonces en negociación conflictual. En este caso, la negociación se instituye en el primer sistema de resolución de conflictos al que acuden las partes, o al menos una de ellas, para intentar llegar a un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral²⁴.

Cuando existe ya el conflicto, de acuerdo con Susana San Cristóbal Reales²⁵, si la negociación prospera y se llega a un acuerdo, éste se plasmará en un contrato entre las partes llamado transacción, y que está regulado en los arts. 1.809 a 1.819 del Código Civil. Esta transacción a su vez, puede ser extraprocesal o procesal.

La transacción extraprocesal tiene lugar cuando su finalidad es evitar el proceso jurisdiccional o arbitral. Generalmente, se realiza con carácter previo al proceso, y fuera de la sede judicial o arbitral. No obstante, también puede constituir una transacción extraprocesal, la que tiene lugar una vez abierto el proceso judicial o arbitral y al margen del mismo, las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelve el conflicto y pone fin al proceso iniciado. Este contrato no llega a instancias judiciales o arbitrales, porque las partes han hecho uso de mecanismos procesales, como la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, etc, cuya finalidad es poner fin al proceso anticipadamente.

Las transacciones extraprocesales pueden elevarse a escritura pública, y consecuentemente, de conformidad con el artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000, de 7 enero de Enjuiciamiento Civil, estas transacciones tendrán aparejada ejecución. En los demás casos, serán consideradas como contratos entre las partes, que podrán hacerse valer, en caso de incumplimiento, en el procedimiento judicial que corresponda.

En cuanto a la transacción procesal, indicar que tiene lugar, como su nombre indica, en sede jurisdiccional o arbitral, y cuando está pendiente de resolución un proceso de este tipo. Dicha transacción constará en autos como consecuencia de un acto de homologación del acuerdo por parte del Juez (Art. 415.2 LEC), o en caso de que el conflicto esté sometido a arbitraje, tal y como establece el artículo 36.1 de la Ley

²⁴ SAN CRISTOBAL REALES, SUSANA. *Op. Cit.* p. 44

²⁵ Información tomada de *Ibidem* p. 44 y sig.

60/2013, de 23 de diciembre, de Arbitraje, el árbitro deberá recoger el acuerdo en el laudo que dicte. Al igual que ocurre con las transacciones extrajudiciales elevadas a escritura pública, las transacciones homologadas llevan también aparejada ejecución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 517.3 de la LEC.

Por otro lado, y de acuerdo con Helena Soletto Muñoz²⁶ podemos definir la negociación como una forma de resolución de conflictos en la que las partes interesadas llegan a una solución por sí mismas a través del diálogo, distinguiendo entre negociación distributiva y negociación integradora.

La negociación distributiva es aquella en la que las partes defienden su postura sin entrar a valorar otros elementos de la negociación, es decir, el que tenga más poder en la negociación, será el que saldrá más beneficiado. Un supuesto de este tipo de negociación es el regateo, el cual en el ámbito por ejemplo mercantil, consiste en que el vendedor pide un determinado precio por un producto, y el comprador ofrece un valor de compra diferente, generalmente más bajo. Esta situación de supremacía de una parte sobre la otra, en lugar de incitar a una mejora de las relaciones entre las partes, y por lo tanto aportar un beneficio futuro para ambas, por el contrario, generará un clima de desconfianza en la parte más débil que acarreará un deterioro de las relaciones comerciales de las partes, privándolas consecuentemente de obtener un beneficio mutuo en el día de mañana.

En cambio, la negociación integradora tiene como idea principal la cooperación y la satisfacción de los intereses de ambas partes²⁷, es decir, al contrario de lo que ocurre en la negociación distributiva, en la que inevitablemente hay un ganador y un perdedor, en la integradora se tiende a que las partes mediante el diálogo intenten encontrar soluciones que creen valor y que satisfagan los intereses de ambas, resultando ganadoras todas las partes en conflicto y generando un clima de confianza que propiciará la continuidad de sus relaciones futuras.

De lo analizado hasta ahora y para finalizar este epígrafe, argumentamos que sea cual sea el tipo de conflicto empresarial que se plantee, si queremos que la negociación finalice en acuerdo, se hace imprescindible la cooperación de las partes involucradas para llegar a un pacto que satisfaga los intereses de todas ellas. En caso contrario, si alguna de las partes sale debilitada del proceso, producirá un

²⁶ SOLETO MUÑOZ, HELENA. *Negociación*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (Directora Helena Soletto Muñoz). Madrid: Editorial Tecnos, 2011, p. 157.

²⁷ *Ibidem*, p. 158

efecto negativo en la parte más débil que dificultará el mantenimiento de las relaciones mercantiles entre ambas.

2.3 La Mediación empresarial

Al igual que se hecho con los demás conceptos analizados en el presente trabajo, empezaremos definiendo en que consiste la mediación en general, para posteriormente centrarnos en la mediación como método alternativo para resolver conflictos empresariales: la mediación empresarial.

Comencemos pues con la definición que del término mediar²⁸ hace el Diccionario de la Lengua Española. Entre otros significados dice: “1.- Llegar a la mitad de algo. 2.- Interceder o rogar por alguien. 3- Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. 4.- Tomar un término medio entre dos extremos”.

De estas acepciones podríamos llegar a delimitar la mediación como un instrumento mediante el cual dos personas llegan a un acuerdo sobre una cuestión determinada, con la intervención de un tercero que les ayuda.

Aún reflejando esta definición claramente en qué consiste la mediación en general, y siendo el objeto de este trabajo la resolución de los conflictos empresariales, a continuación la analizaremos tomando como punto de partida la definición y los principios informadores que de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, hacen las distintas normas reguladoras de esta institución aplicables en España.

En este sentido, el artículo 3 a) de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁹, define la mediación como “*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente conseguir por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador ...*”. Por otro lado, la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁰, la define en su art.1 como “... *medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación,*

²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea], vigésima segunda edición, [consulta 12 octubre 2014].

Disponible en: <<http://www.lema.rae.es/drae/?val=mediar>>

²⁹ <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/dir2008-52-ce.html>. [Consulta 12 octubre 2014]

³⁰ <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112>. [Consulta 12 octubre 2014]

en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

Para poder completar la definición del término mediación empresarial, nos fijaremos también en sus principios informadores, tal y como los enumera el articulado de la mencionada Ley 5/2012:

- *Voluntariedad y libre disposición*³¹. La mediación está basada en la autonomía de las partes. Esta voluntariedad significa libertad de iniciación del proceso mediador y libertad de las partes de llegar a acuerdos que pongan fin al conflicto. Por otro lado, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo, sin que pueda derivar ningún tipo de sanción por esta circunstancia.
- *Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores*³². El procedimiento de mediación garantiza que las partes intervengan en plena igualdad, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. Por lo tanto el mediador debe ayudar a las partes para que lleguen a acuerdos que sean satisfactorios, pero sin favorecer ni tomar partido por ninguna de ellas.
- *Neutralidad*³³. El proceso de mediación se desarrollará de forma que las partes alcancen por sí mismas un acuerdo de mediación. De este modo el mediador debe respetar las soluciones adoptadas por las partes de común acuerdo, aunque éstas no se correspondan con sus ideas o convicciones personales.
- *Confidencialidad*³⁴. La persona mediadora y las partes que intervengan en el proceso de mediación no pueden revelar información derivada del

³¹ *Ibídem*, Artículo 6. *Voluntariedad y libre disposición*.1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

³² *Ibídem*, Artículo 7. *Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores*. En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

³³ *Ibídem*, Artículo 8. *Neutralidad*. Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.

³⁴ *Ibídem*, Artículo 9. *Confidencialidad*.1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la

procedimiento, excepto cuando las partes así lo expresen por escrito, y por resolución judicial motivada solicitada por el orden jurisdiccional penal.

- *Buena fe, lealtad y respeto mutuo*³⁵. Las partes actúan conforme a estos principios y deben prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador. En consecuencia, el acuerdo alcanzado en el proceso de mediación será nulo si se demuestra la concurrencia de mala fe por las partes intervinientes en el proceso. Amén de la responsabilidad por daños y perjuicios en que puede incurrir el mediador.

Formaría parte también de este último principio el hecho de que “*durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos*” (Art. 10.2 Ley 5/2012).

En el Preámbulo de la mencionada Ley 5/2012, se dice también que la mediación “*... se basa en la flexibilidad ...*”, lo que significa que el procedimiento debe adaptarse a la situación concreta planteada por las partes, permitiendo que en función de la complejidad y naturaleza de la controversia planteada puedan las partes hacer el número de sesiones que crean oportunas. En este sentido, Esther González Pillado³⁶ dice que el procedimiento de mediación se desarrollará de manera flexible y antiformalista.

información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. 3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

³⁵ *Ibidem*, Artículo 10. *Las partes en la mediación*. 1. Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente. 2. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. 3. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

³⁶ GONZÁLEZ PILLADO, ESTHER. *Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (Directora Helena Soletó Muñoz). Madrid: Editorial Tecnos, 2011, p. 365.

