

ARBITRAJE Y EMPRESA FAMILIAR

*Francisco González de Cossío**

I. INTRODUCCIÓN

Las empresas familiares sufren de problemas especiales, adicionales a los problemas que cotidianamente viven los negocios en general. De allí que esta materia esté mundialmente cobrando fuerza.

Recientemente fui confiado la solución de problemas que involucraron una familia plagada de afrentas serias,¹ y que de su correcta canalización dependía no sólo la armonía familiar, sino la salud (inclusive vida) de un par de negocios importantes.

Es un motivo de satisfacción para mi divulgar que logré solucionar muchos de los problemas que aquejaban, y encausar aquellos que podrían surgir en el futuro.² Dicha satisfacción me motiva a escribir este ensayo con el afán de compartir cómo tanto el arbitraje como otros mecanismos alternativos de solución de controversias (“*MASC*”) fueron utilizados para lograr dicho resultado.

II. LA EMPRESA FAMILIAR COMO CALDO DE CULTIVO DE PROBLEMAS SERIOS

El ángulo jurídico de la disciplina de la empresa familiar es interesante y difícil. No sólo eso, detecto que está subestimado y subutilizado.

Es *interesante* pues las aristas que suscita contienen un componente tanto técnico como humano: la utilización de herramientas legales para resolver problemas *humanos* serios, con implicaciones pragmáticas. Ello explica que sea *difícil*: los problemas que uno enfrenta son con frecuencia emocionalmente delicados y acendrados, con raíces profundas revestidas de emoción.

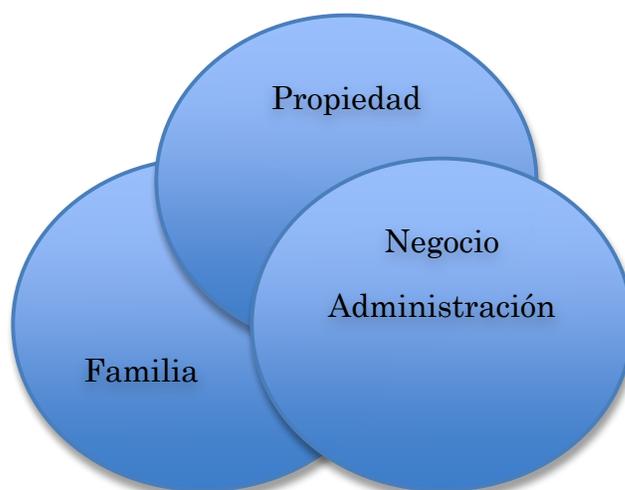
* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro, mediador y experto en arbitraje.

¹ Que no detallo por respeto a mi deber de confidencialidad. Sólo mencionaré que los problemas son tales que si los contara, estoy convencido que el lector no solo mostraría asombro sino incredulidad.

² Si el lector considera que estoy presumiendo, tendría que admitir que tiene razón. Pero estoy seguro que si el lector supiera los hechos, estaría de acuerdo que el logro es digno de presumirse.

Finalmente, observo que la materia es altamente *descuidada* por empresas y familias—inclusive sofisticadas. En toda mi experiencia profesional sólo he sabido de una empresa que maneja inteligentemente este tema. Dicho ejemplo brilla ante el contraste de la regla: la mayoría de las empresas mexicanas muestran elementos de la “empresa familiar”.³ Y con frecuencia los problemas que ello detona son serios y de manejo delicado.

La experiencia enseña que la esencia de la problemática deriva del traslape de tres universos. El primero es el componente de negocio. El segundo es el de propiedad, lo cual no siempre coincide con su administración. El tercero es el núcleo familiar. Y cada uno tiene su problemática específica. Al juntarlos lo que se observa con frecuencia es un triple reto a enfrentar para resolver cualquier problema que aqueje. De allí que un reconocido experto mundial en este tema los exprese de la siguiente manera:⁴



³ Cualquiera que sea el criterio que uno adopte para caracterizar a un negocio como “familiar”. (Existen varios, así como debate sobre cuál es el más apropiado. Por ejemplo, hay quien dice que una empresa es ‘familiar’ cuando existe tanto propiedad, administración como control de personas atadas por vínculos de parentesco. Otro criterio es la existencia de un deseo de continuidad con la siguiente generación.)

