

LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN SOCIEDADES NO COTIZADAS Y NO SUPERVISADAS: UN ANÁLISIS DEL ENTORNO COSTARRICENSE

Licda. Adelina Villalobos

Introducción

Los ciudadanos de hoy en día exigen cada vez más transparencia a los operadores económicos; crisis financieras internacionales como la que se vive desde el año 2008, han hecho que el ciudadano común se interese por el manejo de las empresas que interactúan en el mercado y que en algunos casos incluso, exija que se dé un mayor control a sus operaciones.

Estas demandas por parte de la ciudadanía no han surgido de la noche a la mañana, sino que se han gestado a través de las últimas décadas, motivadas por grandes escándalos financieros gracias a los cuales se ha vuelto a poner la mirada sobre el quehacer empresarial, y se ha visto la necesidad de que se desarrollen estándares internacionales que regulen aspectos básicos sobre comportamiento de las empresas.¹

En este contexto, los Códigos de Conducta han sido una respuesta a los nuevos requerimientos de la sociedad, al ser

instrumentos que surgen en el mismo seno empresarial, que generan normas de conducta para la buena gestión de la empresa y que pueden ser fácilmente extrapolados al ámbito internacional. Estos instrumentos de autorregulación se han popularizado en los últimos tiempos, pues presentan muchas ventajas frente a la norma convencional, ya que dan respuesta a temas urgidos de regulación, de forma rápida, con un importante grado de especialización (nacen de los propios agentes del mercado para atender sus necesidades) y a un bajo coste.²

A pesar de que el fenómeno en la actualidad se ha extendido a prácticamente todas las áreas temáticas de la empresa, abarcando temas tan específicos como la protección de datos personales; su surgimiento y principal desarrollo se dio en el campo del gobierno de las sociedades (gobierno corporativo), al ser una alternativa para reducir los costes que surgen de la divergencia de intereses entre los agentes de la empresa (la administración y grupo de control v. accionistas minoritarios).³

-
- 1 JENKINS, Rhys. Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy. United Nations Research Institute for Social Development. Abril 2001. [En línea] Disponible en web: [http://unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/ab82a6805797760f80256b4f005da1ab/e3b3e78bab9a886f80256b5e00344278/\\$FILE/jenkins.pdf](http://unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/ab82a6805797760f80256b4f005da1ab/e3b3e78bab9a886f80256b5e00344278/$FILE/jenkins.pdf) [Consulta: 8 de mayo de 2012]. p.2.
 - 2 FERNANDO MAGARZO, María del Rosario. Códigos de Conducta. *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*. N° 7. 2010. p. 94.
 - 3 PAZ – ARES, Cándido. La responsabilidad de los administradores como instrumento del gobierno corporativo. *Revista de derecho de sociedades*. N° 20. 2003. p. 67.

Costa Rica a pesar de ser un país de poco más de cuatro millones y medio de habitantes,⁴ con una red empresarial modesta, si se lo compara con las grandes potencias económicas en donde surgen las primeras regulaciones sobre gobierno corporativo; no se ha quedado atrás en la implementación de este tipo de instrumentos e incluso cuenta con regulación al respecto desde el año 2005. Sin embargo hasta ahora, tanto en el ámbito local como en el internacional, los códigos de conducta sobre temas de gobierno corporativo han sido pensados casi de forma exclusiva para sociedades cotizadas o supervisadas, en donde por regla general los requerimientos de información y transparencia son mayores, minimizando el potencial que tendría de ser adoptado por sociedades que no se encuentran en este ámbito.

El presente trabajo precisamente se enfoca en esta última vertiente de los códigos de conducta, los desarrollados en empresas que no se encuentran cotizando en un mercado de valores o bien que su actividad económica no está especialmente supervisada por el Estado. Es en este campo en donde creemos que los códigos de gobierno corporativo pueden alcanzar su mayor crecimiento, no sólo porque estas empresas son numéricamente superiores a nivel mundial,⁵ sino porque poseen menos

mecanismos disciplinares de mercado, y están sujetas a menos control reputacional.⁶

Los Códigos de Conducta son un fenómeno vivo, que continúa en crecimiento y que en nuestra opinión aún se encuentra lejos de alcanzar las dimensiones que puede llegar a cobrar. Así por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) estima que en la actualidad hay unos cientos de códigos de conducta en el ámbito empresarial, cifra que se queda muy corta frente a las 65.000 empresas transnacionales y 850.000 filiales que hay en el mundo.⁷

Es justamente por esto que conviene analizar el principal alcance de los códigos de gobierno corporativo en el común de las sociedades, para ello nos centraremos en el entorno costarricense, sin desdeñar las importantes tendencias en el ámbito internacional. Nos referiremos a los contenidos mínimos de estos textos, los órganos que los emiten, procedimientos de aprobación, sujetos destinatarios y su eficacia para tratar temas vitales para la empresa. El análisis no pretende ser exhaustivo, ya que sobre este tipo de códigos podemos encontrar importante número de modelos, informes, y análisis doctrinales, no obstante, procuraremos al menos dilucidar la conveniencia o no de adoptar este tipo de instrumentos en empresas no cotizadas y no supervisadas.

Capítulo I - Aspectos generales de los Códigos de Conducta

Sección I – La Autorregulación

Los códigos de conducta se enmarcan en el fenómeno denominado como “autorregulación”, “autodisciplina”, o “self-regulation” por su nombre en inglés; este fenómeno abarca un amplio espectro de actuaciones que ESTEVE PARDO divide en tres grupos: actuaciones de contenido normativo, acuerdos y decisiones singulares, y soluciones de conflictos.⁸

El fenómeno de la autorregulación puede definirse como “un sistema voluntariamente establecido por las empresas mediante el cual se establecen unas reglas éticas”⁹ o más detalladamente como “el ejercicio de la capacidad que poseen los sujetos privados para elaborar un conjunto de normas de naturaleza vinculante, a las cuales deciden someterse voluntariamente en el ejercicio de su actividad empresarial”¹⁰

Es decir, la autorregulación, en cuanto a la primera de las acepciones que señala ESTEVE PARDO, involucra a uno o más

sujetos privados (que en el ámbito comercial normalmente corresponderá a personas jurídicas), que crean un conjunto de normas de comportamiento, que suele ser denominado como “código” (aunque como veremos más adelante ha recibido distintas denominaciones a lo largo de su desarrollo) y al que deciden someterse de forma voluntaria. Estas normas de comportamiento a las cuales quedan voluntariamente sometidos los sujetos, normalmente son ajenas al campo del derecho siendo que más bien son de carácter técnico (*regulae artis*)¹¹, aunque algunos autores –como en la definición mencionada supra- les atribuyen un carácter ético.¹²

Con base en lo anterior, la autorregulación puede ser vista como un ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el que las partes deciden regular sus propias conductas e intereses.¹³

La autorregulación no es un fenómeno novedoso, desde el Medievo las asociaciones gremiales crearon normas que regularan su comercio, a partir de ahí la autorregulación ha ido desarrollándose en distintos ámbitos. En la publicidad y mercadeo, por

4 De acuerdo con el estudio de Estimaciones y Proyecciones de Población del Instituto Nacional de Estadística y Censos de Costa Rica para el año 2012 la proyección de población es de 4.667.096 habitantes. Disponible en web: [http://www.inec.go.cr/AMT/Poblaci%C3%B3n%20y%20Demograf%C3%ADa/Poblaci%C3%B3n/Estimaciones/Publicaciones/Estimaciones%20y%20Proyecciones%20de%20Poblaci%C3%B3n%20por%20sexo%20y%20edad%20\(cifras%20actualizadas\)%201950%20-%202050.pdf](http://www.inec.go.cr/AMT/Poblaci%C3%B3n%20y%20Demograf%C3%ADa/Poblaci%C3%B3n/Estimaciones/Publicaciones/Estimaciones%20y%20Proyecciones%20de%20Poblaci%C3%B3n%20por%20sexo%20y%20edad%20(cifras%20actualizadas)%201950%20-%202050.pdf)

5 Así por ejemplo, según datos de la Comisión Europea más del 99% de las empresas en la Unión Europea son PYMES, al respecto véase: *Fact and figures about the EU’s Small and Medium Enterprise (SME)*, disponible en web: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/index_en.htm.

6 PAZ – ARES. Óp. Cit. p. 70.

7 FAUCHÈRE, Beátrice. La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta ¿Nuevos retos o viejos debates? *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. N°14 (2006-I). p. 106.

8 ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación: Génesis y efectos*. Navarra. Aranzadi. 2002. p.15.

9 GÓMEZ CASTALLO, José Domingo. Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.115.

10 FERNANDO MAGARZO. Óp. Cit. p. 93.

11 DE LA CUESTA RUTE, José María. La autorregulación como regulación jurídica. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.32. Las «regulae artis» han sido definidas por Esteve Pardo como los métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en una actividad profesional y en la realización de una prestación que puede ser de contenido variado. ESTEVE PARDO. Óp. Cit. p.117.

12 Sobre este punto DE LA CUESTA RUTE, óp. cit. indica que no es correcto indicar que este tipo de normas son de carácter ético ya que la ética debe provenir de la propia consciencia del sujeto, situación que no se da cuando existen normas sistematizadas que le dicen cómo actuar.

13 RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa. Espacio Digital y Autorregulación. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.162.

ejemplo, podemos encontrar evidencia de autorregulación desde 1880, siendo que el primer código sobre temas de mercadeo fue emitido en 1925 por el *Association of Publicity Clubs*. En 1937 la Cámara de Comercio Internacional emitió un código sobre prácticas de mercadeo y publicidad.¹⁴

Sin embargo, a pesar de que la autorregulación no es un tema nuevo, ha tomado fuerza en los últimos tiempos por distintos motivos, al respecto ESTEVE PARDO nos señala entre ellos: (i) los reforzados poderes de la sociedad, es decir, en el entorno actual existen agentes de naturaleza privada que tienen mucho peso en la sociedad y por esta misma circunstancia son poco regulados por el poder estatal, lo que finalmente genera la necesidad de autocontrol por parte de esos mismos agentes; y (ii) la complejidad (sobre todo técnica) que implica para el Estado regular ciertos temas, lo que conlleva que el mismo Estado promueva la autorregulación.¹⁵

Por su parte, ILLESCAS indica como principales razones de surgimiento de la autorregulación en nuestros días: (i) la necesidad del mundo empresarial de innovar constantemente, que se contrapone a la lentitud del legislador. Al respecto ilustra el fenómeno con una clarificadora frase “la autorregulación sustituye en cantidad de ocasiones a una ley que ni existe ni va nunca a existir”; (ii) la complejidad en

aumento de las relaciones jurídicas actuales, como puede ser la electronificación de las relaciones jurídicas; y (iii) la mutabilidad de las relaciones comerciales y de los medios de instrumentación.¹⁶

Estas son quizá las principales razones que han llevado a que en la sociedad de hoy en día la autorregulación sea un fenómeno en pleno apogeo, dentro de ella, nos avocaremos a las actuaciones de carácter normativa y específicamente a las que se engloban en códigos de conducta.

Sección II– Antecedentes Históricos

2.1- Entorno internacional

Como hemos mencionado, la autorregulación es el fenómeno que enmarca la decisión de los sujetos privados de dotarse de ciertas normas de actuación, siendo una de estas posibilidades la adopción de códigos de conducta. Los primeros códigos de conducta (al menos en su forma más contemporánea) se remontan a los años 70 en los Estados Unidos, como resultado de varios factores, siendo los principales: la revelación -en el marco de la investigación del caso Water Gate- de importantes sobornos pagados por empresas a políticos,¹⁷ la consecuente investigación de la *Securities Exchange Commission* sobre estos pagos ilícitos¹⁸ y la debacle de *Penn Central Transportation Company*¹⁹.

Todo esto hizo que se pusiera sobre el tapete la revisión de los controles existentes a las grandes compañías y que el Congreso de ese país adoptara el *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, adicionalmente se dio la primera emisión de códigos de conducta que como es lógico, se referían principalmente a aspectos relacionados con la corrupción y la necesaria fiscalización en el seno de la empresa.²⁰

En los años 80 los códigos de conducta se fueron ampliando, regulando aspectos propios de gobierno y la gestión de la empresa. En la década de los 90 y como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo denominada Cumbre de la Tierra de Río de 1992, se empezaron a incluir aspectos medioambientales y sociales en este tipo de códigos.²¹

Más recientemente y luego de los escándalos corporativos que se presentaron en Estados Unidos en el 2001, el Congreso de los Estados Unidos emitió en el 2002 el *Sarbanes-Oxley Act*, denominado así por haber sido propuesto por el Congresista Michael G. Oxley y el Senador Paul S. Sarbanes. Esta ley incluye dentro de sus temas algunos puntos trascendentales para el fomento del buen gobierno corporativo, como la obligación para las sociedades cotizadas de formar un comité de auditoría con consejeros independientes,²² aspectos sobre la independencia de las firmas de

auditores y la duración en su cargo, la relación de los auditores con los administradores (prevención del conflicto de intereses) y la creación de un órgano supervisor de la actividad de las firmas auditoras.²³

Autores como GOÑI SEIN nos indican que en el desarrollo de los códigos de conducta al menos en el ámbito de gobierno de las sociedades, se pueden distinguir dos grandes vertientes o modelos. El primero es el “americano”, que como ya hemos dicho fue pionero en este ámbito y que se caracteriza porque aunque surge como autorregulación (voluntaria), hoy en día ha evolucionado a estar incorporada en la legislación federal y que las principales bolsas de valores requieran a las empresas su adopción de forma obligatoria para participar en sus mercados²⁴. El segundo es el “europeo”, que inició de forma más tardía que en Estados Unidos y que en su gran mayoría se ha mantenido hasta la fecha como *soft law*, entendiendo que en la mayoría de los países no es obligatorio para las empresas cotizadas adoptar un código de conducta sobre aspectos de gobierno aunque sí deben dar explicaciones en caso de no hacerlo. Lo anterior atendiendo al principio generado en Gran Bretaña de “comply or explain”, que tiene asidero en el hecho de que algunas empresas pequeñas podrían no encontrar aplicable algunas de las normas típicas de buen gobierno, caso en el cual deben rendir explicaciones.

14 Code of Non-broadcast Advertising, Reino Unido. *History of self-regulation*. [En línea]. Disponible en web: <http://www.cap.org.uk/The-Codes/CAP-Code/~media/Files/CAP/Codes%20CAP%20pdf/CAP%20History%20of%20self-regulation.ashx> [Consulta: 2 de mayo de 2012].

15 ESTEVE PARDO. Óp. Cit.

16 ILLESCAS, Rafael. La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad. *Derecho Privado y Constitución*. N° 17. 2003. P. 298.

17 PERDICES HUETOS, Antonio y RIAÑO LÓPEZ, Dámaso. El Gobierno Corporativo en España. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p.32.

18 FAUCHÈRE. Óp. Cit. p. 107.

19 PERDICES HUETOS et al. Óp. Cit. p. 32.

20 Datos de un estudio elaborado a 174 códigos en 1978 demostró que más de la mitad se referían mayoritariamente a pagos indebidos. JENKINS, Rhys. Óp. Cit. p. 5.