A parte de estos principios mencionados, la Ley también regula en su artículo 20 la duración del procedimiento, el cual “... *será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*”.

Con todos estos conceptos, podemos argumentar que la mediación empresarial es un método alternativo de resolución de conflictos voluntario y flexible que bajo los principios de la buena fe, la lealtad y el respeto mutuo, permite a las partes, con la ayuda de una tercera persona neutral e imparcial, alcanzar por sí mismas un acuerdo válido que ponga fin a la controversia, todo ello en un periodo de tiempo breve, de forma confidencial, conservando el control sobre la resolución final del conflicto y gozando de la libertad de retirarse sin llegar a un acuerdo, pudiendo así mismo acudir a otras vías judiciales o alternativas para resolverlo.

Me parece pertinente introducir aquí las definiciones que del proceso de mediación hacen, por un lado Folberg y Alison Taylor, y por otro, John Haynes.

Así, Folberg y Alison Taylor, definen la mediación como “el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”. Mientras que Haynes, la define como “un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas”³⁷.

En base a estas tres definiciones determinaremos las ventajas y beneficios que la mediación supone para las partes:

- Buscan una solución válida para ambas, gestionada en todo momento por ellas mismas, de manera que saldrán todas beneficiadas (win-win).
- Controlan en todo momento el desarrollo del proceso.
- Mantienen el control sobre la resolución final del conflicto, ya que son ellas mismas las que deciden la mejor manera de solucionar la controversia.
- Rapidez en la resolución del conflicto.
- Al no existir vencedores ni vencidos, fomentan nuevas oportunidades de colaboración entre ambas.

³⁷ Información tomada de CARULLA, PEDRO. *Op. Cit.*

Otra ventaja no contemplada en las anteriores definiciones, pero no por ello menos importante, es que la Mediación, en el caso de que fructifique en un acuerdo, puede evitar la interposición de un procedimiento judicial o arbitral, y consecuentemente eludir los costes económicos y temporales que dichos procedimientos normalmente comportan. La consolidación de la práctica de la mediación empresarial conseguiría liberar de trabajo a los juzgados mercantiles y civiles, que se han visto desbordados de casos de toda índole. En este sentido la Unión Europea determinó que el objetivo de todos los ordenamientos jurídicos tiene que ser mejorar el acceso a la justicia descargando de trabajo los tribunales³⁸.

Otra característica destacable del procedimiento de mediación reside en el principio de *confidencialidad*. En efecto, en los conflictos empresariales y de negocio, este principio es de suma importancia para no dañar la imagen de la compañía. Imaginemos un conflicto entre dos empresas importantes a las que no les interesa que dicho conflicto llegue a la opinión pública, o bien que la información obtenida en la mediación pueda utilizarse en un juicio posterior o en otro procedimiento. No obstante, y como se ha dicho anteriormente, este principio de confidencialidad no es absoluto, de manera que la propia ley establece supuestos concretos en los que la información obtenida en la mediación deberá trascender. Siguiendo la exposición de Esther González Pillado, la finalidad de la confidencialidad es generar en las partes la confianza necesaria para favorecer que expresen sus necesidades e intereses sin temor a que la información vertida en el proceso de mediación pueda ser utilizada en su contra en otro medio de solución de conflictos, en general en un juicio posterior³⁹.

Una peculiaridad más a remarcar radica en que, según la ya mencionada Ley 5/2012, los pactos alcanzados en la mediación, de por sí, no tienen fuerza ejecutiva, es decir, su cumplimiento no es obligatorio, ya que el mediador no decide, sino que acerca posturas, al contrario de lo que ocurre en los procedimientos judiciales o arbitrales, en los cuales las decisiones que se adoptan sí tienen fuerza ejecutiva. No obstante, para que el acuerdo alcanzado en un proceso de mediación sea de obligado cumplimiento, las partes pueden elevarlo a escritura pública; o, si la mediación se ha producido una vez iniciado un procedimiento judicial y se ha llegado a un acuerdo, éste podrá ser homologado por el juez que conoce del asunto. En ambos casos, tanto el Notario como el Juez habrán de comprobar que los pactos a

³⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO. *Op. Cit.* p. 412

³⁹ *Op. Cit.* p. 361

que hayan llegado las partes se ajusten a Derecho. En caso contrario, dichos acuerdos no serán ejecutivos⁴⁰.

A parte de la mediación como método para solucionar un conflicto que ya existe, al igual que ocurría con la negociación, podemos decir que existe una mediación pre-conflictual. En este sentido haremos referencia a las cláusulas contractuales que someten expresamente a las partes a utilizar la mediación como primer paso para solucionar el conflicto, lo cual no significa que sea solucionado mediante este mecanismo, es decir, tal como explica Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, ... esta circunstancia no se puede entender como un impedimento al acceso a la jurisdicción y por ende, no podemos entenderla vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva⁴¹.

2.3.1 Conflictos empresariales más frecuentes susceptibles de ser resueltos mediante la mediación.

Como explica Pedro Carulla⁴², una guía para directivos de empresa *“The Manager’s Guide to Resolving Legal Disputes”* (1985) de los autores James F. Henry y Jethro K. Lieberman, denominó a la mediación el “gigante dormido”. Lynda R. Singuer, Directora del *“Center for Dispute Settlement”* de Washington, menciona otras características de la mediación: 1) la mediación posibilita que los directores de empresa controlen la resolución de los problemas; 2) El proceso persigue la resolución del conflicto, dejando de lado las cuestiones personales que enfrontaron las partes en el pasado; y, 3) Con la ayuda de un mediador hábil, las empresas pueden centrarse en sus relaciones futuras.

Dada la flexibilidad que nos ofrece el procedimiento de la mediación, podemos utilizarlo en cualquier tipo de conflicto que se plantee en la empresa. Únicamente será necesario que las partes que estén involucradas en él tengan la voluntad de querer poner fin a la controversia mediante este mecanismo. En este sentido existen varias circunstancias que favorecen la mediación⁴³: La voluntad de las partes de continuar la relación; las dos partes quieren conservar el control sobre el resultado; las dos partes tienen buenos argumentos; no existe gran disparidad de poder; se debaten cuestiones técnicas muy complejas; es importante mantener la confidencialidad; la causa del conflicto es una mala comunicación; las partes

⁴⁰ Véase, arts. 25 y 26 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁴¹ *Op. Cit.* p. 411.

⁴² Información tomada de CARULLA, PEDRO. *Op. Cit.*

⁴³ *Ibidem.*

prefieren una solución rápida y ahorrar costes; y, ninguna de las partes desea entablar un juicio.

En general, siguiendo el criterio expuesto en el apartado 1.2 y 1.3 del presente trabajo, y siempre que concurren las circunstancias indicadas en el párrafo anterior, la mediación será un mecanismo válido para solucionar tanto los conflictos empresariales internos, como los externos.

Tanto en unos como en los otros, además de las partes implicadas y del mediador, en ocasiones, y con la finalidad de conseguir un consenso entre las partes para dar una solución satisfactoria a la controversia, será imprescindible la actuación de abogados, auditores, empresistas, asesores fiscales, ..., según el caso. Estos profesionales podrán estar presentes en el procedimiento tanto a petición de las propias partes, como del propio mediador, y tendrán como cometido auxiliarlas en temas técnicos propios de su profesión, siempre teniendo su actuación como fin, la adopción de un acuerdo consensuado entre las partes.

Tal y como se exponía en el apartado 1 del presente trabajo, los conflictos externos son aquellos que derivan de las relaciones de las empresas con el exterior y, son fruto de las relaciones en el tráfico jurídico, social y mercantil de la entidad empresarial. Recordemos también, que entre ellos los más habituales son los relativos a las relaciones entre el empresario y los suministradores, la Administración pública, con clientes, los terceros con los que contraen servicios, etc., y los relacionados con empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial o a la misma familia. Así mismo, de entre las situaciones en las que puede surgir un conflicto o disputa de este tipo mencionábamos las siguientes: responsabilidad contractual y extracontractual, daño ambiental, prácticas relativas a la competencia, propiedad industrial e intelectual, responsabilidad por productos defectuosos, deudas de clientes, etc.

Los internos los dividíamos a su vez, en conflictos de trabajo y en conflictos societarios. Los primeros se producían en el campo de las relaciones sociales dentro de la empresa, y podían generarse entre el empresario y los empleados, y entre éstos entre sí; Los segundos en cambio, se producían entre los miembros de los órganos de administración y representación de todo tipo de sociedades, pero con más incidencia en las de capital, ya sean multinacionales, grandes, pequeñas y medianas empresas, y máxime cuando estamos ante empresas familiares, en las que el conflicto se agravaba al confundirse el rol familiar y empresarial en los

intervinientes en el conflicto. En todo caso, será aconsejable acudir a la mediación cuando se desee una continuidad de las relaciones entre las partes enfrentadas.