⁴ Mi querido maestro, John Davis, en GENERATION TO GENERATION, LIFE CYCLES OF THE FAMILY BUSINESS, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 1997, p. 6. Dicho enfoque es repetido en un excelente libro sobre el tema: Imanol Belausteguigoitia Rius, EMPRESAS FAMILIARES, McGraw Hill, México, D.F., 2a ed., 2003, p. 28. En un libro en ciernes, el Maestro José De Jesús Galván Kirsch ha vertidos sus reflexiones y experiencias después de décadas de dar esta materia en posgrados en la Universidad Iberoamericana y de manejar él mismo una empresa familiar.

Dicho triple traslape es caldo de cultivo de problemas—y serios. Tales, que en ausencia de un *método*⁵ para encausarlos, su solución con frecuencia es difícil y dolorosa—además de onerosa.

III. EL ARBITRAJE Y LOS MASC COMO HERRAMIENTAS

La ciencia jurídica ha ideado herramientas diversas que son de utilidad para resolver problemas de empresa familiar. A continuación se resumirán.⁶

A. NEGOCIACIÓN

Puede cuestionarse si la negociación es un mecanismo *jurídico*. Después de todo, no ofrece un mecanismo exógeno y coactivo a la negativa de una de las partes a negociar o, habiendo negociado, aceptar la respuesta más sensata (o ‘justa’). El motivo por el que lo cito obedece a su utilidad cuando se usa y la frecuencia con la que se contiene como parte de esquemas de contratación y solución de controversias. *Ex hypothesi*, si las partes *voluntariamente* aceptan una solución, será *siempre* más eficiente que una impuesta por un tercero.⁷

La utilización de la negociación en problemas familiares es recomendable pues brinda un doble valor. Primero, una solución derivada de un método adversarial puede ser altamente dañina para una relación como la familiar y de negocio que tiende a ser de larga duración. Inclusive, no es difícil pensar en casos en que “ganando se pierda”, dado el efecto corrosivo en la relación que puede propiciar una decisión que le da la razón a uno por encima de otro.⁸

⁵ Aludo a método pues lo mejor que puede darse a empresas y familias en dichas circunstancias no es *una solución*, sino *un método*. El motivo no solo es el viejo adagio confuciano (“No me des un pescado, enséñame a pescar”), sino el que una solución hoy puede no ser suficiente mañana. La realidad es dinámica, como lo son los negocios. Para remediarlo, debe existir un método igualmente dinámico.

⁶ Su régimen no se agota. De desearse abundar, puede consultarse González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 3a edición, 2011.

⁷ La aseveración puede despertar diferencias. Por ejemplo, pueden citarse los casos en que una parte acepte una oferta ventajosa de su contraparte que tiene una mejor situación de negociación, y cuyo resultado no es ‘justo’. Apropiada la mayor cantidad de valor a favor del oferente. Sin embargo, sigue siendo mejor que una respuesta legalista, suma-cero, impuesta por un tercero. Si no, por definición, no lo hubiera aceptado.

⁸ Tan importante es dicha verdad, que Belausteguigoitia advierte que “El litigio y el arbitraje suelen generar una mayor destrucción de los negocios y de las relaciones interpersonales”. (*op. cit.*, p. 128) es por ello que dicho autor recomienda la mediación en este tema.

La negociación es proclive a lograr una mejor solución que aquella que, proviniendo de un tercero, se centre en *derechos*, no *intereses*. Además, preserva relaciones. Esto último merece énfasis. Los mecanismos legales proveen soluciones legales. Si bien obvio, ello merece recalcar en este tema pues si miembros de una familia recurren a herramientas legales para resolver sus problemas, es factible que al final de la cruzada obtengan decisiones que no sacien sus necesidades o deseos. Dicho *counterfactual* debe ser siempre tomado en cuenta por quien enfrente un problema familiar.

B. MEDIACIÓN

Existe una (insípida⁹) diferencia de opinión sobre lo que diferencia a la mediación de la conciliación. En este contexto entenderé por ‘mediación’ como ‘negociación asistida’. Es decir, el mecanismo mediante el cual un tercero ayuda a las partes a que *ellas mismas* solucionen su problema. El mediador no hace sugerencia de solución. Y por ‘conciliación’ me refiero al ejercicio que permite al conciliador sugerir la solución, sin que sea obligatoria.¹⁰

Entendido así, el valor agregado de la mediación es que un tercero desinteresado que conoce la *verdadera*¹¹ postura de las partes y sus intereses (no derechos), puede indicar si vale la pena que continúen invirtiendo recursos en una negociación o mediación o si lo que más conviene es que acudan a un mecanismo adversarial (litigio o arbitraje) a resolver su problema.