21 FAUCHÈRE. Óp. Cit. p. 108.

22 PERDICES HUETOS et al. Óp. Cit. p.36.

23 RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. Las nuevas normas norteamericanas sobre transparencia de las sociedades cotizadas: La 2002 Sarbanes-Oxley Act. *Derecho de los Negocios*. Noviembre, 2002. pp. 1-18

24 Este es el caso de NASDAQ y la Bolsa de Nueva York.

Como hemos reseñado, los códigos de conducta sobre temas de gobierno de la sociedad se desarrollaron más tardíamente en el ámbito europeo que en Estados Unidos, siendo que el primer reporte sobre el tema se dio en el Reino Unido en el año 1992 (Informe Cadbury), que tendría varios predecesores y que generaría más adelante el llamado *Combined Code* de Gran Bretaña, que engloba buenas prácticas y principios de buen gobierno corporativo. Por su parte, España ha desarrollado distintos documentos a través de las últimas décadas, siendo tres los más reconocidos, en 1998 el llamado Código de Buen Gobierno: Informe Olivencia, seguido del Informe Aldama en el 2002 y la emisión de un Código Unificado sobre Buen Gobierno: Informe Conthe en el 2005.²⁵

Sobre el desarrollo de los códigos de gobierno corporativo en Europa, es importante mencionar que aunque en su gran mayoría, al igual que en los Estados Unidos, este tipo de códigos se ha dirigido a sociedades cotizadas, existen algunas excepciones, ya sea de códigos que contienen normas aplicables a sociedades no cotizadas o bien de códigos dirigidos a empresas no cotizadas como es el Código Buysse en Bélgica.²⁶

Así también es importante destacar que tanto en Estados Unidos como en Europa los códigos de conducta no se encuentran limitados a aspectos de gobierno corporativo,

sino que se han implementado en diversas áreas desde hace varios años. Es más, en los años 90 el número de códigos de conducta que se refería a aspectos distintos a los de buen gobierno de las sociedades fue mayor, en esta época un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre 246 códigos el 60% contemplaba aspectos laborales, el 59% ambientales y solamente el 23% temas de buen gobierno (pagos indebidos).²⁷

Adicional a la incursión de los códigos de conducta en temas laborales y ambientales, podemos mencionar los códigos de conducta en materia de publicidad, en donde organizaciones como *European Advertising Standards Alliance* promueven desde 1992 la autorregulación en distintos países de Europa.²⁸ La autorregulación también ha estado presente en el sector bancario, como una alternativa al fuerte intervencionismo regulatorio que se dio en este campo en luego de la Gran Depresión de 1929 y la Segunda Guerra Mundial.²⁹

En materia de agencias de rating, hasta hace poco, la autorregulación igualmente había sido el principal mecanismo de regulación, siendo que en el 2004 se emitió un código de conducta (que podría denominarse “modelo”) denominado *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies* de la *International Organization of Securities Commissions*, que regula las normas de

conducta que deben seguir este tipo de agencias en la preparación de los ratings. A pesar de que a este código de conducta lo siguieron otras iniciativas similares en el marco europeo, más recientemente el mecanismo de la autorregulación se ha visto un poco debilitado sobre todo a raíz de la crisis financiera desatada en 2008 y el rol que las agencias de rating jugaron en la misma.³⁰

2.2- *Entorno costarricense*

En comparación con Estados Unidos y Europa, la autorregulación, específicamente en cuanto a códigos de conducta, es un fenómeno relativamente reciente en Costa Rica. El primer esfuerzo de orden gubernamental por regular temas de gobierno corporativo se dio en el año 2005, cuando el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) emitió el *Reglamento de auditores externos y medidas de gobierno corporativo aplicable a sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL y SUPEN*³¹. La promulgación de este reglamento es consecuencia de la situación producida en Estados Unidos con el escándalo de Enron (divulgado en el 2001) y los casos de corrupción que se presentaron

en Costa Rica por pagos ilícitos que se dieron por parte de las empresas Fischel y Alcatel a instituciones públicas para la adjudicación de distintas licitaciones y que fueron divulgados en el 2004.³²

A pesar de sus buenas intenciones, este primer reglamento encontró fuertes oposiciones por parte de los sujetos de aplicación, debido a que el mismo no fue consultado con las partes involucradas y que algunos de sus artículos eran incluso mucho más severos que la Ley Sarbanes-Oxley promulgada en Estados Unidos y a la que ya hemos hecho referencia.

Dentro de estos artículos, quizá el que encontró mayor oposición fue el número 8 que establecía la obligación para los sujetos fiscalizados de cambiar la firma encargada de auditar sus estados financieros cada 5 años, siendo que las empresas únicamente podrían volver a contratar a la misma firma, luego de transcurridos 3 años del último informe emitido por ésta.³³ La oposición a este artículo llegó incluso a ser objeto de una Acción de inconstitucionalidad presentada por varias firmas auditoras y empresas interesadas, que durante su tramitación (que

25 FERRUZ AGUDO, Luis, MARCO SANJUAN, Isabel y ACERO FRAILE, Isabel. Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español. *Aposta*. N°46. Julio, Agosto y Septiembre 2010. [En línea] Disponible en web: <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/sanjuan2.pdf>. [Consulta: 1 de Mayo de 2012].

26 Ídem.

27 JENKINS. Óp. Cit.

28 Al respecto véase: <http://www.easa-alliance.org/page.aspx/190>

29 URÍA FERNÁNDEZ, Francisco. Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p. 309.

30 RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. *Las agencias de rating como terceros de confianza: reputación, responsabilidad y autorregulación en los mercados financieros*. Artículo inédito. 2012.

31 Por su orden estos acrónimos corresponden a la Superintendencia General de Entidades (SUGEF), Superintendencia General de Valores (SUGEVAL) y la Superintendencia de Pensiones (SUPEN).

32 Respecto a los casos suscitados en Costa Rica se puede consultar el artículo de ARTAVIA ARAYA, Fernando. Licitando lo ilícito: Reflexiones en torno al caso CCSS-Fischel e ICE-Alcatel. *Revista de Ciencias Sociales* 123-124: 27-34. 2009 (I-II). [En línea] Disponible en web: <http://163.178.170.74/wp-content/revistas/123-124/02-ARTAVIA.pdf> [Consulta: 2 mayo de 2012].

33 El artículo 8 indicaba lo siguiente: “Rotación.- Los sujetos fiscalizados deberán cambiar al profesional o firma auditora que realiza la auditoría de sus estados financieros al menos cada cinco años. El profesional o firma auditora podrá ser contratado nuevamente para brindar servicios de auditoría externa transcurridos tres años continuos contados a partir de la fecha del último informe de auditoría realizado por dicho profesional o firma.” Sobre este punto es importante destacar que la Ley Sarbanes- Oxley en su momento estipuló la obligatoriedad de que el socio auditor encargado de la auditar a una empresa determinada rote cada 5 años, mas no el requerimiento de la rotación de la firma; aunque sí se contempló que el Comptroller General of United States evaluaría la necesidad de implementar este último sistema. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL. Óp. Cit. p. 22.

demoró aproximadamente año y medio) suspendió los efectos del citado reglamento; finalmente la acción fue resuelta por la Sala Constitucional mediante voto 17599-2006, en el que la Sala determinó que efectivamente el CONASSIF se había extralimitado en sus potestades normativas restringiendo la libertad por parte de los sujetos supervisados de elegir al co-contratante en servicios de auditoría, sin llegar a demostrar (el CONASSIF) que la limitación fuera necesaria, razonable y proporcionada.

Durante la tramitación de la acción mencionada y ante la disconformidad generada por la normativa, algunas empresas dejaron de cotizar en la Bolsa de Valores, otras por el contrario, se acoplaron a las nuevas medidas de gobierno corporativo e incluso gestionaron con la Bolsa de Valores la promoción de directrices de gobierno corporativo voluntarias, al estilo del Reino Unido, bajo la máxima “cumplir o explicar”.³⁴ A pesar de que la normativa permaneció sin cambios hasta el 2009, el diálogo de las empresas con la Bolsa Nacional de Valores dio como resultado la elaboración de un Código Voluntario de Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo en el 2007.

En el 2009, el CONASSIF emitió nueva normativa en el tema de gobierno corporativo, el *Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN-SUGESE*,³⁵ este Reglamento que se encuentra actualmente en vigencia, modificó parcialmente el Regla-

mento anterior en cuanto a que derogó las normas referidas a gobierno corporativo y algunas referidas a las firmas de auditores y auditorías. Asimismo, estableció los nuevos contenidos mínimos de gobierno que deberán tener las entidades fiscalizadas por los órganos supervisores del sistema financiero costarricense, incluyendo la sociedad controladora de los grupos y conglomerados financieros (Artículo 2) y la necesidad de que estas empresas rindan un informe anual sobre gobierno corporativo.

Hasta ahora hemos reseñado el desarrollo en códigos de conducta sobre aspectos de gobierno de las sociedades que se ha presentado en Costa Rica para sociedades cotizadas y supervisadas, no obstante, es importante decir que estas acciones han ido acompañadas del desarrollo de importantes esfuerzos para extender estas iniciativas a otros ámbitos. En el 2008 se creó el Instituto de Gobierno Corporativo de Costa Rica (IGC) bajo el impulso del sector empresarial del país, cuyo objetivo primordial es promover los beneficios del buen gobierno corporativo en el país y al mismo tiempo dar capacitaciones sobre esta materia.

Las acciones del IGC se han orientado no solamente hacia las empresas que cotizan en el mercado bursátil, sino también hacia un importante sector de la economía del país que son las empresas familiares y que en Costa Rica se estima que alcanzan cerca de un 90% de las empresas.³⁶ No se disponen datos sobre el número de empresas familia-

34 INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Estudio de Casos de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo: Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo. 2006. p. 4. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/dataoecd/31/25/37846689.pdf> [Consulta: 2 mayo de 2012].

35 En este Reglamento, a diferencia de su antecesor, se adiciona a la SUGESE que es la Superintendencia General de Seguros, la cual se creó a raíz de la apertura del mercado de seguros en el 2008 (anteriormente existía un monopolio).

36 RINCÓN CUELLAR, Yumay. Empresas familiares y gobierno corporativo: El dilema del empresario con dos sombreros. Boletín IGC – Costa Rica. N° 3. Marzo 2011. [En línea]. Disponible en web: http://www.igc-costarica.org/documentos/boletines/marzo_2011.pdf [Consulta: 3 mayo de 2012].

res que ha adoptado medidas de gobierno corporativo en el país, no obstante existen algunos ejemplos de empresas importantes y de gran tradición en el país que sí lo han hecho como Grupo Monge³⁷ y Automercado.³⁸

En Costa Rica también se ha dado la adopción de códigos de conducta en otros ámbitos, así por ejemplo, en materia turística (importante motor de la economía), asociaciones de empresas y empresarios del sector turismo aprobaron en el año 2005 un Código de Conducta para la Protección de los niños, niñas y adolescentes contra la Explotación Sexual Comercial en Viajes y Turismo. Esta iniciativa surgió bajo el patrocinio de la Organización Mundial del Turismo (UNWTO por sus siglas en inglés) que dentro de su Código de Ética Global para el Turismo, ha propuesto medidas para proteger a los niños de la explotación en el turismo.³⁹

Adicionalmente en materia publicitaria, en el año 2010 el Instituto Nacional de la Publicidad (asociación sin fines de lucro) con la colaboración de algunos de sus miembros, emitió un Código de Autorregulación Publicitaria que pretende que la industria publicitaria pueda auto-vigilar y auto-regular el contenido de los mensajes publicitarios.⁴⁰

Sección III- Delimitación Conceptual

En el estudio de los códigos de conducta, quizá uno de los principales inconvenientes

con el que nos encontramos, es precisamente lograr entender a qué nos referimos cuando hablamos de este concepto. Ya hemos indicado que los códigos de conducta se engloban dentro del fenómeno conocido como autorregulación, no obstante, dentro de este campo se han desarrollado distintos instrumentos, siendo que los códigos de conducta abarcan solo una parte del fenómeno.

Para denominar este tipo de instrumentos se han usado distintos términos, DUPRAT menciona algunos de ellos: “códigos de (buena) conducta, cartas éticas, principios” y nos indica que estas denominaciones por sí, no determinan la calificación jurídica que se debe dar al instrumento, sino que debe atenderse a su contenido.⁴¹ A los términos citados por el referido autor podemos agregar, “códigos de buenas prácticas”, “códigos de buen gobierno”, “códigos de gobierno corporativo” y “principios de gobierno corporativo”, y probablemente podríamos adicionar muchas expresiones más para englobar compilaciones similares de normas de conducta en sentido general.

Sobre las distintas acepciones dadas a estos instrumentos podemos anotar lo indicado por REAL PÉREZ: “El término “códigos de conducta”, “códigos de buenas prácticas” o “códigos tipo” ha sido utilizado en diversos sentidos, no sólo jurídicos. Desde el punto de vista jurídico también se utiliza de formas diversas.

37 Al respecto véase: http://www.igc-costarica.org/documentos/boletines/setiembre_2009.pdf
38 Sobre el tema véase: http://www.igc-costarica.org/documentos/boletines/noviembre_2009.pdf
39 El texto completo del Código puede consultarse en: <http://dtxtq4w60xqpw.cloudfront.net/sites/all/files/docpdf/gcetbrochureglobalcodees.pdf>
40 El texto completo del Código puede consultarse en: http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2010/noviembre/07_MMEDIA/0000010675.pdf
41 DUPRAT, Jean-Pierre. Los Códigos de conducta vistos por un jurista francés. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.56.

Unas veces se habla de “códigos de conducta” para referirse a reglas diversas que rigen comportamientos de personas sin vincular jurídicamente (por ejemplo normas meramente sociales). Otras veces, para mencionar reglas que ya están contenidas en normas jurídicas, luego tienen la naturaleza de éstas, son de obligado cumplimiento y surten los efectos de las normas jurídicas. En otras ocasiones, los “códigos de buenas prácticas” son homologados por los poderes públicos, quienes conceden estímulos a quienes los cumplen, aún sin sancionar a quienes no los suscriben.”⁴²

Así también, en diversos textos se entremezcla el término código de conducta con el concepto de responsabilidad social empresarial (RSE), que es un tema que también se encuentra en pleno apogeo y que, aunque se relaciona parcialmente con los códigos de conducta, en cuanto a que muchos códigos de conducta surgen en el marco de iniciativas de RSE de las empresas, no deben utilizarse como sinónimos. La responsabilidad social empresarial es un conjunto de prácticas empresariales que buscan la sostenibilidad económica, social y medioambiental, en el tanto los códigos de conducta (como se definirá más adelante)

versan sobre aspectos concretos del quehacer empresarial.⁴³

Es precisamente por lo anterior, que es conveniente dilucidar a efectos de este trabajo qué entendemos por código de conducta y en qué ámbito analizaremos los mismos.

La OCDE, define código de conducta corporativo como los compromisos hechos voluntariamente por compañías, asociaciones y otras entidades, que establecen los estándares y principios para la conducta de las actividades del negocio en el mercado.⁴⁴ Esta definición es bastante aproximada a lo que entendemos como código de conducta, no obstante el mismo estudio que dio lugar a la definición específicamente excluye los códigos de gobierno corporativo de su alcance. La OCDE, se refiere a los compromisos hechos por las compañías en temas de gobierno corporativo como “principios de gobierno corporativo” y no como códigos de conducta.⁴⁵

Continuando con la clarificación del concepto, debemos decir que a nuestro entender, los códigos de conducta no sólo abarcan temas de gobierno corporativo (lo que llamaríamos normas del buen gobierno

de la empresa),⁴⁶ sino que se ocupan en sentido amplio, de los temas relacionados con las buenas prácticas⁴⁷ en la empresa, que incluye aspectos tan diversos como normas de conducta para los trabajadores, normas contra el acoso sexual y moral, normas relacionadas con el espacio digital, de protección de los consumidores, entre muchos otros ámbitos.

Si procuramos incluir en una definición los elementos mencionados anteriormente podríamos esbozar la siguiente definición de códigos de conducta:
«Reglas de conducta o comportamiento, que no son exigidas por la ley, y que los sujetos privados adoptan voluntariamente para regir su negocio de una forma acorde con los principios sociales imperantes.»

Es importante señalar que a nuestro entender, los códigos de conducta incluyen necesariamente como elementos fundamentales la adopción de reglas de conducta para regir el negocio y el carácter voluntario de esa acción. Lógicamente estas reglas de comportamiento no sólo deberán enmarcarse dentro de la legalidad, sino qué, para que cumplan el propósito constructivo que se pretende, deberán ser acordes con los principios sociales imperantes.

Sección IV- Distintas Clasificaciones

Como se ha reseñado en la sección anterior, la frase códigos de conducta se refiere a reglas de conducta adoptadas de forma voluntaria por los sujetos privados, en distintos ámbitos, es por ello que conviene dilucidar las distintas clasificaciones que a nivel doctrinario se han hecho de este tipo de instrumentos.⁴⁸

4.1. Clasificación por sectores

Los códigos de conducta pueden clasificarse según el sector o grupo de personas al que va dirigido, las categorización que se presenta a continuación no es exhaustiva, porque como hemos dicho, en materia de códigos de conducta se ha dado un amplio abanico de modelos, no obstante consideramos que estos sectores son los que han sido más ampliamente cubiertos a nivel doctrinal.

a- Relaciones con los empleados:

Los códigos de conducta se han popularizado en el ámbito empresarial para regular la conducta de los empleados, no obstante, aún sigue siendo más común encontrarlos en ciertas industrias como son el vestido, calzado, artículos deportivos y juguetes.⁴⁹

42 REAL PÉREZ, Alicia (Coord). Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.12.
43 Sobre este tema se puede mencionar la definición del grupo de expertos del Ministerio de Trabajo de España, sobre Responsabilidad Social Empresarial, citada por Calvo Gallego que indica que es la “integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores”. CALVO GALLEG0, Javier. Códigos de conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: Análisis jurídico. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 270.
44 OECD. Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents. OECD Working Papers on International Investment. 2001/06. Publicación de OECD. [En línea] Disponible en web: http://dx.doi.org/10.1787/206157234626 [Consulta: 4 de mayo de 2012]. La definición en el idioma original es: “commitments voluntarily made by companies, associations or other entities, which put forth standards and principles for the conduct of business activities in the marketplace”
45 OECD. Principios de Gobierno Corporativo de la OECD. 2004. [En línea] Disponible en web: http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf [Consulta: 4 de mayo de 2012].

46 ZORNOZA PÉREZ, Juan. Los códigos de buen gobierno corporativo, control financiero y la fiscalidad de la empresa. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p.59.
47 El autor De la Cuesta Rute indica que es conveniente hablar de códigos de buenas prácticas ya que este tipo de instrumentos expresan estándares de conducta con un cierto reconocimiento social, véase: DE LA CUESTA RUTE. Óp. cit. p.33.
48 Para estos efectos hemos tomado como referencia inicial la clasificación que realiza DUPRAT a partir de la jurisprudencia en Francia, este autor divide los códigos de conducta en dos grupos, por sectores y por objetivos de interés general. En el primer grupo a su vez enuncia los siguientes subgrupos: el de las relaciones con los empleados, el de las relaciones entre los administradores y directivos y los accionistas, el de las relaciones con los consumidores y el de las relaciones entre las empresas. En cuanto a los objetivos de interés general, menciona tres fines perseguidos por los códigos de conducta: la protección del medio ambiente, la protección de la salud y la ayuda al desarrollo de países pobres. DUPRAT. Óp. Cit. p. 58.
49 FAUCHÈRE. Óp. Cit. p. 109.