En efecto, la empresa familiar es una organización idónea para el advenimiento de múltiples conflictos entre sus miembros. Generalmente en estas empresas la totalidad o parte de su capital social y, consecuentemente, el poder de decisión, pertenecen a un grupo de personas que son familiares entre sí. Si la faceta empresarial y la familiar ya son, por sí solas, generadoras de conflictos, la interacción de ambas provoca inevitablemente la aparición de conflictos de intereses, provocados por un lado, por tener la condición de miembros de la empresa, y por el otro, por ser parientes entre sí. En cualquier caso, mediante el diálogo constructivo entre las partes implicadas que propicia el proceso de mediación, ayudará a mantener el lazo efectivo existente entre ellas, y por ende, favorecerá el futuro de la empresa, puesto que reforzar la buena relación entre los empleados, a su vez familiares en este caso, es fundamental para la buena marcha de la compañía y para la consecución de su finalidad fundacional.

Los conflictos societarios serán objeto de un estudio más detallado en el epígrafe siguiente de este trabajo, centrándonos en los supuestos que generan más frecuentemente este tipo de conflictología empresarial, así como en los diferentes modos aplicables en derecho para prevenirlos, haciendo una especial incidencia de este tipo de conflictos en las empresas familiares.

3. Los conflictos societarios.

3.1 Consideraciones generales

Definíamos en el capítulo 1 los llamados conflictos societarios, como aquellos en los que intervienen diferentes factores e intereses personales de los socios que afectan plenamente a la toma de decisiones en el seno de la empresa y que repercuten muy negativamente en el funcionamiento normal y deseado de la organización desde el punto de vista directivo, impidiendo en muchos casos, la consecución de la finalidad fundacional de la misma. Igualmente advertíamos del impacto negativo que tales conflictos producen en las relaciones personales y familiares cuando se trata de una empresa familiar.

Por otro lado, decíamos también, que estos conflictos se manifestaban básicamente en todo tipo de sociedades, pero muy especialmente en las denominadas de capital, sea cual fuere su tamaño. Del mismo modo argumentábamos, que el conflicto se agravaba en las empresas familiares, en las que como consecuencia de la existencia de la dualidad familia – empresa, se producían una gran variedad de controversias con gran trascendencia para el interés social y para la continuidad de la compañía.

Siguiendo el preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁴⁴, las sociedades se pueden clasificar en abiertas y cerradas. Las primeras se caracterizan básicamente en que para constituir su capital fundacional o para aumentarlo, se recurre a las aportaciones de los ciudadanos, que a cambio reciben unos títulos representativos de su participación en el capital social que se negocian en un mercado secundario, esto permite más movilidad en la entrada y salida de socios. Otra característica de este tipo de sociedades es que generalmente su administración es llevada a cabo por profesionales no socios de la compañía. Normalmente estas sociedades adoptan la forma de sociedad anónima. En cambio las cerradas se nutren de las aportaciones que suscriben los socios en el momento de la constitución de la sociedad, o de las sucesivas ampliaciones de capital que se puedan dar. Es por tanto una financiación privada, no por suscripción pública o por emisión de títulos en una bolsa de valores, como ocurre con las sociedades abiertas. Además sus socios generalmente son miembros de la misma o de distintas familias, o tienen relaciones de amistad o de trabajo, y son los propios socios quienes gestionan y dirigen la sociedad. Estos hechos provocan por un lado, una estabilidad en la composición del accionariado⁴⁵, pero por el otro, y al existir dentro de la sociedad núcleos de intereses muy marcados, causan en muchas ocasiones conflictos entre los socios. Estas sociedades cerradas pueden adoptar la forma de anónimas o de responsabilidad limitada, siendo ésta última la más utilizada en el tejido empresarial de nuestro país. Así lo demuestran los datos del Instituto Nacional de Estadística⁴⁶ que cifra en 559 el número de sociedades anónimas constituidas en España durante el año 2013, y en 92.859 las que adoptaron la forma de sociedad de responsabilidad limitada. En Cataluña, se siguió esta misma tónica, siendo estas cifras de 82 para las anónimas, y de 17.625 para las de responsabilidad limitada.

⁴⁴ <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>>. [Consulta 15 octubre 2014].

⁴⁵ Información tomada de MALAGÓN RUIZ, PEDRO. *Op. Cit.* p.9

⁴⁶ Instituto Nacional de Estadística [en línea], [Consulta 15 octubre 2014]. Disponible en: <http://www.ine.es/inebmenu/mnu_empresas.htm>

Como decíamos anteriormente las sociedades cerradas habitualmente suelen ser un foco de conflictividad entre sus socios. Ello es debido básicamente a: tener un número reducido de socios, unidos en la mayoría de casos por vínculos de familia o de amistad; por la implicación directa de aquéllos en la gestión diaria de la sociedad; por tener parte de su patrimonio personal invertido en la empresa; y, por ser ésta su fuente principal de ingresos, siendo en muchas ocasiones asalariados de la misma. Además de estas particularidades, en palabras de Pedro Malagón Ruiz⁴⁷, las posibilidades de conflictos en las sociedades de tipo cerrado se acentúan por otras características que le son propias: a) la duración indefinida de la sociedad, b) la ausencia de la previsión en los estatutos de causas de disolución o separación de los socios distintas a las legales; en la práctica, los estatutos se suelen limitar a reproducir mayormente los preceptos legales, c) la inexistencia de pactos parasociales que regulen las relaciones entre los socios y que prevean posibles mecanismos que faciliten la salida de uno de ellos en el caso de que aparezcan desacuerdos y desavenencias graves y persistentes.

Estas situaciones de conflicto pueden derivar en un bloqueo de la sociedad, y repercutir muy negativamente en la marcha de la empresa. Por las propias características de la condición humana, los conflictos son inevitables, y más cuando hay intereses económicos de por medio. Ahora bien, sí es posible evitarlos mediante la adopción de cláusulas estatutarias o documentos contractuales, o bien, reconducirlos mediante la utilización de procedimientos alternativos de resolución de conflictos como la mediación, la negociación o el arbitraje. Tanto en la función de prevenir como en la de reconducir, la finalidad es la misma: facilitar una gestión adecuada del conflicto y simplificar su solución.

3.2 Cláusulas estatutarias

Con carácter general, tanto el Código de Comercio⁴⁸, como la ya mencionada Ley de Sociedades de Capital⁴⁹, exigen la constitución de la sociedad mercantil mediante escritura pública, la cual se constituye en un medio de prueba del contrato de sociedad y permite su inscripción en el Registro Mercantil. Esta inscripción dota de

⁴⁷ *Op. Cit.* p. 11

⁴⁸ Real Decreto de 22 de agosto de 1.885 por el que se publica el Código de Comercio. [En línea]. [Consulta 15 octubre 2014]. *Art. 119*: Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil..

Disponible en: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>>

⁴⁹ *Op. Cit. Art. 20*: La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

personalidad jurídica y de vida externa a la sociedad⁵⁰. Además, esta inscripción se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y desde el momento de la publicación serán oponibles a terceros de buena fe⁵¹.

Los estatutos sociales forman parte de la escritura de constitución⁵², son el documento que, dentro del ámbito reconocido a la autonomía privada, recoge el conjunto de normas que rigen el funcionamiento interno de la sociedad, regulando, de forma más o menos particularizada, los aspectos básicos de la organización social, los derechos de los accionistas y las relaciones con terceras personas.

El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en base al principio de la autonomía de la voluntad, dispone que en la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido⁵³.

En muchas ocasiones, los socios, en el momento de constituirse la sociedad, entusiasmados por la urgencia en dar comienzo a la nueva actividad, difícilmente preveen la existencia de dificultades de todo tipo que el quehacer diario de la empresa les acarreará. Debido a este apresuramiento, y en muchas ocasiones movidos por una necesidad de reducir los costes económicos derivados de aquella constitución, es posible que incluyan en la escritura fundacional estatutos sociales modelo que se limitan mayormente a reproducir los preceptos legales, sin entrar a regular provisiones específicas.

Esta práctica, aún y siendo muy habitual en nuestro país, resulta contraproducente, puesto que en el acto fundacional de la sociedad es el momento idóneo para introducir vía estatutaria, aparte de la menciones obligatorias⁵⁴, cláusulas que eviten la afluencia de conflictos a lo largo de la vida societaria, que pueden perjudicar la buena marcha de la empresa. Cabe decir también, que dichas cláusulas pueden introducirse posteriormente mediante una modificación de dichos estatutos.