Y la utilidad del mecanismo continúa inclusive en casos de fracaso. Aún si el mediador sugiere que no pierdan su tiempo y que acudan al arbitraje, el valor generado a las partes es que tienen la certeza que la decisión es sensata—no el producto de un fracaso de comunicación o dejarse

⁹ El adjetivo obedece a que no aporta nada. Lo que importa no es la nomenclatura sino el valor que de cada uno confiere, comprendida su diferencia. Es a ello a lo que me ciño.

¹⁰ No abundaré sobre porqué los considero así. De desear hacerlo, ver ARBITRAJE, *ob cit* y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE SU DESARROLLO, Revista de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 213 y *Ars Iuris*, 30, 2003, p. 39.

¹¹ El adjetivo es importante. Las partes en disputa con frecuencia sobre-exponen su postura con la finalidad de obtener ventajas tácticas y de negociación. Dicha (natural) tendencia tiende a complicar la solución del problema. El ejercicio de caucus permite al mediador conocer la *verdadera* postura de las partes y percibir si existe un común denominador que sirva de puente de solución de la controversia.

llevar por las estrategias y psicologías que la negociación o mediación detona, y que evitan un resultado más eficiente.¹²

C. CONCILIACIÓN

Como se indicó, el conciliador puede hacer sugerencias de transacción. El valor que el mecanismo aporta, además de aquél ofrecido por la mediación, es doble. Primero, velocidad. Segundo, evita tener que conocer el motivo de la solución, lo cual puede desincentivarla.

Gracias a que un tercero hace una sugerencia que cae dentro del común denominador de intereses de las partes, da a cada una lo que le interesa sin divulgar porqué. Por motivos diversos, ello puede facilitar la transacción.¹³

D. ARBITRAJE

Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas.¹⁴ Resaltan las siguientes: especialidad y eficiencia.

El Derecho Arbitral se nutre de las lecciones aprendidas durante décadas (no, siglos) por tribunales internacionales que han logrado confeccionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la procesalitis y formalismos, privilegiando soluciones adecuadas, costo-eficientes y confiables, evitando los voluminosos regímenes procesales tan proclives a trucos y 'burocracia' procesal que hace que el medio cobre más importancia que el fin. Se trata de un cuerpo normativo sofisticado y esbelto que evita trampas, genera incentivos correctos y deposita confianza en el juzgador.¹⁵ Es eficiente

¹² El motivo por el cual es más eficiente es explicado en CRÓNICA DE ÉXITO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: RESULTADOS EMPÍRICOS DE UN MODELO en Uribarri Carpintero, Gonzalo, ACCESO A LA JUSTICIA ALTERNATIVA. LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL, Ed. Porrúa, México, D.F., 2010 (visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/varios).

¹³ Piénsese por ejemplo en el caso que aceptar cierta postura como resultado de la negociación podría comunicar las preferencias de dicha parte, dando una ventaja a la contraparte. Otro motivo es que evita tener que decidir quién tiene razón: algo que puede innecesariamente complicar o evitar una solución. Otro ejemplo es el caso en que aceptar algo pueda llevar implícita una admisión que, de seguirse un procedimiento adversarial, sería considerado responsable. Aun y cuando el procedimiento no se siga, es entendible que una parte prefiera no comunicarlo. Después de todo, los hechos dicen más que las palabras.

¹⁴ En ARBITRAJE Y LA JUDICATURA (Ed. Porrúa, México, D.F., 2007, p. 192 *et seq*) se hace un recuento de temas complejos y problemas sociales serios que han sido solucionados mediante el arbitraje.

¹⁵ Pues el juzgador es escogido por las partes.

y confiable. El valor que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo necesario¹⁶ a resolver en forma adecuada¹⁷ una disputa.

Entendido lo anterior, el valor que el arbitraje puede ofrecer en materia de empresa familiar es triple. Primero, **calidad**: la decisión a la que se arribe será fruto de un análisis cuidadoso por la persona elegida como árbitro. Segundo, **especialidad**: cuando en presencia de un esquema de negocios complejo, el árbitro podrá resolverlo más adecuadamente que si se encauzara a litigio. A los tribunales ordinarios. Tercero, **finalidad**: la decisión del árbitro es final. No es objeto de apelación. (Dicho sea de paso, ello arroja un cuarto beneficio: **temporalidad**. Se trata de decisiones mucho más veloces que las obtenidas en litigio ordinario.)