Autores como CALVO GALLEGO han atribuido el ascenso de los códigos de conducta en este ámbito a varios factores, dentro de los que señala: el impacto de la RSE, por la que la empresa asume determinadas obligaciones frente a la sociedad y que por lo tanto la empresa incorpora como exigencias de conducta a los empleados; la interiorización de la ética y los valores en el ámbito empresarial, lo que ha llevado a las empresas a reforzar las obligaciones éticas de los empleados frente a la propia compañía; y por último la necesidad de, a través de la ética, formalizar jurídicamente prácticas de gestión de los recursos humanos.⁵⁰

Estas razones por las que se ha popularizado el uso de códigos de conducta en las relaciones con los empleados, corresponden de forma bastante correcta a los contenidos que suelen establecerse en este tipo de instrumentos y que precisamente los diferencia de otros códigos de conducta.

Así pues, es normal que en este tipo de instrumentos se contemplen obligaciones tales como de respeto a la legalidad, prohibición de discriminación, prohibición de acoso en el trabajo, cumplimiento de políticas de confidencialidad, políticas de prevención de corrupción y pagos ilícitos, políticas de trato con proveedores, diligencia en el uso de los recursos de la empresa, entre muchos otros. Al respecto la OIT, en un estudio sobre 239 códigos de conducta, indicó que los principales aspectos cubiertos por estos

instrumentos en el ámbito del trabajo son los siguientes:⁵¹

- Trabajo forzoso
- Trabajo infantil
- Libertad sindical y derecho de negociación colectiva
- No discriminación en materia de empleo
- Salud y seguridad en el trabajo
- Salario mínimo, ventajas sociales y duración del trabajo
- Seguridad en materia de empleo
- Control sobre la aplicación del código

Normalmente la decisión de implementar un código de conducta en este ámbito, pasa necesariamente por el tamiz de la reputación y la importancia que le dan los consumidores a los estándares laborales bajo los cuales se fabrican los productos que consumen. Es por ello que el ámbito de aplicación de este tipo de códigos aún no ha permeado otro tipo de industrias, que por su naturaleza, no tienen una relación tan directa con el consumidor. Como muestra podemos mencionar el impacto que ha tenido en los consumidores la revelación de prácticas vejatorias en fábricas de reconocidas marcas deportivas o de juguetes y las acciones que estas han tenido que tomar para paliar los efectos negativos.⁵²

50 CALVO GALLEGO. Óp. Cit.

51 Citado por FAUCHÈRE. Óp. Cit. p. 110.

52 De conformidad con datos revelados por la OIT, unos 12 millones de niños menores de 14 años trabajan en condiciones deplorables produciendo ropa, juguetes y ordenadores, al respecto véase la nota publicada en El Mundo sobre este tema: <http://www.elmundo.es/cronica/2001/317/1005552045.html>

a- Relaciones entre directivos, administradores y accionistas:

Los códigos de conducta que se refieren a las relaciones entre los directivos, administradores y los accionistas son probablemente los que más se conozcan en el medio empresarial, precisamente porque fueron los primeros que empezaron a difundirse en Estados Unidos. También conocidos como códigos de gobierno, surgen para “resolver el problema típico de relaciones principal-agente existente entre los propietarios de la empresa y sus gestores”⁵³.

Dentro de este tipo de códigos de conducta pueden darse varios modelos, los orientados a los intereses de los accionistas (*standard shareholders oriented model*) o bien los inclinados a la protección de los grupos de interés (*stakeholders model*) que no es más que una combinación de modelos que fueron propuestos con anterioridad, específicamente el modelo centrado en brindar potestades discrecionales a la dirección de la empresa (*manager-oriented model*) y el modelo basado en la participación de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones (*labor-oriented model*).⁵⁴

De estos dos modelos, el que ha tenido mayor acogida como línea a seguir por las empresas para implementar sus códigos de conducta sobre gobierno corporativo, es el

standard shareholders oriented model, que no significa una desprotección a los intereses de los *stakeholders*, pero que sí prima los intereses de los accionistas.⁵⁵ Normalmente este tipo de códigos contemplan medidas tales como el nombramiento de directores independientes dentro del consejo de administración, desarrollo de comités de control (ej. auditoría), restricciones o procedimientos para realizar operaciones vinculadas, rendimiento de informes etc.

Este es precisamente el tipo de códigos que trataremos con amplitud en el Capítulo II.

b- Relaciones con los consumidores

Este tipo de códigos de conducta son suscritos normalmente por empresas o profesionales para definir el comportamiento que estos tendrán tanto en sus relaciones con los competidores como con los consumidores.⁵⁶ En criterio de CAVANILLAS MÚGICA, este tipo de códigos son utilizados por el empresario para crear confianza en el consumidor e influir en su conducta económica. Esta especial característica tiene como resultado que el consumidor puede exigir al empresario el cumplimiento de lo ofertado dentro del código de conducta y que a su vez el empresario deberá de guardar en la elaboración y difusión del código de conducta los mismos cuidados que en la publicidad.⁵⁷

53 ZORNOZA PÉREZ. Óp. Cit. p.60.

54 HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. The End of History for Corporate Law. 2000. [En línea]. Disponible en The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=204528 [Consulta: 5 de mayo de 2012].

55 Ídem.

56 CARLEO ROSSI, Liliana. Codici di condotta e tutela dei consumatori. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.233.

57 CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.238.

4.2. Clasificación por objetivos

Una segunda clasificación de los códigos de conducta podría ser por objetivos, ya hemos hecho referencia en la sección anterior a que los códigos de conducta pueden clasificarse por los sectores a los que se dirige, no obstante, otra forma de catalogarlos podría ser por los objetivos que éstos persiguen.

No pretendemos ahondar en todos los objetivos que buscan proteger o normar los códigos de conducta, no obstante, existen dos grandes temas que podríamos destacar: la protección del medio ambiente y el fomento del crecimiento países en vías de desarrollo.

a- Protección del medio ambiente

La concienciación sobre la importancia de los temas ambientales ha crecido de forma importante desde los años 70 y en los últimos años se ha extendido la utilización de mecanismos de autorregulación como códigos de conducta para tratar estos temas. En Europa, incluso se ha dado una tendencia a buscar la co-regulación (Estado-sujetos privados) en este ámbito.⁵⁸

Uno de los factores que podría mencionarse para el crecimiento de la autorregulación en materia ambiental, es la búsqueda de la industria de satisfacer al consumidor,

toda vez que en Estados Unidos, Japón y Europa en general, ha sido creciente la demanda del consumidor por productos y procesos de producción amigables con el medio ambiente.⁵⁹

Sin embargo, a pesar de la creciente popularidad de los códigos de conducta en materia ambiental, estos siguen siendo adoptados mayoritariamente por industrias químicas, forestales, petroleras y mineras⁶⁰, en donde existe un mayor impacto ambiental. Siendo que otras industrias como las de servicios que también representan un impacto ambiental, aunque menor, han omitido el tema ambiental por considerar que no está relacionado con su giro de negocios.⁶¹

En este ámbito debemos señalar que muchos de los códigos de conducta en materia ambiental no se refieren de forma exclusiva a este tema, sino que más bien lo enlazan con el concepto de desarrollo sostenible, que es una visión mucho más integral. Al respecto podemos señalar algunas iniciativas internacionales que recogen principios de esta naturaleza, como lo son la Carta de la Tierra que inició como un proyecto de Naciones Unidas pero culminó como un proyecto de la sociedad civil⁶² y Global Compact que es un proyecto auspiciado por Naciones Unidas.⁶³ Estos instrumentos comprenden temas que van

58 VAN GESTEL, Rob. Self-regulation and environmental law. EJCL. Vol. 9.1. Enero 2005. [En línea] Disponible en web: <http://www.ejcl.org/91/art91-4.html> [Consulta: 7 de mayo de 2012].

59 PRATT, Lawrence y ROJAS, Edgar. Programas ambientales en bancos: una evaluación. Noviembre 2001. p.9. [En línea]. Disponible en web: http://www.ecobanking.com/EN/productos/evaluacion/CEN_770.pdf [Consulta: 8 de mayo de 2012].

60 JENKINS, Rhys. Óp. Cit.

61 Al respecto podemos mencionar que un estudio realizado en 86 bancos latinoamericanos en el 2001, demostró que solamente el 10% de los bancos analizados había adoptado un código ambiental o políticas similares. PRATT, Lawrence et al. Óp. Cit.

62 Sobre este tema véase: <http://www.earthcharterinaction.org/contenido/>

63 Al respecto se puede consultar: <http://www.unglobalcompact.org/>

desde la integridad ecológica hasta la justicia socio económica.

b- Fomento del crecimiento de países en sub-desarrollo

Este objetivo que podríamos describir como general, a su vez puede dividirse en varios objetivos más específicos según el tipo de código de conducta de que se trate. Así por ejemplo, podemos hablar de políticas para prevenir la explotación sexual comercial de personas menores de edad, al respecto hemos señalado la iniciativa que se ha dado por la Organización Mundial del Turismo para invitar a la industria turística a firmar un código de conducta en este sentido. Políticas para prevenir la explotación laboral, con especial protección a grupos sensibles como es la niñez; o bien políticas mucho más amplias como lo que se ha denominado “comercio justo”, que abarca algunos de los temas que hemos señalado, siendo uno de los principales puntos diferenciadores es la propuesta el pagar precios justos por materias primas y productos provenientes de países menos desarrollados.⁶⁴

Algunos de estos temas incluso podrían entenderse contemplados en instrumentos sobre desarrollo sostenible a los que hemos hecho referencia en el acápite anterior, no obstante lo normal es que los temas

ambientales suelen ser desarrollados en instrumentos por aparte, no sólo debido a la naturaleza técnica de algunas de las recomendaciones, sino a lo sensible que el tema que regulan.

4.3. Clasificación por su nivel de difusión

Con respecto al nivel de difusión, podemos clasificar los códigos de conducta en internos y externos⁶⁵, o bien en públicos (disponible para consulta del público en general) o privados. Es común que cuando los códigos de conducta son privados, estos sean de carácter individual, es decir es el compromiso del propio interesado (empresa) de establecer pautas de conducta por y para sí. Así también, es frecuente que cuando los códigos de conducta son públicos, sean generados por iniciativas colectivas, asociaciones gremiales o de otra índole, aunque en la actualidad no son pocas las empresas que elaboran sus códigos de conducta de forma absolutamente voluntaria e individual y opten por su difusión.

Las razones por las que las empresas deciden que sus códigos de conducta sean difundidos al público en general son variadas. Los códigos de conducta externos, generan un mayor nivel de compromiso con otras partes involucradas, como podrían ser los consumidores, proveedores y otros

64 Sobre este punto se puede señalar la iniciativa del World Fair Trade Organization (WFTO) para promover el comercio justo a nivel mundial mediante y propone la adhesión a un Código de Práctica que abarca temas como el pago de un precio justo, la protección del medio ambiente, la igualdad de oportunidades en el empleo, entre otras. Al respecto puede consultarse el código completo en: http://www.wfto.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=48&&Itemid=99999999

65 Sobre el uso de esta terminología es menester señalar que autores como SIERRA HERNÁIZ han usado esta clasificación para distinguir los sujetos destinatarios de las obligaciones establecidas por los códigos de conducta, los internos establecen obligaciones para el ámbito de la empresa (empleados y directivos) y los externos establecen obligaciones para terceros (por ejemplo, proveedores). SIERRA HERNÁIZ, Elisa. Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 232.

stakeholders, ya que precisamente su difusión pretende tener también un efecto de publicidad. En algunas áreas, incluso la difusión de ese código de conducta puede ser vital para generar confianza en el consumidor, este es el caso de los códigos de conducta en el ámbito digital en donde la adopción de este tipo de instrumentos representa un “compromiso” con el usuario, que le garantiza estándares mínimos de cuidado.⁶⁶

Así también, en ámbitos en los que la transparencia y la información son fundamentales como en el caso de las entidades que cotizan en el mercado de valores, la difusión del código de conducta se convierte en una garantía más para el inversionista. No basta ya con informar de los hechos relevantes que puedan influir en el comportamiento de los precios en la bolsa, sino que es conveniente dar información sobre los aspectos que puedan repercutir en el buen gobierno de la empresa y por ende sus resultados.⁶⁷ En algunos casos incluso, la decisión de difundir el código de conducta no es voluntaria, sino que se ha visto obligada por la normativa vigente.⁶⁸

Por otro lado, entre las razones que pueden tener las compañías para no difundir sus códigos de conducta puede estar el hecho de que su giro de negocio no requiera un

contacto directo con el público en general y que por lo tanto no pretendan “garantizar” a los consumidores la integridad de su conducta en materia ambiental, laboral, trato con proveedores, etc. O bien, en casos de códigos sobre buen gobierno, que se trate de empresas de menor tamaño (PYMES) y/o de naturaleza familiar, que no estén interesados en revelar sus políticas internas, aunque sí en mejorar la gestión, establecer controles en la empresa, garantizar la sucesión del negocio o bien acceder a financiamiento⁶⁹.

Capítulo II- Códigos de Conducta referidos aspectos de gobierno de las sociedades

Sección I- Los códigos de conducta en las sociedades mercantiles

En el Capítulo I hemos establecido una definición de lo que entendemos por códigos de conducta, no obstante, podríamos decir que éstos son el género y los códigos de conducta sobre aspectos de gobierno o códigos de gobierno corporativo una de sus especies. Por ello, conviene que nos adentremos en dilucidar el concepto de este tipo de instrumentos y sus particularidades. Lo primero que debemos decir es que el término “gobierno corporativo” proviene de

la terminología anglosajona que denomina a este tipo de documentos como *corporate governance*, que corresponde a una analogía del gobierno de los Estados con el gobierno de las sociedades.⁷⁰

En el pasado, en Estados Unidos primordialmente, la titularidad de las acciones de las sociedades mercantiles estaba dividida entre un grupo de accionistas mayoritarios con amplio control y otros accionistas minoritarios sin posibilidades de ejercer control en la sociedad (*corporate feudalism*). Esta situación paulatinamente fue cambiando y en la actualidad existe una tendencia a la democratización de las sociedades (*shareholders democracy*) en la que busca darse mayor capacidad de control a los accionistas minoritarios.⁷¹

En la búsqueda de equilibrio de los distintos intereses existentes en las sociedades mercantiles, se han generado distintos modelos sobre el gobierno de las empresas. Como hemos referido en el capítulo anterior, en materia de códigos de gobierno corporativo existen básicamente dos tendencias generales, el *standard shareholders oriented model* y el *stakeholders oriented model*, siendo que el primero estará enfocado en proteger los intereses de los accionistas y el segundo en los intereses de los *stakeholders*.

Los códigos de gobierno corporativo orientados hacia los *stakeholders* se subdividen en dos vertientes, una en la que el consejo de administración es el llamado a velar por los intereses de estos *stakeholders* (basado en el *fiduciary model*⁷²) y otro en el que esos intereses procuran directamente por los *stakeholders* mediante el nombramiento de uno o dos puestos del consejo de administración. Ambas vertientes han sido criticadas por presentar como inconveniente el entorpecimiento del proceso de decisión de la compañía, en el primer caso porque es probable que al final la alta dirección busque conseguir la forma de que sus intereses prevalezcan y en la segunda, porque la presencia obligatoria de representantes de los *stakeholders*, por sí puede entorpecer la toma de decisiones.⁷³

Por su parte, el modelo basado en los accionistas (*shareholders oriented model*) parte del principio de que la gerencia de la empresa a quien debe ‘rendir cuentas’ es a los accionistas, lo que no significa que los *stakeholders* no deban ser tomados en consideración, pero el modelo considera que para ello simplemente se deben cumplir con los mecanismos legales previstos, como podría ser la aplicación de las normas laborales para regir las relaciones entre el empleador y los empleados.⁷⁴

66 RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL. Espacio Digital y Autorregulación. Óp. Cit. p. 162.
67 CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMÉNEZ, Antonio. *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*. Las Rozas (Madrid): La Ley. 2005. p.12.
68 Este es el caso de Costa Rica en donde el Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN- SUGESE exige a las entidades supervisadas que publiquen tanto el Código de Gobierno Corporativo como el informe anual de Gobierno Corporativo. Normalmente esta difusión se realiza por medio de la página web corporativa.
69 En el caso de las PYMES es hasta hace muy poco que se ha empezado a hablar de la importancia del gobierno corporativo, en Europa solamente hay 7 mil empresas cotizadas, frente a 21 millones de PYMES, cifra que hace trascendental la inclusión de estas empresas en temas de gobierno corporativo. A raíz de la crisis de 2008 el financiamiento, cada vez más escaso y comedido, pone sobre el tapete también esta necesidad. Véase: Conclusiones más relevantes de la 9na Conferencia Europea de Gobierno Corporativo. EGCI. Madrid. 2010. p.9. [En línea]. Disponible en web: http://www.ecgi.org/presidency/background/2010_madrid_executive_summary_es.pdf [Consulta: 15 de mayo de 2012].