Es importante que los futuros socios tomen conciencia de la existencia de estas situaciones conflictivas y aplicar en términos jurídicos, el proverbio popular que hace referencia a temas de salud “más vale prevenir que curar”. Por ello es conveniente

⁵⁰ URÍA, RODRIGO. *Derecho Mercantil*. Vigésima edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1993. P.239

⁵¹ Véase Código de Comercio. *Op Cit.* Art. 21.1

⁵² Véase Ley de Sociedades de Capital. *Op. Cit.* Art. 22

⁵³ *Ibidem*, Art. 28

⁵⁴ *Ibidem*, Art. 23

que con anterioridad acudan a su asesor o abogado para que les informe y aconseje sobre cuales son las materias susceptibles de originar estos conflictos, con la finalidad de incluir en los estatutos sociales de la sociedad, determinadas cláusulas estatutarias encaminadas a evitar el conflicto, o bien, a gestionarlos adecuadamente, simplificando su solución. Al respecto, destacamos los tipos de cláusulas a incorporar en los estatutos sociales, ya sea originariamente o por vía de modificación.

Una de ellas hace referencia al modo de resolución de los conflictos que puedan aparecer. En este sentido es aconsejable introducir una cláusula en la que las partes se obligan a someter el conflicto a alguno de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Por las cuestiones ya analizadas en el anterior epígrafe 2.3 (económicas, de tiempo, de voluntad, y en ocasiones, de necesidad de continuidad de las relaciones entre las partes enfrentadas, no olvidemos que en muchos casos la empresa es el *modus vivendi* de los socios y de sus familias), el método más adecuado para solucionar las controversias es la mediación. Como dice José Miguel Embrid Irujo⁵⁵ es posible que dos socios enfrentados entre sí decidan recurrir a una mediación ad hoc para resolver su problema. Pero también es posible, y nos parece que será la mejor solución, recoger en los estatutos una cláusula específica de mediación.

Siguiendo a Pedro Malagón Ruiz⁵⁶, los supuestos más característicos en los que se manifiestan las desavenencias en las sociedades cerradas son: la impugnación de acuerdos, la separación y exclusión de socios, la responsabilidad de los administradores, el bloqueo de los órganos sociales, y la disolución judicial de las sociedades. En estos casos el conflicto surge por el hecho de que el socio mayoritario está en una posición de abuso frente al minoritario que difícilmente podrá defender sus intereses. Pensemos por ejemplo, en casos como la denegación sistemática de dividendos; la desviación de actividades de la sociedad hacia otras sociedades que puedan estar participadas por los socios mayoritarios; impedir o dificultar el acceso a la información o aclaración de los asuntos comprendidos en el orden del día de las Juntas con anterioridad a su celebración; elevadas remuneraciones del administrador (normalmente socio mayoritario) o incrementos desproporcionados de estas remuneraciones; o el impedimento en poder acceder a ocupar el cargo de Administrador de la sociedad, etc.

⁵⁵ *La mediación y el Derecho de sociedades*. [En línea] [Consulta 15 octubre 2014] Disponible en: <http://commenda.es/actualidad_interior/112/LA-MEDIACION-Y-EL-DERECHO-DE-SOCIEDADES>

⁵⁶ *Op. Cit.* p. 12

Generalmente el mecanismo habitual utilizado por los socios minoritarios para defender sus intereses o los derechos que se hayan visto vulnerados mediante la adopción de acuerdos por parte de la mayoría, es la interposición de una demanda judicial encaminada a impugnar estos acuerdos. Los anteriores ejemplos son supuestos evidentes que se podrían solucionar mediante un procedimiento de mediación. De ahí la importancia de incluirla como cláusula estatutaria. No obstante, y debido a que en la mayoría de las ocasiones el objeto de la disputa serán cuestiones jurídicas, económicas, contables, o técnicas, aparte del mediador, será precisa la intervención de profesionales especializados en cada una de esas materias, según el caso, que con su actuación hagan posible que las partes enfrentadas lleguen a un acuerdo.

Otra cláusula estatutaria tendente a prevenir el conflicto es la que hace referencia a la sindicación de acciones o participaciones. Con esta figura se hace referencia al pacto estatutario tendente a limitar el derecho del socio a transmitir, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, las acciones o participaciones sociales, de manera que el socio no puede transmitir libremente sus acciones o participaciones a quien desee, sino que mediante esta cláusula se suele establecer un derecho de adquisición preferente a favor de los otros partícipes del capital social, evitando así, la entrada de terceros en el accionariado de la empresa.

En el siguiente subepígrafe analizaremos otros instrumentos contractuales previstos en el ordenamiento jurídico, que al igual que las cláusulas estatutarias, tienden a regular el funcionamiento corporativo de la sociedad, y consecuentemente, tienen como finalidad primordial la de evitar la aparición de conflictos societarios. Son los pactos extraestatutarios, también conocidos como pactos parasociales, o como reglamentos societarios.

3.3 Los pactos extraestatutarios o pactos parasociales.

Siguiendo a A. Pérez Moriones⁵⁷ podemos definir los pactos parasociales como aquellos contratos en los que intervienen todos o algunos de los socios de una sociedad, formalizados, bien en el momento de su constitución, bien a lo largo de la vida de la misma, por medio de los cuales completan o modifican el régimen legal o

⁵⁷ VELAYOS LLUIS, CRISTINA. *Los Órganos de Gobierno de la Sociedad Familiar*. Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A., 2012. p. 246

estatutario previsto para la sociedad, comprometiéndose a actuar de modo predeterminado.

O como los define Cándido Paz-Ares⁵⁸, son convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar, o modificar, en sus relaciones internas las reglas legales y estatutarias que las rigen [...]. Lo característico de los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica a la que se refieren, sino que permanecen en el recinto de las relaciones obligatorias o contractuales de quienes lo suscriben.

Así pues, desde el punto de vista del Derecho societario podemos calificar como pactos parasociales o extraestatutarios, todos aquellos pactos que no están recogidos en los estatutos de la sociedad.

Estos pactos parasociales son independientes del contrato de sociedad, y tienen como función principal completar el régimen social establecido en la escritura fundacional y en los estatutos sociales. Estos pactos son válidos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y se rigen por las normas generales de contratación⁵⁹. En idéntico sentido, La Dirección General de Registros y del Notariado, ha reconocido su naturaleza contractual en diversas resoluciones⁶⁰. Por otro lado, el propio RD Legislativo 1/2010 (Ley de Sociedades de Capital), les reconoce carta de naturaleza, señalando expresamente en su artículo 29 que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles frente a la sociedad, regulando también los pactos parasociales sujetos a publicidad en el Capítulo VIII del Título XIV de la Ley.

Siguiendo a Cristina Velayos Lluís⁶¹, las condiciones de validez de los pactos extraestatutarios son, al igual que cualquier otro contrato, las que fija el derecho común de obligaciones, no concerniendo a éstos el respeto de las normas imperativas societarias, pudiendo ser incluso contrarios a los estatutos.

⁵⁸ *Ibidem*, pag. 246

⁵⁹ Código Civil. Art. 1.255: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. [En línea]. [Consulta 15 octubre 2014]. Disponible en: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>

⁶⁰ BONMATÍ MARTÍNEZ, JULIO. *Los pactos parasociales*. [En línea] [Consulta 15 octubre 2014]. Disponible en: <<http://Dialnet-LosPactosProfesionales-3816229.pdf>>

⁶¹ *Op. Cit.* p. 249

Una vez definidos los pactos parasociales y determinada su naturaleza, analizaremos la tipología y clasificación que de estos pactos hace la doctrina española⁶²:

- a) Pactos parasociales que restringen sus efectos y su acción a los socios y tienen eventualmente una repercusión de mero hecho, ni favorable ni desfavorable para la sociedad. Estos pactos no tienen incidencia o repercusión jurídica sobre la esfera social de la sociedad.
- b) Pactos parasociales que se dirigen a procurar ventajas especiales para la sociedad, a cargo de los socios. La incidencia de estos pactos sobre la esfera social es ventajosa.
- c) Pactos parasociales que inciden directamente sobre la sociedad o que, en cuanto se dirigen a influir en la vida de aquélla y en la decisión de sus actuaciones, invaden jurídicamente la esfera de derechos de la sociedad y la competencia de sus órganos.

Un supuesto del primer tipo de pacto son los acuerdos dirigidos a establecer a favor de todos o algunos de los socios derechos de adquisición preferente sobre las participaciones sociales o las acciones, derechos de venta conjunta, periodo mínimo de permanencia o prohibición de venta. Del segundo tipo, pactos que recogen obligaciones de financiación adicional de la sociedad por parte de los socios (préstamos, aportaciones adicionales, ...). Y de los terceros, pactos interpretativos de los estatutos, sobre la composición de los órganos de administración, pactos sobre las políticas a desarrollar por la compañía, etc.

Así las cosas, y desde el punto de vista del socio minoritario, los pactos parasociales, son un instrumento que puede resultar muy útil tanto para regular las relaciones con el socio mayoritario, o con el resto de socios cuando ninguno ostente la mayoría, o para proteger sus intereses sociales. Por otro lado, y como decíamos anteriormente, los pactos parasociales resultan un instrumento muy eficaz para evitar los conflictos entre los socios, o bien, si este ya ha surgido, para agilizar o simplificar su solución.