E. EXPERTISE

Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el connoisseur.

En el contexto de una empresa familiar, de existir una diferencia sobre una cuestión *técnica*, en lugar de seguir todo un proceso, puede pedirse la opinión de un experto para poner fin a dicha diferencia. Un ejemplo que he frecuentemente enfrentado es el valor de la participación¹⁸ de un familiar que desea “divorciarse” del negocio familiar. Ésta situación genera con frecuencia una triple problemática. Primero, el valor exacto de una empresa es objeto de diferencia de opinión. Segundo, los incentivos que se detonan dificultan su definición.¹⁹ Tercero, el régimen legal aplicable es ambiguo y genera una ventaja a quienes permanecen.²⁰

¹⁶ Por definición, los tribunales tienen tiempo limitado para conocer de las controversias. Por más onerosa o compleja que sea, el juzgador ve la misma como ve el resto de los expedientes en su oficina: como un pendiente que debe resolver dedicándole la menor cantidad de tiempo posible.

¹⁷ El adjetivo se extiende tanto al contenido como tiempo. Y ello es una función que se conjuga de formas distintas atendiendo al caso. En ocasiones, las partes necesitan una respuesta rápida. En otras ocasiones, el tiempo no es tan importante como lo es su contenido. El arbitraje se adecua a las necesidades de cada caso.

¹⁸ Por ejemplo, de la parte social (en el caso de una sociedad civil o una sociedad de responsabilidad limitada) o de las acciones (en caso de una sociedad anónima).

¹⁹ El socio que parte tendrá el (natural) incentivo de sobrevaluar el valor de la empresa (y por ende su rebanada de la misma). Los socios que conservan la empresa tendrán

Ante lo anterior, una opción útil es designar a un experto en valuación y pactar que lo que sea que él considere que es el valor de la empresa será aplicable al monto que se deberá pagar al socio que parte.²¹

F. ADAPTACIÓN DE CONTRATOS

La adaptación de contratos es la facultad que se da a un tercero de colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia.²² El trasfondo es interesante. La *ratio* de la facultad parte de la premisa que la situación económica que llevó a las partes a contratar puede cambiar—y con frecuencia cambia. Ante ello, el principio de obligatoriedad e intangibilidad de los contratos puede ser (económicamente) miope—además de asfixiante.²³ Y no es inusual ver que, ante la camisa de fuerza de un contrato, un cambio económico puede resultar en forzar el incumplimiento del contrato, sea por

el (también natural) incentivo de subvaluar el valor de la empresa a efecto de pagar la menor cantidad posible al socio que parte.

²⁰ La aseveración es aplicable tanto al derecho de retiro como el de separación. El artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (“LGSM”) contempla el derecho de separación en ciertos casos específicos. El artículo 220 de la LGSM contempla el derecho de retiro con respecto a la parte variable del capital social de una sociedad anónima de capital variable. Mientras que el régimen *ex lege* del derecho de retiro sólo alude a la forma a ejercerse (“notificación fehaciente”), el régimen del derecho de separación indica que debe ser “en proporción al activo social”. Lo que es más, el artículo 221 de la LGSM alude al derecho de separación en el contexto del derecho de retiro. Mucho puede decirse sobre lo anterior, incluyendo que existe algo de jurisprudencia al respecto. En este contexto deseo sólo subrayar que quien lleve la administración tendrá el sartén por el mango (máxime dada la facilidad con la que puede “ajustarse” la situación contable para acomodar sus intereses si es que tiene el control sea *de iure* o *de facto*). Si se toma en cuenta que muchas de las empresas familiares involucran a socios pasivos, y que éstos son los más proclives a desear dejar de formar parte del clan, el régimen aplicable no ofrece una solución y mucho menos una protección adecuada. Las fichas están puestas para invitar abuso de la mayoría sin que la minoría pueda hacer mucho al respecto.

²¹ Pactando por ejemplo que el valor de la empresa que determine dicho experto será dividido entre el número de acciones de la sociedad, y que el pago al socio que parte será el resultado de multiplicar dicho valor unitario por el monto de acciones que ostenta el socio que parte. *Mutatis mutandis*, lo mismo puede hacerse con una parte social tomando como base el valor de la misma *viz* el valor de la sociedad civil.

²² Recibe diferentes nombres. Por ejemplo, *contract adaptation* o *contractual gap filling*. Con algunos matices, en esencia se trata de lo mismo.

²³ Piénsese por ejemplo en un súbito e inesperado disparo del precio de un insumo esencial del proveedor en un contrato de larga duración.

imposibilidad o excesiva onerosidad.²⁴ De allí que ciertos cuerpos legales contemplen soluciones.²⁵

Seguramente el lector está pensando que el principio que (implícitamente) estoy cuestionando cumple una función importante,²⁶ y que si a las partes no les gusta, siempre tienen la opción de regularlo.²⁷ Estando la opción disponible *ex contractu*, adoptarlo *ex lege* puede tener el (grave) efecto de desestabilizar los cimientos de las relaciones contractuales.

A ello tendría que contestar que estoy de acuerdo. Pero mi punto es otro. En ciertos contratos (incluyendo los que involucren negocios entre familiares²⁸), la facultad puede ser valiosa, particularmente si se compara con la opción. El *statu quo* de *pacta sunt servanda* es que, de ocurrir un evento como los descritos, el resultado es que *alguien* pierde. ¿Quién? ¿Es imposible saberlo *a priori*? Ante ello, la ausencia de *rebus sic stantibus* hace las veces de un volado.²⁹ Y no tiene que ser así. Las partes pueden evitar dicho riesgo si se deposita la facultad en un tercero (cuidadosamente seleccionado) para que ‘adapte’ su contrato al (nuevo) presente, procurando el mismo equilibrio económico que las partes pactaron *ab initio*.

Hasta hace poco, nunca había visto que en México se utilice esta facultad.³⁰ Y en cambio he participado en muchos casos en los que hubiera

²⁴ Lo que la literatura económica un ‘incumplimiento eficiente’ (*efficient breach*). Cuando conviene más pagar las consecuencias del incumplimiento que seguir cumpliendo.

²⁵ Por ejemplo, los Principios sobre Contratos Comerciales de la UNIDROIT (versión 2004) (artículo 6.2.1) y el *Restatement of the Law on Contracts*, segunda edición, de Estados Unidos (§266). *Rebus sic stantibus* y variantes son contempladas en ciertos derechos (vgr., *hardship* en inglés, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* en alemán, *imprévision* en francés, *eccessiva onerosità sopravvenuta* en italiano). En México, algunos códigos civiles lo contienen. Por ejemplo, el artículo 2147 del Código Civil de Coahuila y, más recientemente, los artículos 1796 bis y 1796 Ter de Código Civil para el Distrito Federal.

²⁶ Jurídicamente, estabilidad contractual y por ende seguridad jurídica. Económicamente, la distribución de riesgos.

²⁷ Artículo 2111 del Código Civil Federal.

²⁸ Otros ejemplos lo son los de larga duración, los complejos, los que versan sobre áreas reguladas, y la contratación gubernamental de largo plazo que exige inversiones cuantiosas iniciales por el contratista (vgr., materia energética).

²⁹ Admito que un Talón de Aquiles del argumento es la existencia de seguros.

³⁰ Recientemente fue utilizada en la controversia familiar que motivó este ensayo.

convenido no sólo a quien ‘perdió el volado’ del imprevisto, sino a ambas partes.³¹

El valor que este mecanismo brinda en materia de empresa familiar es doble. Primero, evita el “volado” al que he aludido, que puede ser altamente disruptivo para una empresa familiar. Segundo, imbuye en la relación familiar y de negocios un mecanismo que la adapte a las futuras eventualidades imprevistas. La utilidad de ello se percibe si se considera que las relaciones de derivan de una empresa familiar son *in natura* a largo plazo.

IV. CONCLUSION

El arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de disputas son herramientas legales que ofrecen una solución inteligente, sofisticada y—si se usan bien—costo-eficiente para encarar, resolver y encausar problemas derivados del fenómeno de la empresa familiar. Quien no lo asimile y use, lo hace en su detrimento.

³¹ Después de todo, la experiencia enseña que ligarse contractualmente con una parte jurídicamente estrangulada tarde o temprano impacta *a ambos*. Sea mora, incumplimiento, rescisión, litigio, etcétera, la relación no se sigue tranquilamente. Ello genera costos transaccionales que nunca son totalmente sufragados por sólo una de las partes.