70 El término corporate governance se le atribuye a Richard Eells quien fue el primero en utilizarlo en 1960, referido por: BECHT, Marco, BOLTON, Patrick y Röel, Ailsa. *Corporate Governance and Control*. ECGI. Finance Working Paper N° 2/2002. p. 2. [En línea] Disponible en web: http://ssrn.com/abstract_id=343461. [Consulta: 22 mayo de 2012].
71 BECHT, Marco et al. Óp. Cit. p. 9.
72 El *fiduciary model* es aquel que se encuentra basado en los *fiduciary duties* u obligaciones de confianza, entendidas como la honestidad y la buena fe en el desempeño del cargo por parte de los directores del consejo de administración, como actuaciones concretas se pueden enunciar: (i) actuar en relación con lo que el director cree que es el mejor interés de la compañía, (ii) ejercer sus poderes para el propósito para el que fueron conferidos y (iii) no colocarse en una posición en la que sus intereses personales y los de la compañía puedan entrar en conflicto. PROCTOR, Giles y MILES, Lilian. *Corporate Governance*. Londres: Cavendish Publishing Limited. 2002. p.5.
73 Hansmann et al. Óp. Cit. p.7.
74 Ídem.

Ambos modelos, tanto el basado en los intereses de los *stakeholders*, como el orientado en los intereses de los accionistas, han sido implementados en distintos países como opciones de gobierno corporativo, no obstante, se puede decir que el modelo imperante al menos en Norteamérica, Europa (la mayor parte) y Japón es el último de ellos,⁷⁵ siendo que quizá los casos más representativos de modelos que toman en consideración los intereses de los *stakeholders* (específicamente los trabajadores) se presentan en Alemania,⁷⁶ Austria y países Escandinavos.⁷⁷

Así por ejemplo, la definición de gobierno corporativo que realiza el UK Code on Corporate Governance, indica que el gobierno corporativo es la forma en cómo las compañías son dirigidas y controladas, el consejo de administración es el responsable del gobierno de la sociedades, y el rol de los accionistas el de nombrar los miembros del consejo de administración y auditores apropiados para esa labor. En su tarea, el consejo de administración deberá velar por establecer la estrategia de la compañía, desarrollar el liderazgo para llevarla a cabo, supervisar la administración del negocio y reportar a los accionistas sobre la tarea encomendada.⁷⁸ Es decir, claramente el modelo está basado primordialmente en proteger los intereses de los accionistas, a

quienes el consejo de administración debe reportar sobre su gestión. No obstante lo anterior, es interesante como en el caso de los británicos, su modelo societario en general ha adoptado un sano equilibrio entre los intereses de los accionistas y los de los *stakeholders*, así por ejemplo la reforma que se dio en materia societaria con la promulgación del *Companies Act* en el 2006, introdujo cambios orientados a que los administradores promuevan el éxito de la compañía para el beneficio de sus miembros como ‘un todo’, para ello deberán tomar en consideración las relaciones con empleados, proveedores, clientes, comunidad etc. (*Section 172*). Se redirecciona así el *shareholders primacy principle*, tomando en cuenta los intereses de otros grupos vinculados a la compañía.⁷⁹

En forma similar en Costa Rica, también se ha elegido seguir un modelo de gobierno corporativo basado primordialmente en los intereses de los accionistas. En este sentido, podemos señalar la definición de gobierno corporativo dada por el Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN-SUGESE vigente en el país, que omite mención alguna a los *stakeholders* y se enfoca principalmente en la relación de los accionistas con otros órganos y figuras de la sociedad: “Conjunto de políticas, normas y órganos internos mediante los

75 Ídem.
76 BECHT, Marco et al. Óp. Cit.
77 Institute of Directors. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK. p.15. [En línea] Disponible en web: <http://press.iod.com/2010/11/22/corporate-governance-guidance-for-unlisted-companies-launched-by-iod/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].
78 FINANCIAL REPORTING COUNCIL. UK Code on Corporate Governance. p. 1. [En línea] Disponible en web: http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf [Consulta: 26 de mayo de 2012].
79 FELIÚ REY, Jorge y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. La proyectada reforma del Derecho de Sociedades en el Reino Unido: Companies Bill. *Derecho de los Negocios*. N° 194. Noviembre 2006. pp.25-34.

cuales se dirige y controla la gestión de una entidad. Comprende las relaciones entre los accionistas o asociados, la Junta Directiva u órgano equivalente, ejecutivos, sus comités de apoyo, las unidades de control, la gerencia y las auditorías interna y externa.”

Es probable que el hecho de que el modelo más desarrollado de gobierno corporativo sea el que prima los intereses de los accionistas, se deba a que los códigos de gobierno corporativo hasta ahora han sido desarrollados casi de forma exclusiva para sociedades que cotizan en bolsa o bien, para sociedades supervisadas estatalmente. Un ámbito en donde la transparencia cobra un carácter vital, y donde suelen presentarse dos importantes problemas para el gobierno de las sociedades, la dispersión de accionistas y la dificultad en lograr que los distintos intereses de los grupos pertinentes se vean representados.⁸⁰ En estas circunstancias, el modelo ha pretendido evitar la concentración de poder en la dirección de la empresa, sujetándola a sistemas de control y fiscalización, y establecer mecanismos para que esos gestores de la empresa, protejan los intereses de los accionistas por encima de los propios.⁸¹

Sin embargo, a pesar de que el *shareholders oriented model* ha tenido mayor preponderancia hasta ahora, desde hace unos años ha habido iniciativas en algunos países para crear modelos dirigidos hacia

empresas no cotizadas, en donde los *stakeholders* cobran un rol más protagónico, aunque no podemos hablar de que se cumpla el *stakeholders oriented model* a cabalidad.

Sobre este tema es menester mencionar el Código Buysse, que surge como una iniciativa en Bélgica en el año 2005 (posteriormente remozado en el 2009) y que tiene una serie de recomendaciones en materia de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas. Dentro de estas recomendaciones llama la atención que se incluyen una serie de disposiciones (Sección 2) para la que las empresas mantengan su atractivo para los *stakeholders* (internos y externos) y de esta forma preservar la continuidad de la empresa, así como una sección dedicada a la responsabilidad social corporativa (Sección 3), en donde se plantea que en las compañías no cotizadas, los valores personales y la responsabilidad de la dirección, están muy ligados a la empresa, por lo que es importante la responsabilidad social corporativa se convierte en parte esencial de la política de la empresa.⁸²

Independientemente de cuál sea el modelo de gobierno corporativo que se implemente, éste puede representar enormes beneficios no solamente para las sociedades cotizadas, sino también para el común de las empresas, fundamentalmente en la mejora de la gestión y en la imagen que puedan tener determinados *stakeholders* (posibles

80 BECHT, Marco et al. Óp. Cit. p.11.
81 CONTHE menciona extrae estos principios del gobierno corporativo al realizar un interesante paralelismo entre el movimiento a favor del buen gobierno corporativo en las sociedades cotizadas, con los debates de Teoría Política sobre la buena organización de la Sociedad y el poder político; en éste compara a los gestores de la empresa con los gobernantes de un país y a los ciudadanos con los accionistas. CONTHE, Manuel. El buen gobierno de las sociedades. *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N° 3. 2005 p. 1864.
82 CODE BUYASSE II. Corporate Governance for Non-listed Companies. [En línea] Disponible en web: <http://www.codebuysse.be/downloads/Code%20Buysse%20II%20-%20English%20version.pdf> [Consulta: 15 de mayo de 2012].

financiadores, empleados, consumidores y la comunidad) sobre la empresa.⁸³ La tarea pendiente por lo tanto, se encuentra en lograr extender los beneficios de la implementación de este tipo de instrumentos al resto de las sociedades.⁸⁴

Sección II – El órgano emisor y procedimiento de aprobación

Los Códigos de Gobierno Corporativo pueden clasificarse en distintos grupos de conformidad con el órgano emisor de dicho código y el procedimiento de aprobación del código de la empresa, al respecto SIERRA HERNÁIZ distingue las siguientes clasificaciones para los códigos de conducta en general:⁸⁵

- a- *Business codes* (códigos de empresa): son los códigos desarrollados y aplicados directamente por una empresa.
- b- *Subscription codes* (códigos de suscripción): son códigos que se elaboran externamente y que las empresas pueden adoptar íntegramente.
- c- *Model codes* (códigos modelo): son códigos orientativos elaborados externamente, que sirven de base para que las empresas puedan adoptar los propios.

En el ámbito de gobierno corporativo, es más común encontrarnos con *business*

codes o *model codes*, ya que por el tipo de regulaciones que incluyen este tipo de textos es difícil que se den *suscription codes*, toda vez que el gobierno de las sociedades debe ser adaptado a las particularidades de cada empresa, de acuerdo con su tamaño, su giro comercial, si cotiza en bolsa o no, etc. Adherirse por lo tanto al texto íntegro de un código de gobierno corporativo, es bastante improbable, salvo que se trate de iniciativas reducidas a grupos de empresas con características muy similares.

No obstante lo anterior, en lo aplicable, utilizaremos esta clasificación como base para el análisis del órgano emisor y del procedimiento de aprobación de los códigos de gobierno corporativo.

2.1. El órgano emisor

En cada uno de los modelos descritos anteriormente, el órgano emisor es distinto, así por ejemplo en el caso de los *business codes* el órgano emisor será la propia empresa que diseña y emite el código de conducta y en el caso de los *suscription codes* y *model codes*, el órgano emisor normalmente será un tercero con relación a la empresa y que reviste una naturaleza variada. Al respecto podemos señalar que un estudio comparativo realizado en el 2002 sobre los principales códigos de gobierno corporativo de los miembros de la Unión Europea señaló que en los códigos

estudiados (35 en total) se presentaban los siguientes tipos de emisores:⁸⁶

- Instituciones gubernamentales o cuasi-gubernamentales.
- Comisiones nombradas por los gobiernos.
- Órganos relacionados con las bolsas de valores.
- Comisiones híbridas entre las bolsas de valores y empresarios, la industria, inversionistas o asociaciones académicas.
- Asociaciones de empresarios, industriales o académicos.
- Asociaciones de directores
- Varios tipos de grupos de inversionistas

En la gran mayoría de los códigos analizados, el cumplimiento del código es completamente voluntario y solamente en algunos de ellos se indica que aunque el cumplimiento es voluntario, en caso de incumplir se deben rendir explicaciones. Así también, la mayoría de estos códigos, al ser de naturaleza voluntaria y brindar lineamientos sobre el gobierno corporativo, encuadran bajo la clasificación de *model codes*, quedando en manos de las empresas la adopción de las medidas que consideren pertinentes. Es importante destacar que de

conformidad con la metodología del estudio, los *business codes* individuales, quedaron fuera de análisis por ser complejo recabar la información, no obstante si consideramos los códigos de gobierno corporativo emitidos por inversionistas como *business codes*, su representación dentro del total analizado es significativa (ascienden a 11).⁸⁷

En relación con los *model codes*, que son el tipo más frecuente de código, como ejemplo de iniciativa internacional podemos citar los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE 2004, que constituyen un modelo orientativo tanto para los Estados como para las empresas (principalmente las cotizadas) sobre medidas de gobierno corporativo que pueden ser adoptadas en la normativa nacional –en el caso de los Estados- o en el ámbito empresarial. Su adopción es completamente voluntaria y por ser una iniciativa de carácter internacional, no es un documento taxativo, sino que está orientado precisamente a ser desarrollado por los sujetos interesados.⁸⁸

En el ámbito nacional, en España por ejemplo, el Código unificado de buen gobierno para sociedades cotizadas podría encuadrar bajo la categoría de código modelo, ya que pretende servir de guía sobre aspectos de buen gobierno para estas sociedades. Tal y como lo establece la sección de principios básicos, una de las características del código es la voluntariedad, las sociedades cotizadas son libres de cumplir o no las recomendaciones del código, no obstante

83 INSTITUTE OF DIRECTORS. Óp. Cit. p.12.
84 Sobre este tema ya en el año 2005 algunos autores hablaban sobre la necesidad de hacer un esfuerzo por investigar y difundir los mecanismos para mejorar la gestión de las empresas que no cotizan. CASADO, Fernando. Un enfoque distinto para el buen gobierNº *La ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Nº 3. 2005. p. 1870.
85 SIERRA HERNÁIZ, Elisa. Tipificación y caracterización de los códigos de conducta unilaterales de las empresas. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 231.

86 COMISIÓN EUROPEA. Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States. Enero 2002. p.16. [En línea]. Disponible en web: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/corpgov/corp-gov-codes-rpt-part1_en.pdf [Consulta: 27 de mayo de 2012].
87 Ídem.
88 OECD. Principios de Gobierno Corporativo de la OECD. Óp. Cit.

en caso de no cumplir, deben rendir explicaciones.⁸⁹ Sobre el modelo seguido en España, es importante destacar que las empresas no tienen obligación de elaborar a lo interno de la sociedad un documento que englobe todas las normas que consideren pertinentes del Código, sino que implementan las recomendaciones según corresponda, mediante la modificación de los estatutos sociales, incluyendo las medidas en la celebración de las juntas generales de accionistas, mediante la adopción de pactos parasociales y/o adoptando reglamentos internos que incorporen dichas recomendaciones.

Similar orientación tiene el UK Corporate Governance Code, que tiene carácter voluntario (los británicos acuñaron la máxima *comply or explain*), y que establece lineamientos generales que deben cumplir las empresas en materia de gobierno corporativo. Resulta interesante el planteamiento del Código británico en cuanto a la estructura que desarrolla para los lineamientos, siendo que en todos los casos establece principios fundamentales y secundarios (*main and secondary principles*) y el clausulado correspondiente (*provisions*); en caso de que las compañías consideren que no pueden adoptar el clausulado por no ser aplicable a la empresa, podrán adoptar medidas que contengan el principio fundamental incluido en el Código.⁹⁰

En Costa Rica el sistema imperante para sociedades cotizadas también es de código

modelo, no obstante a diferencia de los casos citados anteriormente, sí existe la obligación para cada empresa de adoptar un documento que englobe las medidas de gobierno corporativo. Es decir, cada sociedad deberá de adoptar su propio código de gobierno corporativo, que aunque tendrá que cumplir con los elementos esenciales del modelo orientativo, podrá ampliarse a conveniencia por las empresas, pudiendo incluso bajo este supuesto tener matizaciones de un *business code*.

Como mencionamos brevemente en el acápite anterior, en materia de sociedades no cotizadas existen algunas iniciativas de *model codes*, además del Código Buysse, están las desarrolladas por Institute of Directors (IoD) que emitió un documento denominado Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK y el European Confederation of Director's Association (ecoDa) que emitió un documento de naturaleza similar llamado Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe.⁹¹

Como hemos reseñado, en el área de los *model* y *subscription codes* los órganos emisores pueden tener naturaleza diversa, abarcando los ámbitos gubernamentales y privados. En el caso de los *business codes*, estos se generan enteramente en el ámbito privado, específicamente el societario, no obstante es difícil determinar un elemento común en cuanto al órgano emisor. Sobre este punto podemos citar la situación de Costa Rica, que aunque para el caso

de sociedades cotizadas existe un *model code*, debido a que el mismo tiene que ser a su vez transformado en un código interno para cada empresa, existe una disposición expresa sobre el órgano societario que debe aprobar este tipo de documentos.

El artículo 4 del Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN-SUGESE, dispone que el órgano encargado de aprobar el Código de Gobierno Corporativo es a lo interno de la empresa la Junta Directiva o el órgano equivalente⁹², sin embargo el Reglamento es omiso sobre quién debe ser a lo interno de la sociedad el órgano encargado de la elaboración del código. Si bien el Reglamento aporta los contenidos mínimos para la elaboración del código, lo cierto es que estos necesitan ser matizados para cada entidad en concreto, de lo contrario el propósito del código se desvanecería. En la práctica suelen ser los asesores legales (internos o externos) de la sociedad los que elaboran el código, en conjunto con la administración de la sociedad, y posteriormente lo someten a aprobación de la junta directiva.

La regulación existente en Costa Rica para sociedades cotizadas y supervisadas en donde se encomienda la tarea de aprobar el código de gobierno corporativo a la junta

directiva abre la interrogante de cuál sería el órgano encargado de este procedimiento en el caso de las sociedades no cotizadas. En el caso de sociedades no cotizadas que estén constituidas en la forma de sociedad anónima, la cuestión es sencilla de resolver, ya que podría ser la misma junta directiva la que apruebe el código de gobierno corporativo,⁹³ sin embargo, en el caso de empresas que utilicen otras formas de organización en donde la figura de la junta directiva no existe (como es el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en Costa Rica), la situación queda sin duda sin zanjar.