En este sentido, son varios los aspectos que se deberían regular mediante los pactos parasociales o extraestatutarios. A modo de ejemplo podemos hacer la siguiente clasificación⁶³:

⁶² Información tomada de VELAYOS RUIZ, CRISTINA. *Op.Cit.* p. 254 y sig.

⁶³ Información tomada de BONMATÍ MARTÍNEZ, JULIO. *Op. Cit.*

- *Derecho de representación en el órgano de gobierno de la sociedad.* Derecho a nombrar uno o varios representantes en el Consejo de Administración; Facultades del Consejo de Administración; Retribución de los consejeros; Funcionamiento del Consejo de Administración (periodicidad de reuniones, mayorías cualificadas para determinados asuntos, delegación de facultades, etc.); Imposibilidad de revocación de los consejeros nombrados por el socio minoritario sin su voto favorable, así como derecho a sustitución del mismo.
- *Derecho de información.* Atendiendo al tipo y a su periodicidad: balance, Cuenta de pérdidas y ganancias, estados de tesorería, cuadros de mando, ratios, rentabilidad de proyectos.
- *Derechos económicos.* (i) Derecho al dividendo: importe mínimo y forma de cálculo; periodicidad; fecha de reparto; condicionado o no a la existencia de beneficios. (ii) Pacto de salida o venta de su participación societaria: periodo mínimo de permanencia o prohibición de venta; pactos de acompañamiento o derecho *tag along*⁶⁴, o de arrastre o derecho *drag along*⁶⁵; precio de venta y forma de cálculo; forma de pago del precio.
- *Derechos políticos.* Sindicato de voto⁶⁶; mayorías reforzadas para: determinación de asuntos que requieran de mayoría reforzada; modificación de estatutos; elección de administradores; contratación de alta dirección; apertura de nuevas líneas de negocio; Endeudamiento; Asuntos relacionados con la Propiedad Industrial.
- *Otros acuerdos a incluir.* Derecho al nombramiento de Auditores; régimen de transmisión de acciones o participaciones *inter vivos* o *mortis causa*; contratos entre partes vinculadas; participación en negocios análogos o

⁶⁴ DELOITTE. *Los derechos de tag y drag along*. [En línea]. [Consulta 17 octubre 2014]. Disponible en: <<http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/derechos-drag-tag-along.pdf>>

El “derecho *tag along*”, es aquel mecanismo que tiene como finalidad proteger los intereses de los socios y/o accionistas minoritarios mediante el otorgamiento del derecho a enajenar su participación accionaria en la sociedad, cuando algún socio y/o accionista mayoritario decida enajenar su participación accionaria. Dicho acto permite al socio y/o accionista minoritario poder unirse a la transacción bajo las mismas condiciones que el accionista mayoritario que vende.

⁶⁵ *Ibidem*. El “derecho *drag along*”, es el mecanismo que tiene como finalidad proteger los intereses de los socios y/o accionistas mayoritarios. Este mecanismo permite exigir a los socios y/o accionistas minoritarios la enajenación de su participación accionaria en la sociedad, cuando los compradores tengan como propósito la adquisición de la totalidad de las acciones en circulación con el fin de tener el control total de la sociedad. Dicho mecanismo asegura que la venta de acciones se realice en las condiciones pactadas y de manera adicional otorga al socio y/o accionista minoritario la igualdad de condiciones que las que ostenta el socio y/o accionista mayoritario.

⁶⁶ VELAYOS LLUIS, CRISTINA. *Op cit.* p. 265. Esta figura ha sido definida por la doctrina como aquellos acuerdos de naturaleza contractual que, por medio del ejercicio unificado del voto correspondiente a las acciones o participaciones sindicadas, crean un vínculo de naturaleza jurídica entre los pactantes y cuya finalidad inmediata consiste en influenciar en la formación de la voluntad del ente societario sobre el que despliegan sus efectos.

complementarios; indemnización en caso de incumplimiento de pacto parasocial; vigencia del pacto parasocial; cláusula de resolución de conflictos derivados del pacto parasocial.

Al igual que ocurría con los conflictos societarios derivados del contrato social o de sus estatutos, la mediación, por sus características ya analizadas anteriormente, se constituye en el método idóneo para resolver las controversias que puedan aparecer como consecuencia de la interpretación, aplicación o incumplimiento de los pactos parasociales.

En cuanto a la ejecución o facultad de hacer efectivo lo acordado en los pactos parasociales, como se ha dicho con anterioridad, la naturaleza del acuerdo es contractual y como tal, producirá efectos entre las partes que lo celebran y se regirá por el derecho común de obligaciones recogido en nuestro Código Civil⁶⁷. Así pues, ante la falta de cumplimiento del pacto, cualquiera de las partes puede valerse de todos los mecanismos que ofrece el derecho de obligaciones con el fin de compeler a la otra parte para que cumpla, o reclamar una indemnización. Sin embargo, en ningún caso podrá la parte que sufra el incumplimiento accionar los mecanismos recogidos en el ordenamiento jurídico de la sociedad para los casos de incumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, pues estas últimas revisten una naturaleza completamente diferente a la del pacto parasocial.

Las empresas familiares se constituyen en un marco idóneo de aplicación de los pactos parasociales. Una de las características más relevantes de estas empresas es la de garantizar la sucesión al frente de la misma, y por lo tanto, su continuidad. Estas empresas a su vez pueden verse afectadas además de por todas las circunstancias propias del tráfico mercantil, por las vicisitudes de la propia familia que la controla (fallecimientos, matrimonios, divorcios, etc) y por todas las relaciones jurídico privadas que puedan existir entre sus miembros (testamentos, régimen económico familiar, etc). En este cometido, los pactos parasociales pueden resultar un instrumento muy eficaz para regular las situaciones más habituales en que se pueden encontrar las empresas familiares a lo largo de su trayectoria.

Dada la relevancia que tienen las empresas familiares en nuestro país, en el siguiente apartado analizaremos el protocolo familiar como pacto parasocial que regula la estructura y las reglas de funcionamiento de las empresas familiares, y

⁶⁷ *Op. Cit. Art. 1.257*: Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan [...]

también como herramienta para evitar conflictos societarios, o en su caso, para agilizar y facilitar su solución.

3.4 El protocolo familiar

En palabras de Cristina Velayos⁶⁸ podemos definir la empresa familiar como aquella empresa en la que un grupo familiar, teniendo en cuenta que la esencia de la institución familiar ha de encontrarse bien en el parentesco o bien en la convivencia unida a otros factores adicionales, es titular de aquel porcentaje que bien individualmente o conjuntamente, le otorgue el control de la empresa, y por tanto, se encuentre en relación a ésta en uno de los siguientes casos: posea la mayoría de los derechos de voto; tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; pueda disponer, en virtud de los acuerdos celebrados con otro grupo o rama familiar, o bien con socios no familiares, de la mayoría de los derechos de voto; la mayoría de los consejeros o altos directivos sean consejeros o altos directivos de otras empresas del grupo familiar. Asimismo, ha de existir una voluntad de dar a la empresa continuidad en el tiempo.

O como dice Irene Escuin Ibáñez⁶⁹, existe una empresa familiar cuando concurren las características siguientes: que la propiedad de la empresa esté en manos del núcleo familiar, que este último participe activamente en la gestión de la empresa, y que exista una cierta vocación de continuidad en su carácter familiar.

De estos dos conceptos podemos determinar la calificación como familiar de una determinada sociedad, cuando exista la concurrencia de una serie de características que le son propias: la propiedad del capital social se halla, al menos en su mayor parte en manos de un núcleo familiar; su gobierno y gestión están en manos de la misma familia; y tienen vocación de continuidad. Estas tres características nos permite intentar establecer un concepto de empresa familiar, como aquella en la que parte esencial de la propiedad de la misma, está en manos de una o de varias familias cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio, con vocación de continuidad para las generaciones futuras.

Las empresas familiares constituyen en España uno de los principales motores de la actividad económica y se erigen como uno de los agentes más significativos de

⁶⁸ *Op. Cit.* p. 48.

⁶⁹ ESCUIN IBÁÑEZ, IRENE. *La empresa familiar en el marco del Derecho de Sociedades*. En *La Gestión de las empresas familiares: un análisis integral*. Primera edición. Editorial Aranzadi S.A., 2009, p. 255.

creación de riqueza y generación de empleo. Según datos facilitados por el Instituto de la Empresa Familiar⁷⁰, a nivel nacional existen 2,8 millones de empresas familiares, que representan el 85% del total de empresas; emplean a 10,13 millones de personas, que representan el 70% del empleo privado; y generan el 70% del PIB.

Aún y la importancia de estas empresas en nuestro país, no existe actualmente en nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica para la empresa familiar. El legislador sólo se ha referido a ellas introduciendo modificaciones en determinados cuerpos legales, con la finalidad de favorecer su desarrollo y continuidad en el tiempo. Mayormente han sido las normas tributarias las que más han contribuido a ello, mediante la concesión de determinados beneficios fiscales a las empresas familiares. El Real Decreto Legislativo 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares⁷¹, indirectamente también hace referencia a las empresas familiares, pues regula un aspecto muy propio de las mismas, como es el protocolo familiar, el cual será objeto de estudio más adelante.

En el marco del Derecho de Sociedades, Irene Escuin Ibáñez⁷², nos dice que la empresa familiar es el prototipo de sociedad cerrada, y que dentro de éstas, la empresa familiar puede adoptar la forma de sociedad colectiva, de sociedad anónima, o de responsabilidad limitada, siendo esta última la que ofrece mayores ventajas para las empresas familiares, por dos motivos principalmente: 1) introducción obligatoria de restricciones en la transmisión de la condición de socio y, 2) disposición de un régimen más flexible y sencillo que la sociedad anónima.

Por otro lado, en la empresa familiar, como en todas las organizaciones, siempre se producen conflictos. Estos conflictos se ven agravados por el hecho de no existir de forma clara una separación entre los asuntos de empresa y los de la familia. Este hecho genera situaciones de desavenencia problemáticas que pueden incluso en ocasiones, llegar a paralizar la organización.

Después de esta breve introducción acerca de la definición y características principales de la empresa familiar, a continuación analizaremos el protocolo familiar como pacto parasocial idóneo para ayudar a reducir el potencial de conflicto y mejorar el funcionamiento de las empresas familiares, y también como herramienta para evitar conflictos societarios, o en su caso, para agilizar y facilitar su solución.

⁷⁰ <<http://www.iefamiliar.com/web/es/>>. [Consulta 19 octubre 2014]

⁷¹ <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-5587>. [Consulta 19 octubre 2014]

⁷² *Op. Cit.* p. 257 y sig.

El ya mencionado Real Decreto Legislativo 171/2007, define el protocolo familiar como *conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad*⁷³. Por el contrario, los aspectos subjetivos, objetivos y formales del protocolo, no son objeto de regulación, como tampoco lo es su contenido, el cual y en su condición de pacto parasocial, será configurado por los socios en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, sin más límites que los establecidos, con carácter general, en la legislación civil⁷⁴, y específico en el societario⁷⁵.

La Exposición de Motivos del RD 171/2007 prohíbe la existencia de varios protocolos familiares en relación con la misma sociedad argumentando que *es la fórmula que mejor garantiza la seguridad jurídica que debe presidir la publicidad que ofrece el Registro mercantil, en aras a la certeza de los operadores y ciudadanos sobre el marco regulatorio de la entidad*. No obstante, y según L. Fernández del Pozo⁷⁶ es posible publicar varios protocolos en relación a una misma sociedad, siempre y cuando todos los pactos asumidos por un mismo grupo familiar o rama familiar estén refundidos en un único protocolo.

Por otro lado, la Guía para la pequeña y mediana empresa familiar⁷⁷, configura el protocolo familiar como un acuerdo marco entre los miembros de la familia que regula: a) las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia que ostentan la condición de socios y la propia empresa; b) La gestión y organización de la empresa. Todo ellos con el fin de asegurar la continuidad de la empresa de una manera eficaz.

En palabras de Irene Escuin Ibáñez⁷⁸, el protocolo familiar pretende ser un instrumento de buen gobierno de las sociedades familiares que armoniza dos

⁷³ *Op. Cit.* Art. 2

⁷⁴ Código Civil. Arts. 1.665 a 1.708

⁷⁵ Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷⁶ VELAYOS LLUIS, CRISTINA. *Op. Cit.* p. 243

⁷⁷ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA. MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO. *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. [En línea], [Consulta 17 octubre 2014]. 6ª edición, noviembre 2008. Disponible en:

<<http://www.ipyme.org/Publicaciones/EmpresaFamiliar.pdf>>

⁷⁸ Información tomada de *Op.Cit.* p. 265 y sig.

aspectos fundamentales: los valores de la familia y el funcionamiento de la sociedad. En cuanto a su contenido, y siguiendo a la misma autora, podemos distinguir en el protocolo familiar, por un lado, una vertiente contractual, que establece para los socios una serie de obligaciones de carácter personal y/o de carácter mercantil, que incidirán de lleno en el funcionamiento de la empresa, y por otro, recoge también unas pautas de comportamiento y de cómo actuar en el ámbito de la empresa, que reflejan el ideario y los valores de la familia.

En lo que hace referencia a la forma jurídica de la empresa en la que es factible elaborar un protocolo familiar, debemos distinguir entre la forma de empresario individual y las formas societarias. En la forma individual, como su nombre indica, su titular mantiene el estatuto de empresario particular, y como consecuencia de ello, todo el patrimonio del empresario quedará sujeto a la responsabilidad que se derive tanto de su actividad empresarial, como de su actividad particular. En este caso, y dada la finalidad pretendida del protocolo familiar, este tiene poca utilidad, siendo más apropiado la utilización de instituciones del derecho de sucesiones y del derecho de familia⁷⁹ para proteger el patrimonio familiar y regular la continuidad de la actividad empresarial. En cambio, cuando se trata de una forma societaria con el carácter de familiar, vistas las características que le son propias, el protocolo familiar adquiere su máxima importancia y su implementación es del todo indicada, puesto que los socios de mutuo acuerdo regularan, entre otros, el funcionamiento de la sociedad y establezcan las pautas de comportamiento dentro de la empresa, todo ello en aras a proteger el patrimonio empresarial, que a su vez se identifica con el personal y familiar, y también a asegurar la continuidad de la organización.

Antes de analizar el contenido del protocolo familiar, me parece pertinente examinar las diferentes instituciones y mecanismos propios de la empresa familiar, cuyo fin es la ordenación de las relaciones que se producen dentro del ámbito de la familia y entre ésta y la empresa.

En este sentido, y siguiendo a Antonio J. Carrasco Hernández y a Ramón Sabater Sánchez⁸⁰, en primer lugar tenemos la figura de la *reunión familiar*, en la cual en un principio, sólo participan el propietario y su cónyuge, para posteriormente incorporarse los hijos mayores. La finalidad de esta institución es debatir sobre asuntos de la empresa y para tomar conciencia de la importancia que tiene la familia

⁷⁹ Por ejemplo: testamento, contratos sucesorios, capitulaciones matrimoniales, etc.

⁸⁰ Información tomada de: CARRASCO HERNÁNDEZ, ANTONIO JOSÉ y SABATER SÁNCHEZ, RAMÓN. *Gobierno y organización de la empresa familiar*. En *La Gestión de las empresas familiares: un análisis integral*. Primera edición. Editorial Aranzadi S.A., 2009 p. 157 y sig.

en el éxito de la organización. En un segundo estadio, y cuando la familia empresaria crece y se divide en subfamilias, todas ellas provenientes de la misma familia originaria, surge la necesidad de crear un órgano en el que todas ellas estén representadas. Es lo que los mencionados autores llaman *asamblea familiar*, la cual, tiene como objetivo analizar y resolver cuestiones estrictamente familiares, así como temas derivados de la relación familia-empresa. Y por último, fruto de la evolución de determinadas familias, éstas desarrollan estructuras cada vez más complejas de familias implicadas en la empresa. En estos casos la asamblea familiar se muestra insuficiente, y se hace necesaria la creación de una institución más compleja y formal llamada *consejo de familia*.

El consejo de familia se erige como el órgano ejecutivo del protocolo familiar, y será en este último en el que se regule la creación del consejo de familia y se establezcan sus normas de funcionamiento, composición y estructura, las cuales variarán en función de las circunstancias y objetivos de la empresa familiar de que se trate. Ahora bien, las competencias atribuidas al consejo de familia nunca sustituyen ni vacían de competencia y funciones a los órganos propiamente societarios. Según Cristina Velayos Lluís⁸¹, la misión fundamental del consejo de familia es: velar por la relación de la familia con la empresa y la propiedad; cuidar y asegurar la buena convivencia familiar; y, la aplicación de los principios y normas del protocolo familiar. Por otro lado, su actuación deberá estar siempre orientada hacia la consecución del interés general de la sociedad, que es el de todos los socios y no hacia la obtención del beneficio propio de la familia.

En cuanto al contenido del protocolo familiar, éste puede ser muy diverso, ya que, tal como se ha visto anteriormente, el Real Decreto 171/2007 deja a la libre voluntad de las partes (principio de la autonomía de la voluntad) tanto el contenido, como los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo, sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, en la Exposición de Motivos del mencionado Real Decreto se identifica al protocolo familiar como *"shareholders agreement"*⁸², la cual se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad.

⁸¹ *Op. Cit.* p. 219-220

⁸² Podemos traducir esta expresión al castellano como "contrato entre accionistas".

El protocolo familiar suele tener los siguientes apartados⁸³:

- *Preámbulo*, en el que se explica el origen fundacional de la empresa familiar, su trayectoria generacional y su situación actual. Cabe mencionar también como finalidad principal del mismo la consecución de un bloque cohesionado entre familia y empresa, por lo que los firmantes se obligan a cumplir las normas y pautas conforme a su contenido.
- *Definición* de todos los conceptos que se utilizarán en el protocolo: fundadores, familia, grupo familiar, rama familiar, etc.
- *Normas de actuación*, entre las que se incluirán: su ámbito de aplicación y naturaleza; gobierno y dirección, creándose los órganos de carácter familiar, como el consejo de familia o la asamblea familiar, y se regulan sus competencias y reglas de funcionamiento; trabajo y formación, estableciendo las condiciones de acceso a un puesto de trabajo en la empresa, así como los criterios de formación y experiencia requerida que permitan que la empresa cree un clima laboral competitivo y eficiente; política de atenciones económicas, regulándose normas de remuneración y de reparto de dividendos; propiedad de la empresa familiar; y, cláusulas de orden, mediante las cuales se establecen cláusulas penales por incumplimiento del protocolo familiar, normas de adhesión y revisión del protocolo, el pacto de sometimiento a un ADR como mecanismo para resolver conflictos, etc.

En lo que hace referencia a la publicidad registral del protocolo familiar, la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, establece que *el acceso al Registro mercantil del protocolo se produce a instancia del órgano de administración de las sociedades y bajo su responsabilidad, quedando para la esfera intrasocietaria la relación de éste con la propiedad y en general, con los firmantes del protocolo y sin perjuicio del recurso de éstos a la autoridad judicial en el supuesto de que no se halle autorizada su publicidad y se discuta el interés de la publicación.*

Así mismo, el mencionado cuerpo legal establece como voluntarias la formulación del protocolo familiar, así como la publicidad del mismo y establece los requisitos de esta última⁸⁴: 1) instituye como responsable de la publicación o no del mismo en atención al interés social, al órgano de administración de la misma; 2) La publicación del protocolo, en la web de la sociedad o en el Registro Mercantil, se ajustará en todo caso, a la normativa que sobre protección de datos personales establece la Ley

⁸³ Información tomada de VELAYOS LLUIS, CRISTINA. *Op. Cit.* pag. 267 y sig.

⁸⁴ *Op. Cit.* Arts. 2 y 3.

Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y legislación complementaria. A tal efecto, el órgano de administración deberá contar con el consentimiento expreso de los afectados cuyos datos sean incluidos en el protocolo; y 3) Publicada en cualquier forma prevista en este artículo la existencia de un protocolo familiar éste deberá ser actualizado. A falta de esta actualización se presume la vigencia del protocolo familiar.

En cuanto a los sistemas de publicidad de los protocolos familiares⁸⁵, el Real Decreto faculta para insertar el protocolo en la página web de la sociedad, siempre que el dominio de internet conste inscrito en el Registro Mercantil conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Por otro lado, en lo que hace referencia a las formas de acceso al Registro Mercantil de los protocolos familiares, las podemos diferenciar en dos: la publicidad propiamente dicha o publicidad material, y la publicidad noticia. La primera de ellas la recoge el artículo 7 del mencionado Real Decreto al establecer que *cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública*. Esto significa que lo que realmente se podrá inscribir en el Registro Mercantil son los acuerdos sociales adoptados en cumplimiento del protocolo familiar, y no el protocolo familiar en sí⁸⁶.

La técnica de publicidad noticia está regulada en los artículos 5 y 6 del mismo Real Decreto, y como dice la misma autora son la constancia en la hoja abierta de la sociedad de la existencia del protocolo familiar con reseña identificativa del mismo y la del depósito del protocolo familiar en el registro. Es decir, mediante el mecanismo previsto en el artículo 5 se solicita la constancia en la hoja abierta a nombre de la sociedad de la existencia del protocolo familiar, debiéndose hacer constar que el protocolo es accesible en la web de la sociedad. En cambio, mediante la forma prevista en el artículo 6, junto con las cuentas anuales sí podremos publicar registralmente el protocolo⁸⁷.

En cuanto a la eficacia de cada uno de estos sistemas, señalar que únicamente la publicidad material se beneficiará de los principios de legitimación, oponibilidad y

⁸⁵ *Op. Cit.* Art. 4

⁸⁶ Información tomada de VELAYOS LLUIS, CRISTINA. *Op. Cit.* p. 270 y sig.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 272-273.

tracto sucesivo que proporciona la inscripción registral.

Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos analizado los diferentes tipos de conflictos empresariales que se dan habitualmente en las empresas hoy en día, así como los diferentes métodos existentes para darles una solución satisfactoria para las partes enfrentadas. En efecto, la empresa como colectivo de personas es una fuente de conflictividad potencial, en la que intervienen diferentes parámetros, de tipo político, cultural, religioso, etc., que se manifiestan tanto en las relaciones intra empresa, en la que interactúan personas de diferentes nacionalidades y con disparidad de intereses, como en las relaciones que aquéllas mantienen con el exterior, y que son consecuencia de su tráfico social, mercantil y jurídico.

Tradicionalmente en nuestro país las controversias en las que se han visto implicadas las empresas han sido sometidas a los juzgados y tribunales, bajo la creencia de ser la mejor fórmula para solucionar definitivamente el conflicto que se haya planteado. El aumento de las transacciones comerciales, tanto a nivel nacional, como internacional, éstas últimas consecuencia de la globalización, ha tenido como efecto inmediato el incremento de los litigios planteados ante los tribunales de justicia, y consecuentemente, este hecho ha derivado en un colapso del sistema judicial, haciéndolo más ineficaz, y a la vez, más ineficiente.

Por este motivo se hace imprescindible potenciar desde todos los estamentos, los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC), conocidos también como *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*, como técnicas alternativas válidas a la vía judicial para poner fin a los conflictos empresariales que se puedan plantear. De entre ellas las que mejor se adaptan a las particularidades de las empresas son la negociación y la mediación. Con el empleo de estas técnicas, a parte de reducir los costes económicos y temporales que supone para las empresas la práctica judicial, al ser las propias partes implicadas las que de común acuerdo adoptan una solución que satisface a las dos, desaparece la idea de vencedor-vencido, y se consigue un mayor grado de satisfacción y confianza, que en la mayoría de los casos, propiciará la continuidad de las relaciones entre ellas.

En este sentido, podemos concluir que ante la aparición de un conflicto empresarial, las partes deben determinar la causa que ha generado la controversia y deben cooperar en la búsqueda de una solución que sea satisfactoria para ambas. Ellas son las que conocen el motivo de la disputa y quienes sufren sus consecuencias, por

ello tienen que jugar un papel fundamental en la gestión y en la resolución del mismo. Al mismo tiempo deben utilizar el conflicto como una herramienta para crear valor y obtener un beneficio para ambas partes, evitando las consecuencias dañinas que generan las soluciones en las que hay un ganador y un perdedor (procesos judiciales y arbitrales), y apostando por las técnicas en las que todas las partes ganan, *win-win* (MASC o ADRs).

Las técnicas que más se ajustan a este ideal son la negociación y la mediación. La primera de ellas, en su modalidad integrativa, ya que tiende a que las partes mediante el diálogo intenten encontrar soluciones que creen valor y que satisfagan los intereses de ambas, buscando fórmulas en que resulten ganadoras todas las partes en conflicto y generando un clima de confianza que propiciará la continuidad de sus relaciones futuras; y la segunda, se configura como el método más eficaz de resolución de conflictos en sede empresarial desde el punto de vista temporal, económico y personal. Esto es así en tanto que, la mediación permite a las partes, con la ayuda de una tercera persona neutral e imparcial, llamado mediador, buscar en un tiempo breve y con un coste económico reducido, una solución satisfactoria para ambas, gestionada por ellas mismas, la cual al estar basada en el concepto *win-win*, propiciará un mayor grado de confianza y derivará en el mantenimiento de las relaciones entre ellas.

En los países de nuestro entorno, los ADRs como técnicas válidas para la resolución de conflictos empresariales, están más utilizados y consolidados que en España. Efectivamente, no ha sido hasta el año 2012 que el legislador español ha regulado la mediación en asuntos civiles y mercantiles, como método de resolución de conflictos alternativo al proceso judicial o arbitral. No obstante, la consolidación de esta técnica alternativa, no depende sólo de las leyes, sino también del fomento de la cultura mediadora en términos de conflictología empresarial, la cual en comparación con otros países, en el nuestro apenas existe. Esta tarea es una labor difícil y con resultados a largo plazo, en la que se tienen que involucrar tanto las instituciones públicas, como las privadas. En definitiva se trata, por un lado, de que el legislador introduzca en el ordenamiento jurídico disposiciones que favorezcan la utilización y consolidación de la mediación como métodos de resolución de este tipo de conflictos, y por otro, que los abogados, en el ejercicio de su práctica profesional, y en aquellos casos en que la aplicación de las técnicas mediadoras sean viables, la propongan a sus clientes como método válido para solucionar a la controversia planteada. De este modo, conseguiremos tres efectos fundamentales: en primer lugar, mediante el uso reiterado de la mediación, irá calando en la sociedad la idea

de la eficacia de su uso como técnica idónea para la resolución de conflictos empresariales; en segundo lugar, la utilización de la mediación, en aquellos casos en que sea posible, en lugar de acudir a la vía judicial para resolver las controversias, propiciará la descongestión de los juzgados y tribunales, y como consecuencia de ello, la práctica de la justicia se volverá más eficaz y eficiente; y, por último, y desde el punto de vista profesional, se abre una nueva oportunidad de negocio para la profesión de abogado.

Las sociedades mercantiles de tipo cerrado, y mayormente las de responsabilidad limitada, debido a las características que la configuran, suelen ser un foco propenso a la conflictividad entre sus socios, la cual se ve incrementada en las empresas familiares, en las que como consecuencia de la existencia de la dualidad familia – empresa, se producen una gran variedad de controversias con gran trascendencia tanto para el interés social, como para la continuidad de la compañía, y ya no digamos para la salvaguarda de la armonía familiar. Por este motivo se hace imprescindible que los socios de estos tipos de compañía regulen, ya sea por vía estatutaria o extraestatutaria, en el momento de la fundación de la sociedad o posteriormente, aquellos aspectos de la vida societaria que sean susceptibles de generar conflicto. En contraposición a lo que es práctica la habitual, consistente en incluir en la escritura fundacional estatutos sociales modelo que se limitan mayormente a reproducir los preceptos legales, sin entrar a regular previsiones específicas tendentes a regular o evitar el conflicto societario, se hace imprescindible, que en el momento fundacional, los socios tomen conciencia de estas situaciones, no se dejen llevar por el entusiasmo propio del momento, y se elaboren, con la ayuda de abogados y asesores, unos estatutos sociales que se adapten a las necesidades de cada caso, y que contemplen todas estas situaciones que puedan derivar en un conflicto entre ellos. Mediante las cláusulas estatutarias, y los pactos parasociales o cláusulas extraestatutarias, conseguiremos un efecto de prevención del conflicto, o sentaremos las bases de cómo reconducirlo una vez planteado. En ambos casos, la finalidad es la misma: facilitar una gestión adecuada del conflicto y simplificar su solución.

Un buen ejemplo de pacto parasocial, y a su vez genuino de las empresa familiares, es el protocolo familiar. Este instrumento se erige como documento societario idoneo para ayudar a reducir el potencial de conflicto y mejorar el funcionamiento de las empresas familiares, y también, como herramienta para evitar conflictos societarios, o en su caso, para agilizar y facilitar su solución. En cuanto a su contenido, éste puede ser muy diverso, lo importante es que incluya todas aquellas cuestiones que

sean necesarias para regular las relaciones entre la familia y la empresa, y que aseguren la continuidad de la misma. Para su correcta aplicación, se hace imprescindible, atendiendo a la complejidad de la estructura familiar implicada en la empresa, la creación del consejo de familia, o de la asamblea familiar, como órganos ejecutivos del protocolo familiar.

Bibliografía

a) Libros de consulta:

CARRASCO HERNÁNDEZ, ANTONIO JOSÉ y SABATER SÁNCHEZ, RAMÓN. *Gobierno y organización de la empresa familiar*. En *La Gestión de las empresas familiares: un análisis integral*. Primera edición. Editorial Aranzadi S.A., 2009

ESCUIN IBÁÑEZ, IRENE. *La empresa familiar en el marco del Derecho de Sociedades*. En *La Gestión de las empresas familiares: un análisis integral*. Primera edición. Editorial Aranzadi S.A., 2009.

GONZÁLEZ PILLADO, ESTHER. *Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (Directora Helena Soletó Muñoz). Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

MALAGÓN RUIZ, PEDRO. *Conflictos societarios. Supuestos diversos*. Madrid: Editorial Fe d'erratas, 2013.

MORENO CATENA, VÍCTOR. *La resolución jurídica de conflictos*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (Directora Helena Soletó Muñoz). Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

SOLETO MUÑOZ, HELENA. *Negociación*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (Directora Helena Soletó Muñoz). Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

URÍA, RODRIGO. *Derecho Mercantil*. Vigésima edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1993.

VELAYOS LLUIS, CRISTINA. *Los Órganos de Gobierno de la Sociedad Familiar*. Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A., 2012.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO. *La Mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto*. En *Mediación y resolución de conflictos: técnicas i ámbitos* (Directora Helena Soletó Muñoz). Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

b) Artículos electrónicos:

BERNAL SAMPER, TRINIDAD. *Conflicto y mediación*. Disponible en:
<<http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/11/conflicto%20y%20Mediacion%20Trinidad%20Bernal.pdf>>.
[Consulta 4 septiembre 2014]

BONMATI MARTINEZ, JULIO. *Los pactos parasociales*. Disponible en:
<<http://Dialnet-LosPactosProfesionales-3816229.pdf>>. [Consulta 15 octubre 2014].

CARRIÓN, JOSÉ ANTONIO. *Técnicas de Negociación*. Alicante, 2007. Disponible en:
<<http://www.ua.es/es/congresos/protocolo/6encuentro/ponencias/docs/negociacion.pdf>>
[Consulta 25 septiembre 2014]

CARULLA, PEDRO. *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*
Disponible en:
<<http://www.diba.cat/cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/CARULLAlamediacion.PDF>>
[Consulta 14 septiembre 2014]

DELOITTE. *Los derechos de tag y drag along*. Disponible en:
<<http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/Gobierno-Corporativo/derechos-drag-tag-along.pdf>>. [Consulta 17 octubre 2014].

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA. MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO. *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. 6ª edición, noviembre 2008. Disponible en:
<<http://www.ipyme.org/Publicaciones/EmpresaFamiliar.pdf>>. [Consulta 17 octubre 2014].

EMBRID IRUJO, JOSÉ MIGUEL. *La mediación y el Derecho de sociedades*. Disponible en:
<http://commenda.es/actualidad_interior/112/LA-MEDIACION-Y-EL-DERECHO-DE-SOCIEDADES>
[Consulta 15 octubre 2014]

NÚÑEZ OJEDA, RAÚL. *Negociación, mediación y conciliación, como métodos alternativos de solución de controversias*. Disponible en:
<<http://www.rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/05/Informe-Metodos-Alternativos.pdf>>.
[Consulta 28 septiembre 2014].

REDORTA JOSEP. *Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos*. En Revista de Mediación, año 2, Nº 3, marzo 2009. Disponible en:
<http://www.revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-mediación-03-04.pdf>
[Consulta 17 septiembre 2014].

ROGER FISCHER, WILLIAM URY, Y BRUCE PATTON. *Getting to Yes*. Disponible en:
<http://books.google.es/books/about/Obtenga_el_s%C3%AD.html?id=-pA2Dw0Pd-UC&redir_esc=y>. [Consulta 23 septiembre 2014]

SAN CRISTÓBAL REALES, SUSANA. *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil..* En Anuario Jurídico y Económico Esculariense, XLVI (2013) / ISSN: 1133-3677. Disponible en:
<<http://www.rcumariacristina.net:8080/ojs/index.php/AJEE/article/view/145/126>>.
[Consulta 17 septiembre 2014].

c) Diccionarios en línea:

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Disponible en: <<http://www.lemma.rae.es/drae/?val=conflicto>>. [Consulta 29 septiembre 2014].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Disponible en: <<http://www.lemma.rae.es/drae/?val=empresa>>. [Consulta 29 septiembre 2014].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Disponible en: <<http://www.lemma.rae.es/drae/?val=negociar>>. [Consulta 3 octubre 2014].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*., Vigésima segunda edición. Disponible en: <http://www.lemma.rae.es/drae/?val=negociacion>. [Consulta 3 octubre 2014].

d) Legislaciones y reglamentos:

Unión Europea. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

España. Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

España. Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

España. Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

España. Real Decreto Legislativo 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

España. Ley 1/2000, de 7 enero de Enjuiciamiento Civil.

España. Ley 60/2013, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

e) Páginas web:

INSTITUTO DE LA EMPRESA FAMILIAR. Disponible en: <<http://www.iefamiliar.com/web/es/>>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Disponible en: <http://www.ine.es/inebmenu/mnu_empresas.htm>.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. Disponible en:

< http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47:la-camara-de-comercio-internacional-icc&Itemid=54>

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Disponible en: <<http://www.adr.org>>

THE LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. Disponible en: <<http://www.lcia.org>>