Similar problema se enfrenta en las sociedades no cotizadas a nivel general en donde se da una amplia variedad de formas sociales para operar, que abarcan figuras similares a las sociedades tipo *partnerships* (sociedades comanditarias), de responsabilidad limitada y *joint stock companies* (sociedades por acciones).⁹⁴

Si bien en principio en el caso de los *business codes*, el órgano emisor y del código de conducta debería de quedar a la libre elección de la sociedad, su decisión podría tener importantes repercusiones en la exigibilidad del código de gobierno corporativo, por lo que analizaremos este tema en el Capítulo III.

89 COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES. Código unificado de buen gobierNº [En línea] Disponible en web: <http://www.cnmv.es/Portal/-/verDoc.axd?t={95a1c6ba-d526-41cb-95fb-ed767424ab86}> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

90 FINANCIAL REPORTING COUNCIL. UK Code on Corporate Governance. p. 1. [En línea] Disponible en web: http://www.frc.org.uk/documents/pagewriter/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf [Consulta: 26 de mayo de 2012].

91 ECODA. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe [En línea]. Disponible en web: http://www.ecoda.org/docs/ECODA_WEB.pdf [Consulta: 27 de mayo de 2012].

92 De conformidad con el Código de Comercio de Costa Rica (Artículo 181) la Junta Directiva es un órgano colegiado compuesto como mínimo por tres miembros, Presidente, Secretario y Tesorero, cuyas funciones son equivalentes a las del Consejo de Administración en España. De conformidad con las leyes especiales que rijan la actividad que desempeñe la sociedad, la Junta Directiva deberá de integrarse de forma distinta a lo estipulado en el Código de Comercio, así por ejemplo la Ley Reguladora del Mercado de Seguros Nº 8653 (Artículo 9) indica que la Junta Directiva de las entidades aseguradoras deberá de tener cinco miembros.

93 En este sentido es importante destacar que el artículo 188 del Código de Comercio indica que el consejo de administración tiene como atribución el dictar los reglamentos de la sociedad, por lo que si se interpreta de forma amplia esta disposición podría entenderse que comprende la facultad de dictar códigos gobierno corporativo.

94 OECD. Corporate Governance of non-listed companies in emerging markets. 2006. p.9. [En línea] Disponible en web: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/11/37190767.pdf> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

2.2 Procedimiento de Aprobación

El procedimiento de elaboración y de aprobación de los códigos de conducta varía según el tipo de código de que se trate, así por lo tanto, en el caso de los *suscription* y *model codes*, el procedimiento de elaboración y aprobación dependerá fundamentalmente de la naturaleza del órgano emisor.

En el estudio realizado por la Comisión Europea y al que hemos hecho referencia en el acápite anterior, se menciona que en la mayoría de los códigos analizados (alrededor del 55%) el órgano emisor recibió contribuciones de grupos de industriales, ejecutivos de empresa, órganos gubernamentales, órganos reguladores y grupos de inversionistas. Para recibir estas contribuciones, alrededor de un 28% de los órganos emisores, utilizaron como mecanismo de consulta la publicación de un borrador del código, la recepción de comentarios y sugerencias, y la posterior inclusión de los mismos en la versión final; en los casos restantes, el órgano emisor invitó a participar del proceso de redacción a expertos concretos en el tema.

En relación con los *business codes*, al igual que hemos dicho que el órgano emisor del código de conducta se deberá decidir en el ámbito societario, el procedimiento de aprobación dependerá de esa elección. En el caso de Costa Rica, el Reglamento de Gobierno Corporativo SUGEF-SUGEVAL-SUPEN-SUGESE no menciona ninguna formalidad o procedimiento específico que deba seguirse para la aprobación del código de conducta, por lo que partiendo

95 ECODA. Óp. Cit. p. 12.

de esa libertad que otorga el Reglamento, lo lógico y usual es que el Código de Gobierno Corporativo preparado por la empresa se someta a conocimiento de la junta directiva –órgano emisor determinado por el Reglamento- con alguna anticipación razonable y que ésta lo ponga en agenda para su próxima reunión ordinaria o bien que se convoque a una reunión extraordinaria para tales efectos.

La aprobación del Código de Gobierno Corporativo deberá de constar por lo tanto, en las actas de reunión de la Junta Directiva y deberá de ordenarse su posterior publicación en el sitio web oficial de la empresa.

Sección III- Contenido mínimo del código

A pesar de que como hemos dicho los códigos de gobierno corporativo han sido mucho más desarrollados para sociedades cotizadas, en esta sección procuraremos centrarnos en los contenidos mínimos que deben tener este tipo de documentos para sociedades no cotizadas y no supervisadas, con una especial referencia a medidas para empresas familiares.

3.1. Papel de los Accionistas

Las sociedades no cotizadas a diferencia de las cotizadas, no suelen tener un número significativo de accionistas minoritarios, sino que por el contrario el capital social tiende a estar en propiedad y control de individuos en su condición personal o de coaliciones de miembros de un mismo grupo familiar.⁹⁵ Estas características, sin duda hacen que el papel

de los accionistas en el gobierno corporativo para las sociedades no cotizadas, deba plantear particulares condiciones.

De conformidad con el Código Buyse, con el fin de poder plantear estrategias a largo plazo la empresa debe tener accionistas que:

- Estén dispuestos en entrar en una relación de negocios a largo plazo.
- Tengan una visión estable de la sociedad.
- Estén preparados para dejar la administración y supervisión de la sociedad en manos de órganos calificados.

En relación con este último rubro, ECODA también indica en los principios para compañías no listadas en la bolsa, que el origen de la autoridad en una sociedad es la titularidad accionaria, no obstante toda compañía alcanza un punto en el que no es posible para el accionista ejercer el rol de accionista, director y administrador. Con base en lo anterior el papel de los accionistas que debe ser contenido en este tipo de códigos debería estar enfocado a definir la visión y valores de la empresa, fijar los objetivos financieros, nombrar la junta directiva y establecer sus compromisos como accionistas con relación a la empresa.⁹⁶

Adicionalmente, es importante que el código de gobierno corporativo establezca claramente el derecho de información que tienen los accionistas, si bien en este

tipo de sociedades el accionariado suele estar mucho más concentrado, esto no necesariamente se traduce en acceso directo a la información, por lo que el código debe de establecer mecanismos para mantenerse informado sobre el acontecer de la sociedad.

Finalmente es importante destacar la conveniencia de establecer pactos parasociales (*shareholders agreements*) entre los accionistas de este tipo de sociedades, que detallen sus derechos y sus obligaciones. Las sociedades no cotizadas, por naturaleza tienden a tener una naturaleza cerrada, por lo que es recomendable establecer mediante este tipo de pactos los supuestos en los cuales se pueden transmitir las acciones, el procedimiento que se debe seguir, aspectos sobre el precio de las acciones, entre otros.⁹⁷ Por otro lado siendo que los accionistas de las sociedades no cotizadas en algunos casos comparten un vínculo familiar, es conveniente que los pactos estipulen además protecciones especiales para los miembros de la familia ante eventuales socios no familiares.⁹⁸

3.2. Consejo de Administración

Como se ha mencionado en el punto anterior, una de las principales funciones de los accionistas es seleccionar el consejo de administración y establecer las tareas que éste órgano debe realizar. El consejo de administración es el principal órgano encargado de la toma de decisiones en la sociedad y por lo tanto tiene una amplia gama de atribuciones.

96 CODE BUYSE II. Óp. Cit. p. 23
97 Ídem.
98 GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel. Relaciones Familia- Empresa. En: OLIVAS MARTÍNEZ, José Luis (Prologuista). *Recomendaciones sobre el Buen Gobierno de las Empresas Familiares*. Navarra: Thomson – Civitas. 2006. p. 48.

El consejo de administración como parte de sus funciones debe establecer cuál será la estructura, la estrategia y el perfil de riesgo a seguir por la compañía. Así también el consejo de administración debe de seleccionar a los administradores de la sociedad, delegarles funciones y darle seguimiento a su desempeño.⁹⁹

En materia de gobierno corporativo el papel del consejo de administración se ha criticado por cuanto en muchas sociedades existen miembros del consejo que participan también activamente en la gestión de la empresa. Esta doble condición que ostentan muchos miembros del consejo de administración (como consejero y administrador, en sentido práctico), pone en duda la capacidad de supervisión que puede tener un órgano cuando los mismos miembros después ejecutarán las decisiones tomadas por éste. Ante esta situación, una de las propuestas que cobra más fuerza en materia de gobierno corporativo es integración de consejeros independientes en los consejos de administración,¹⁰⁰ que no formen parte de la administración, ni tengan condición de accionistas.¹⁰¹ De esta forma se logra dar un giro a la visión tradicional del consejo de administración (de gestión y administración)

y se le orienta más hacia la supervisión de los administradores, lo cual constituye una apuesta por el sistema monista de administración de facultades.¹⁰²

El código de gobierno corporativo deberá por lo tanto contemplar, no solamente las funciones que debe tener el consejo de administración, sino los atributos que deberán tener los miembros del consejo, cobrando particular importancia la posible existencia de miembros independientes que reúnan las condiciones arriba descritas. El papel de estos consejeros independientes (en el mundo anglosajón se ha usado el término de *outside directors*), será por lo tanto, el de brindar asesoría imparcial, fomentar la labor de reporte a los accionistas y aportar toda su experiencia y colaboración a la sociedad.¹⁰³

Aunado a lo anterior, es recomendable que la junta directiva nombre un presidente, así como un director ejecutivo (también conocido como *Chief Executive Officer ‘CEO’* o *Managing Director*), esta figura, que no es tan común a los países de tradición civilista, lo que pretende es ser un canal de comunicación entre el consejo de administración y el equipo de administradores de la sociedad, además de ejercer autoridad sobre la operación de la compañía.¹⁰⁴

Mención aparte amerita un tema que sin duda ha generado muchísimos comentarios en los últimos años, sobre todo a raíz de la crisis financiera del 2008, que es la compensación de los miembros del consejo de administración. La compensación a los consejeros debe ser suficientemente competitiva para atraer, retener y motivar a consejeros que calcen con el perfil que busca la empresa.¹⁰⁵ Sin embargo es importante que en la compensación de los directores se haga una diferenciación entre los consejeros independientes y otros consejeros, ya que los consejeros independientes deberán de tener una compensación principalmente vinculada a su participación en las reuniones de consejo de administración. Por otro lado, consejeros que tengan una mayor dedicación de tiempo y esfuerzos a la empresa (que cumplan roles también de administración), deberán tener una compensación mayor, que se aconseja tenga un porcentaje fijo y uno variable sujeto al desempeño y al cumplimiento de objetivos de productividad.¹⁰⁶

En cuanto al consejo de administración, conviene aquí hacer una matización al menos en cuanto al derecho costarricense, ya que como hemos mencionado en secciones precedentes, actualmente el Código de Comercio, que regula lo relativo a las sociedades mercantiles, solamente contempla la figura del consejo de administración para las sociedades anónimas. En las sociedades de responsabilidad limitada – que aunque no es el tipo societario más utilizado, no es infrecuente sobre todo en PYMES- la administración de la sociedad se encomienda a gerentes (uno o más),

que actúan en forma individual y no como órgano colegiado. Lo anterior tiene como consecuencia que en materia de gobierno corporativo, necesariamente tendríamos que pensar en la creación de un comité supervisor que cumpla funciones similares a las del consejo de administración que hemos enunciado aquí.

3.3. Administradores (Management)

Los administradores son las personas encargadas de la gestión de la empresa en el día a día, por lo que deben de tener las facultades y poderes en la justa medida para poder desempeñar su labor. Dentro de las labores que típicamente deberían de encomendarse a los administradores están: la preparación de estrategias y presupuestos, ejecutar las estrategias encomendadas por el consejo de administración, administrar la relación con los bancos, la firma de contratos y otros documentos operativos, contratar al personal y establecer su sistema de compensación, establecer el sistema interno de control y manejo del riesgo, entre otras labores menores.¹⁰⁷

Así también, como hemos dicho en el apartado anterior, es recomendable que en la administración exista un director ejecutivo que no solamente sea intermediario en las relaciones con el consejo de administración, sino que sea a su vez el encargado de llevar a cabo las decisiones de este órgano en coordinación con los administradores. El director ejecutivo debe por lo tanto mantener informado al consejo de administración de todas las labores desempeñadas por los

99 ECODA. Óp. Cit. p. 16.

100 OLIVAS MARTÍNEZ. Óp. Cit. p. 53.

101 Sobre este tema CONTHE nos indica que a pesar de que en España se sigue llamando a los miembros del consejo de administración como “administradores”, según las tendencias vigentes en Estados Unidos y Reino Unido, sería más conveniente llamarlos consejeros (término más asociado al término en inglés *directors*), ya que su función debería de ser la de controlar a quienes administran la compañía, en lugar de administrarla ellos mismos. Por ello se recomienda que exista un número importante de consejeros que tengan independencia con relación a los gestores a los que deben supervisar. CONTHE, Manuel. Óp. Cit. p.1864.

102 El sistema monista de administración con delegación de facultades, se contrapone al sistema dualista que propone un sistema gerencial del consejo y la creación de otro órgano supervisor separado. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos y DORREGO DE CARLOS, Alberto. El sistema español de gobierno corporativo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina y jurisprudencia y bibliografía*. N° 3 (2005). p.1872.

103 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. 15.

104 ECODA. Óp. Cit. p. 30.

105 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. p.17.

106 ECODA Óp. Cit. p. 35.

107 Ídem. p. 30.

administradores y de rendir cuentas sobre el trabajo de estos.¹⁰⁸

Al igual que en el caso del consejo de administración, la remuneración también cobra importancia para los administradores, es importante que esta esté basada en el desempeño de la compañía y en los resultados individuales del administrador en cuestión.¹⁰⁹ Es la Junta Directiva la que debe decidir sobre la remuneración de los administradores, pero siempre guardando el cuidado que aquellos consejeros que participen de la administración de la empresa, no participen en la decisión sobre su propia remuneración.

3.4. Política de control y manejo del riesgo

En materia de gobierno corporativo este es uno de los temas que sin duda cobra más importancia, ya que el seguir adecuados lineamientos para controlar y manejar el riesgo permite a la empresa detectar cualquier inconveniente financiero, estratégico u operativo a tiempo y tomar medidas oportunas. El riesgo es inherente a los negocios, no obstante, la compañía no debe exponerse a riesgos que no comprenda o que no sean necesarios para el buen desempeño de la misma.¹¹⁰

El órgano encargado de definir la política de control y manejo del riesgo es el consejo de administración, que deberá de establecerlo de acuerdo con el tamaño y la complejidad de la empresa. Este tipo de política debe incluir

como mínimo reportes sobre los aspectos financieros, mecanismos de control interno y una buena relación con los auditores de los estados financieros.¹¹¹ Adicionalmente es importante que la compañía logre identificar los riesgos que puede enfrentar, el impacto de los mismos en caso de que ocurran, la probabilidad de que sucedan y las acciones a tomar para mitigarlos.¹¹²

Elórganoencargadoenprincipiodemonitorear estos factores de riesgo y las medidas a tomar es el consejo de administración, no obstante en algunas compañías en donde debido al tamaño esto se vuelva complicado, pueden conformarse comités especiales, usualmente denominados de auditoría, para el seguimiento.

Algunos de los riesgos que de antemano enfrentan la mayor parte de las compañías y sobre los cuales es conveniente que se tracen políticas que se hagan de conocimiento y de acatamiento obligatorio para los empleados, son los relacionados con la prevención de fraude, lavado de dinero, adecuado manejo de dinero en efectivo, manejo de cuentas bancarias, manejo y protección de datos y aspectos de cumplimiento en general (*compliance*). La prevención de estos riesgos no debe estar orientada solamente en la información, sino también en el establecimiento de mecanismos preventivos, como límites en las transacciones autorizadas, controles cruzados, monitoreo de la contabilidad, actuación mancomunada de los administradores para determinadas transacciones, entre otras de corte similar.¹¹³

3.5. Disposiciones especiales para empresas familiares

Las empresas familiares por su particular composición en donde existen varios miembros de una misma familia que tienen el rol de accionistas, consejeros, administradores o empleados (incluso en algunos casos se desempeña más de uno de estos roles), son más sensibles a los conflictos o bien carecer de una organización adecuada que les permita canalizar sus intereses y la visión que tienen de la empresa. Debido a lo anterior, es recomendable que las empresas de naturaleza familiar conformen un consejo de familia (en inglés se ha usado la denominación de *family forum* o *family council*¹¹⁴).

El consejo de familia tiene como misión servir de foro de discusión y cauce de comunicación intrafamiliar y al mismo tiempo ser el vínculo de información entre la familia y la empresa. Dentro de sus funciones están: orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión de la empresa,¹¹⁵ definir cuál será el papel de la familia en la empresa, informar a todos los miembros de la familia sobre lo que sucede en la empresa, buscar solución a los conflictos familiares que puedan afectar el curso de la actividad empresarial y hacer recomendaciones a los órganos de gobierno de la empresa.¹¹⁶

El consejo de familia deberá estar integrado por todo los miembros de la familia que tengan relación con el negocio y que tengan edad suficiente para formar parte, no obstante en casos de familias muy numerosas, es recomendable que la participación se reduzca a un representante por cada núcleo familiar. Las reuniones podrán tener la estructura que los mismos miembros decidan, sin embargo es recomendable que se establezcan mecanismos para que las reuniones sean eficientes y los acuerdos sean claros, así también es deseable que el consejo tenga su propio presidente, quien en caso de ser necesario podrá tener un lugar en el consejo de administración.¹¹⁷

Además de los temas anteriores, es recomendable que la familia adopte un protocolo familiar (*family charter*), este documento puede ser definido como un “acuerdo entre los miembros de la empresa familiar en virtud del cual se recogen los principios y pautas que han de regir las relaciones entre familia, empresa y propiedad.”¹¹⁸

El protocolo familiar deberá contener reglas con relación a los valores y la visión de la familia, la propiedad del negocio familiar, los objetivos financieros de la familia, las carreras en el negocio familiar, la compensación a los miembros de la familia que sean empleados de la empresa, gobierno de la

108 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. p. 22
109 Ídem. p. 22.
110 ECODA. Óp. Cit. p. 37.
111 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. p. 25
112 ECODA. Óp. Cit. p. 37.
113 Ídem. p. 38.

114 El Código de Buysse utiliza el término *family forum* para referirse a este órgano familiar, por su parte EcoDa se refiere a él como *family council*.
115 CASADO. Óp. Cit. p.1870.
116 OLIVAS MARTÍNEZ. Óp. Cit. p. 62.
117 Ídem. p. 64, 65. En cuanto a la designación del presidente del consejo de familia como miembro en el consejo de administración, es recomendable implementarlo en aquellos casos en los que el consejo de administración está integrado por miembros externos, en caso de que la familia ya tuviese representación de algún miembro, no sería indispensable.
118 Ídem. p. 68.

familia, gobierno de la sociedad, canales de comunicación etc.¹¹⁹

Finalmente uno de los aspectos medulares que debería contemplar las medidas de gobierno corporativo para empresas familiares es un plan de sucesión, que si no puede estar determinado en un cien por ciento, deberá por lo menos fijar los responsables de darles continuidad.

Sección IV- Los sujetos destinatarios del código

Previo a iniciar con el análisis de quiénes son los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo, conviene dilucidar qué entendemos por destinatario, al respecto podemos citar como definición “persona a quien va dirigido o destinado algo”.¹²⁰ La anterior enunciación nos anticipa, que los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo son los individuos a los que se dirigen este tipo de textos. En el tanto los códigos de gobierno corporativo son instrumentos en los cuales se compilan una serie de normas de comportamiento, sus destinatarios serán por lo tanto, los sujetos a los cuales se les dirigen o exigen esas normas de conducta.

SIERRA HERNÁIZ, al referirse a los destinatarios de los códigos de conducta en general, indica que los podemos clasificar como externos o internos; serán destinatarios externos cuando el código de conducta establezca normas de comportamiento para terceros ajenos a la empresa (como podría ser el caso de los códigos de conducta dirigidos

a proveedores) y estaremos en presencia de códigos con destinatarios internos, cuando éstos sean sujetos internos de la empresa, tales como empleados y directivos.¹²¹

Con base en la anterior clasificación, podemos decir que los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo son internos, ya que se dirigen a sujetos que se encuentran en el ámbito de la empresa. Conviene ahora esclarecer ¿Quiénes son en concreto los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo? Para ello, podemos tomar como punto de referencia inicial los contenidos mínimos del código que hemos establecido en la sección anterior, siendo que a simple vista podemos observar los siguientes grupos:

- Accionistas
- Consejeros
- Administradores (empleados de la sociedad)
- Miembros de la familia (en caso de empresas familiares)

De estos grupos, se pueden establecer como principales destinatarios de las normas de gobierno corporativo los consejeros y administradores, ya que sobre ellos recae una mayor cantidad de obligaciones y son a quienes se les encomienda respectivamente, la supervisión de la gestión de la sociedad y la administración de la misma. La labor de salvaguardar los intereses de los accionistas,

hace que su rol sea preponderante y que por lo tanto se establezcan rigurosos mecanismos de dirección y control asociados con su función.¹²²

La creación de consejos de administración con una buena capacidad de supervisar al equipo de administradores de la compañía ha sido desde los inicios del gobierno corporativo, uno de los principales mecanismos de supervisión establecidos en las sociedades. A ello, se ha unido de forma más reciente la implantación de un sistema de responsabilidad de los administradores y la definición de los deberes fiduciarios que éstos tienen para con la sociedad.¹²³

En las sociedades no cotizadas, el rol que juegan los consejeros, pero principalmente aquellos que llevan a cabo la labor de administración de la sociedad, es sumamente importante, sin embargo en este tipo de sociedades, si se les compara con las sociedades cotizadas, se dispone de menos mecanismos para disciplinar conductas desleales, lo que hace que dependan todavía más de las reglas de responsabilidad contenidas en el ordenamiento positivo.¹²⁴

Definir los destinatarios del código de gobierno corporativo, no solamente es útil

para la determinación de responsabilidades de esos destinatarios, sino también para poder monitorear de forma más eficiente el cumplimiento de esas responsabilidades. El establecimiento de los destinatarios del código de gobierno corporativo está directamente asociado con la posibilidad de exigibilidad del cumplimiento de dicho código. En la medida en que los destinatarios de estas obligaciones se encuentran en relaciones de sujeción en la sociedad, mayor será la posibilidad para los órganos de la sociedad, de sancionar el incumplimiento de los deberes de conducta.

En relación con lo anterior, es cardinal que en la elaboración de los códigos de gobierno corporativo se tenga claro el objetivo principal que tiene este tipo de instrumentos. Como hemos dicho anteriormente, en materia de códigos de conducta uno de los principales problemas que se presenta es la inclusión de obligaciones de distinta naturaleza en un mismo instrumento; así también, es común que la mayoría de los códigos tengan una vocación universal, ya que pretenden aplicar normas de gobierno corporativo a todos los trabajadores por igual, sin diferenciar los distintos niveles jerárquicos de la empresa,¹²⁵ esto sin duda genera problemas de exigibilidad y eficacia, que analizaremos con detalle más adelante.

119 CODE BUYSSE II. Óp. Cit. p. 27.
120 REALACADEMIAESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. [En línea] Disponible en web: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=destinatario [Consulta: 2 de Junio de 2012].
121 SIERRA HERNÁIZ. Óp. Cit. p. 232.

122 CRESPO RODRÍGUEZ et at. Óp. Cit. p. 118.
123 PAZARES. Óp. Cit. p. 67.
124 PAZARES menciona tres razones por las que las sociedades no cotizadas disponen de menos mecanismos para disciplinar conductas desleales, que se pueden resumir de la siguiente forma: i) la conducta de los administradores es menos visible, ii) las violaciones a los deberes de lealtad suelen presentarse en momentos en los que las relaciones de los administradores con la sociedad están prontas a terminar y iii) la propiedad por parte de los administradores de parte de las acciones de la sociedad no ayuda a prevenir el fraude, eventualmente esta condición puede hacer que el administrador se sienta confiado en su posición.
125 SIERRA HERNÁIZ. Óp. Cit. p. 249.

Capítulo III- Eficacia y exigibilidad

Sección I- Hard law v. Soft law

La expresión *soft law* se utilizó originariamente para “describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial”;¹²⁶ sin embargo en la actualidad el término se utiliza comúnmente para referirse a normas de carácter no vinculante.¹²⁷

En contraposición por lo tanto al término *soft law*, se ha utilizado la frase *hard law* para hacer referencia a las normas de carácter vinculante. En principio, la autorregulación y específicamente los códigos de conducta, en el tanto se encuentran en el ámbito de la autonomía de voluntad, pertenecen al *soft law*, sin embargo esta posición no ha sido del todo uniforme en su tratamiento doctrinal.

Un sector de la doctrina argumenta que los códigos de conducta y por lo tanto los códigos de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas y no supervisadas, por constituir una ‘forma de hacer’ que se edifica en el marco de un sector de actividad determinado, se constituyen en costumbre y por lo tanto son fuente de derecho.¹²⁸ Bajo este supuesto, los códigos de gobierno corporativo suplen, por medio de la autorregulación, los vacíos legales que existen, siendo que por lo tanto

se convierten en costumbre y se aplican directamente en defecto de leyes.¹²⁹

Por otro lado, la doctrina también ha sostenido la posición de que la fuerza de los códigos de conducta como autorregulación, radica única y exclusivamente en el ámbito de la autonomía de la voluntad, y por lo tanto son obligatorios únicamente para las partes involucradas.¹³⁰

Ambas posiciones son muy respetables, no obstante conviene analizarlas en detalle para desentrañar cuál de ellas es más plausible, al menos desde el punto de vista del derecho costarricense.

El Código Civil de Costa Rica indica que la costumbre es fuente no escrita del ordenamiento jurídico (Artículo 1) y que sirve para interpretar, delimitar e integrar las buenas fuentes escritas del ordenamiento jurídico. La costumbre solamente regirá en defecto de ley aplicable, siempre que haya sido demostrada y no resulte contraria a la moral, el orden público o una norma de carácter prohibitivo (Artículo 3).

Nuestro Código Civil no proporciona una definición de lo que debe entenderse por “buenas” fuentes escritas del ordenamiento jurídico, asumimos que se trata de las fuentes escritas en general; así como tampoco nos define la costumbre, sin embargo al respecto

podemos citar la que realiza el tratadista costarricense BRENES CÓRDOBA que dice que “(...) la costumbre (...) es la práctica repetida de una determinada conducta -uso-unida al convencimiento, por parte de los interesados, de que tienen la obligación de conducirse como lo vienen haciendo (opinio necessitatis). Este convencimiento del carácter obligatorio distingue a la costumbre de los simples usos que se siguen en la vida social sin que se les llegue a atribuir ese carácter de obligatoriedad.”¹³¹

De lo anterior podríamos considerar *prima facie*, que en el ámbito costarricense los códigos de conducta configuran costumbre, y por lo tanto son fuente del derecho en ausencia de ley. Sin embargo en nuestro criterio, en materia de códigos de gobierno corporativo no es conveniente generalizar, sino analizar cada caso en concreto y a partir de ese análisis determinar si la totalidad o parte de las normas de conducta contenidas en el código, se consideren costumbre o no.

Es probable que determinados códigos de gobierno corporativo aplicados por algún sector en concreto de forma generalizada y en donde los individuos tengan convicción plena de que deben actuar de conformidad con las normas que se contienen en el código, puedan constituir costumbre; así como también podría darse el caso de que empresas recopilen en

sus códigos de gobierno corporativo alguna costumbre pre-existente, sin embargo, en nuestro criterio, hablar en general de que los códigos de conducta de esta naturaleza siempre podrán ser considerados como costumbre, es un error.¹³²

En relación con la posición doctrinaria que analiza a los códigos de conducta desde el ámbito de la autonomía de la voluntad, y que los considera capaces de surtir obligaciones para las partes desde ese ámbito, conviene también desentrañar si dicha postura encuentra asidero en el derecho costarricense.

Al respecto podemos hacer referencia a las normas del Código Civil de Costa Rica que se refieren a la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual, ya que para los defensores de esta posición doctrinaria, la autorregulación funciona de forma idéntica al contrato, es decir obliga a aquellos a quienes consienten el código de conducta.¹³³ En este campo podemos mencionar el artículo 1022 que indica que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, así como el artículo 1025 que indica que los contratos no producen efectos sino entre las partes contratantes. Unido a lo anterior en materia de contratos es indispensable el consentimiento, que debe ser libremente manifestado, así como el cumplimiento de las formalidades que exija la ley, siendo que

126 ABI-SAAB, Georges. Citado en: MAZUELOS BELLIDO, Ángeles. Soft law: ¿Muchos ruidos y pocas nueces? 8 Revista electrónica de estudios internacionales. 2004. [En línea] Disponible en web: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1004415 [Consulta: 3 de junio de 2012]. p. 1.
127 Ídem. p. 2.
128 MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. Los códigos de conducta como fuente de derecho. Derecho Privado y Constitución. Nº 17. Enero –Diciembre 2003. p. 372. [En línea]. Disponible en web: http://www.indret.com/pdf/739_es.pdf [Consulta: 29 de abril de 2012].
129 Ídem. p. 375.
130 ILLESCAS. Óp. Cit. p. 302.

131 BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Personas. Volumen I. San José. Editorial Juricentro. 5ta edición. 1998. p. 65.
132 Sobre este tema podemos señalar lo dicho por RODOTÀ quien se encuentra en desacuerdo con la posición que defiende que los códigos de conducta constituyen costumbre por cuanto “ (...) en las normas incorporadas a los códigos de conducta no se da ninguna nota caracterizadora de la costumbre; en efecto si su manifestación por medio de una práctica social pudiera discutirse no es posible hacerlo respecto de la indiferencia del tiempo ni, menos todavía, por lo que se refiere a la convicción de que esa práctica constituye una regla de derecho necesaria ni tampoco por su racionalidad medida por su adecuación a la ley.” RODOTÀ, SteffaNº Códigos de Conducta: entre el hard law y el soft law. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. Madrid. Marcial Pons. 2010. p.36.
133 ILLESCAS. Óp. Cit. p. 303.

en la gran mayoría de los casos basta con la sola manifestación de voluntad (artículos 1007, 1008 y 1009 del Código Civil).

De lo anterior podemos inferir que los códigos de gobierno corporativo, se consideran *soft law*, en el tanto sus normas de conducta no tienen carácter vinculante *erga omnes*, sin embargo, para las partes involucradas (contratantes) los mismos sí generan obligaciones en el tanto medie el consentimiento de dichas partes. En otras palabras la eficacia de los códigos de gobierno corporativo está limitada desde el punto de vista subjetivo (quienes manifiestan su consentimiento) y desde el punto de vista objetivo (que la materia que regulan esté dentro del ámbito de autonomía de la voluntad).¹³⁴

Esta última posición, en nuestro criterio es mucho más acertada que la que considera a los códigos de conducta como costumbre, sin embargo, desafortunadamente puede presentar algunas dificultades desde el punto de vista de la exigibilidad de las normas de conducta contenidas en los códigos. Si bien los códigos de gobierno corporativo, como hemos anticipado en la sección dedicada a los destinatarios, no establecen obligaciones para sujetos ajenos a la sociedad, sino que son de naturaleza ‘interna’, se deben cuidar los mecanismos de aprobación del código así como los de divulgación, de forma tal que todos los destinatarios de dichas obligaciones se encuentren informados sobre las mismas y más aún, consientan en su formulación.

En el caso de destinatarios tales como accionistas y consejeros, la aceptación del código de conducta se podría entender implícita por ser inherente a la posición o cargo que se ocupa. Los consejeros en Costa Rica por ejemplo, deben aceptar el cargo para el que fueron nombrados (artículo 18 del Código de Comercio) y al mismo tiempo están obligados a cumplir con las obligaciones que les impongan la ley y los estatutos (artículo 189 del Código de Comercio); si bien el código de conducta no constituye en sentido estricto parte de los estatutos, nuestro ordenamiento jurídico permite que el mismo consejo de administración emita reglamentos en la sociedad (artículo 188 del Código de Comercio), por lo que podría extenderse esta posibilidad a la emisión de códigos de conducta, que lógicamente se entenderían conocidos y de cumplimiento obligatorio para el consejo de administración.

En relación con los accionistas, si bien el Código de Comercio costarricense guarda silencio en cuanto a los deberes de los accionistas, en el tanto legalmente se otorga al consejo de administración la posibilidad de dictar reglamentos, podría argumentarse que dichos reglamentos son de acatamiento obligatorio para los accionistas también.¹³⁵ No obstante lo anterior, sería conveniente reforzar las disposiciones del código de conducta desde el punto de vista estatutario, tema en el que ahondaremos en la sección siguiente.

Con respecto a los administradores de la sociedad, que forman parte de los destinatarios de los códigos de gobierno corporativo y que en resumidas cuentas son empleados de la misma, conviene tomar medidas adicionales para lograr que los códigos de gobierno corporativo sean exigibles. El principal problema que se presenta en la mayoría de los códigos de conducta que tienen un carácter exclusivamente unilateral, en el caso de España, esto se ha salvaguardado jurisprudencialmente invocando el poder de dirección que tiene el patrono y regulado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, bajo el cual éste puede determinar el tipo de normas de conducta que deben seguir sus empleados.¹³⁶ Sin embargo en Costa Rica, el poder de dirección no se encuentra estipulado claramente en el Código de Trabajo,¹³⁷ por lo que conviene tomar medidas adicionales para asegurar la eficacia de los códigos de conducta con respecto a los trabajadores.

Como medida adicional de protección de la eficacia de los códigos de conducta, la doctrina ha recomendado que la obligación de acatar el código de gobierno corporativo se incorpore en el contrato de trabajo,¹³⁸ así

también es recomendable dejar constancia de la entrega de un ejemplar del código de gobierno corporativo al trabajador. Aunado a lo anterior, es medular que la redacción del código de conducta sea capaz de crear obligaciones concretas y no meras declaraciones de buenas intenciones (usualmente acompañadas de verbos como promover, procurar, incentivar, etc.), de esta forma la posibilidad de señalar incumplimientos será más viable.

Sección II
Incumplimiento y consecuencias

Los códigos de gobierno corporativo en sociedades no cotizadas y no supervisadas tienen la particularidad de que se encuentran en el marco de la autorregulación pura, es decir, cuando una compañía de esta naturaleza adopta un código de gobierno corporativo, no lo hace porque sea parte de los requisitos para salir a bolsa, porque se lo requiera la legislación o bien porque lo recomiende el órgano regulador (cumplimiento meramente formal¹³⁹); sino que lo hace, porque cree que la gestión y continuidad de la empresa se puede ver mejorada por la adopción de estas medidas.

134 RODOTÀ. Óp. Cit. p. 37.

135 Es importante destacar que mediante resolución de 59-1993 la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica determinó que los socios no pueden ser obligados a otras prestaciones distintas a las del aporte, a pesar de que la sentencia en cuestión se refiere a una prestación de hacer que implicaría una erogación patrimonial adicional para el socio, eventualmente este criterio podría utilizarse para argumentar que no es posible vía reglamento o código de conducta, imponer deberes de conducta a los socios.

136 MORATO GARCÍA, Rosa María. Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 422.

137 Al respecto podemos señalar que el poder de dirección del patrono se ha inferido en Costa Rica del artículo 71 del Código de Trabajo que establece como parte de las obligaciones de los trabajadores las siguientes: “(...) a) desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo; b) ejecutar éste con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos (...)” Sin embargo, como se observa de la lectura de estos incisos, tal interpretación en principio no pareciera ser extensiva a los códigos de conducta, por el momento nuestros tribunales la han enfocado principalmente a la posibilidad del patrono de determinar las jornadas laborales.

138 GOÑI SEIN, José Luis. Valor Jurídico de los códigos de conducta empresariales. En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). Ética empresarial y códigos de conducta. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p.616.

139 WYMEERSCH distingue entre el cumplimiento formal y el cumplimiento sustancial (formal and substantial compliance), siendo que el primero está avocado a poder informar al órgano competente que se han adoptando las medidas de gobierno corporativo requeridas y el segundo es la verdadera materialización de estas medidas. WYMEERSCH, Eddy. Enforcement of Corporate Governance Codes. ECGI. Working Paper N° 46/2005. June 2005. p. 21. [En línea]. Disponible en web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=759364 [Consulta: 5 de junio de 2012].

No obstante lo anterior, y a pesar de que las sociedades no cotizadas y no supervisadas adoptan voluntariamente este tipo de códigos, podríamos decir, por convicción, es posible que la adopción de este tipo de instrumentos se quede únicamente en el papel y que la empresa nunca pase a aplicar efectivamente las medidas que en él se contienen (cumplimiento sustancial¹⁴⁰).

Lo anterior genera, que una de las principales dudas que surgen cuando nos encontramos ante códigos de gobierno corporativo es si del incumplimiento de éstos por su carácter de *soft law*, no deriva en consecuencia alguna, y por lo tanto este tipo de instrumentos carece de toda posibilidad de exigibilidad.

La primera respuesta a esta interrogante, debemos formularla desde el ámbito general (no jurídico), en este entorno, la eficacia de los códigos de gobierno corporativo deriva de la sanción de índole reputacional que puede sufrir la empresa ante un incumplimiento.¹⁴¹ Los códigos de conducta, como hemos dicho tienen una vertiente pública, mediante la que pretenden generar confianza en el consumidor y en otros grupos de interesados, como pueden ser acreedores, proveedores, la comunidad, etc. Por lo que si trasciende a la esfera pública el incumplimiento del código de gobierno corporativo, la primera repercusión natural, será el descrédito de la empresa.

Desde el punto de vista jurídico, el incumplimiento y las posibles sanciones se presentan de forma más compleja.

Ya previamente hemos esbozado algunas de las dificultades con las que se puede encontrar la empresa para hacer exigible los códigos de gobierno corporativo a quienes son administradores (empleados) de la empresa, ya que las normas de conducta de estos códigos condicionan el comportamiento del trabajador en el tanto no sean producto del uso abusivo del poder por parte del empresario¹⁴². Como consecuencia lógica, una acción sancionadora derivada de un deber de conducta que exceda la potestad de dirección del empresario, será cuestionable a nivel jurisdiccional.¹⁴³ Así pues, tanto las normas de comportamiento establecidas por el código de gobierno corporativo, como las sanciones que éste establezca o que la dirección de la empresa decida emplear, deberán necesariamente de ir de la mano del derecho laboral, las primeras en cuanto a que no podrán ir en detrimento de los derechos de los trabajadores y las segundas, en virtud del carácter taxativo de la gran mayoría de normas laborales con carácter sancionador.

Enrelaciónalosconsejerosyelincumplimiento de los deberes que les son impuestos en los códigos de gobierno corporativo, en la sección anterior mencionamos que la aceptación del

código podía entenderse comprendida en la aceptación del cargo que se desempeña. Sin embargo es conveniente analizar si dicha aceptación basta para hacer efectivas acciones por eventuales incumplimientos.

Hemos dicho que la principal efectividad de los códigos de conducta se encuentra proporcionada por el principio de la autonomía de la voluntad y la posibilidad para las partes de establecer obligaciones que sean ley entre ellas, por lo que es conveniente estudiar mecanismos directamente societarios que nos permitan también ejercer medios coercitivos para hacer exigibles los códigos de conducta.

Al respecto, el Código de Comercio de Costa Rica indica en su artículo 189 que los consejeros deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos¹⁴⁴ con la diligencia del mandatario,¹⁴⁵ y son solidariamente responsables junto con la sociedad por los daños derivados del incumplimiento de estos deberes. De lo anterior, podemos claramente observar que en la legislación costarricense, el régimen de responsabilidad de los administradores se encuentra descrito de forma muy general, y el cumplimiento de los deberes

(bastante indeterminados), está sujeto a niveles de diligencia vagos, que remiten incluso a otros cuerpos normativos. Esto tiene como consecuencia no sólo que exigir el cumplimiento de las responsabilidades contempladas en la ley y en los estatutos de la sociedad sea difícil, sino además que exigir el cumplimiento de textos tales como códigos de conducta, sea aún más complicado.

Siendo que la exigibilidad del cumplimiento de los códigos de gobierno corporativo para sociedades no cotizadas y no supervisadas es una ardua tarea, necesariamente debemos acudir a formas alternativas de estructurar la exigibilidad. En este sentido, la doctrina ha recomendado la incorporación de al menos las medidas más importantes de gobierno corporativo en los estatutos de la sociedad, ya que al establecer estas normas de conducta en los estatutos, estas forman parte de la relación contractual entre la sociedad y los miembros del consejo de administración y por lo tanto, les son exigibles.¹⁴⁶ La acción para solicitar el cumplimiento de la disposición del código de gobierno corporativo contenida en los estatutos o bien entablar una acción de responsabilidad, quedará en manos de la asamblea de accionistas.¹⁴⁷

140 WYMEERSCH, Eddy. Óp. Cit. p. 21.
141 ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los códigos de conducta. En: REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid. Marcial Pons. 2010. p. 281.
142 MORATO GARCÍA, Rosa Ma. La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario empresarial. En: XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lisboa, 20 a 22 de Septiembre de 2006. p. 9. [En línea]. Disponible en web: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=comunicaci%C3%B3n%20al%20xvi%20congreso%20iberoamericano%20de%20derecho%20del%20trabajo%20y%20seguridad%20social%2C%20morato%20garc%C3%ADa&source=web&cd=1&ved=0CFEQFjAA&url=https%3A%2F%2Fwww.juntadeandalucia.es%2Fempleo%2Fresponsabilidad%2Fadmin%2Fdownloads%2Fdescargar.php%3Fid%3D200&ei=NMjNT46wB4O4hAeZta2CDA&usg=AFQjCNGKeABtseN_1_W-KATU52c2CJEdfQ. [Consulta: 5 junio de 2012].
143 MORATO GARCÍA. Incumplimiento de los códigos de conducta y potestad disciplinaria del empresario. Óp. Cit. p. 430.

144 Anteriormente hemos indicado que si bien el artículo 189 no hace referencia al cumplimiento de reglamentos de la sociedad, la ley si le otorga al mismo consejo de administración la posibilidad de emitirlos, por lo que una consecuencia lógica de tal facultad debería ser también la obligación de cumplirlo.
145 En Costa Rica, las obligaciones del mandatario se encuentran reguladas en los artículos 1261 a 1272 del Código Civil, al respecto podemos decir que cuando el Código de Comercio se refiere a la ‘diligencia’ del mandatario, probablemente se refiere las obligaciones que le atañen a éste, y de los cuales nos permitimos inferir los siguientes deberes de diligencia: i) abstenerse de ejecutar acciones que puedan causar daño al mandante, ii) abstenerse de ejecutar actuaciones en las que se presente un conflicto de interés, uno de los ejemplos que pone el código es “comprar las cosas que el mandante le haya ordenado vender”, iii) informar al mandante cuando no pueda ejecutar lo mandado y tomar las medidas conservatorias que amerite la situación, y iv) dar cuenta de su administración.
146 WYMEERSCH, Eddy. Enforcement of Corporate Governance Codes. ECGI. Working Paper N° 46/2005. June 2005. p. 9. [En línea]. Disponible en web: http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=759364 [Consulta: 5 de junio de 2012].
147 Ídem. p. 10. Así también el Código de Comercio de Costa Rica indica en su artículo 192 que la responsabilidad de los miembros del consejo de administración sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, quienes deben designar a la persona encomendada para tal acción.

En relación con las empresas familiares, debemos mencionar también la posibilidad de que se incumplan las normas que rigen las relaciones entre la familia, como podría ser el incumplimiento del protocolo familiar, cuando el incumplimiento derive sobre normas de carácter moral la sanción no podrá ser otra que la pérdida de confianza en la relación familiar, sin embargo si se trata de cláusulas de carácter contractual, podrían pactarse otros recursos para sancionar el incumplimiento, tales como la inclusión de cláusulas penales de tipo económico o bien que involucren prestaciones accesorias por parte del sujeto en incumplimiento.¹⁴⁸

Hasta ahora hemos hecho referencia a los mecanismos para exigir el cumplimiento de los códigos de conducta en caso de que estos sean infringidos, sin embargo es también importante hacer algunas anotaciones en cuanto a los mecanismos para la detección de estos incumplimientos. Además de los mecanismos tradicionales de seguimiento por parte del órgano encargado, en la mayoría de los casos el propio consejo de administración o un comité u oficial de gobierno corporativo destinado para tal fin, existen otros mecanismos menos comunes, que han suscitado análisis a nivel doctrinal, siendo un ejemplo de ellos el *whistleblowing*.¹⁴⁹

El *whistleblowing* surge en el mundo anglosajón como sistema relacionado con las prácticas abusivas del mercado, y como mecanismo para garantizar la seguridad financiera de los mercados. El sistema se expande a Europa a raíz de la entrada en vigencia en Estados Unidos de la Ley Sarbanes Oxley a la que hemos hecho referencia con anterioridad, ya que obligó a las empresas que cotizan en bolsa, a adoptar mecanismos de denuncia específicamente con anomalías presentadas en la contabilidad y auditorías.¹⁵⁰ En el caso de España por ejemplo, es el Código Unificado el que hace referencia dentro de sus recomendaciones, a la necesidad de que las empresas cotizadas establezcan un mecanismo de denuncia de irregularidades, principalmente financieras y contables.¹⁵¹

En la actualidad el sistema de *whistleblowing* se ha extendido a otros ámbitos más allá de los temas financieros y contables, y se utiliza en general para la denuncia de las medidas de gobierno corporativo e incluso para los incumplimientos de códigos de conducta éticos en general. En algunos casos incluso el procedimiento de denuncia llega a estar tan estructurado que se facilita a los denunciantes mecanismos para realizar la denuncia tales como líneas telefónicas, buzones, correos electrónicos, etc.¹⁵²

Dentro de las críticas que se han hecho al mecanismo de *whistleblowing* se encuentra el hecho de que se puede prestar para la lesión de los derechos fundamentales de las personas afectadas, principalmente en los casos en los que se admiten denuncias anónimas o se preserva la identidad del denunciante.¹⁵³ Adicionalmente en contextos como el costarricense en donde este tipo de denuncias pueden tener una connotación negativa desde el punto de vista social, pues nuestra sociedad percibe de mala manera a quien denuncia a colegas o compañeros, por lo que puede ser difícil de implementar.

Sección III- Resolución de conflictos

En materia de códigos de gobierno corporativo, como en la mayor parte de los campos del Derecho se presentan conflictos, así por ejemplo en este ámbito es común que se presenten conflictos entre accionistas, sobre la estrategia empresarial, sobre el control de la compañía, conflictos de interés, lucha de poder, conflictos de personalidad, compensación de administradores,¹⁵⁴ y lógicamente, por el incumplimiento de normas de conducta establecidas en el código.

Sin embargo, en el ámbito del gobierno corporativo, es poco frecuente que estos conflictos se diriman en la jurisdicción ordinaria. Sobre este tema, SORO RUSSELL elaboró un estudio jurisprudencial que identificó 39 resoluciones en materia de códigos de conducta que se presentaron en

España en espacio de 20 años, el número de resoluciones es cuantitativamente poco si pensamos en que el tema se encuentra en pleno auge y que el uso de este tipo de instrumentos se encuentra bastante extendido en este país. De esas resoluciones analizadas, solamente 2 tenían como fondo del asunto el propio código de conducta siendo que en el resto la referencia al código de conducta era accesorio.¹⁵⁵ En el caso de Costa Rica, la búsqueda de jurisprudencia en temas de gobierno corporativo es absolutamente infructuosa, por lo que no contamos con antecedentes judiciales que se refieran a esta materia.

No vamos a ahondar en las posibles causas de que la presencia de conflictos sobre códigos de conducta en la vía jurisdiccional sea tan baja, sin embargo sí es conveniente en este ámbito analizar las formas de las que disponen las partes para dirimir los conflictos asociados con los códigos de gobierno corporativo.

Como ya hemos dicho una de las vías existentes es el ámbito jurisdiccional, que aunque aparentemente es poco utilizado, es una de las principales alternativas que tienen las partes para buscar dirimir conflictos de esta naturaleza. Los sujetos legitimados para iniciar procedimientos de esta naturaleza, serán lógicamente las partes destinatarias del código de gobierno corporativo, ya sea por ser beneficiarios de las normas que ahí se contemplan o bien por ser sujeto de obligaciones.

148 DEL MORAL, Paloma. El protocolo familiar. En: OLIVAS MARTÍNEZ, José Luis (Prologuista). *Recomendaciones sobre el Buen Gobierno de las Empresas Familiares*. Navarra: Thomson – Civitas. 2006. p. 76.

149 El término *whistleblowing* viene de la palabra en inglés *whistle-blower*, que se utiliza para referirse a una persona que se dirige a una Autoridad para informar/ denunciar que algo ilegal está sucediendo en un departamento gubernamental o compañía. Específicamente el Diccionario de Cambridge lo traduce como: “a person who tells someone in authority about something illegal that is happening, especially in a government department or a company” CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. *Cambridge Advanced Learner’s Dictionary*. [En línea]. Disponible en web: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/whistle-blower> [Consulta: 5 de junio de 2012].

150 GOÑI SEIN, José Luis. Sistemas de denuncia interna de irregularidades («Whistleblowing»). En: GOÑI SEIN, José Luis (Dir). *Ética empresarial y códigos de conducta*. Las Rozas (Madrid). La ley. Marzo 2011. p. 320, 321.

151 GOÑI SEIN. Sistemas de denuncia de irregularidades («Whistleblowing»). Op. Cit. p. 322.

152 Ídem. p. 325.

153 Ídem. p. 328.

154 REUBEN, Richard C. Corporate Governance: A Practical Guide for Dispute Resolutions Professionals. American Bar Association Section of Dispute Resolution. p. 18. [En línea]. Disponible en web: [http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Mediating_Corp_Gov_Disputes_ADR_CG_Guide_Reuben/\\$FILE/Corporate+Governance+-+Reuben.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Mediating_Corp_Gov_Disputes_ADR_CG_Guide_Reuben/$FILE/Corporate+Governance+-+Reuben.pdf) [Consulta: 6 de junio de 2012].

155 SORIO RUSSELL, Olivier. Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada. InDret/2010. Barcelona. Abril 2010. p.8.

Por otro lado, en materia de gobiernos corporativos se ha dado también la presencia de mecanismos de resolución alterna de conflictos. Así por ejemplo, el Código marco de buen gobierno corporativo para pequeñas y medianas empresas de Colombia, contempla un capítulo dedicado enteramente a la resolución de conflictos, siendo que divide los mecanismos a adoptar por parte de las sociedades en tres:¹⁵⁶

- Frente a terceros: son los mecanismos empleados en los conflictos de la sociedad, los administradores y los grupos de interés (*stakeholders*).
- Resolución interna de conflictos en la sociedad: son los mecanismos utilizados para la resolución de conflictos entre los empleados y los directivos.
- Para sociedades familiares: mecanismos usados para dirimir conflictos entre la familia.

Para el primer grupo, los conflictos frente a terceros, el código colombiano sugiere que se utilicen y mecanismos alternos de resolución de conflictos tales como la negociación, conciliación o bien el arbitraje.

En relación con los conflictos internos, el código no pacta ningún mecanismo específico, no obstante sí indica que deberán ser mecanismos que velen por preservar la sana relación entre las partes.

Finalmente con relación a los conflictos en las sociedades familiares, se recomienda la utilización de mecanismos de resolución de conflictos tales como el consejo de familia. Como hemos comentado en el capítulo anterior, el consejo de familia debe estar integrado por todos los miembros de la familia que tienen participación en el negocio y que entre otras muchas, tiene la función de servir como seno para discutir los conflictos de la familia.

Los mecanismos para resolver los conflictos en el marco del gobierno corporativo aún no han sido muy desarrollados, ni siquiera en las sociedades cotizadas, en donde se han hecho algunos intentos por crear herramientas que permitan atender mejor este tipo de disputas. Dentro de las propuestas que se han realizado podemos señalar la creación de tribunales especializados, que han venido operando con éxito en Estados Unidos (*Delaware Chancery Court*) y los Países Bajos (*Enterprise Chamber*), o bien la utilización de mecanismos alternos de resolución de conflictos como la mediación, el arbitraje, decisión de expertos, consejos de resolución de conflictos, etc.¹⁵⁷

Con respecto al arbitraje, uno de los argumentos que ha dificultado su aplicación en sociedades cotizadas es precisamente que la cláusula arbitral debe de ser acordada por las partes, lo que es difícil de conseguir en un escenario con alta dispersión de accionistas. *Contrario sensu*, la cláusula arbitral se perfila como un buen mecanismo

para la resolución de conflictos derivados del gobierno corporativo en sociedades no cotizadas y no supervisadas.

De conformidad con datos proporcionados por la OECD en el 2006, el 20% de los conflictos relacionados con compañías que fueron dirimidos por la *International Court of Arbitration (ICC)*, fueron sobre aspectos relativos a asuntos de gobierno corporativo, específicamente: valor de las acciones, disputas entre los accionistas, remuneración del consejo de administración, disputas relacionadas con quiebras (concurso de acreedores), participación de los accionistas en los procesos de toma de decisiones y *takeovers*.¹⁵⁸

Lo anterior denota que el arbitraje se perfila como una buena forma de resolver los conflictos en materia de gobierno corporativo, sin embargo, para ello es conveniente tomar previsiones de forma tal que la cláusula arbitral que permitiría que los conflictos se diriman mediante este mecanismo esté válidamente adoptada de antemano. En el caso de España la reciente modificación a la Ley de Arbitraje permite el arbitraje estatutario, siendo que el inciso primero del artículo 11 bis indica que las sociedades podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se susciten.¹⁵⁹ A pesar de que los códigos de gobierno corporativo en sentido estricto no tienen carácter estatutario, también hemos dicho que para su exigibilidad es importante que al menos sus normas principales se incorporen en los estatutos, lo que abre el portillo para que los conflictos que se deriven, puedan ventilarse en la vía arbitral.

En Costa Rica, no obstante el arbitraje se encuentra bastante asentado como sistema alterno de resolución de conflictos desde la promulgación de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social en 1997, no disponemos de norma alguna que se refiera específicamente al tema del arbitraje estatutario, sin embargo, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, no vemos inconveniente para que las sociedades que así lo determinen puedan pactar este tipo de cláusulas en sus estatutos. No obstante, en casos en donde existan accionistas disidentes con respecto al acuerdo que aprobó el arbitraje estatutario, podría cuestionarse la exigibilidad d la cláusula.

Conclusiones y recomendaciones

- Los códigos de conducta son un excelente instrumento para que las empresas puedan autorregular su comportamiento, sobre todo en aquellos ámbitos en los que por su especialidad y complejidad técnica, la legislación es incapaz de suplir adecuadamente las necesidades del mercado.
- Los códigos de gobierno corporativo, han venido a llenar de forma importante la necesidad de control que existía en las compañías, y que se hizo patente con los grandes escándalos financieros de las últimas décadas. En el campo de las compañías cotizadas, se ha avanzado de forma importante en este tema, sin

156 Red Especializada de Gerencia – Red Colombia Compite. Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para Pequeñas y Medianas Empresas. p. 33. [En línea] Disponible en: <http://www.igc-costarica.org/?action=biblioteca> [Consulta: 6 de junio de 2012].

157 OECD. Explanatory Meeting: Resolution of Corporate Governance Related Disputes. Estocolmo, Suecia. 20 de marzo de 2006. p.3. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/22/37188704.pdf> [6 de junio de 2012].

158 OECD. Explanatory Meeting: Resolution of Corporate Governance Related Disputes. Óp. Cit. p. 4.

159 Ley 11/2011 modificó la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, para entre otras reformas incluir la posibilidad del arbitraje societario.

embargo en relación con las sociedades no cotizadas y no supervisadas, se han subestimado los beneficios que podrían generar.

- En Costa Rica, el tema de gobierno corporativo aún tiene mucho camino por recorrer, muy especialmente en el campo de las sociedades no cotizadas y no supervisadas, en donde a pesar de que no existen cifras que cuantifiquen el uso de códigos de gobierno corporativo, es probable que sea mínimo.
- Costa Rica es un país con legislación societaria sumamente atrasada con respecto a los estándares internacionales, nuestro Código de Comercio de mediados del siglo pasado, tiene importantes vacíos sobre temas fundamentales como la responsabilidad de los consejeros, las obligaciones de los administradores, entre muchas otras. Es por ello que la autorregulación puede cumplir un rol importante para normar de mejor forma el gobierno corporativo en las sociedades.
- No obstante lo anterior, fomentar la autorregulación no debería ser el único mecanismo para suplir los vacíos de *hard law* que tenemos en el país, es menester acompañar esta iniciativa de nuevas normas societarias, que si bien flexibles, regulen aspectos básicos como los mencionados supra, además de contemplar idealmente la posibilidad de las sociedades de emitir códigos de gobierno corporativo y de sujetar los conflictos societarios a arbitraje.
- Los códigos de gobierno corporativo son, en nuestro criterio, un mecanismo

muy valioso para mejorar la gestión de pequeñas y medianas empresas, muchas de ellas familiares, lo anterior puede incluso potencializar el rol protagónico que este tipo de empresas tienen en la economía costarricense.

- En un mundo globalizado en donde cada vez son menos los negocios que se ejecutan enteramente circunscritos a un único territorio, la autorregulación, sobre todo aquella que se promueve desde los organismos internacionales, colabora a sentar unas bases comunes para que estos negocios se puedan desarrollar en el marco de la información y la confianza.

Bibliografía

Libros

CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMÉNEZ, Antonio. *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*. Las Rozas (Madrid): La Ley. 2005.

ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación: Génesis y efectos*. Navarra: Aranzadi. 2002.

GOÑI SEIN, José Luis (Dir). *Ética empresarial y códigos de conducta*. Las Rozas (Madrid): La ley. 2011.

OLIVAS MARTÍNEZ, José Luis (Prologuista). *Recomendaciones sobre el Buen Gobierno de las Empresas Familiares*. Navarra: Thomson – Civitas. 2006.

PROCTOR, Giles y MILES, Lilian. *Corporate Governance*. Londres: Cavendish Publishing Limited. 2002.

REAL PÉREZ, Alicia (Coord.) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid: Marcial Pons. 2010.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Personas*. Volumen I. San José. Editorial Juricentro. 5ta edición. 1998.

Artículos en publicaciones periódicas

CASADO, Fernando. Un enfoque distinto para el buen gobierno. *La ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. No. 3. 2005. pp. 1869-1870.

CONTHE, Manuel. El buen gobierno de las sociedades. *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. No. 3. 2005 pp.1864-1866.

FAUCHÈRE, Beátrice. La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta ¿Nuevos retos o viejos debates? *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*. No.14 (2006-I). pp.93-124.

FELIÚ REY, Jorge y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. La proyectada reforma del Derecho de Sociedades en el Reino Unido: Companies Bill. *Derecho de los Negocios*. No. 194. Noviembre 2006. pp.25-34.

FERNANDO MAGARZO, María del Rosario. Códigos de Conducta. *Revista de Derecho de la Competencia y la distribución*. No 7. 2010. pp. 91-118.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos y DORREGO DE CARLOS, Alberto. El sistema español de gobierno corporativo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina y jurisprudencia y bibliografía*. No. 3 (2005). pp. 1870-1867.

ILLESCAS, Rafael. La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad. *Derecho Privado y Constitución*. Nº 17. 2003. pp. 291-306.

PAZ – ARES, Cándido. La responsabilidad de los administradores como instrumento del gobierno corporativo. *Revista de derecho de sociedades*. No. 20. 2003. pp.67-109.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. Las agencias de rating como terceros de confianza: reputación, responsabilidad y autorregulación en los mercados financieros. Artículo inédito. 2012.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. Las nuevas normas norteamericanas sobre transparencia de las sociedades cotizadas: La 2002 Sarbanes-Oxley Act. *Derecho de los Negocios*. Noviembre, 2002. pp. 1-18.

Páginas web, artículos y documentos disponibles en internet

ABI-SAAB, Georges. Citado en: MAZUELOS BELLIDO, Ángeles. Soft law: ¿Muchos ruidos y pocas nueces? *8 Revista electrónica de estudios internacionales*. 2004. [En línea] Disponible en web: dialnet.unirioja.es

ARTAVIA ARAYA, Fernando. Licitando lo ilícito: Reflexiones en torno al caso CCSS-Fishel e ICE-Alcatel. *Revista de Ciencias Sociales* 123-124: 27-34. 2009 (I-II). [En línea] Disponible en web: <http://163.178.170.74/> [Consulta: 2 mayo de 2012].

BECHT, Marco, BOLTON, Patrick y Röel, Ailsa. Corporate Governance and Control. ECGI. Finance Working Paper Nº 2/2002. [En línea] Disponible en web: <http://ssrn.com/> [Consulta: 22 mayo de 2012].

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. Cambridge Advanced Learner's Dictionary. [En línea]. Disponible en web: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/british/whistle-blower> [Consulta: 5 de junio de 2012].

CODE BUYSSE II. Corporate Governance for Non-listed Companies. [En línea]. Disponible en web: <http://www.codebuysse.be/> [Consulta: 15 de mayo de 2012].

COMISIÓN EUROPEA. Comparative Study Of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States. Enero 2002. [En línea]. Disponible en web: <http://ec.europa.eu/> [Consulta: 27 de mayo de 2012].

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES DE ESPAÑA. Código unificado de buen gobierno. [En línea]. Disponible en web: <http://www.cnmv.es/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

COMMITTEE OF ADVERTISING PRACTICE. Code of Non-broadcast Advertising, Reino Unido. *History of self-regulation*. [En línea]. Disponible en web: <http://www.cap.org.uk/> [Consulta: 2 de mayo de 2012].

Conclusiones más relevantes de la 9na Conferencia Europea de Gobierno Corporativo. EGCI. Madrid. 2010. [En línea]. Disponible en web: <http://www.ecgi.org/> [Consulta: 15 de mayo de 2012].

EASA. Autorregulación. [En línea]. Disponible en web: <http://www.easa-alliance.org/> [Consulta: 13 de mayo de 2012].

ECODA. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe [En línea]. Disponible en web: <http://www.ecoda.org/> [Consulta: 27 de mayo de 2012].

EL MUNDO. Crónica. El libro negro de las firma de marca. 2001. [En línea]. Disponible en web: <http://www.elmundo.es/cronica/2001/317/1005552045.html> [Consulta: 13 de mayo de 2012].

FERRUZ AGUDO, Luis, MARCO SANJUAN, Isabel y ACERO FRAILE, Isabel. Códigos de Buen Gobierno: Un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español. *Aposta*. No.46. Julio, Agosto y Septiembre 2010. [En línea]. Disponible en web: <http://www.apostadigital.com/>. [Consulta: 1 de Mayo de 2012].

FINANCIAL REPORTING COUNCIL. UK Code on Corporate Governance. [En línea]. Disponible en web: <http://www.frc.org.uk/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. The End of History for Corporate Law. 2000. [En línea]. Disponible en The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://papers.ssrn.com/> [Consulta: 5 de mayo de 2012].

INICIATIVA DE LA CARTA DE LA TIERRA. CartadelaTierra. [En línea]. Disponible en web: <http://www.earthcharterinaction.org/contenido/> [Consulta: 14 de mayo de 2012].

INSTITUTE OF DIRECTORS. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK. p.15. [En línea]. Disponible en web: <http://press.iod.com/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

INSTITUTO DE GOBIERNO CORPORATIVO. Boletín Noviembre 2009. [En línea]. Disponible en web: <http://www.igc-costarica.org/> [Consulta: 3 mayo de 2012].

INSTITUTO DE GOBIERNO CORPORATIVO. Boletín Setiembre 2009. [En línea]. Disponible en web: <http://www.igc-costarica.org/> [Consulta: 3 mayo de 2012].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. Estimaciones y Proyecciones de Población para el año 2012. [En línea]. Disponible en web: <http://www.inec.go.cr/> [Consulta: 15 de mayo de 2012].

INSTITUTO NACIONAL DE LA PUBLICIDAD. Código de Autorregulación Publicitaria. [En línea]. Disponible en web: <http://www.elfinancierocr.com/> [Consulta: 3 de mayo de 2012].

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Estudio de Casos de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo: Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo. 2006. p. 4. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/> [Consulta: 2 mayo de 2012].

IOD. Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in the UK [En línea]. Disponible en web: <http://www.iod.com/> [Consulta: 26 de mayo de 2012].

JENKINS, Rhys. Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy. United Nations Research Institute for Social Development. Abril 2001. [En línea]. Disponible en web: <http://unrisd.org> [Consulta: 8 de mayo de 2012].

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. Los códigos de conducta como fuente de derecho. Derecho Privado y Constitución. No. 17. Enero –Diciembre 2003. [En línea]. Disponible en web: http://www.indret.com/pdf/739_es.pdf [Consulta: 29 de abril de 2012].

MORATO GARCÍA, Rosa Ma. La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario empresarial. En: XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lisboa, 20 a 22 de Septiembre de 2006. [En línea]. Disponible en web: <http://www.juntadeandalucia.es> [Consulta: 5 junio de 2012].

NACIONES UNIDAS. El Pacto Mundial. [En línea]. Disponible en web: <http://www.unglobalcompact.org/> [Consulta: 14 de mayo de 2012].

OECD. Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents. OECD Working Papers on International Investment. 2001/06. Publicación de OECD. [En línea]. Disponible en web: <http://dx.doi.org/10.1787/206157234626> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

OECD. Corporate Governance of non-listed companies in emerging markets. 2006. p.9. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

OECD. Explanatory Meeting: Resolution of Corporate Governance Related Disputes. Estocolmo, Suecia. 20 de marzo de 2006. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/> [Consulta: 6 de junio de 2012].

OECD. Principios de Gobierno Corporativo de la OECD. 2004. [En línea]. Disponible en web: <http://www.oecd.org/> [Consulta: 4 de mayo de 2012].

ORGANIZACIÓN DE COMERCIO JUSTO DEL MUNDO. Código de Práctica. [En línea]. Disponible en web: <http://www.wfto.com/> [Consulta: 7 de mayo de 2012].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE TURISMO. Código Ético Mundial para el Turismo. [En línea] Disponible en web: <http://dtxtq4w60xqpww.cloudfront.net/sites/all/files/docpdf/gcetbrochureglobalcodees.pdf> [Consulta: 7 mayo de 2012].

PRATT, Lawrence y ROJAS, Edgar. Programas ambientales en bancos: una evaluación. Noviembre 2001. [En línea] Disponible en web: http://www.ecobanking.com/EN/productos/evaluacion/CEN_770.pdf [Consulta: 8 de mayo de 2012].

RED ESPECIALIZADA DE GERENCIA – RED COLOMBIA COMPITE. Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para Pequeñas y Medianas Empresas. [En línea] Disponible en: <http://www.igc-costarica.org/> [Consulta: 6 de junio de 2012].

REUBEN, Richard C. Corporate Governance: A Practical Guide for Dispute Resolutions Professionals. American Bar Association Section of Dispute Resolution. [En línea]. Disponible en web: <http://www.ifc.org/> [Consulta: 6 de junio de 2012].

RINCÓN CUELLAR, Yumay. Empresas familiares y gobierno corporativo: El dilema del empresario con dos sombreros. Boletín IGC – Costa Rica. No. 3. Marzo 2011. [En

línea] Disponible en web: <http://www.igc-costarica.org/> [Consulta: 3 mayo de 2012].

SORIO RUSSELL, Olivier. Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada. InDret/2010. Barcelona. Abril 2010. [En línea]. Disponible en web: <http://www.indret.com> [Consulta: 6 de junio de 2012].

VAN GESTEL, Rob. Self-regulation and environmental law. *EJCL*. Vol. 9.1. Enero 2005. [En línea] Disponible en web: <http://www.ejcl.org/91/art91-4.html> [Consulta: 7 de mayo de 2012].

WYMEERSCH, Eddy. Enforcement of Corporate Governance Codes. ECGI. Working Paper N° 46/2005. June 2005. p. 21. [En línea]. Disponible en web: