

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho

“Normas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativas al gobierno corporativo: implicaciones jurídicas para Costa Rica. Análisis de Derecho Internacional Público.”

Vanessa Pacheco Brenes B14844

Ana Lucrecia Sánchez Garro B16086

San Pedro de Montes de Oca

Mayo, 2017



02 de mayo de 2017
FD-821-2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de las estudiantes: Vanessa Pacheco Brenes, carné B14844 y Ana Lucrecia Sánchez Garro, carné B16086 denominado: "Normas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativas al gobierno corporativo: Implicaciones jurídicas para Costa Rica. Análisis de Derecho Internacional Público" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

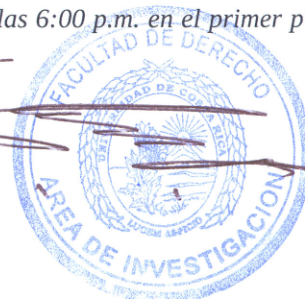
Tribunal Examinador

Informante	MSc. José Thompson Jiménez
Presidente	Dr. Álvaro Meza Lazarus
Secretario	Dr. Abraham Balzer Molina
Miembro	Dr. Gonzalo Monge Núñez
Miembro	MSc. Juan José Obando Peralta

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **18 de mayo del 2017**, a las 6:00 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv
Cc: arch. expediente

24 de abril de 2017

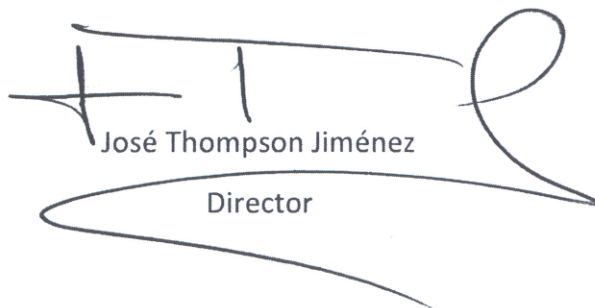
Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Con mis mejores saludos, le escribo para comunicarle que, en mi condición de Director y miembro del Comité Asesor, he revisado la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciadas en Derecho titulada *"Normas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativas al Gobierno Corporativo: implicaciones jurídicas para Costa Rica. Análisis de Derecho Internacional Público"*, elaborada por los egresadas **Vanessa Pacheco Brenes**, cédula de identidad número 1-1530-0826, carné No. B14844 y **Ana Lucrecia Sánchez Garro**, cédula de identidad número 3-0473-0461, carné No. B16086.

El trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por las regulaciones universitarias para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva.

Cordialmente,



José Thompson Jiménez
Director

Gonzalo Monge Núñez

Montes de Oca, 27 de abril de 2017

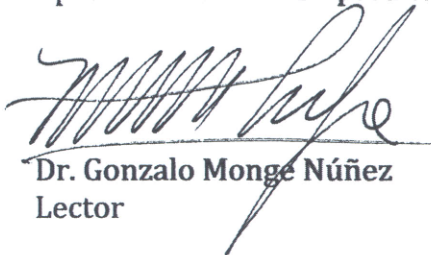
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado: *"Normas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativas al Gobierno Corporativo: implicaciones jurídicas para Costa Rica. Análisis de Derecho Internacional Público"*, elaborado por las estudiantes Vanessa Pacheco Brenes, cédula de identidad número 1-1530-0826, carné B14844 y Ana Lucrecia Sánchez Garro, cédula de identidad número 3-0473-0461, carné B16086.

Se trata de una investigación sobre un tema novedoso, relevante y actual. Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, lo apruebo.

Aprovecho la ocasión para saludarlo muy atentamente.



Dr. Gonzalo Monge Núñez
Lector

24 de abril de 2017

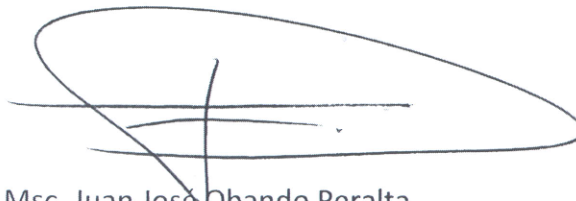
Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director,

Reciba un cordial saludo. A través de la presente hago constar que, en mi condición de lector y miembro del Comité Asesor, he revisado la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciadas en Derecho titulada *"Normas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativas al Gobierno Corporativo: implicaciones jurídicas para Costa Rica. Análisis de Derecho Internacional Público"*, elaborada por los estudiantes Vanessa Pacheco Brenes, cédula de identidad número 1-1530-0826, carné No. B14844 y Ana Lucrecia Sánchez Garro, cédula de identidad número 3-0473-0461, carné No. B16086.

Además, indico que el trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la Facultad de Derecho para este tipo de investigaciones, por lo cual extendiendo la aprobación respectiva.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping loop that encloses a vertical line and a horizontal line, with a small crossbar.

Msc. Juan José Obando Peralta

Lector

Comité Asesor

San José, 02 de mayo del 2017

Señores
Tribunal Examinador
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

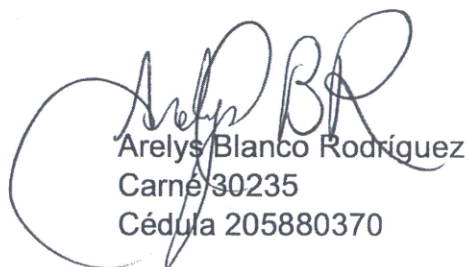
Estimados señores:

He revisado y corregido la tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho denominada: **"Normas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativas al gobierno corporativo: implicaciones jurídicas para Costa Rica. Análisis de Derecho Internacional Público."** presentada por las estudiantes Vanessa Pacheco Brenes, cédula 1-1530-0826, carné universitario B14844 y Ana Lucrecia Sánchez Garro. cédula 3-0473-0461, carné universitario B16086.

Este trabajo cumple con los requisitos de redacción en cuanto a gramática y ortografía. Cada párrafo ha sido examinado y corregido, de tal forma que haya coherencia, cohesión y fluidez en el texto. Además, se respetan las reglas morfosintácticas y lexicográficas del idioma español.

Por lo tanto, desde el punto de vista filológico este trabajo cumple con los requisitos necesarios.

Se suscribe cordialmente,



Arelys Blanco Rodríguez
Carné 30235
Cédula 205880370

Dedicatoria

A Dios, por haberme permitido nacer en un lugar lleno de oportunidades para cumplir mis metas. Sus tiempos son perfectos.

A mi mamá Patricia, por ser la mejor mamá que Dios me pudo regalar. Este sueño es de las dos y yo se lo dedico. Te amo inmensamente.

A mi papá Luis, por su apoyo en todos estos años de Universidad y la emoción que comparte por esta meta. Te amo mucho.

Vanessa Pacheco Brenes

A Dios, por nunca abandonarnos y acomodar las cargas a lo largo de este proceso, permitiéndonos llegar a este punto de culminación.

A mis papás, Wilberth y María Jesús, por su dedicación y apoyo incondicional, que han sido claves en la consecución de todas las etapas de mi vida, incluyendo esta. Esta tesis también es de ustedes.

Ana Lucrecia Sánchez Garro

Agradecimientos

A Dios: Por ser la luz en mi vida, quien me dio las fuerzas y la salud para cumplir esta meta.

A mi mamá Patricia: Por toda la motivación, el apoyo y la compañía a lo largo de la U. Gracias por ser constante en mi vida y ayudarme día a día, pero sobre todo gracias por darme tanto amor. Este logro es tuyo también. ¡Te amo!

A mi papá Luis: Por sus consejos y su apoyo durante mis años de U. Gracias por animarme en todo este proceso de tesis. Te amo.

A mi tía Rosita: Por todo el apoyo en este camino de la U y tesis. Gracias por convertirse en una segunda mamá para mí. Te amo.

A mi tía Lety: Por sus infinitas muestras de cariño y tantas ayudas oportunas a lo largo de la U. Te amo.

A mi familia: Por estar conmigo e impulsarme a lograr mis metas. Gracias por mantenerse unida y compartir esta alegría. Los amo.

A mi compañera de tesis, Lucre: Por haber sido la mejor compañera que pude tener, tanto en la U como en la tesis. Gracias por su dedicación y entrega. Una amistad que, en medio de risas y comprensión, creció inmensamente con este proceso. La quiero muchísimo.

Vanessa Pacheco Brenes

A Dios, por darme las fuerzas necesarias para concluir este camino universitario y por siempre poner ángeles en mi camino dispuestos a ayudarme.

A mis papás, Wilberth y María Jesús, por todo el amor que me dan y por los sacrificios que hacen día con día para que tengamos lo mejor. También les agradezco por ser siempre un ejemplo de esfuerzo, trabajo, responsabilidad,

superación y humildad. Todo ello ha hecho la diferencia y espero siempre ser un motivo de orgullo para ustedes. Los amo mucho.

A mi hermano, Ignacio, por haberme dado palabras de apoyo y motivación cuando las necesitaba, así como por sacarme risas en momentos de tensión. Simplemente, por ser mi compañía permanente. Lo quiero mucho.

A mi amiga y compañera de tesis, Vane, por estar siempre presente desde el primer año de universidad y aceptar emprender este proceso a mi lado. Gracias por su dedicación, responsabilidad y compromiso con este proyecto. Además, por hacer de esta tesis un trabajo que no solo nos permitió crecer académicamente, sino que además nos hizo crecer como amigas. La quiero mucho.

Al Lic. Roberto Leiva Pacheco, por su gran apoyo a lo largo de esta tesis. Gracias, también, por su disposición permanente para atender mis dudas, compartir sus conocimientos y orientarme en este proceso.

Y a todas aquellas personas, amigos y familia, que de una u otra forma me han acompañado en este proceso, me han dado motivación en momentos difíciles y han compartido mis alegrías con cada logro alcanzado. A todos, gracias.

Ana Lucrecia Sánchez Garro

A nuestro director, el profesor José Thompson, y a los lectores, profesores Juan José Obando y Gonzalo Monge, por toda su ayuda y orientación durante la totalidad de este proceso de tesis.

A don Ricardo Salas y a don Luis, del Área de Investigación de la Facultad, por su accesibilidad y trato amable durante este proceso.

Al profesor Nicolás Boeglin, por su colaboración y guía durante la elaboración del proyecto de investigación.

Al Lic. Roberto Leiva Pacheco, por acercarnos al tema de gobierno corporativo.

Vanessa Pacheco Brenes y Ana Lucrecia Sánchez Garro

Índice general

Tabla de abreviaturas	vi
Resumen.....	viii
Ficha bibliográfica.....	x
Introducción	1
Título I: Las normas de la OCDE sobre el gobierno corporativo	7
Capítulo I: La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).....	7
Capítulo II: Los principios de gobierno corporativo de la OCDE.....	12
Sección A: Antecedentes	12
Sección B: La descripción.....	23
Capítulo III: Las directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas	51
Sección A: Antecedentes	51
Sección B: La descripción.....	61
Capítulo IV: El grado de obligatoriedad de los instrumentos a la luz de la Convención de la OCDE y otros conceptos jurídicos.....	78
Título II: Los mecanismos de evaluación de la OCDE en materia de gobierno corporativo. Las acciones tomadas por Chile como país latinoamericano adherido.....	101
Capítulo I: Los mecanismos empleados por la OCDE para evaluar a los países en materia de gobierno corporativo	101
Capítulo II: Las acciones tomadas por Chile, en materia de gobierno corporativo, durante su proceso de adhesión e ingreso definitivo a la OCDE	123
Título III: Las implicaciones jurídicas para Costa Rica: la situación jurídica actual de Costa Rica en materia de gobierno corporativo en concordancia con los instrumentos de la OCDE	134
Capítulo I: El gobierno corporativo en el sector privado costarricense.....	134
Sección A: El ámbito de aplicación de los principios de gobierno corporativo de la OCDE en Costa Rica	134
Sección B: La normativa existente en Costa Rica sobre gobierno corporativo aplicable a las empresas privadas: la necesidad de implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo de conformidad con los principios de la OCDE.....	141
Capítulo II: El gobierno corporativo en el sector público costarricense	177

Sección A: El ámbito de aplicación de las directrices de gobierno corporativo de la OCDE para las empresas de propiedad estatal en Costa Rica.....	177
Sección B: La normativa existente en Costa Rica sobre gobierno corporativo aplicable a las empresas públicas de propiedad estatal: la necesidad de implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo de conformidad con las directrices de la OCDE	184
Conclusiones.....	197
Referencias Bibliográficas.....	205

Tabla de abreviaturas

ADB: Banco de Desarrollo Asiático

BIAC: Comité Consultivo Empresarial e Industrial

BPI: Banco de Pagos Internacionales

CEO: Consejero Delegado

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CODELCO: Cooperación Nacional del Cobre de Chile

CONASSFI: Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero

FMI: Fondo Monetario Internacional

FSF: Foro sobre Estabilidad Financiera

G20: Grupo de los G20

GCGF: Foro Global de Gobierno corporativo

IFC: Corporación Financiera Internacional

IGC-CR: Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica

IOSCO: Organización Internacional de Comisiones de Valores

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

OECE: Organización Europea para la Cooperación Económica

OECD: Organization for Economic Co-operation and Development

PESF: Programa de Evaluación del Sector Financiero

PIB: Producto Interno Bruto

RACSA: Radiográfica Costarricense S.A.

RECOPE: Refinadora Costarricense de Petróleo S.A.

ROSC: Informes sobre la Observancia de Códigos y Normas del Banco Mundial/FMI

SFC: Superintendencia Financiera de Colombia

SMV: Superintendencia del Mercado de Valores del Perú

SUGEF: Superintendencia General de Entidades Financieras

SUGESE: Superintendencia General de Seguros

SUGEVAL: Superintendencia General de Valores

SUPEN: Superintendencia de Pensiones

TUAC: Comité Sindical Consultivo

Resumen

El presente trabajo de investigación gira en torno a las normas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre gobierno corporativo y sus implicaciones jurídicas para Costa Rica. La interrogante inicial consistió en conocer cómo se regula el gobierno corporativo en Costa Rica, dado que el Plan de Estudios de Derecho de la Universidad de Costa Rica no contiene ninguna asignatura que trate concretamente el tema de Derecho Corporativo. Aunado a ello, es llamativa la candidatura de Costa Rica para ser miembro de la OCDE, ya que esta organización cuenta con dos instrumentos que se refieren específicamente a gobierno corporativo: las directrices de gobierno corporativo de la OCDE para empresas de propiedad estatal y los principios de gobierno corporativo de la OCDE. Debido a la existencia de estos instrumentos, la investigación tomó un enfoque de Derecho Internacional Público.

Se ha planteado como **objetivo general**, el determinar el grado de obligatoriedad de las normas de gobierno corporativo de la OCDE, y las implicaciones jurídicas generadas en Costa Rica frente al eventual ingreso del país a esta organización.

Se estipula como **hipótesis** que, los instrumentos jurídicos de la OCDE en materia de gobierno corporativo tienen un grado de obligatoriedad para los Estados miembro, y en consecuencia una serie de implicaciones jurídicas para Costa Rica en virtud de que el escenario jurídico actual no es concordante

La **metodología** es de tipo documental. Se consultaron especialmente sitios web de organizaciones internacionales. Además, este trabajo es exploratorio, debido a su vinculación con problemas poco estudiados, como lo es el gobierno corporativo desde una perspectiva de Derecho Internacional Público, donde es posible aumentar el grado de familiaridad con este fenómeno. La técnica utilizada es primordialmente el análisis, y se examinan así las fuentes empleadas. En cuanto al método es cualitativo, el cual busca reformular, explicar y teorizar el fenómeno de gobierno corporativo por causas, primordialmente, de Derecho Internacional Público, en virtud de la incorporación del país a la OCDE.

Finalizado el trabajo, se arriba a una serie de **conclusiones** importantes. Entre ellas, se puede mencionar que la OCDE, por medio de los principios y las directrices, ofrece una guía de gobierno corporativo a los países miembros de la organización, e incluso a aquellos que no son miembros.

En lo que respecta al análisis del grado de obligatoriedad de los principios y directrices, se determinó que los instrumentos sí resultan obligatorios para los miembros y aquellos en el proceso de adhesión a la organización. Al examinar la situación jurídica costarricense actual en materia de gobierno corporativo, es posible percatarse que sí existe una concordancia significativa sobre el contenido de las directrices. En cuanto a los principios, hay un cumplimiento parcial. El país está siendo omiso en un aspecto clave: las sanciones, las cuales son un elemento clave para la OCDE. Consecuentemente, sobre las acciones que Costa Rica debe adoptar están las reformas legislativas que permitan una aproximación al contenido de las disposiciones de la OCDE. También, la experiencia chilena es un referente importante, al ser un país latinoamericano que ya logró ingresar de forma efectiva.

Respecto a la **hipótesis** planteada, se cumple parcialmente. Sí se logró demostrar que los principios y las directrices son vinculantes para el país. Sin embargo, la hipótesis se demuestra parcialmente en lo que respecta a la afirmación de que el marco legislativo del país no concuerda con lo estipulado por los instrumentos de gobierno corporativo de la OCDE, ya que sí hay varios aspectos coincidentes, y no es del todo cierto que el panorama costarricense es totalmente antagónico con lo dispuesto por la organización.

Ficha bibliográfica

Pacheco Brenes, Vanessa. Sánchez Garro, Ana Lucrecia. Título: "NORMAS DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) RELATIVAS AL GOBIERNO CORPORATIVO: IMPLICACIONES JURÍDICAS PARA COSTA RICA. ANÁLISIS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO." Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. x y 229.

Director: Msc. Joseph Thompson Jiménez.

Palabras claves: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, gobierno corporativo, Derecho Internacional Público.

Introducción

El interés por investigar la temática en torno a la regulación de gobierno corporativo en Costa Rica, se debió a ciertas interrogantes propiciadas a nivel laboral, dado que el plan de estudios de la Universidad de Costa Rica, tanto a nivel de bachillerato como de licenciatura en Derecho, no contiene ninguna asignatura que trate concretamente el tema de Derecho Corporativo.

La interrogante inicial consistió en cómo se regula el gobierno corporativo en Costa Rica, entendido este como

(...) toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su Consejo, sus accionistas y otras partes interesadas. El gobierno corporativo también proporciona una estructura para el establecimiento de objetivos por parte de la empresa, y determina los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y para supervisar su cumplimiento.¹

Dicho concepto tiene una gran relevancia práctica, ya que este debe proteger y velar por los intereses de una empresa, de sus accionistas y demás personas, cuyos intereses se ven afectados frente a la dinámica de estas compañías.

Es necesario subrayar que dentro del ordenamiento jurídico costarricense existe un reglamento de gobierno corporativo de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, el cual solamente se aplica a las entidades reguladas por la misma SUGEF, la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), y la Superintendencia General de Seguros (SUGESE).

No obstante, llama la atención el hecho de que, a pesar de la existencia de este instrumento, cabe la posibilidad de que se gesten otros cambios en la materia en virtud de la candidatura de Costa Rica para ser miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ya que cuenta con otros instrumentos que se refieren específicamente a gobierno corporativo, los cuales

¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, "Principios de Gobierno corporativo de la OCDE", (2004): 14, consultado 21 de julio, 2016, <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>.

son “Las Directrices de Gobierno corporativo de la OCDE y los Principios de Gobierno corporativo de la OCDE.”

En el momento en que se tuvo conocimiento de la existencia de estos dos instrumentos, el proyecto de tesis tomó un nuevo enfoque, sustentado en el Derecho Internacional Público. Se tomó conciencia del gran interés tenido por el país por formar parte de la mencionada organización, y para ello, inevitablemente, se debe tomar en consideración las normas contempladas por la OCDE-sobre el gobierno corporativo.

Es relevante aclarar que son muchos los ámbitos y las materias contempladas en la ruta de adhesión a dicha organización internacional, por lo cual el proyecto se enfocará en el área que inicialmente llamó la atención: las normas de la OCDE relativas al gobierno corporativo. Se dirigirá al análisis de estas normas, y de las implicaciones jurídicas que devendrían frente al proceso de adhesión y el eventual ingreso del país a la OCDE.

Se ha planteado como **objetivo general** de la investigación, el determinar el grado de obligatoriedad de las normas de gobierno corporativo de la OCDE, y las implicaciones jurídicas que generarían en Costa Rica frente al eventual ingreso.

Con el fin de contestar la interrogante, se designan los siguientes **objetivos específicos**:

1. Detallar las principales características de las normas de la OCDE sobre gobierno corporativo: principios y directrices.
2. Analizar el grado de obligatoriedad de los principios y directrices de gobierno corporativo de la OCDE, a la luz de la convención de la organización.
3. Examinar la situación jurídica actual de Costa Rica en materia de gobierno corporativo, tanto a nivel del sector público como del privado, en relación con lo estipulado en los instrumentos sobre el gobierno corporativo de la OCDE.

4. Plantear las principales acciones que se deben tomar en el país a nivel jurídico sobre el gobierno corporativo, en virtud de la normativa de la OCDE y el interés de Costa Rica por ingresar.
5. Cotejar el proceso de adhesión a la OCDE que enfrenta el país, con los cambios y las reformas que experimentó Chile durante su proceso, en torno a la materia de gobierno corporativo.

Se estipula como **hipótesis** para la investigación que, los instrumentos jurídicos de la OCDE en materia de gobierno corporativo tienen un grado de obligatoriedad para los Estados miembro, y en consecuencia una serie de implicaciones jurídicas para Costa Rica en virtud de que el escenario jurídico actual en materia de gobierno corporativo no concuerda con lo estipulado por los instrumentos de la OCDE.

La **metodología** de la investigación pretende ser de tipo documental, es decir, centrada en el manejo de fuentes documentales, principalmente bibliográficas tales como libros, diarios y artículos electrónicos. Para ello, los investigadores se trasladarán a los lugares donde se encuentren los documentos sobre los cuales se quiere trabajar, como bibliotecas y efectuarán las búsquedas necesarias a través del internet.² Como la OCDE es la organización eje del proyecto, muchos de los documentos por consultar serán tomados de su página web, ya que se pretende seguir una ruta investigativa que, para los efectos, debe basarse necesariamente en los estándares de la OCDE. Asimismo, serán tomados en cuenta portales web de las instituciones públicas y las privadas, las nacionales y las internacionales, otras organizaciones y demás, así como artículos de periódico, normativas y cualquier otro documento que permita desarrollar este proyecto.

Esta investigación también es susceptible de valorarse como una de tipo exploratoria, ya que prepara el terreno para futuras investigaciones, determina tendencias e identifica las relaciones potenciales entre “X” y “Y”, en este caso,

² Jorge Ramírez Caro, *Cómo diseñar una investigación académica* (Heredia, Costa Rica: Montes de María Editores, 2011), 42 y 43.

entre la OCDE y las implicaciones jurídicas que eventualmente se darían en Costa Rica en materia de gobierno corporativo. Además, se vincula con problemas poco estudiados, como lo es el gobierno corporativo desde una perspectiva de Derecho Internacional Público, donde es posible aumentar el grado de familiaridad con el fenómeno a través de la investigación.³ Es así como se pretende emprender este “proceso dinámico, abierto, que requiere tiempo para explorar, describir, formular, analizar, interpretar y sistematizar, para finalmente dar a conocer nuestros hallazgos.”⁴

Se debe entender por técnica a “los instrumentos con que vamos a recoger información de campo y procesar la información bibliográfica o documental”⁵, la cual será primordialmente el análisis, de las fuentes supra indicadas. También, se hará el uso de los cometarios y las críticas como técnicas para procesar la información documental recabada a lo largo de este proceso y vinculada con el objeto de estudio.

Por último, se procederá conforme al método cualitativo, el cual busca reformular, explicar y teorizar el fenómeno de gobierno corporativo en el país por causas, primordialmente, de Derecho Internacional Público, en virtud de la eventual incorporación del país a la OCDE. Los resultados obtenidos, eventualmente, nunca serán una cantidad, por el contrario, serán una cualidad, una dimensión, extensión o bien una conceptualización del objeto, todo ello como consecuencia de las operaciones y las manipulaciones que de este se realice mediante el método y las estrategias de análisis seleccionadas.⁶

La **estructura** del trabajo de investigación se compone de tres títulos, los cuales desarrollan los ejes temáticos principales. En el **Título I** desarrollan las normas de la OCDE sobre el Gobierno corporativo y su grado de obligatoriedad. Para lograrlo, el título se descompone a su vez en cuatro capítulos. El **primero** explica la dinámica que permea a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo

³ Ibíd.

⁴ Ibíd., 44.

⁵ Ibíd., 85.

⁶ Ibíd.

Económico (OCDE) y su evolución a lo largo de la historia, desde su creación hasta hoy. Ya en un **segundo y tercer capítulo** se conocen concretamente los dos instrumentos de la OCDE que regulan la temática de gobierno corporativo, empezando con el estudio de sus antecedentes y, posteriormente, describiendo su contenido a efecto de conocer las disposiciones regentes. En el capítulo dos se le da tratamiento particular a los principios de gobierno corporativo de la OCDE y en el capítulo tres se procede con las directrices para empresas de propiedad estatal. Se finaliza con un **cuarto** capítulo, en el cual se analiza el grado de obligatoriedad de los instrumentos desarrollados en el segundo y tercer capítulo de este título, a la luz de la convención de la OCDE y otros conceptos jurídicos, con el objetivo de aproximarse a las disposiciones que el país tiene que observar en aras de ingresar a la OCDE.

En el **Título II** se estudia, en un **primer** capítulo, los mecanismos empleados por la OCDE para evaluar a los países en materia de gobierno corporativo. Posteriormente, en el **segundo** capítulo se conocen las acciones tomadas por Chile, durante su proceso de adhesión e ingreso definitivo a la OCDE en calidad de país latinoamericano, condición compartida con Costa Rica.

Por último, el **Título III** cierra la tesis, se estudian las implicaciones jurídicas para Costa Rica ante una eventual adhesión a la organización. Para ello, resulta necesario analizar la situación jurídica actual de Costa Rica en materia de gobierno corporativo en concordancia con los instrumentos de la OCDE. El **primer** capítulo se concentra en lo que es el gobierno corporativo en el sector privado costarricense, aclarando en una **sección a)** el ámbito de aplicación de los principios de gobierno corporativo de la OCDE en Costa Rica y posteriormente en una **sección b)** la normativa existente en Costa Rica sobre el gobierno corporativo aplicable a las empresas privadas. El **segundo** capítulo gira su atención al gobierno corporativo en el sector público costarricense, y desarrolla los mismos puntos que el capítulo primero, a saber, el ámbito de aplicación de las directrices de gobierno corporativo de la OCDE para empresas de propiedad estatal en Costa Rica (en la **sección a)**) y el estudio de la normativa existente sobre el gobierno

corporativo aplicable a las empresas públicas de propiedad estatal (en la **sección b**)).

Dicho esto, se procede con el desarrollo del contenido de la tesis, en los términos recién descritos.

Título I: Las normas de la OCDE sobre el gobierno corporativo

Capítulo I: La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

Para efectos de la investigación y con el fin de obtener una adecuada comprensión del objeto de estudio, resulta necesario conocer sobre la organización que da origen a todo el tema. Estamos hablando de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, conocida por sus siglas en español como la OCDE.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) es una organización fundada en el año de 1961. Sin embargo, sus orígenes datan del año 1948 por su antecedente directo: la Organización Europea para la Cooperación Económica (conocida por sus siglas en español como la OECE).⁷

La OECE se formó, específicamente, el 16 de abril de 1948, al firmarse en tal fecha su convenio constitutivo en la ciudad de París, quedaron excluidos únicamente España (quien tenía un régimen político autoritario en ese entonces) y Finlandia (por su cercanía con el régimen soviético). Se pretendió que la OECE funcionara como la agencia europea del plan Marshall, con el fin de ponerlo en marcha y distribuir su ayuda.⁸ El plan Marshall conformaba la ayuda que Estados Unidos se comprometió a enviar a Europa a través del Océano Atlántico tras los estragos sufridos como consecuencia de la II Guerra Mundial.⁹ Estas actividades se mantuvieron en la organización únicamente durante los primeros 18 meses a

⁷ OCDE-División de Relaciones con los Medios de Comunicación, “La OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos”, (s.f.), consultado 04 de diciembre, 2016, http://www.sefome.gob.mx/mejoraregulatoria/docs/QUE_%20ES_OCDE.pdf.

⁸ Begoña González Huerta, “Cooperación Económica: del Plan Marshall al G-20 (1944-2012)”, Universidad Complutense de Madrid, (s.f.), consultado 04 de diciembre, 2016, <http://www.publicacionescajamar.es/pdf/publicaciones-periodicas/mediterraneo-economico/22/22-341.pdf>.

⁹ Eugenio Ricardo Bleckwedel, “El Plan Marshall y la recuperación económica de Europa”, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, (1952), consultado 04 de diciembre, 2016, http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tesis/1501-0560_BleckwedelER.pdf.

partir de su creación, ya que, posteriormente, Estados Unidos presionó para que la OECE dirigiera sus funciones hacia una auténtica cooperación económica entre los países europeos.¹⁰ Fue así como la OCDE reemplazó a la OECE en el año de 1961, año de su creación mediante la firma de su Convención en París, Francia, el 14 de diciembre de 1960.

Al día de hoy, la OCDE agrupa 34 países miembros, ya no sólo del continente europeo. Entre ellos figuran: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, Letonia, México, Países Bajos, Nueva Zelandia, Noruega, Polonia, Portugal, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos.¹¹ Su misión consiste en promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo,¹² ayudando a los gobiernos a generar dentro de sus jurisdicciones un crecimiento económico sostenible, empleos y niveles de vida altos, desembocando en el desarrollo de la economía mundial. Esto último, responde a la promoción que pretende la OCDE del proceso de desarrollo económico de los países miembro, así como de países en vías de desarrollo, y contribuye a un avance en términos de comercio mundial fundado en una base multilateral no discriminatoria.¹³

Dentro de la estructura interna de la OCDE se encuentran los siguientes órganos:

- **Los Comités:** los países miembros deben tener representantes que se agrupen en estos comités, los cuales se especializan en determinadas temáticas. Los comités debaten sobre los distintos tópicos y estudian también los progresos alcanzados en temas de economía, comercio, educación, etc. Actualmente, existen alrededor de 200 comités junto con

¹⁰ González Huerta.

¹¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Miembros y socios”, (s.f.), consultado 04 de diciembre, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/miembros-y-socios-ocde.htm>.

¹² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Acerca de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)”, (s.f.), consultado 21 de febrero, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>.

¹³ OCDE-División de Relaciones con los Medios de Comunicación.

otro tipo de asociaciones dentro de la OCDE como los llamados grupos de trabajo y grupos de expertos.

- **El Consejo:** es el órgano responsable de la toma de decisiones dentro de la organización. Se conforma de un representante por país miembro y un representante de la Comisión Europea. Dentro del Consejo existen los representantes permanentes, quienes se reúnen con regularidad. No obstante, una vez al año el Consejo se reúne a nivel ministerial con el fin de conocer sobre asuntos de relevancia y fijar prioridades. Una vez que toman decisiones y solicitan la ejecución de un trabajo, el encargado es el secretariado de la OCDE.
- **El Secretariado:** es el órgano encargado de trabajar para apoyar las actividades promovidas por los comités. Actualmente, el secretariado está conformado por aproximadamente 2500 personas, entre ellas unos 700 se especializan en ramas de la Economía, el Derecho y la Ciencia, quienes se distribuyen en lo que se conoce como directorados, encargados de realizar investigaciones y análisis según corresponda. El secretariado es dirigido por un secretario general, quien es apoyado en su función por 4 secretarios generales adjuntos. El secretario general es el encargado de presidir el Consejo descrito.¹⁴

Ahora bien, los esfuerzos por parte de nuestro país para ingresar a la OCDE datan del año 2010, gestándose durante el Gobierno de la señora Laura Chinchilla y manteniéndose hasta la fecha con el Gobierno del señor Luis Guillermo Solís. Un avance crucial fue la invitación extendida mediante acuerdo unánime del Consejo de la OCDE para iniciar el proceso de incorporación, todo ello en el marco de la sesión celebrada el 09 de abril de 2015 en la ciudad de París.¹⁵ Consecuentemente, en fecha 08 de julio de 2015, los países miembro aprueban la “Hoja de Ruta” que establece los términos, condiciones y proceso por seguir, en aras de que Costa Rica se adhiera a la organización y adopte a su vez la

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Presidencia de la República de Costa Rica, “Admiten a Costa Rica como candidata al ingreso OCDE”, (9 de abril, 2015), consultado 21 de febrero, 2016, <http://presidencia.go.cr/prensa/comunicados/costa-rica-admitida-como-candidata-al-ingreso-ocde/>.

convención de la OCDE.¹⁶ Es en ese momento que Costa Rica inicia formalmente el proceso que pretende culminar con su incorporación definitiva a la organización.

Si bien ya se cuenta con un aval inicial por parte de la organización y sus países miembros, esto es apenas una pequeña parte de lo mucho que falta por recorrer, lo cual incluye la implementación de las múltiples reformas y los cambios en las políticas, las prácticas y los instrumentos jurídicos del país, con el fin de que eventualmente se ajusten a los instrumentos y las prácticas que revisten la dinámica actual de la OCDE. Lo anterior implica intervenir en una serie de materias como lo son: la inversión, la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, el **gobierno corporativo**, los mercados financieros, los seguros y las pensiones privadas, la competencia, la fiscalidad, el medio ambiente; los productos químicos, la gobernanza pública, la política reguladora, la estadística, la economía, la educación, el empleo y los asuntos sociales, la salud, el comercio, las ayudas a la exportación, la agricultura, la pesca, la ciencia y la tecnología, la política de la economía digital y la política de consumo.¹⁷

Para asimilar mejor el proceso que emprende el país actualmente, especialmente en materia de gobierno corporativo, cabe destacar el papel de Chile, país latinoamericano que ya ha pasado por lo que pretende Costa Rica en relación con la OCDE y que, además, ha logrado cambios sustanciales en cuanto al gobierno corporativo dentro de su país.

Chile hizo su ingreso a la OCDE en fecha 11 de enero de 2010, siendo el miembro número 31 de dicha organización y el primero de América del Sur en ingresar. Este proceso representó para Chile un esfuerzo de dos décadas, que implicó

¹⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “La OCDE establece la hoja de ruta para la adhesión de Costa Rica”, (s.f.), consultado 21 de febrero, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/la-ocde-establece-la-hoja-de-ruta-para-la-adhesion-de-costa-rica.htm>.

¹⁷ *Ibíd.*

reformas al sistema democrático y a las políticas económicas, en aras de convertirse en un país con una economía más fuerte, limpia y justa.¹⁸

En consecuencia y en relación con el tema de gobierno corporativo, Chile se encargó de reforzar las leyes relativas a la libre competencia y los acuerdos para la protección del consumidor.

Siguiendo las mejores prácticas para gobiernos corporativos de la OECD, Chile promulgó una ley que establece una clara separación entre el Estado y el directorio de Codelco, la mayor empresa pública del país, aumentando el número de directores independientes.¹⁹

En virtud de lo anterior, se afirma que este ejemplo no resulta ajeno al país ni a la investigación, no solo por lo ya mencionado, sino que además el Gobierno costarricense ha tomado la experiencia chilena como una guía significativa para la adhesión pretendida. Prueba de ello es la visita que realizó la delegación de Chile al país en el año 2014, en aras de compartir su experiencia, así como los beneficios propiciados al país por su adhesión. Para ello, se llevó a cabo el evento público “Chile: beneficios de su ingreso a la OCDE” en el Ministerio de Comercio Exterior, el cual consistió en exposiciones de los expertos delegados chilenos; así como una reunión a la cual asistieron los representantes de las instituciones a cargo de la implementación del plan de acción OCDE.²⁰ En apartados posteriores se procederá a un análisis más detallado en relación con el caso de Chile, conforme a los términos recién referidos.

Ya que el tema de trabajo radica en la normativa emanada de la OCDE sobre el gobierno corporativo, cabe mencionar que los dos instrumentos principales son “**Los Principios de gobierno corporativo de la OCDE** y las **Directrices de la**

¹⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE”, (11 de enero, 2010), consultado 21 de febrero, 2016, <http://www.oecd.org/fr/presse/chileprimerpaissudamericanomembrolaocde.htm>.

¹⁹ *Ibíd.*, párrafo 8.

²⁰ Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, “Experiencia de Chile en OCDE contribuye a intensificar el diálogo con miras a la adhesión de Costa Rica a la organización”, (4 de setiembre, 2014), consultado 21 de febrero, 2016, <https://www.direcon.gob.cl/2014/09/experiencia-de-chile-en-ocde-contribuye-a-intensificar-el-dialogo-nacional-con-miras-a-la-adhesion-de-costa-rica-a-la-organizacion/>.

OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas", los cuáles se proceden a describir en los próximos apartados.

Capítulo II: Los principios de gobierno corporativo de la OCDE

Sección A: Antecedentes

A finales de la década de los 90 aconteció una **severa crisis financiera internacional**, la cual recibió el nombre de "**Tango**" en Argentina y tuvo grandes repercusiones negativas en varios países de Latinoamérica, específicamente en los años de **1998 y 1999**. Por ejemplo, Brasil fue el país más perjudicado, y Chile, que había mostrado una evidente solidez durante más de una década, también recibió consecuencias económicas severas. Por su parte, en Ecuador el cierre de muchos bancos fue el elemento característico, y en México los propietarios de títulos de deuda se retiraron del mercado.²¹

Aunado a lo anterior, las tasas de crecimiento del PIB (Producto Interno Bruto) por habitante fueron negativas en los países afectados. Esta depresión económica de los países latinoamericanos se suscitó en gran parte por factores externos que golpearon economías en fase de transición, tales como los efectos de la crisis de la región asiática, donde las economías emergentes recibieron el ataque de los capitales volátiles, al ponerse en evidencia las presiones devaluadoras sobre sus monedas.²²

Consecuentemente y como respuesta a esta crisis, surgió el llamado **Grupo de los 20 (G20)**, foro que pretende dar voz a los países emergentes que poseen gran influencia en la economía globalizada. El G20 lo integran los países del G-8 (Alemania, Canadá, EEUU, Francia, Reino Unido, Italia, Japón y Rusia), junto con

²¹ América Económica Internacional, Semanario de información económica y financiera, "América Latina en los noventa: los déficits del crecimiento.", (s.f.), consultado 21 de mayo, 2016, <http://www.americaeconomica.com/reportajes2/yanez.htm>.

²² *Ibíd.*

la Unión Europea, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México, Sudáfrica y Turquía. España participa en calidad de invitado permanente.²³

Conforme a este contexto histórico, es posible visualizar la necesidad que imperaba en ese momento de contar con iniciativas internacionales que permitieran coordinar, orientar y servir de guía a distintos países ante la crisis. Es por esta razón, que junto al surgimiento del G20, se crearon los **Principios de gobierno corporativo de la OCDE** (“principios” en adelante), ya que se considera que el buen gobierno corporativo es una herramienta base para el crecimiento económico de las sociedades o empresas y, por ende, de los países que las albergan.

Los **orígenes** de los principios datan del año **1999**, momento en el cual fueron respaldados por los Ministros de la OCDE²⁴ y fungieron como punto de referencia tanto para responsables políticos como inversores, empresas y demás partes interesadas. Además, han sido catalogados por el Foro sobre Estabilidad Financiera²⁵ como una de las 12 normas elementales que permiten y facilitan la existencia de sistemas financieros sanos. Asimismo, estos principios conforman una importante base, necesaria para el desarrollo del programa de cooperación

²³ Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, Ministerio de la Nación, Secretaría de Política Económica y Planificación de Desarrollo, “G20”, Relaciones Financieras Internacionales, Foros Internacionales, Buenos Aires, Argentina (2004), consultado 21 de julio, 2016, <http://www.economia.gob.ar/secretarias/politica-economica/relaciones-financieras-internacionales/foros-internacionales/g20/>.

²⁴ *Los Ministros de la OCDE conforman el Consejo Ministerial: máximo órgano político de la OCDE. Este órgano aprueba políticas y refrendas directrices para contribuir a los gobiernos nacionales a mejorar sus condiciones económicas y de inversión. Para tal efecto, el Consejo realiza una reunión anual en París, concentrándose las más altas autoridades de los 34 Estados miembros de la Organización, los principales países socios y las naciones en vías de acceso al organismo.*

Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Relaciones Económicas Internacional, “Canciller Muñoz: La presidencia del Consejo Ministerial de la OCDE es un reconocimiento a lo que hemos hecho durante 25 años”, Chile (2016), consultado 21 de julio, 2016, <https://www.direcon.gob.cl/2016/04/canciller-munoz-la-presidencia-del-consejo-ministerial-de-la-ocde-es-un-reconocimiento-a-lo-que-hemos-hecho-durante-25-anos/>.

²⁵ *“El Foro de Estabilidad Financiera (FSF por sus siglas en inglés, Financial Stability Forum) se creó en 1999 para promover la estabilidad financiera internacional, mejorar el funcionamiento de los mercados y reducir el riesgo sistémico.”*

Foro de Estabilidad Financiera, “Guía para el Desarrollo de Sistemas Efectivos de Seguro de Depósitos”, (2001), consultado 21 de julio, 2016, http://www.iadi.org/en/assets/File/Core%20Principles/Final_Report_Spanish.pdf.

entre la OCDE y países que no pertenecen a esa organización y sirven como apoyo al elemento de gobierno corporativo incluido en los Informes sobre la Observancia de Códigos y Normas (ROSC) del Banco Mundial/Fondo Monetario Internacional.²⁶

Los principios han sido objeto de **revisiones e importantes adaptaciones**, con el objetivo de que sean concordantes con los acontecimientos y las experiencias actuales, a su vez, se ha provocado una conciencia más real sobre los beneficios que aporta el buen gobierno corporativo a asuntos relacionados con la estabilidad de los mercados financieros, la inversión y el crecimiento económico. Tales revisiones han sido ejecutadas por el **Grupo Directivo**²⁷ sobre el gobierno corporativo de la OCDE, a quienes, los Ministros de la OCDE, les delegó esta misión en el año 2002. No obstante, las revisiones se sirvieron de muchas otras fuentes, incluyendo la intervención de destacadas instituciones internacionales, consultas con el sector privado, el sector laboral y la sociedad civil, así como los representantes de países no miembros de la OCDE. A su vez, estas revisiones son reflejo de las ideas que en su momento aportaron expertos internacionalmente reconocidos, así como las numerosas sugerencias constructivas que se originaron tras la publicación de un borrador de los principios en Internet.²⁸ Esta primera revisión tuvo como consecuencia la versión de los **principios del año 2004**.

La **segunda y última revisión** se llevó a cabo entre los años **2014 y 2015**. La revisión se efectuó sobre la versión de los principios del 2004, basadas en el común entendimiento de que un alto grado de transparencia, la rendición de cuentas, la supervisión y el respeto a los derechos de los accionistas, así como al

²⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

²⁷ Los grupos directivos de la OCDE consisten en **comités** especializados, en donde se reúnen representantes de países miembros, se comparten ideas y se revisan los progresos sobre políticas específicas en temáticas como la economía, el comercio, la ciencia, el empleo, la educación y los mercados financieros. Existen acerca de 200 comités, grupos de trabajo y grupos expertos. (El resaltado no es del original)

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, "Más información sobre la OCDE", México (s.f.), consultado 21 de julio, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm>.

²⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

papel de los principales actores interesados resultan esenciales para el buen funcionamiento de un sistema de gobierno corporativo.²⁹

Estos valores fundamentales se han conservado y fortalecido, y han dado cabida a la experiencia acumulada desde el año 2004 y garantizado así la alta calidad, la pertinencia y la utilidad de los principios.³⁰

La revisión se ejecutó bajo la responsabilidad del comité del gobierno corporativo de la OCDE, presidido por el Dr. Marcello Bianchi. Todos los países del G20 que no pertenecen a la OCDE fueron invitados a participar en igualdad de condiciones. Asimismo, en la revisión colaboraron de forma activa organizaciones internacionales competentes, tales como el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, el Consejo de Estabilidad Financiera y el Banco Mundial. Además, fueron de significativa importancia las múltiples reuniones de la Mesa Redonda Regional sobre Gobierno corporativo de la OCDE en América Latina, Asia, Oriente Medio y África del Norte, así como las consultas a expertos, a los ciudadanos por internet y, de manera permanente, a los órganos oficiales de la organización a estos efectos, el Comité Consultivo Empresarial e Industrial (BIAC, por sus siglas en inglés) y el Comité Sindical Consultivo (TUAC, por sus siglas en inglés).³¹

Para garantizar la pertinencia y la exactitud de los principios a lo largo del tiempo, la revisión se apoya y se basa en un **trabajo empírico y analítico exhaustivo** sobre los cambios generados en los sectores empresarial y financiero.³²

Los principios revisados se presentaron, posteriormente, ante la **Cumbre de líderes del G20**³³, efectuada los días 15 y 16 de noviembre de 2015 en la ciudad

²⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, "Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20", (2016), consultado 21 de julio, 2016, doi: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ *En esta Cumbre de líderes del G20 se adoptó un comunicado de los dirigentes del G20, la presidencia turca, y se sumaron un gran número de acuerdos conexos y declaraciones de Ministros. El Director General de la OIT participó en la Cumbre que fue precedida por reuniones del L20 (constituido por organizaciones sindicales de los países del G-20) y del B20 (constituido por organizaciones empresariales de los países del G-20).*

de Antalya (Turquía), en la que se aprobaron bajo el nombre de **Principios de Gobierno corporativo del G20 y la OCDE**.³⁴

Para la ejecución de este instrumento, la Secretaría y el comité de gobierno corporativo de la OCDE contó con un amplio número de expertos, organizaciones y centros de investigación. También, se recibió el respaldo de investigadores de algunas instituciones académicas que trabajan en este ámbito, entre las cuales se encuentra la Universidad del Bósforo (Estambul, Turquía). Por lo tanto, el siguiente paso para la OCDE, en colaboración con el G20 y los actores interesados, fue y continúa siendo la promoción y la supervisión de la efectiva implementación de los principios en su nueva versión revisada. Ello incluye la revisión exhaustiva de la metodología para la **efectiva evaluación de la aplicación de los principios de gobierno corporativo**.³⁵

Al respecto, se ha destacado que:

Medir el nivel de aplicación de prácticas de Gobierno corporativo es una tarea compleja, ya que implica condensar en una medida cuantitativa las múltiples dimensiones que abarca el gobierno de una empresa. Este tema ha sido abordado tanto por académicos como por instituciones relacionadas con el mercado financiero, quienes han construido índices que intentan medir los niveles de aplicación de buenas prácticas definidas en diversos códigos de gobierno corporativo. El principal problema que tiene la construcción de un índice de gobierno corporativo es el grado de subjetividad que puede contener. Según Bhagat, Bolton y Romano (2008), el objetivo de la construcción de un índice de gobierno corporativo es

“En el comunicado los líderes del G-20 también declaran: Nos comprometemos a garantizar que el crecimiento sea incluyente y generador de empleo, y beneficie a todos los segmentos de nuestras sociedades. El aumento de la desigualdad en muchos países puede amenazar la cohesión social y el bienestar de nuestros ciudadanos y también puede tener un impacto económico negativo y obstaculizar nuestro objetivo de aumentar el crecimiento. Una combinación amplia y equilibrada de políticas económicas, financieras, laborales, educativas y sociales contribuirá a reducir las desigualdades.”

Organización Internacional del Trabajo, “Quinto punto del orden del día: trabajo decente y crecimiento incluyente y sostenible: Los grandes retos de la política mundial.”, Consejo de Administración, 326.ª reunión, Ginebra (22 de febrero, 2016): 4, consultado 15 de noviembre, 2016, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_455736.pdf.

³⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

³⁵ *Ibíd.*

comparar las medidas de gobierno de una empresa, contra las que el constructor del índice considera como mejores prácticas.³⁶

Los principios tienen el rasgo característico de ser un **instrumento activo que aporta normas no vinculantes y buenas prácticas sobre el gobierno corporativo**. Ofrecen una guía para aplicar las normas y las buenas prácticas en cada país o región, con **la posibilidad de adaptarlas de acuerdo con las condiciones específicas de cada zona**.³⁷

Resulta pertinente tener en consideración que el gobierno corporativo es el sistema por el cual las organizaciones son dirigidas, supervisadas e incentivadas. Este proceso involucra las relaciones entre los propietarios, la junta directiva, la gerencia y los organismos de control. Las buenas prácticas de gobierno corporativo convierten a los principios en recomendaciones objetivas y de esa forma alinean los intereses para preservar y optimizar el valor de la organización, facilitar su acceso al capital y contribuir a su perdurabilidad.³⁸

En esta línea de ideas, la OCDE facilita un fórum que propicia el diálogo continuo con el objetivo de intercambiar experiencias entre países miembros y no miembros, ya que es de interés para la organización, visualizar el entorno y su evolución en materia del gobierno corporativo, de forma tal que se detecten las nuevas tendencias y los desafíos, a los cuales se les debe buscar solución. Evidencia de lo anterior son los principios, en su versión actualizada y revisada, los cuales reafirman el objetivo de la OCDE por robustecer y mejorar en los años venideros la estructura de gobierno corporativo en los distintos países. De esta manera se identifica un esfuerzo por mantener actualizados los principios con base en la realidad imperante global, aspecto que les otorga la característica de ser un instrumento vivo.³⁹ Además, tal y como se mencionó, los principios toman

³⁶ Diógenes Lagos y Carlos Enrique Vecino, “Medición de la aplicación de prácticas de Gobierno corporativo en Colombia”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas*, Universidad de Nariño, Volumen 12, No. 2 (2011): 233-234.

³⁷ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

³⁸ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, “Código de las Mejores Prácticas de Gobierno corporativo”, 4ta edición, Brasil (2011), consultado 15 de noviembre, 2016, http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/CodigoIBGC_4a_ed_espanhol.pdf.

³⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

en consideración las circunstancias actuales de los países en materia de gobierno corporativo, otra razón por la cual experimentan **constantes revisiones y adaptaciones de relevancia**.

Al respecto, es menester indicar que Costa Rica recientemente fue sede de la “Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo”, realizada por la OCDE los días 8 y 9 de setiembre del presente año.⁴⁰

Resulta indispensable enfatizar en que los principios fungen como **apoyo a los Gobiernos de los países miembros y no miembros de la OCDE en la labor de estudiar, corregir y afinar sus leyes y reglamentos sobre el gobierno corporativo** en sus respectivos países. La aplicación de estos principios dentro de las distintas normas y reglamentos de los países, según la OCDE, estimula una cultura de valores acerca del comportamiento profesional y ético, vital para que los mercados operen de forma eficiente. Los valores tales como la confianza y la integridad son esenciales en la economía y en los negocios, por lo que es necesario velar por su presencia. Bajo esta premisa, si bien los principios no erradicarán la actividad delictiva, en lo que respecta al gobierno corporativo y en los países que los adopten, al menos, la harán más difícil de ejecutar. Además, tienen como objetivo brindar una guía a las distintas bolsas de valores, las sociedades, los inversores y otros sujetos inmersos en la tarea de elaborar un buen gobierno corporativo. En cuanto a ello, los **principios otorgan especial importancia a las sociedades con cotización oficial, ya sean financieras o no financieras**. Sin embargo, siempre que fuese posible aplicarlos, son susceptibles de ser adoptados en sociedades sin cotización oficial, como en empresas de propiedad privada y estatales, con el fin de constituir un buen gobierno corporativo.⁴¹

Es importante indicar que, en los procesos de gobierno y toma de decisiones dentro de las empresas, son múltiples factores los que se deben considerar para

⁴⁰ Andrea Mora, “Costa Rica es sede de mesa de la OCDE sobre Gobierno corporativo”, El País.cr, (08 de setiembre, 2016), consultado 01 de noviembre, 2016, <http://www.elpais.cr/2016/09/08/costa-rica-es-sede-de-mesa-de-la-ocde-sobre-gobierno-coorporativo/>.

⁴¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

lograr resultados positivos y beneficiosos a largo plazo dentro de la empresa. Sin embargo, los **principios de la OCDE enfatizan en las problemáticas de gobierno provocadas por la separación entre la propiedad y el control.**⁴²

La separación de propiedad y control, tal y como se presenta en la empresa moderna, tiene como principal problema evitar los posibles comportamientos oportunistas de los gestores que tienden a reducir el valor de la compañía (Gedajlovic y Shapiro, 1998). Ante esta situación, la bibliografía sobre gobierno corporativo ha hecho hincapié en los problemas que plantea la relación entre accionistas y directivos, estudiando los mecanismos de que disponen los inversores para ejercer control sobre la compañía de tal forma que los problemas se vean minimizados (Shleifery Vishny, 1997).⁴³

No obstante, según la OCDE, estas problemáticas no solamente se centran en las relaciones entre los accionistas y el cuerpo directivo (elemento protagonista), sino que además existen otra serie de situaciones o de relaciones. Esta diversidad de circunstancias debe ser contemplada por los principios en el ámbito de la elaboración de las inspecciones y los balances. En ellos se toma en consideración **aspectos que influyen en los procesos de decisión en una sociedad**, como por ejemplo cuestiones de índole medioambiental o ético, y las relacionadas con la lucha contra la corrupción, a pesar que de estas últimas son reguladas por otros instrumentos de la organización.⁴⁴

Las relaciones entre los participantes dentro de esta dinámica (accionistas mayoritarios y minoritarios, cuerpo directivo y empleados), se desarrollan de forma distinta según el país en el que se ejecute la actividad, sea miembro o no miembro de la OCDE. La interacción depende en gran medida de las leyes y los reglamentos, de la adaptación voluntaria, pero, sobre todo, de las fuerzas del mercado.⁴⁵

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Luis Ángel Castrillo y Juan Manuel San Martín, "La propiedad familiar como mecanismo de gobierno disciplinador de la dirección en las empresas mexicanas: Una evidencia empírica.", Artículo de investigación, México (2007), consultado 01 de noviembre, 2016, http://scielo.unam.mx/scielo.php?pid=S0186-10422007000200005&script=sci_arttext.

⁴⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

⁴⁵ *Ibíd.*

Otro aspecto relevante de señalar es que, de acuerdo con la OCDE, los principios básicos sobre buen Gobierno corporativo deben ser observados por las sociedades al momento de tomar decisiones relativas a **inversión**. En relación acon ello, es importante enfatizar que las inversiones actualmente se desarrollan en un entorno cada vez más internacional, por lo que las prácticas de gobierno deben considerarlo de índole global. El grupo de inversores a través del cual las sociedades se financian se ha ampliado gracias a los flujos internacionales del capital, lo cual trae consigo la necesidad de que los acuerdos sobre gobierno corporativo sean viables, convincentes y claros en todos los países, lo cual se facilita al adoptar los principios aceptados internacionalmente. De esta manera, se posibilita que los países obtengan todas las ventajas de un **mercado de capital global**.⁴⁶

Se entiende por mercado de capital global la interacción de los principales centros financieros internacionales, que hace posible la negociación continua las 24 horas del día y en la cual intervienen intermediarios, instrumentos y emisoras globales, utilizando redes de información a (sic) tales como Reuters, Bloomberg, CNNFN, NBC, y otras.⁴⁷

Aunado a lo anterior, se debe aclarar que, según la ideología de la OCDE, el adherirse a las prácticas del buen gobierno corporativo y a los principios establecidos en el Derecho Internacional, favorece incluso a las sociedades que no se financian con los flujos extranjeros del capital, ya que las buenas prácticas propiciarán beneficios, tales como: el aumento de la confianza por parte de los inversores nacionales, la reducción del coste del capital, el procurar que los mercados financieros funcionen de forma adecuada y la atracción de fuentes de financiamiento con mayor estabilidad.⁴⁸

El buen gobierno corporativo entonces

no puede verse como un elemento aislado dentro de la empresa ni como una cuestión que afecte sólo a esta última, sino, por el contrario, como una pieza fundamental del mercado de capitales y, en consecuencia, de la

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Hugo Rodolfo Brull, *El mercado de capitales globalizado. Al alcance de todos* (Buenos Aires: Editorial Dunken, 2007), 33.

⁴⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

economía en su conjunto. El buen gobierno corporativo actúa como un vehículo y un catalizador de la transparencia, condición sine qua non para el eficiente funcionamiento de un mercado de capitales. (...) Es un proceso dinámico que acompaña los cambios de su entorno, tanto político como social y, por supuesto, el económico.⁴⁹

En virtud de lo recién referido, resulta evidente que la OCDE reafirme la importancia de observar los principios sobre el gobierno corporativo, y se aseguren resultados positivos para los países adoptantes.

En cuanto a la razón de ser y esencia de estos principios, la organización indica que los **principios representan una base común esencial para el desarrollo de las buenas prácticas de gobierno y que pretenden ser concisos, comprensibles y accesibles a la comunidad internacional**. Su finalidad no es la de sustituir iniciativas gubernamentales, semigubernamentales o del sector privado destinadas a desarrollar una lista más detallada de “las buenas prácticas” en el ámbito de gobierno corporativo.⁵⁰ De acuerdo con lo anterior, se trata entonces de una **guía en común** para los países miembros de la OCDE, la cual les permite contar con un punto de partida; se considera fundamental, **para el desarrollo de las iniciativas gubernamentales** y las buenas prácticas sobre el gobierno corporativo, adaptadas a las circunstancias particulares de cada país.

Tal es el caso por ejemplo de España, que recopiló estas prácticas sobre el gobierno corporativo en el “Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas”, aprobado el 22 de mayo del año 2006, por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Este código ha sido objeto de revisiones y recomendaciones importantes, correspondiendo las últimas al año 2015.⁵¹

⁴⁹ Aldo Olcese Santonja, “Teoría y Práctica del Buen Gobierno corporativo, Prólogo de Antonio M. Borges”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona (2005): 11, consultado 01 de noviembre, 2016, http://www.aldoolcese.es/sites/default/files/aldo_olcese_teor%C3%ADa_y_pr%C3%A1ctica_del_buen_gobierno_corporativo.pdf.

⁵⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

⁵¹ Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”, Madrid (febrero, 2015), consultado 01 de noviembre, 2016, https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf.

Las peculiaridades de cada país generan que no exista un modelo único de gobierno corporativo, sin embargo, la labor desarrollada dentro de la OCDE, y en los países pertenecientes y no pertenecientes a esta organización, ha lanzado como resultado la identificación de **elementos comunes claves** de un buen gobierno corporativo, los cuales se agrupan en los principios con el objetivo de ofrecer una base común efectiva para los distintos modelos del gobierno corporativo existentes.⁵²

Los Principios tienen un carácter no-vinculante, y no pretenden la incorporación de disposiciones detalladas en las legislaciones nacionales, sino identificar objetivos y plantear diversos medios para alcanzarlos, sirviendo como punto de referencia. Los responsables políticos pueden emplearlos a la hora de examinar y desarrollar los marcos (sic) legales y reglamentarios en materia de gobierno corporativo que reflejen su propio entorno económico, social, legal y cultural, y los agentes del mercado, a la hora de desarrollar sus propias prácticas.⁵³

En otras palabras, los principios aportan **estándares claves** de lo que se conoce como un buen gobierno corporativo a nivel internacional, y con esta guía, es posible que los países desarrollen sus propias pautas gubernamentales, legales y reglamentarias, según amerite, para la consecución de sus fines.

Se debe aclarar que cuando se habla del carácter de base común ostentado por estos principios, se debe centrar la atención en su naturaleza evolutiva, ya que para funcionar se revisan y **adaptan** los elementos esenciales de un buen gobierno corporativo a nivel internacional, **según las circunstancias actuales**, las cuales están sujetas a constantes cambios en los distintos países.⁵⁴

Lo anterior responde a que incluso el Derecho, como disciplina, es una ciencia social en constante cambio y que debe ser acorde con las circunstancias suscitadas con el tiempo. Por ello es posible afirmar que:

Deben aplicarse reglas extensivas y flexibles que permitan su adecuación con el sentido de las normas jurídicas en un contexto histórico/ espacial determinado, y una mirada de esta naturaleza, no implicaría un

⁵² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

⁵³ *Ibíd.*, 14.

⁵⁴ *Ibíd.*

desmejoramiento del panorama constitucional o un serio cuestionamiento a la certeza jurídica, sino que actualiza y sincera la relación entre norma y sociedad.⁵⁵

Bajo este razonamiento, las sociedades deben ser competitivas y modificar sus prácticas de gobierno corporativo, de manera que se adapten a nuevas demandas u oportunidades. Del mismo modo, los Gobiernos poseen la tarea de brindar un **marco reglamentario flexible** que vele por el buen funcionamiento de los mercados, y la interacción entre los accionistas y demás protagonistas en la temática. Al respecto, les corresponde a los Gobiernos y a los agentes del mercado aplicar estos principios de la forma que consideren más conveniente en relación con sus propios marcos de gobierno corporativo, valorando la necesidad o no de nuevas reglamentaciones.⁵⁶

Debido a lo anterior, es vital que los principios se encuentren actualizados y tomen en consideración el contexto internacional actual, ya que, de lo contrario, no serían una base correcta para los demás países que los aplican y lo implementan con el objetivo de cumplir sus fines de crecimiento y estabilidad económica.

Sección B: La descripción

Una vez desarrolladas las características generales de los principios de gobierno corporativo de la OCDE, se procederá a conocerlos de manera individual.

La OCDE cuenta con **seis principios**, divididos por temáticas, que, a su vez, se apoyan en subprincipios. Estas temáticas se encuentran relacionadas entre sí, tal y como se evidenciará posteriormente.

⁵⁵ Jaime Mercado Bassa, “El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales”, Estudios Constitucionales, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile (2008): 376-377, consultado 01 de noviembre, 2016, <http://www.cecococh.cl/website/www.cecococh.cl/uploads/pdf/revistas/2008-1/elestado20.pdf>.

⁵⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*.

A continuación, se analizan tales principios:

I. Consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo

El marco de gobierno corporativo promoverá la transparencia y la equidad de los mercados, así como la asignación eficiente de los recursos. Será coherente con el Estado de Derecho y respaldará una supervisión y una ejecución eficaces.⁵⁷

En cuanto a este primer principio, es menester ampliar qué entiende la OCDE por el marco de gobierno corporativo eficaz. En primer lugar, será eficaz en la medida en que el marco legislativo, reglamentario e institucional provea la suficiente confianza a los agentes del mercado a la hora de ejercer relaciones contractuales privadas. Acorde con ello, los países deben darle seguimiento a su marco de gobierno corporativo y a sus prácticas empresariales, con el propósito de **promover la integridad del mercado**⁵⁸, **así como las prácticas éticas, responsables y transparentes** (para la organización es vital realizar consultas sobre esta temática a los ciudadanos de manera continua).⁵⁹

⁵⁷ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*, 13.

⁵⁸ La **integridad del mercado** requiere “que la información sobre los valores sea completa o, al menos, homogénea entre todos los participantes. Este requisito de equidad horizontal implica que todos los participantes pueden interactuar en igualdad de condiciones. Por lo tanto, debe garantizarse la universalidad de la nueva información sobre los valores y difundirse de forma inmediata. La regulación de los mercados de valores en los países desarrollados incluye los principios que requiere un buen funcionamiento de los mercados. Puede que la regulación los recoja en forma de un código de mercados, pero seguramente los recoge especificando las infracciones a los mismos. Así, la regulación de valores clasifica las infracciones en dos tipologías, el uso de información privilegiada y la manipulación de precios, que en terminología actual se engloban en el concepto de «abuso de mercado».”

Nieves García Santos, “Ética, Equidad y Normas de conducta en los mercados de valores: la regulación del abuso de mercado.”, *Ética y Economía*, *Revistas ICE*, No. 823, España (Junio, 2005): 176-177, consultado 01 de noviembre, 2016, http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_823_163-188_A2F3F633B76FD17C96F76DAB1588D67B.pdf.

⁵⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

En relación con este punto, es importante destacar que este criterio no solamente lo mantiene la OCDE, sino que es común internacionalmente. Por ejemplo, el autor chileno Fernando Lefort, manifiesta que:

El gobierno societario es el conjunto de instancias y prácticas institucionales en el proceso de toma de decisiones de la empresa que contribuyen a la creación sustentable de valor en un marco de transparencia, ética y responsabilidad empresarial, alineando intereses y promoviendo el respeto a los derechos de todos los accionistas y grupos de interés que participan directa o indirectamente en la empresa.⁶⁰

Además de promover la transparencia y la equidad de los mercados, el marco de gobierno corporativo eficaz resulta clave para los resultados económicos globales. En cuanto a ello, la OCDE subraya como elemento fundamental, la **flexibilidad**. El marco legislativo y reglamentario debe ser flexible, lo cual quiere decir que debe incluir las diferentes circunstancias y los distintos contextos empresariales (debe haber proporcionalidad según el tamaño de las empresas cotizadas, la estructura de la propiedad, la presencia geográfica, los sectores de actividad empresarial, las fases de desarrollo, entre otros). Cada empresa, inversor o actor interesado tiene sus especificidades y condiciones diferentes, y **el objetivo no consiste en que determinadas políticas se apliquen necesariamente de forma general a todas las empresas sin importar el resultado positivo en ellas, sino en generar la asignación eficiente de los recursos y oportunidades nuevas para crear valor mediante un marco de gobierno corporativo flexible y eficaz que contemple dichas condiciones empresariales**. Es por esta razón que a medida en que estas circunstancias varíen, las normas del marco se deben revisar, y de ser pertinente, ajustar.⁶¹

⁶⁰ Fernando Lefort, "Hacia un Mejor Gobierno corporativo en Chile", Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro para el Gobierno de la Empresa, Agenda Pública UC, Chile, (2008): 3, consultado 01 de noviembre, 2016, https://www.researchgate.net/profile/Fernando_Lefort/publication/227470452_Hacia_un_mejor_Gobierno_Corporativo_en_Chile/links/00b4953bc7b088f833000000.pdf.

⁶¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

Sin embargo, es necesario indicar que la organización es enfática en señalar que **se debe evitar un exceso de regulación**, leyes cuyo acatamiento sea imposible, y consecuencias que repercutan negativamente en la dinámica empresarial. En caso de que resulten indispensables nuevas leyes y reglamentos para darle solución a las problemáticas evidentes en el mercado, deben redactarse de manera que puedan ser de **aplicación eficiente y equitativa a todas las partes**. Para ello, es importante que el Estado y demás autoridades reguladores elaboren consultas a las empresas y a los agentes interesados.⁶² Lo anterior denota que la intención de este principio es generar resultados económicos positivos en las empresas, y, por ende, en los países que lo apliquen. No se trata de conseguir el mayor número de reformas sobre el gobierno corporativo en los países, sino plantear reformas y políticas que sean de verdadera utilidad.

Un aspecto por tomar en consideración es que en este principio la OCDE manifiesta que, **en materia de gobierno corporativo se desarrollan códigos y normas de carácter voluntario que no ostentan el rango de ley ni de reglamento**. Aclara que es posible que estos códigos promuevan mejoras en los sistemas de gobierno corporativo, no obstante, su aplicación podría generar incertidumbre a los accionistas y a los actores interesados, de no especificarse de manera clara su ámbito de aplicación y su fuerza vinculante (en el caso de que se utilicen como norma nacional o como complemento de las disposiciones legislativas).⁶³ Un ejemplo de estos códigos descritos por la OCDE, es el “Código Voluntario de buenas prácticas de Gobierno corporativo para Costa Rica” (publicado en el 2007, y su segunda edición en el 2014), el cual fue desarrollado por el Instituto de Gobierno Corporativo de Costa Rica, junto con empresas nacionales y multinacionales, firmas de auditoría y legales, otras cámaras nacionales y la Bolsa Nacional de Valores.⁶⁴

⁶² Ibíd.

⁶³ Ibíd.

⁶⁴ Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica, “¿Qué es Gobierno corporativo?”, Costa Rica (2016), consultado 01 de noviembre, 2016, <http://igc-costarica.org/gobierno-corporativo/>.

También, es primordial que el marco de gobierno corporativo se ejecute, de manera tal, que les otorgue de forma clara sus **responsabilidades a las diversas autoridades en materia de supervisión, aplicación y acciones de cumplimiento**, de manera que se respeten y se ejerzan eficientemente las competencias asignadas a los diferentes departamentos y órganos complementarios. Para este objetivo, bajo el criterio de la OCDE, se debe contar con disposiciones claras, que delimiten de forma adecuada las potestades, funciones y competencias de las autoridades, y que eviten el solapamiento, las contradicciones entre las normas, y la aparición de vacíos legales, aspectos que perjudican a las empresas elevándoles sus costos.⁶⁵

Además, las instituciones públicas deben ejercer funciones de control para velar por el actuar coherente y conforme a derecho de las autoridades encargadas. Estas autoridades, a quienes se les hace responsables de la supervisión, regulación y acciones de cumplimiento, constituyen órganos funcionalmente independientes, que **deben rendir cuentas en el ejercicio de sus funciones y potestades**, por lo cual sus decisiones deben ser fundamentadas, y estar sujetas a control judicial y administrativo. Pero, para lograr eficacia en su actuar, deben contar con los **recursos adecuados y gran cantidad de personal cualificado**, lo cual conlleva a prever una financiación suficiente.⁶⁶

De no darse las características anteriores, no se podría hablar de un **marco de gobierno corporativo coherente con el Estado de Derecho**, en el cual se contribuye a los intereses generales y existe transparencia y sistemas para que las partes protejan sus derechos.⁶⁷

La expresión Estado de Derecho se refiere a un Estado constitucional, legislativo y hasta judicial de derecho, en donde la Constitución Política es la norma

⁶⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ *Ibíd.*

prevaleciente, y en donde se garantiza una democracia participativa y representativa.⁶⁸

Por otro lado, la OCDE considera que un marco de gobierno corporativo eficaz debe contemplar la **regulación de los mercados de valores**, ya que estos disponen los criterios de cotización para las sociedades emisoras, es decir, establecen ciertos requisitos que promueven la eficacia entre las sociedades.⁶⁹

Las Bolsas y Mercados de Valores se pueden definir como mercados organizados y especializados, en los que se realizan transacciones con títulos valores por medio de intermediarios autorizados, conocidos en los distintos países como Casas de Bolsa, Puestos de Bolsa, Agentes de Bolsa, o Sociedad de Bolsas. Las Bolsas y mercados ofrecen al público y a sus miembros las facilidades, mecanismos e instrumentos técnicos que facilitan la negociación de títulos valores susceptibles de oferta pública, a precios determinados mediante subasta.⁷⁰

Por último, no resulta ocioso indicar que en este principio se reconoce la importancia de la **cooperación transfronteriza, por medio de sistemas bilaterales y multilaterales de intercambio de información**. La razón es que muchas empresas operan en varios países mediante entidades, cotizadas o no, y aspiran a estar registradas en las bolsas de varios Estados diferentes. La cooperación internacional en el área de gobierno corporativo les ayudará a las autoridades reguladoras a ejercer un control efectivo.⁷¹

La OCDE manifiesta este interés por la cooperación internacional incluso en otras ramas y mediante distintos acuerdos que promueven este fin. Tal es el caso del “Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria”, el cual contempla modelos de acuerdos bilaterales según los ideales de la organización,

⁶⁸ Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, novena edición, (España: Taurus Ediciones S.A., 2010).

⁶⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

⁷⁰ Rodolfo Brull, 12.

⁷¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

en búsqueda de erradicar prácticas fiscales perniciosas.⁷² La materia fiscal juega un papel primordial en las empresas, por lo que un control en esta rama es necesario para el buen gobierno corporativo.

II. Los derechos y el tratamiento equitativo de los accionistas y las funciones de propiedad clave

El marco de gobierno corporativo protegerá y facilitará el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos tendrán la posibilidad de que se reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos.⁷³

Este principio tiene un desarrollo muy amplio por parte de la OCDE, ya que en el documento oficial se enumeran los derechos ostentados por los accionistas y se indican muchos aspectos sobre el funcionamiento de una sociedad. Entre los principales elementos explicativos se menciona que los inversores en valores gozan de específicos **derechos de propiedad**, según las acciones que exterioricen. Y que, dentro de la dinámica de una sociedad, la gestión de la empresa se lleva a cabo mediante el **Consejo de Administración**, cuya elección de miembros la realizan los accionistas.⁷⁴

El objetivo de este segundo principio es que el marco de gobierno corporativo proteja a los accionistas o inversores de abusos o violaciones a sus derechos, para que les sea posible ejercerlos de manera eficaz y eficiente. Se enfatiza especialmente al **trato equitativo que deben recibir los accionistas nacionales y extranjeros en materia de gobierno corporativo, y también a la protección de los accionistas minoritarios⁷⁵** en dicha temática.⁷⁶

⁷² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria”, traducido por el Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, España (s.f.), consultado 1 de noviembre, 2016, <https://www.oecd.org/ctp/harmful/37975122.pdf>.

⁷³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*, 18.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ “Se entenderá por accionista minoritario dentro de una sociedad anónima, todo aquel participante en ella, que no detente de manera autónoma el poder decisorio dentro de la misma, en razón de no contar con un porcentaje de capital que le dé los votos requeridos para aprobar o negar una decisión, o

Este trato equitativo de los accionistas es un derecho reconocido internacionalmente, no solo por la OCDE, sino por diversos organismos dentro de los distintos países. En Colombia, por ejemplo, la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), quien ha liderado un programa de gobierno corporativo, posee como objetivo analizar la conducta corporativa de las empresas, e incluye el trato igualitario que se debe dar.⁷⁷

Al respecto, el Código de Mejores Prácticas Corporativas de Colombia dispone que:

Toda sociedad debe prever los mecanismos necesarios para garantizar igualdad en los derechos de los accionistas, propendiendo por su reconocimiento y aplicación en las actuaciones de la sociedad, y asegurando un trato equitativo para los accionistas minoritarios. Las sociedades colombianas deben promover el conocimiento y el ejercicio garante de los derechos que se desprenden de la condición de accionista. Todos los inversionistas deben tener acceso a la información acerca de los derechos y obligaciones asociados a cada tipo de acción antes de adquirirlas.⁷⁸

La OCDE habla de dos tipos de derechos: por un lado, los **derechos ex post** de los accionistas, los cuales permiten solicitar una reparación tras la violación de un derecho, por ejemplo, poseer la posibilidad de interponer acciones judiciales y recursos administrativos contra los directivos o miembros del Consejo de Administración; y por otro, los **derechos ex ante** de los accionistas, que consisten en, por ejemplo, requisitos menos estrictos de titularidad de acciones para incluir asuntos en el orden del día de la Junta de Accionistas o la exigencia de una

que, no participe de un acuerdo de accionistas que reúna los votos necesarios para aprobar o negar una decisión. Esta categoría de accionistas, generalmente son aquellos pequeños inversionistas que lo único que esperan como contraprestación por su aporte, es la participación en los dividendos, o la valorización de la acción, es decir, solo tienen intereses económicos en la sociedad, pero esperan tratamiento igualitario.”

Luis Alfonso Mora y Edgar Elías Muñoz, “Situación jurídica del accionista minoritario en la Sociedad Anónima” (Trabajo de Grado para optar por el título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2002), 13, consultado 01 de noviembre, 2016, <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-51.pdf>.

⁷⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

⁷⁷ Lagos, Diógenes. Vecino, Carlos Enrique.

⁷⁸ Superintendencia Financiera de Colombia, “Código de Mejores Prácticas Corporativas”, Colombia (2007): 6, consultado 1 de noviembre, 2016, http://www.ecgi.org/codes/documents/cgc_columbia_2007_fr.pdf.

mayoría cualificada del accionariado para aprobar ciertas decisiones importantes.⁷⁹ Estos derechos *ex ante* se podría decir que evitan un futuro abuso o eventual violación a los derechos de los accionistas (especialmente los minoritarios, los cuales se podrían ver perjudicados si no se les facilita participación).

Según este Principio, entre los **derechos fundamentales de los accionistas** se encuentran: **registrar su derecho de propiedad** mediante un método seguro; ceder o **transferir acciones**; **obtener información pertinente y relevante** sobre la sociedad de manera oportuna y periódica; **participar y votar en las Juntas Generales de Accionistas**; **elegir y destituir a los miembros del Consejo de Administración**; y **participar en los beneficios de la sociedad**.⁸⁰ (La negrita no es del original).

La OCDE no se limita a redactar una lista de estos derechos, sino que también abarca en este principio los medios por los cuales los accionistas pueden verdaderamente ostentar tales derechos.

Se indica que los accionistas poseen el derecho a **participar en decisiones que impliquen cambios fundamentales en la sociedad**, como por ejemplo la modificación del reglamento interno de la sociedad, la autorización de la emisión de nuevas acciones y operaciones extraordinarias. Para ello es indispensable que a los accionistas se les brinde la oportunidad efectiva de votar en las Juntas Generales de Accionistas, por lo cual **deberán ser informados sobre la fecha, hora, lugar y orden del día de las Juntas**, contándose con **antelación suficiente** para que realicen consultas antes de la misma, de ser necesario, y **para que se incluyan asuntos en el orden del día**, dentro de los límites razonables.⁸¹

Es pertinente subrayar que el voto resulta indispensable para que los accionistas materialicen muchos de los derechos citados. Es por esta razón que los principios abogan para que el marco de gobierno corporativo **no dificulte indebidamente el voto**, y permita el uso del **voto por representación** y además, el **voto**

⁷⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

⁸⁰ *Ibíd.*, 20.

⁸¹ *Ibíd.*

electrónico no presencial, el cual implica el envío de la documentación para otorgar un poder y **sistemas fiables de confirmación del voto**.⁸² Es preciso que se tomen en consideración estos sistemas, máxime la realidad imperante, en la cual, las sociedades cuentan con gran cantidad de inversores extranjeros. Para lograr proteger sus derechos como accionistas, se debe recurrir a implementaciones prácticas como las descritas. Sin embargo, es significativo que estos sistemas sean confiables y eficientes, evitando todo tipo de fraudes en la confirmación del voto o envío de los documentos; ya que por el contrario no se cumpliría con el fin del voto electrónico, el cual es brindar al accionista una participación fiable e informada en las juntas y, por ende, en las decisiones de relevancia en la sociedad.

La importancia del voto efectivo es reconocida internacionalmente. La Comisión Nacional del Mercado de Valores de España dispone que a los accionistas se les debe permitir votar mediante correo o comunicación electrónica, conforme a lo dispuesto en los estatutos de cada sociedad. Además, indica que las instrucciones concretas para ejercer este tipo de voto deben especificarse en la convocatoria de cada Junta General de Accionistas.⁸³

Los inversores extranjeros en muchas ocasiones son titulares de las acciones por medio de **cadenas de intermediarios**. Las cadenas de intermediarios tienen lugar cuando las acciones de una sociedad están depositadas en cuentas de intermediarios de valores que, simultáneamente, poseen cuentas en otros intermediarios y depositarios centrales de valores de otros países, mientras que la sociedad cotizada se encuentra en un tercer país.⁸⁴ En otras palabras, se traduce en una tenencia indirecta de acciones, en la cual participan un sinnúmero de intermediarios.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Las preguntas que debe hacerse todo accionista de una compañía cotizada”, Oficina de atención al inversor, Guía informativa, España (Julio, 2009), consultado 01 de noviembre, 2016, http://www.cnmv.es/DOCPORTAL/Publicaciones/Guias/guia_accionistacc.pdf.

⁸⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

La **tenencia indirecta de acciones** surge cuando una entidad –financiera o no- o, en general, una persona jurídica o física se interpone entre la sociedad emisora y el accionista final o “beneficiario efectivo” (“beneficial owner”) de las acciones, es decir, quien asume el riesgo de la inversión materializada en las acciones. Podemos, para simplificar la exposición, llamar al primero –la persona interpuesta- titular formal de las acciones, en la medida en que aparece como tal accionista nominal en el registro de anotaciones en cuenta, y al segundo titular material –real o efectivo- de las acciones.⁸⁵ (La negrita no es del original.)

Es decir, se genera una cadena muy larga en la cual los inversores extranjeros deben poseer iguales derechos a los accionistas, por lo cual se debe ejercer un **voto transfronterizo**. Este segundo principio dispone que **el marco legislativo y reglamentario debe eliminar los obstáculos para ejercer este tipo de voto**, aclarando quién puede controlar los derechos de voto en esas situaciones transfronterizas, simplificando cadenas de depositarios cuando sea necesario, y sobre todo, estableciendo plazos de notificación que le permitan al inversor extranjero ejercer sus derechos como propietario (ya que si se le otorga un plazo excesivamente corto no tendrá el tiempo necesario para reaccionar ante una convocatoria de la empresa o para informarse adecuadamente a efectos de tomar una decisión).⁸⁶

para garantizar que el voto de los accionistas residentes en un Estado miembro distinto de aquél del emisor sea eficiente es necesario solucionar **tres cuestiones fundamentales**. En primer lugar, determinar a quién corresponde el derecho de voto o quién debería tener el derecho a determinar cómo será ejercido el derecho de voto; en segundo lugar, solucionar los problemas que lleva consigo el ejercicio del voto; y por último, garantizar que quien tiene derecho a ejercitar el derecho de voto recibe la información relevante necesaria.⁸⁷ (La negrita no es del original.)

⁸⁵ Centro de Gobierno corporativo, “La tenencia indirecta de acciones y el derecho de voto en las sociedades cotizadas tras la ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la ley de sociedades de capital”, (2011): 12, consultado 01 de noviembre, 2016, <http://www.centrobuengobierno.ie.edu/wp-content/uploads/sites/87/2013/11/Inv-Pub-CGC-2011RMROctubre.pdf>.

⁸⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

⁸⁷ Javier Martínez, “Sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un Estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado, por la que se modifica la directiva 2004/109/ce”, Universidad Complutense, Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Madrid (2008), consultado 01 de noviembre, 2016, [http://eprints.ucm.es/6539/1/PROP DIR EJERCICIO DERECHO DE VOTO.pdf](http://eprints.ucm.es/6539/1/PROP_DIR_EJERCICIO_DERECHO_DE_VOTO.pdf).

Es posible visualizar entonces el objetivo de la OCDE de proteger al accionista extranjero, y dotar de herramientas prácticas a los países para que ostente un trato equitativo entre los accionistas extranjeros y nacionales, tal como se afirmó.

Del mismo modo, la OCDE en este principio desarrolla medidas para la **protección de los accionistas minoritarios frente a actos abusivos directos o indirectos por parte de los accionistas mayoritarios o en su beneficio**. Entre las medidas mencionadas están la emisión de acciones de **derechos preferentes**, las **mayorías cualificadas** para determinadas decisiones y la posibilidad de recurrir al **voto acumulativo** a la hora de elegir a los miembros del Consejo de Administración. Además, se contemplan las **acciones judiciales derivadas** (también múltiples) y las **colectivas**, en caso de que vean sus derechos violentados, por lo cual se debe contar con medios eficaces de reparación.⁸⁸ Con estos mecanismos se propicia que los accionistas minoritarios ostenten los derechos fundamentales correspondientes, ya que se vela por su participación en la sociedad, sin olvidar la necesidad de divulgación de información pertinente y periódica.

En esta misma línea de ideas, este principio **rechaza los sistemas jurídicos que permiten y aceptan abusos de los accionistas mayoritarios**. En estos sistemas se les otorga a los accionistas mayoritarios un grado de control que no corresponde con el nivel de riesgo desplegado en calidad de titulares de acciones. Es decir, se separa la propiedad del control, mediante estrategias como las **estructuras piramidales** o los **derechos de voto múltiple**, suministrándoles más control a ciertos inversores sin basarse en las acciones poseídas. Esto último contraría los ideales de la OCDE, ya que el principio señala que, **dentro de una misma clase de acciones, todas las acciones otorgarán los mismos derechos**, por lo que los **accionistas de una misma clase necesariamente deben recibir un trato igualitario**.⁸⁹

⁸⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

⁸⁹ *Ibíd.*

Según la OCDE, cuando no se vela por el trato igualitario entre accionistas, los abusos por parte de los accionistas mayoritarios se traducen en obtención de **beneficios privados directos** mediante elevadas retribuciones y primas a familiares o socios; **operaciones inadecuadas con partes vinculadas** (la OCDE indica que deben realizarse mediante un procedimiento establecido para autorizarlas, bajo interés justificado para la empresa); **emisión especial de acciones** y decisiones empresariales que favorecen solamente a los mayoritarios; **operaciones de auto-contratación** (las cuales se generan cuando quienes mantienen relaciones próximas con la empresa—sobre todo accionistas mayoritarios— toman provecho en perjuicio de la empresa y sus demás accionistas); entre otras formas de abusos significativos que menoscaban el ejercicio de los derechos de los accionistas dentro de una sociedad.⁹⁰

En conclusión, el marco de gobierno corporativo debe proteger los derechos de los accionistas y su trato equitativo dentro de una sociedad. Es posible dilucidar que no se trata solamente de indicar los derechos fundamentales de los accionistas, sino que también el marco legislativo y reglamentario debe brindar una tutela efectiva, estableciendo mecanismos para ejercerlos y reaccionar en caso de violaciones, según el ordenamiento jurídico y condiciones particulares de cada país.

III. Inversores institucionales, mercados de valores y otros intermediarios

El marco de gobierno corporativo debe proporcionar incentivos sólidos a lo largo de toda la cadena de inversión y facilitar que los mercados de valores funcionen de forma que contribuya al buen gobierno corporativo.⁹¹

En el principio desarrollado se estableció que el marco de gobierno corporativo será eficaz si, contempla las distintas circunstancias y contextos empresariales existentes, lo cual conlleva a que el marco se deba revisar y ajustar si las nuevas circunstancias lo ameritan.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*, 31.

La razón de ser de este tercer principio es precisamente lo descrito, ya que responde a una realidad imperante en la dinámica empresarial, la cual hoy en día no solamente consiste en una relación directa entre los resultados de una empresa y los beneficios de los titulares de las acciones, sino que, además, la **cadena de inversión resulta compleja**, y figuran diversos intermediarios entre el beneficiario final y la empresa.⁹²

Entre los intermediarios, la OCDE le otorga especial énfasis a los llamados **inversores institucionales**⁹³. El texto oficial no define propiamente inversor institucional, sin embargo, refiere la actuación en calidad de fiduciarios, y menciona ejemplos, tales como: los fondos de pensiones, los fondos de inversiones, las compañías de seguros y los fondos de cobertura.⁹⁴

A modo aclarativo, los inversores institucionales son un tipo de agente financiero. Estos inversores están formados fundamentalmente por tres categorías de agentes: los fondos de pensiones, los fondos de inversión y las compañías de seguros, con distinta implementación de cada uno de ellos según el país que consideremos. Dichos agentes son capaces de reorganizar a escala mundial el ahorro y las pensiones de los hogares, convirtiéndolos en capital susceptible de valorarse en el sector financiero y así propiciar nuevas dinámicas de funcionamiento a las empresas.⁹⁵

Este principio dispone que los inversores institucionales deben **revelar sus políticas en relación con el gobierno corporativo**. Un marco de gobierno

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *El inversor institucional es aquella “persona jurídica (con forma de sociedad mercantil de capital) o entidad (...) que realiza (...) habitual y profesionalmente inversiones en instrumentos financieros en general y en valores negociables en particular. En el ámbito concreto de las sociedades cotizadas, el inversor institucional invierte o adquiere –originaria o derivativamente, por suscripción o compra- y desinvierte o enajena acciones representativas del capital de aquellas emisoras y consta, por lo tanto, como accionista en los registros de las anotaciones en cuenta correspondientes; ostentando, con frecuencia, una participación significativa igual o superior al 3% de los derechos de voto.”*

Centro de Gobierno corporativo, 5.

⁹⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

⁹⁵ Bibiana Medialdea y Nacho Álvarez, “Liberalización financiera internacional, inversores institucionales y gobierno corporativo de la empresa”, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, (2008), consultado 01 de noviembre, 2016, <http://eprints.ucm.es/9031/1/WP07-08.pdf>.

corporativo será eficaz si los inversores institucionales poseen la voluntad y capacidad de ejercer sus derechos como accionistas y cumplir sus funciones como propietarios en las empresas inversoras. En cuanto a ello, es importante señalar que este principio **NO establece como obligación emitir los votos correspondientes a sus acciones, pero sí deben dar a conocer la forma en la cual ejercerán sus derechos como accionistas**, se considera la optimización de los costes (por ejemplo, los accionistas también pueden participar mediante contactos y diálogos directos con el Consejo de Administración y la Dirección, o mediante la adopción de códigos sobre participación del accionariado que se suscriben de manera voluntaria).⁹⁶

El **deber fiduciario** de los inversores institucionales se encuentra fundamentado en los deberes de diligencia y lealtad hacia sus clientes. Consiste en la utilización razonable de los medios legales con los que se cuenta, y además supone el esfuerzo por evitar perjuicios que puedan ocasionárseles.⁹⁷ El deber de lealtad es un principio y, como tal, no es prescriptivo ni preciso; es decir, admite graduaciones e interpretaciones diversas según las circunstancias.⁹⁸

Este deber fiduciario tiene relación estrecha con los **conflictos de interés**. Es por ello que, según la OCDE, los inversores institucionales que actúan en calidad de fiduciarios, **deben comunicar el modo en el cual gestionan los conflictos de intereses sustanciales que influyan en el ejercicio de los derechos de propiedad fundamentales relativos a sus inversiones**. Los conflictos de intereses pueden surgir entre los titulares intermediarios y los propietarios directos; sin embargo, los conflictos de intereses graves son producto de las **relaciones empresariales sustanciales**, cuando la institución fiduciaria es una filial o sociedad asociada de otra institución o grupo financiero integrado. En este punto, las instituciones deben informar los métodos por los cuales se evita el impacto

⁹⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

⁹⁷ Lorenzo Valero, "Inversores institucionales y Gobierno corporativo", *Revista 59, El Notario*, Madrid, (Febrero, 2015), consultado 01 de noviembre, 2016, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3973-inversores-institucionales-y-gobierno-corporativo>.

⁹⁸ Olcese Santonja.

negativo sobre su capacidad para ejercer los derechos de propiedad fundamentales.⁹⁹

Existen conflictos de interés más claros y evidentes que otros (robos, malversaciones de fondos, desfalcos) y sancionados por normas penales. Aunque, existen otros que no son tan evidentes y que, en ocasiones, son difíciles de investigar. Esta dificultad se ha incrementado a partir de los avances tecnológicos, el desarrollo de los negocios y las más modernas técnicas contables y financieras. Ejemplo de ellos son: la autocontratación (*selfdealing*) entre los administradores y las empresas administradoras, directa o indirectamente (mediante la contratación con filiales o subsidiarias, verbigracia), y que puede adoptar diversas formas, como la compra a precios muy por debajo de los del mercado (o la venta a precios demasiado altos) o la transferencia de beneficios desde la empresa hacia el interés personal del administrador que los controla.¹⁰⁰

Mediante el cumplimiento de las disposiciones descritas en este principio y su debida previsión en el marco de gobierno corporativo, se protege a los clientes o beneficiarios finales, ya que se les brinda la debida información sobre los derechos que, las instituciones en calidad de agentes fiduciarios (inversores institucionales), están ejerciendo de forma efectiva en la sociedad en la cual realizaron inversiones.

Resulta pertinente indicar que, a las instituciones, apoderadas por sus clientes como **custodios de valores, no les es posible emitir votos correspondientes a dichos títulos, salvo si reciben instrucciones específicas en torno a ello.** Los accionistas pueden elegir entre votar ellos mismos, delegar todos sus derechos de voto en los custodios, o preferir ser informados de las próximas votaciones de accionistas y decidir emitir ciertos votos y delegar otros en el custodio.¹⁰¹

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20.*

Es necesario aclarar que el principio **NO se aplica** al ejercicio de derechos de voto por parte de los fiduciarios u otros individuos que actúen por un **imperativo legal especial**, por ejemplo: los administradores concursales y los albaceas de patrimonios.¹⁰²

Además, es importante señalar que, este principio afirma que el marco de gobierno corporativo **debe favorecer la integridad de los profesionales** que brindan distintos servicios en la cadena de inversión de los propietarios finales en las sociedades, tales como los **asesores de voto**, los **analistas**, los **agentes financieros**, las **agencias de clasificación**, entre otros.¹⁰³

Es posible asociar este tercer principio con el segundo (cuya temática gira en torno a los derechos de los accionistas), ya que se establece la **prohibición de realizar operaciones con información privilegiada**¹⁰⁴, lo cual vela por el trato equitativo a los accionistas dentro de una sociedad. Además, se indica que los **mercados de valores deben facilitar calidad de información**, incluyendo la **determinación justa y eficiente de los precios de sus inversiones**, lo cual fomenta un gobierno corporativo eficaz, y permite a los inversores ejercer efectivamente sus derechos. En la medida en que estos posean suficiente información, les será posible evaluar sus inversiones, y según consideren, vender o revaluar sus acciones, e inclusive, influir en la actuación de la empresa.¹⁰⁵

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ “(...) La presencia en el mercado de agentes sobre los que existe la sospecha de que disponen de información privilegiada pueden terminar provocando la inhibición del resto de los agentes. El posible beneficio por el uso de información privilegiada nace de la asimetría informativa entre iniciados y desinformados. Un iniciado compra a un precio menor que el valor real y vende por encima. La diferencia entre el precio al que transacciona y el valor real es una prima por su información superior. Simétricamente, esa prima supone un coste para los participantes menos informados. Por lo tanto, los costes de la información privilegiada terminan reduciendo la liquidez del mercado. En condiciones extremas, los inversores no informados se retirarán del mercado (Kraakman, 1991; Georgakopoulos, 1993). La consecuencia final es que aumentan los costes de negociación y se dificulta la obtención de financiación mediante el uso de los mercados de capitales”

García Santos, 171.

¹⁰⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

Por último, es menester mencionar que, bajo el criterio de la OCDE, las **empresas que coticen en un país en el que no están constituidas, deben divulgar claramente la legislación y los reglamentos de gobierno corporativo aplicables**. En esta temática juegan un papel importante las llamadas **cotizaciones transfronterizas**, las cuales consisten en cotizaciones secundarias de empresas que ya cotizan en otro mercado de valores. Generalmente, a las sociedades en esta situación se les suele aplicar la legislación del país de su cotización principal. Los **mercados de valores** deben informar sobre la **normativa y los procedimientos para las cotizaciones transfronterizas**, incluyendo las excepciones a las disposiciones nacionales en torno a gobierno corporativo.¹⁰⁶

IV. El papel de los actores interesados en el ámbito de gobierno corporativo

El marco de gobierno corporativo reconocerá los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulen de mutuo acuerdo y fomentará la cooperación activa entre éstos y las sociedades con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a la sostenibilidad de empresas sólidas desde el punto de vista financiero.¹⁰⁷

En primer lugar, en este cuarto principio, la OCDE manifiesta expresamente la relevancia que poseen los actores interesados para **la competitividad y el éxito de las empresas**.¹⁰⁸ Del texto se extrae que los actores interesados son los trabajadores, los acreedores, los clientes, y los proveedores, etc., sin embargo, la OCDE enfatiza en los **trabajadores y acreedores**.

Existen entonces, además de los accionistas, otros agentes con intereses en la sociedad y en el buen gobierno de las empresas como lo son los clientes, los proveedores, los empleados, y otros componentes de la sociedad civil (vecinos, organizaciones protectoras del medio ambiente o de los derechos de los consumidores, etc.). Un buen gobierno corporativo también debe tener en cuenta a estos actores informándolos de aquellos aspectos de la compañía (políticas de

¹⁰⁶ Ibíd.

¹⁰⁷ Ibíd., 37.

¹⁰⁸ Ibíd.

empleo, de compras, medioambientales, sociales, etc.). Esto es lo llamado Responsabilidad Social Corporativa.¹⁰⁹

En razón de la importancia que ostentan esos actores, este principio estipula que el **marco de gobierno corporativo debe respetar los derechos de los actores interesados**, reconocidos en el **ordenamiento jurídico** (en legislación laboral, empresarial, mercantil, etc.), o bien, estipulados mediante **relaciones contractuales** que las empresas deben observar. Cuando la ley ampare los derechos de los actores interesados, estos deben contar con la posibilidad de obtener **reparación eficaz** en caso de que sus derechos se vean violentados, por lo cual el marco legal y el procedimiento judicial deben ser transparentes y fomentar la capacidad de los actores interesados para manifestarse.¹¹⁰

También, se dispone que el marco de gobierno corporativo debe permitir el **desarrollo de mecanismos de participación para los trabajadores**, sin embargo, el grado de participación depende de la legislación y las prácticas de cada país, y también es posible que varíe de una empresa a otra. Entre los mecanismos de participación existentes, se mencionan: la **representación de los trabajadores en el Consejo de Administración**, los **comités de empresa** que toman en consideración el punto de vista de los trabajadores; los **planes de titularidad de acciones y compromisos en el ámbito de las pensiones**.¹¹¹

En relación con lo anterior, cuando la legislación y las prácticas del marco de gobierno corporativo permitan la participación de los actores interesados en el proceso, se les debe dotar de la **información oportuna y fiable** para cumplir con sus responsabilidades.¹¹²

Un aspecto sumamente importante por tomar en cuenta es que los actores interesados (ya sean empleados a título individual o a sus órganos de representación) están facultados para **comunicar libremente** al Consejo de

¹⁰⁹ Olcese Santonja.

¹¹⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.*

Administración y a las autoridades públicas competentes sobre las **prácticas ilegales y contrarias a la ética por parte de la dirección de una empresa, sin ocasionar repercusiones laborales negativas o la pérdida de sus derechos**. Según la OCDE es beneficioso para la empresa establecer las vías y los procedimientos seguros para recibir las inquietudes en torno a dichos comportamientos ilegales, ya que estos podrían perjudicar seriamente a la empresa, generándole mala reputación o futuras responsabilidades financieras.¹¹³

Al respecto, el consejero y la administración de la compañía deberían incentivar y facilitar la información de comportamientos ilegales o poco éticos mediante, por ejemplo, la aprobación y la publicación de un código de ética, en términos claros y concretos, que desarrolle los valores básicos de la compañía y cómo se llevarán a cabo, o también por el establecimiento de un defensor del cliente o de los inversores (*ombudsman*). Este último ya es exigido en algunas legislaciones europeas (España, por ejemplo).¹¹⁴

Por último, este principio contempla que el marco de gobierno corporativo deberá contener **una normativa eficiente y adecuada sobre la insolvencia y la ejecución efectiva de los derechos de los acreedores**. Respecto a ello, la OCDE afirma que los acreedores son un actor interesado fundamental. Las normas de insolvencia varían muchísimo de un país al otro, así como los derechos de los acreedores también varían, por lo que lo importante para los principios es que los procedimientos de insolvencia cuenten con sistemas eficaces para conciliar los intereses entre diferentes clases de acreedores.¹¹⁵

V. La divulgación de datos y la transparencia

El marco de gobierno corporativo garantizará la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes relativas a la

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Olcese Santonja.

¹¹⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno.¹¹⁶

Tal y como se mencionó, los principios establecen que para que el marco de gobierno corporativo sea eficaz, este debe promover la transparencia y la equidad de los mercados (Principio I). Además, reconocen que, entre los derechos fundamentales de los accionistas, se encuentra el obtener información pertinente y relevante sobre la sociedad de manera oportuna y periódica (Principio II).

La revelación de información financiera y no financiera es el principal mecanismo de contacto de la sociedad con sus grupos de interés, y con el mercado en su conjunto. Dicha información tiene por objeto permitir un conocimiento apropiado por parte de los grupos sobre la marcha y situación de la sociedad, y disponer de elementos de juicio suficientes para la toma de decisiones de manera informada.¹¹⁷

En concordancia con lo anterior, en este quinto principio, la OCDE explica específicamente el derecho al acceso a la información y divulgación de las cuestiones más relevantes de una empresa o sociedad. En cuanto a ello, detalla claramente cuáles son las cuestiones a las que les otorga el calificativo de “relevantes”, y justifica el porqué. Es decir, desarrolla ampliamente este particular derecho de los inversores y accionistas, señalado en principios anteriores.

Según este principio, las empresas deben rendir **informes periódicos** a los inversores con la información pertinente para garantizar un mercado eficiente y transparente. Pero, además, deben **divulgar oportunamente** todas las novedades que acontezcan entre los distintos informes. Asimismo, para la OCDE es indispensable que la divulgación de los datos entre los accionistas sea manera **simultánea**, lo que garantiza un **trato equitativo** entre ellos (punto crucial del Principio II).¹¹⁸

¹¹⁶ *Ibíd.*, 41.

¹¹⁷ Superintendencia Financiera de Colombia, *Código de Mejores Prácticas Corporativas*.

¹¹⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

Es necesario aclarar que el **principio NO exige que la divulgación de información implique una carga administrativa y económica excesiva para las empresas, ni tampoco presupone que divulguen datos perjudiciales en materia de competitividad, salvo si el acceso a esta información resulta necesario para evitar que a los inversores se les induzca a engaño.**¹¹⁹

Ahora bien, es importante tomar en consideración que se debe determinar cuáles son los **requisitos mínimos de divulgación de la información**, por lo que en varios países se acude al concepto de “relevante” para delimitar tales requerimientos. La OCDE define “**información relevante**” como “aquella cuya omisión o tergiversación puede influir en las **decisiones económicas** de quienes acceden a ella o como la que un inversor razonable consideraría importante al comprometer su capital o votar un acuerdo.”¹²⁰ Consiste en datos decisivos, que poseen repercusiones económicas para el inversor, y por lo tanto su revelación es vital para que él conozca verdaderamente las características de la sociedad o empresa en la cual está realizando su inversión.

En esta línea de ideas, este principio posee como objetivo promover una **transparencia y supervisión real de las sociedades por parte del mercado**, lo cual resulta necesario para que los accionistas no vean sus derechos violentados, y se les brinde una protección efectiva a los inversores. Se debe enfatizar que, de acuerdo con los principios, el **marco de Gobierno corporativo debe promover confianza a los agentes del mercado** a la hora de ejercer relaciones contractuales privadas. Precisamente, un régimen de divulgación de información estricto coadyuvará a generar esta confianza, y, por lo tanto, a **atraer la inversión de capital**. *A contrario sensu*, las **prácticas carentes de transparencia, es posible que generen actos antiéticos y la pérdida de integridad del mercado**, lo cual perjudica a los accionistas y a la sociedad, pero también a la economía de un país en su conjunto. Un acceso insuficiente a la **información** podría

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*, 41.

desembocar en **fallas en el funcionamiento de los mercados, incremento del coste de capital y la mala asignación de recursos.**¹²¹

En resumen, si los accionistas, y también los inversores potenciales, no poseen información suficiente, fiable, periódica y detallada de las empresas, no se potencia la inversión de capital en el mercado, aspecto que sin lugar a dudas merma el crecimiento económico de un país. Este análisis se efectúa bajo el razonamiento de que la confianza propicia inversión, y se adquiere cuando se ostenta conocimiento basto del mercado.

Es menester subrayar que este quinto principio no solamente se limita a describir qué se entiende por información relevante, sino que además enumera y detalla las temáticas sobre las cuales debe girar esa información que las empresas deben revelar como mínimo.

Según la OCDE, en primer lugar, la información relevante versará sobre los **resultados financieros y de explotación de la empresa**, los cuales revelan la situación financiera. Estos datos deben ser completos, de acuerdo con normas de alta calidad reconocidas a nivel internacional, con el objetivo de que los inversores puedan obtener una visión que les permita arrojar resultados futuros de la empresa.¹²²

En segundo lugar, la divulgación también debe girar en torno a los **objetivos de la empresa e información no financiera**. Se refiere a los objetivos comerciales, las políticas y los resultados de la ética empresarial y el medio ambiente, los asuntos sociales, los derechos humanos, entre otros asuntos de interés público. Según este principio, dichos tópicos son útiles para los inversores, ya que les permite evaluar la relación existente entre las empresas y las comunidades en las que desempeñan su actividad.¹²³

¹²¹ Ibíd.

¹²² Ibíd.

¹²³ Ibíd.

En tercer lugar, la OCDE incluye como relevante: la información de los **grandes accionistas, incluidos los beneficiarios efectivos, y los derechos de votos**; ello en razón de que uno de los derechos básicos de los inversores consiste en recibir información sobre la estructura de propiedad de la empresa y sobre sus derechos en relación con los de los demás titulares. Se considera también necesaria la información sobre la **retribución de los miembros del Consejo de Administración y de los altos directivos**, ya que es importante que los inversores evalúen los costes, por ejemplo, de los sistemas de incentivos, como los planes de opción de compra de las acciones. En torno a los miembros del Consejo de Administración, se le otorga importancia a la información sobre su **cualificación, el proceso de selección, los cargos como consejeros de otras empresas, e independencia de los mismos**.¹²⁴

Por otro lado, la OCDE manifiesta que las empresas deben comunicar al mercado por separado todos los detalles relativos a cada una de sus **operaciones con partes vinculadas** y sus condiciones; ello en razón de proteger los intereses de todos los inversores. Cabe recalcar que el principio dispone que, el marco de gobierno corporativo debe identificar claramente cuáles son las partes vinculadas, dentro de las cuales se incluyen: las **entidades que controlan la empresa o que se encuentran bajo control común con esta**; los **accionistas significativos** y sus familiares; y los **altos directivos**.¹²⁵

Asimismo, los principios proponen que el marco de gobierno corporativo garantice la difusión de información necesaria sobre los **riesgos materiales y previsibles que afectan a las empresas**. Estos consisten en riesgos específicos de las zonas geográficas en las que la empresa desarrolla su actividad; la dependencia de los productos básicos; los riesgos de los mercados financieros; los asociados a operaciones fuera de balance; los desprendidos de prácticas empresariales; y los relativos al medio ambiente.¹²⁶

¹²⁴ Ibíd.

¹²⁵ Ibíd.

¹²⁶ Ibíd.

Resulta importante también indicar que la OCDE visualiza la obligación de divulgar los datos relativos a **los empleados y a otros actores interesados (actores como acreedores, proveedores y comunidades locales)**. La obligación atañe a los datos relevantes, es decir, susceptibles de influir significativamente en los resultados de la empresa. Datos como la remuneración, la cobertura de negociación colectiva, los sistemas de representación de los trabajadores, las políticas de recursos humanos, entre otros, que repercutan en la empresa.¹²⁷

Por último, este quinto principio dispone que las empresas deben divulgar sus **prácticas de gobierno corporativo en sus informes periódicos**, lo cual posibilita la evaluación de sus niveles de gobernanza. Esta información debe contemplar las **estructuras y políticas de gobierno de la empresa**, y el **procedimiento para su aplicación**, así como **el reparto de la autoridad entre los accionistas, los directivos y miembros del Consejo de Administración**.¹²⁸

Es importante indicar que la información mencionada, de acuerdo con la OCDE, se debe elaborar y publicar en concordancia con las **normas de alta calidad** en materia de contabilidad y de presentación de informes financieros y no financieros. Para este fin, un **auditor independiente y cualificado** debe realizar una **auditoría anual**, garantizando a los accionistas que los estados financieros corresponden verdaderamente a la situación financiera y los resultados de la empresa. Este auditor asume el compromiso de actuar con la **debida diligencia** profesional durante la auditoría, por lo que responde ante los accionistas.¹²⁹

En conclusión, este principio exige que el marco de gobierno corporativo garantice la comunicación oportuna y eficaz de la información considerada como relevante sobre todas las cuestiones descritas. Bajo esta línea, es fundamental que los **canales** utilizados para divulgar la información, la transmitan de forma **igualitaria**,

¹²⁷ Ibíd.

¹²⁸ Ibíd.

¹²⁹ Ibíd.

oportuna y eficiente en términos de coste. Al respecto, actualmente, las **páginas web** de las empresas son un medio idóneo para la difusión de datos.¹³⁰

Esta relación existente entre la transmisión eficiente de la información y la utilización de la tecnología como medio idóneo, ha sido reconocida por diversos países incluso en años anteriores. Prueba de ello es, por ejemplo, la investigación realizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España en el año 2005, que afirma que:

En definitiva, la evidencia empírica aportada sustenta la tesis de la conveniencia de incrementar la transparencia informativa de las compañías, incorporando el uso de las nuevas tecnologías como una herramienta indispensable en la sociedad del conocimiento en la que nos encontramos inmersos.¹³¹

VI. Las Responsabilidades del Consejo de Administración

El marco para el Gobierno corporativo debe garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas.¹³²

En primer lugar, es importante tomar en consideración que este sexto principio pretende ser de **aplicación a todos los Consejos**¹³³ que ejerzan **funciones de gobierno de la empresa y control de la gestión**, con independencia de su estructura.¹³⁴

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ Juan Luis Gandía y Tomás Andrés Pérez, “e- Gobierno corporativo y transparencia informativa en las sociedades cotizadas españolas: un estudio empírico”, Dirección de Estudios y Estadísticas, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Monografías No. 8, (2005): 41-42, consultado 1 de noviembre, 2016, https://internet.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/MONOGRAFIAS/MON2005_8.PDF.

¹³² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*, 51.

¹³³ *El Consejo de Administración de una sociedad cotizada está integrado por distintas clases de consejeros: los ejecutivos (funciones de alta dirección), los dominicales (designados por su condición de accionistas) y los independientes (sin relación alguna con el equipo gestor, se eligen en atención a su capacidad profesional).*

Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Las preguntas que debe hacerse todo accionista de una compañía cotizada*.

¹³⁴ *Ibíd.*

Según la OCDE, el Consejo de Administración posee funciones fundamentales dentro de una sociedad, tales como: **dirigir la estrategia corporativa; controlar principalmente los resultados de la dirección; ofrecer una rentabilidad adecuada** a los accionistas; **evitar conflictos de intereses; supervisar el sistema de gestión de riesgos**, y los **medios** por los cuales la empresa puede **cumplir con las exigencias de la legislación** en materia fiscal, laboral, medioambiental, de competencia, sanidad y seguridad.¹³⁵

Para el cumplimiento de las responsabilidades descritas, este principio establece que los miembros del Consejo deben actuar con **pleno conocimiento de causa, de buena fe**, con la **diligencia y la atención debidas**, y según los **intereses de la empresa y los accionistas**. Se enuncian **dos elementos fundamentales** del deber fiduciario de los miembros del Consejo: el **deber de diligencia** (que consiste en el comportamiento que una persona razonablemente prudente mostraría en una circunstancia similar); y el **deber de lealtad** (que respalda otros principios de interés para la OCDE, tales como el trato equitativo de los accionistas y la supervisión de operaciones con partes vinculadas). Al respecto, cuando las decisiones del Consejo afecten de forma distinta a diferentes grupos de accionistas, debe otorgárseles un **tratamiento equitativo**.¹³⁶ Toda sociedad debe prever los mecanismos necesarios para garantizar igualdad en los derechos de los accionistas, propendiendo por su reconocimiento y aplicación en las actuaciones de la sociedad, y asegurando un trato equitativo para los accionistas minoritarios.¹³⁷

Asimismo, de acuerdo con la OCDE, el Consejo debe actuar basado en la **ética y considerar el bienestar de los actores interesados**. Es decir, desempeña un papel primordial en la ética de la empresa, por lo cual le es posible **nombrar y**

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ Superintendencia Financiera de Colombia, *Código de Mejores Prácticas Corporativas*.

supervisar la labor de los ejecutivos principales, y, por consiguiente, de la dirección en general.¹³⁸

Este principio indica que el Consejo de Administración debe poseer la **capacidad de emitir pronunciamientos objetivos sobre las cuestiones de la empresa**, ya que de esta manera se garantiza su **independencia y objetividad en relación con la dirección**. En la búsqueda de esta independencia, los Consejos deben estudiar la creación de **comités especializados** que funjan de apoyo en la consecución de sus funciones.¹³⁹

Por otro lado, también se señala que los miembros del Consejo deben estar en **disposición de comprometerse** de forma eficiente a cumplir con sus funciones. Para su debido control, los Consejos deben elaborar **evaluaciones periódicas de sus resultados**, y así valorar si se cuenta con los conocimientos y las competencias debidos.¹⁴⁰

Por último, es menester subrayar que la OCDE reconoce la necesidad de que los miembros del Consejo obtengan **información precisa, pertinente y oportuna** de la empresa, para que, de esta manera, ejecuten sus labores de forma eficiente.¹⁴¹

En este orden de ideas, el Consejo de Administración desempeña funciones de vital importancia para el curso de una sociedad o empresa, ya que se encarga de controlar la **eficacia de las prácticas de gobierno de la empresa**; orientar las **estrategias, los presupuestos anuales y los planes de negocios**; garantizar la existencia de un **proceso formal y transparente** de propuesta y **elección del Consejo**; velar por la **integridad de los informes contables y financieros** de la empresa; supervisar el **proceso de información y las comunicaciones**; entre otras responsabilidades reconocidas en este sexto principio.¹⁴²

¹³⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² *Ibíd.*

Es posible concluir que el Consejo de Administración jugará un papel importante en el cumplimiento de los demás principios analizados. El marco legislativo y reglamentario de gobierno corporativo debe garantizar las responsabilidades del Consejo de Administración, y en esa medida, se propician simultáneamente otros principios, tales como el acceso a la información, los procedimientos transparentes, tratos igualitarios entre accionistas, y otras medidas que implican un marco de gobierno corporativo eficaz, y, por ende, acorde con lo que establecen los principios de gobierno corporativo de la OCDE.

Capítulo III: Las directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas

Sección A: Antecedentes

Se afirma que la empresa pública representa un sector importante de las economías, especialmente cuando prestan servicios públicos o se encargan de proyectos de infraestructura, por lo cual su valor no se puede minimizar a pesar de la presencia de distintas empresas privadas dentro del mismo mercado.¹⁴³

No obstante, dentro de las empresas públicas se pueden suscitar situaciones complicadas producto de las implicaciones que conlleva la propiedad pública, tales como conflictos entre la alta gerencia y el Estado que inciden a su vez en la relación de la empresa con los ciudadanos en la prestación de los servicios públicos.¹⁴⁴ Otros desafíos de gobernabilidad que enfrentan son los siguientes:

- Pueden adolecer de injerencias e interferencia indebidas en relación con el manejo de su propiedad por motivos políticos, lo cual lleva a líneas poco claras de responsabilidad, la falta de rendición de cuentas y la pérdida de eficiencia en las operaciones a nivel empresarial.

¹⁴³ Xavier Vives, “El buen Gobierno de las Empresas Públicas”, Universidad de Navarra, IESE Business School, (2007), consultado 20 de noviembre, 2016, <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-07-12.pdf>.

¹⁴⁴ Leonardo Villar, “Lineamientos para el buen Gobierno corporativo de las Empresas del Estado”, Corporación Andina de Fomento, (2010), consultado 20 de noviembre, 2016, http://publicaciones.caf.com/media/25317/lineamientos_gc.pdf.

- La propiedad pasiva o distante del Estado produce carencia total de supervisión, lo cual genera a su vez que se debiliten los incentivos de las empresas públicas. Se necesita que el personal actúe en aras del mejor interés de las empresas y del público en general (quienes son considerados como los accionistas finales de la empresa), aumentando la posibilidad de que el personal trabaje para beneficio personal y no en beneficio de los ciudadanos.
- Las empresas públicas tienen un doble propósito que consiste en llevar a cabo actividades económicas, pero al mismo tiempo mediar en políticas públicas.
- La responsabilidad por el desempeño de las empresas públicas involucra una amplia cadena de agentes, que va desde el Consejo de Administración, hasta los Ministerios y el Gobierno. Esto evita que haya claridad o la posibilidad de identificar con facilidad los verdaderos responsables dentro de la empresa ante cualquier situación. Lo anterior se suma al hecho de que estos agentes pueden tomar decisiones motivadas por los conflictos de intereses individuales que no necesariamente resultan compatibles con lo que verdaderamente beneficia a la empresa y a sus accionistas, es decir, a la colectividad.¹⁴⁵

Por todo lo anterior, nace la motivación por implementar mejores prácticas de gobierno corporativo en las empresas públicas, en aras de que la administración pública logre un mejor desempeño, se mejore el valor de la empresa pública y eventualmente logre privatizarse.¹⁴⁶

Esta motivación por implementar las buenas prácticas de gobierno corporativo en el sector público ha sido un tópico ya estudiado por distintos organismos tales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco de Desarrollo Asiático (ADB), CAF-banco de desarrollo de América Latina, y la

¹⁴⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas”, (2016): 11, consultado 01 de noviembre, 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>.

¹⁴⁶ Villar.

Superintendencia del Mercado de Valores del Perú (SMV)¹⁴⁷. Sin embargo, para la investigación y en virtud de la eventual adhesión de Costa Rica a la OCDE, lo que interesa conocer es la forma en que la OCDE ha asimilado y desarrollado el tema, incluyendo el instrumento creado para los efectos, a saber, las Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas¹⁴⁸ (en adelante “Directrices”).

La OCDE ya había creado, específicamente en 1999, un instrumento relativo al gobierno corporativo de las empresas (los principios desarrollados en el capítulo anterior), sin embargo, este instrumento dirigía su foco de atención a las empresas privadas. Si bien el Estado puede usar herramientas comunes al sector privado, es una realidad que el sector público enfrenta sus propios desafíos en materia de gobierno corporativo, con particularidades específicas relativas a su naturaleza.¹⁴⁹

Es en virtud de estos desafíos y la necesidad de buscarles una solución, que el Comité Directivo de la OCDE para el Gobierno corporativo requirió en el mes de junio del año 2002 al “Grupo de Trabajo sobre Privatización y Gobierno Corporativo de Propiedades del Estado”, que preparara una serie de normas que no fuesen vinculantes pero que trataran el tema de las mejores prácticas sobre gobierno corporativo para empresas propiedad del Estado. Cabe mencionar que este grupo de trabajo lo conforman los representantes de los países miembros de la OCDE, el Banco Mundial y el FMI (en estos últimos dos casos como observadores) y en el proceso de conformación de estas normas realizaron consultas importantes a un gran sector de las partes interesadas, incluyendo a países no miembros. Una vez realizadas estas consultas, se colgó una versión preliminar de las normas en el sitio web de la OCDE con el objetivo de abrir un

¹⁴⁷ Nabil Miguel, y Andrés Oneto, “El Gobierno corporativo en Iberoamérica: El Buen Gobierno de las Empresas Públicas”, Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, (2015), consultado 20 de noviembre, 2016, <http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/03/Capitulo-15-.pdf>.

¹⁴⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

¹⁴⁹ Oliveira, M, et al, “El Gobierno corporativo en Iberoamérica: 15 años de Gobierno corporativo en Iberoamérica. Líneas generales de su nacimiento y evolución”, Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, (2015), consultado 21 de noviembre, 2016, <http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/03/Capitulo-3-.pdf>.

espacio de comunicación, donde el público pudiese comentar y exponer sus observaciones en torno al instrumento.¹⁵⁰

A pesar de los esfuerzos referidos, no fue sino hasta el año 2005 que la OCDE publica una primera versión oficial de las directrices. Posteriormente, en el 2014 el comité de gobierno corporativo de la OCDE solicitó a su subsidiaria (Grupo de Trabajo sobre Prácticas de Propiedad Estatal y Privatización) que revisara el instrumento tomando en cuenta el transcurso de una década de experiencia a partir de su implementación. Este grupo de trabajo concluyó que las directrices debían seguir estableciendo altos niveles de aspiración para los Gobiernos y servir de referencia para reformas al sector de las empresas públicas. Se procede entonces a actualizar este instrumento, y se abordan nuevas temáticas en relación con las empresas públicas, tanto en un contexto nacional como internacional.¹⁵¹

Estas directrices actualizadas fueron adoptadas en julio del año 2015 por el Consejo de la OCDE (Consejo) -el órgano de gobierno de la OCDE-, como parte de lo que se conoce como una “**Recomendación del Consejo**” (recomendación) que pretende promover el uso del instrumento por la comunidad internacional. Dada la propuesta del Comité de gobierno corporativo de la OCDE, el Consejo establece lo siguiente:

1. Recomienda que tanto los miembros como los no miembros que se adhieran a esta recomendación (en adelante “adherentes”) tomen en consideración las directrices al momento de organizar sus sectores empresariales de empresas públicas. Estas directrices se deben concebir como las buenas prácticas comúnmente acordadas.
2. Recomienda a los adherentes que motiven el uso activo de las directrices, sus propias prácticas en su gestión como propietarios y definiendo un

¹⁵⁰ Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, “Normas de la OCED con respecto a las empresas de propiedad del Estado”, (s.f.), consultado 21 de noviembre, 2016, http://www.fonafe.gob.pe/UserFiles/File/downloads/Normas_OECD.pdf.

¹⁵¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

marco de referencia que promueva el gobierno corporativo dentro de las empresas públicas.

3. Invita al secretario general y a los adherentes a disseminar esta recomendación.
4. Se invita a los no adherentes para que tengan en cuenta esta recomendación y, cuando sea apropiado, se adhieran sujetos a una revisión por el Grupo de Trabajo sobre Propiedad Estatal y Prácticas de Privatización.
5. Encarga a la Comisión de gobierno corporativo de la OCDE, para que por medio del “Grupo de Trabajo sobre Propiedad Estatal y Prácticas de Privatización” le dé seguimiento a esta recomendación y su debida implementación, así como para que reporte al Consejo máximo cinco años después de su adopción y según corresponda después de ello.¹⁵²

Para los efectos, resulta menester comprender la diferencia entre un país miembro y un país asociado a la OCDE. La organización, por su carácter abierto, avala que otros países participen en sus distintos comités, grupos de trabajo y foros sin necesidad de ser miembros, y dependiendo del grado de implicación que tenga el país, se clasificará dentro de la categoría de país invitado, participante o asociado.¹⁵³

Las directrices tienen como objetivo principal el tratamiento de temas concretos de gobierno corporativo en las empresas públicas, recomendando políticas que, conforme a la OCDE, garantizarán un buen manejo de gobierno corporativo dentro de la empresa¹⁵⁴, incluyendo una operación eficiente, transparente y responsable, mediante la aplicación de estándares aceptados internacionalmente y que definen

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de gobierno de España, “Creación, objetivos y países miembros”, (s.f.), consultado 11 de agosto, 2016, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/OCDE/es/quees2/Paginas/Pa%C3%ADses-Miembros.aspx>.

¹⁵⁴ Miguel, y Oneto.

la forma en que los Gobiernos deben ejercer su función de propietario estatal, evitando tanto una propiedad pasiva como una excesiva intervención estatal.¹⁵⁵

En palabras de Ángel Gurría, secretario general de la OCDE:

Estoy convencido de que las Directrices seguirán adquiriendo importancia como recurso para los Estados. Proporcionan una herramienta poderosa para fomentar unos mercados más justos y competitivos; crear valor, crecimiento y desarrollo; y mejorar la prestación de servicios esenciales a todos los miembros de la sociedad. Por tanto, invito a los gobiernos tanto de los países de la OCDE como de los países asociados a utilizar activamente las Directrices.¹⁵⁶

Es posible, entonces, resumir el fin primordial de las directrices en los siguientes tres puntos:

(i) profesionalizar al Estado como propietario; (ii) hacer que las empresas públicas funcionen con una eficacia, transparencia y responsabilidad similar a las de las empresas privadas que aplican buenas prácticas; y (iii) velar por que la competencia entre las empresas públicas y las privadas, allí donde exista, se desarrolle en igualdad de condiciones.¹⁵⁷

Estas directrices no abordan el tema de cuáles actividades deben ser desarrolladas mediante la propiedad estatal o la propiedad privada, no obstante, si un Gobierno decide dejar de invertir en las empresas públicas para saltar a un modelo de privatización, entonces un buen gobierno corporativo constituye un prerrequisito importante para que tal proceso de privatización sea económicamente efectivo, aumentando el valor de las empresas públicas, haciéndolas más atractivas para potenciales compradores, y consecuentemente reforzando los ingresos provenientes del proceso de privatización.¹⁵⁸

Este punto resulta particularmente importante, ya que frecuentemente se aduce que los procesos privatizadores conllevan a un incremento en la eficiencia y desempeño del sector empresarial, donde los objetivos de los grupos de interés,

¹⁵⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 8.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 11.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

tales como los accionistas y los empleados, se alineen, de tal modo que existan condiciones necesarias para que los inversores en este tipo de empresas tengan confianza de que su inversión es segura y tendrán un rendimiento adecuado. Y es aquí donde entra el concepto de gobierno corporativo, ya que, al privatizarse una empresa, debe realizar múltiples cambios a lo interno con el objetivo de maximizar el beneficio empresarial y su eficiencia¹⁵⁹ y por ello, se concibe la existencia de un buen gobierno corporativo como pre requisito esencial frente a un eventual proceso de privatización.

A nivel nacional se ha abierto la discusión sobre la privatización de ciertos sectores empresariales, tales como la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE), la Fábrica Nacional de Licores y el Puerto de Limón. Esta discusión incluye el hecho de que el Estado sigue en su función dual de propietario y administrador de sectores donde igualmente participa el sector privado, lo cual genera consecuencias negativas, tal y como lo son los altos costos de producción, la poca competitividad en los mercados, las alzas en los servicios y bienes de consumo y la inflación, que desemboca en un producto final ineficiente. Por ello se ha propuesto que el Estado les ponga fin a determinados monopolios, para darle paso a la intervención privada en aras de tener más posibilidades de ejecutar los servicios bajo estándares de mejor calidad, siendo eficientes y aprovechando de mejor forma los recursos, lo cual siempre tendrá consecuencias positivas para el país.¹⁶⁰

Ahora resulta necesario conocer dentro de este apartado algunos conceptos clave que permitirán un mejor entendimiento del contenido de las directrices.

En cuanto al concepto de **empresa pública**, puede haber varias concepciones en torno a su significado, varía de un país a otro en las instituciones consideradas

¹⁵⁹ Laura Cabeza García, y Silvia Gómez Ansón, “Análisis de la influencia de gobierno corporativo en la performance empresarial”, Principado de Asturias y Fundación de Estudios Financieros, (s.f.), consultado 20 de abril, 2016, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2527648.pdf>.

¹⁶⁰ William Hayden, “Opinión: Privatizar Empresas Públicas”, *El Financiero*, (21 de diciembre, 2013), consultado 20 de abril, 2016, http://www.elfinancierocr.com/opinion/Opinion-William_Hayden-empresas-publicas-privatizacion_0_431356907.html.

como tal. Se podría conceptualizar como aquel agente económico-social, cuyo control queda en manos del sector público y que combina los factores productivos ofrecidos a un mercado determinado para obtener utilidades.¹⁶¹ Asimismo, se ha dicho que la empresa pública es aquella cuya propiedad es del Estado y cuyos objetivos son difíciles de definir, ya que se relacionan con la voluntad de la autoridad que rija el país.¹⁶²

También se ha concebido como la encargada—de proveer bienes y servicios públicos, donde el Estado tiene el papel de propietario.¹⁶³ Aunado a lo anterior, se afirma la necesidad de que:

el organismo que ejerce los derechos de propiedad sobre una empresa estatal sea claramente identificable, y desarrolle una fortaleza institucional apropiada para ejercer dichos derechos tanto a través de la Asamblea de Accionistas como a través de la nominación de sus directores. Muchas veces, la función de propiedad de la empresa dentro del Estado es difusa y, en caso de que no lo sea, el organismo respectivo (ministerio, agencia, etc.) puede no tener la fortaleza institucional para ejercer esta función.¹⁶⁴

La empresa pública, por su naturaleza, es ante todo una unidad administrativa encargada de producir y distribuir servicios y bienes.¹⁶⁵ Las actividades económicas de las empresas públicas se pueden ejercer de forma conjunta o separada a los objetivos de interés general o política pública. Estos últimos se deben entender como aquellos que benefician al público en general dentro de la propia jurisdicción de las empresas públicas, es decir, a los ciudadanos del país donde opera la empresa pública. Puede incluir la prestación de servicios públicos,

¹⁶¹ Luis Ángel Hierro Recio, y José Miguel Herrera Maldonado, “Mecanismos de intervención del sector público. Las Empresas Públicas”, Departamento de Economía e Historia Económica, Universidad de Sevilla, (s.f.), consultado 21 de octubre, 2016, http://personal.us.es/lhierro/Universidad/Materiales_docentes_files/LA%20EMPRESA%20PUBLICA.pdf.

¹⁶² Joan E. Ricar, y Josep M. Rosanas, “La Empresa Pública como organización”, IESE Business School, Universidad de Navarra, (1988), consultado 21 de octubre, 2016, <http://www.iese.edu/research/pdfs/di-0137.pdf>.

¹⁶³ Vives.

¹⁶⁴ Villar, 21.

¹⁶⁵ Mauricio Valdés R, “El Control de las Empresas Públicas”, *Revista de Administración Pública*, UNAM, número 59-60, (s.f.), consultada 20 de noviembre, 2016, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administracion-publica/article/view/18338/16483>.

tal y como los servicios postales u otras obligaciones especiales de interés público.¹⁶⁶ Se distingue en su carácter de pública cuando la dirección de gobierno (nacional, estatal o municipal) o una empresa pública intervino o interviene en su creación, derechos y obligaciones. Se debe tratar de una empresa establecida a través de alguna ley, decreto, reglamento u otro instrumento jurídico.¹⁶⁷

La OCDE uniforma el concepto de empresa pública y, para los efectos de las directrices, la define como:

cualquier persona jurídica que la ley nacional reconozca como una entidad mercantil y en la que el Estado ejercite los derechos de la propiedad. Ello incluye las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones. Además, las entidades legalmente establecidas, con personalidad jurídica reconocida por una ley específica, serán consideradas empresas públicas siempre que su objetivo o sus actividades, o parte de ellas, tengan un carácter principalmente económico.¹⁶⁸

Esto último, referencia a otro concepto esencial: el de **control**. La Real Academia Española define control como intervención, dominio o mando¹⁶⁹. El Estado debe tener cierto control sobre la empresa pública, lo cual puede implicar que sea el último propietario beneficiario de la mayoría de acciones con derecho a voto o que ostente de alguna otra forma un grado equivalente de control. Existe la posibilidad de que las directrices se apliquen en casos donde el Estado tenga una participación minoritaria, siempre y cuando la estructura de la empresa le permita mantener un grado efectivo de control. Otro término vinculado que es el de **propiedad** (estatal), el cual se debe entender como aquel que implica y conlleva control dentro de la empresa pública.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

¹⁶⁷ Valdés R.

¹⁶⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*, 15.

¹⁶⁹ Real Academia Española, ed. 23, Madrid (2014), consultado 24 de noviembre, 2016, <http://dle.rae.es/?id=AeYZ09V>.

¹⁷⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

Las empresas públicas tendrán además sus propios órganos de gobierno. El término **Consejo de Administración** se entenderá como aquel órgano encargado de las funciones de gobernanza de la empresa y monitoreo de su gestión.¹⁷¹ En Costa Rica, el Consejo de Administración de una sociedad es sinónimo de junta directiva, y se trata del órgano encargado de administrar y dirigir los negocios sociales.¹⁷²

En cuanto al ámbito de aplicación de las directrices, abarca todas aquellas empresas públicas que desarrollan actividades económicas, ya sea de forma exclusiva o en conjunto con el alcance de objetivos de interés para la colectividad, el desempeño de la autoridad pública o la función estatal.¹⁷³ Sin embargo, cabe mencionar que las directrices:

en general, no están previstas para ser aplicadas a entidades o actividades cuyo propósito principal sea ejercer una función de política pública, incluso aunque las entidades en cuestión tengan la configuración jurídica de una empresa. En principio, las entidades responsables de ejercer los derechos de propiedad de empresas ostentadas por instancias subestatales han de procurar aplicar cuantas recomendaciones de las Directrices resulten de aplicación.¹⁷⁴

Asimismo, las directrices se aplican a las empresas públicas que operan tanto de forma nacional como internacional, y van dirigidas a esos funcionarios del Estado encargados de ejecutar los actos de propiedad en este tipo de empresas. Pretenden proporcionar una guía útil aplicable a la Junta Directiva y administración de las empresas públicas, así como recomendaciones sobre su gobernanza una a una, prácticas de propiedad estatal y el ámbito legal y regulatorio en que operan las empresas públicas. Es importante tomar en cuenta que la OCDE reconoce la

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² Asamblea Legislativa, “Código de Comercio; 27 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 181, consultado 25 de noviembre, 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239.

¹⁷³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 18.

inexistencia de un modelo que calce a la perfección con todas las empresas públicas, por lo cual las directrices se limitan a los resultados. Son los Gobiernos los encargados de decidir de qué forma se alcanzarán tales resultados, siendo que estas no conocen los procesos necesarios para lograr sus fines.¹⁷⁵

Al no haber un modelo que calce con todas las formas existentes de empresas públicas, el ámbito de aplicación, en el contexto de Costa Rica, ante una eventual adhesión, es un tema importante por desarrollar. Este punto se conocerá con más amplitud en el título III de la presente investigación. Por el momento se señalará el marco general que define a la OCDE.

La OCDE tiene como misión la promoción de políticas que logren mejorar el bienestar económico y social de los ciudadanos del mundo, ofrece un foro que permite a los gobiernos de los distintos países trabajar de la mano, compartiendo experiencias y buscando soluciones a distintas situaciones, así como trabajando en la creación de estándares internacionales aplicables a varios tópicos de políticas públicas.¹⁷⁶ Es esta misión la que permite justificar la existencia de instrumentos normativos como lo son las directrices, las cuales responden adecuadamente a los fines y objetivos que rigen a esta organización.

Sección B: La descripción

Ahora que se ha hecho un repaso general sobre la razón de ser de las directrices y sus principales características, deviene oportuno entrar a conocer lo que dicta cada una. Lo anterior para efectos de conocer no solo lo que la OCDE pretende con las directrices, sino además para entender su contenido concreto.

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “¿Qué es la OCDE?”, (s.f.), consultado 11 de agosto, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>.

El documento contenedor de las directrices se divide en dos partes. En la primera parte se exponen las directrices, las cuales abarcan las siguientes áreas:

- I) Las razones justificadoras de la propiedad pública.
- II) El papel del Estado como propietario.
- III) Las empresas públicas en el mercado.
- IV) Tratamiento equitativo de los accionistas y otros inversores.
- V) Relaciones con los actores interesados y la responsabilidad empresarial.
- VI) La publicidad y la transparencia.
- VII) Las responsabilidades de los consejos de administración de las empresas públicas.

Cada una de estas secciones está encabezada por una directriz simple, la cual se encuentra precedida por una serie de subdirectrices de apoyo.

En una segunda parte, se encuentra el complemento a las directrices desarrolladas en la primera parte. Esta consiste en anotaciones con comentarios relacionados. Estos comentarios pretenden ayudar al lector a entender la razón de ser de estas.

Se procede entonces a desarrollar y explicar, en función de los objetivos del trabajo de investigación, el contenido de cada una de las directrices enunciadas.

I. Razones que justifican la propiedad pública.

El Estado ejerce la propiedad de las empresas públicas en interés del conjunto de los ciudadanos. Debe evaluar con cautela los objetivos que justifican la propiedad pública, así como divulgarlos y revisarlos periódicamente.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*, 19.

Para comprender de mejor forma lo dispuesta por esta primera directriz, cabe delimitar qué se debe entender por “interés del conjunto de los ciudadanos” y, específicamente, los objetivos que justifican la propiedad pública.

El interés del conjunto de los ciudadanos se puede traducir como el interés público y una forma adecuada de abordar el concepto es desentrañando su significado.

Interés se puede definir como:

valor o importancia que tiene una cosa para una persona o grupo de personas, lo que implica la existencia de una estimación valorativa y, simultáneamente, la de un provecho, resultado o utilidad que esas mismas cosas o bienes tienen, una conveniencia o necesidad, tanto en el orden moral como en el material.¹⁷⁸

Por otro lado, se puede decir que algo es público cuando corresponde al pueblo o la colectividad, es decir, no es de propiedad individual.¹⁷⁹

En ocasiones, se tiende a distinguir entre el interés público y el interés colectivo, aludiendo a interés colectivo como aquel que refiere a un grupo determinado de individuos y que, para ser considerado público, el Estado debe establecerlo dentro de sus fines propios. No obstante, hay otros doctrinarios que les dan tratamiento de sinónimos.¹⁸⁰ Para efecto de esta investigación no se distinguirá sustancialmente entre ambos conceptos.

Por ende, resulta posible afirmar que el interés público funge como parámetro útil para calificar la actividad política y jurídica. La consecuencia de una acción de interés público será su aprobación por parte de la colectividad, en cambio, si no es de interés público será desaprobada.¹⁸¹

¹⁷⁸ Carla Huerta Ochoa, “El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional”, (2005): 134, consultado 25 de noviembre, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Jorge Correa Fontecilla, “Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho”, *Revista española de Control Externo*, N° 24, Vol.8 (2006).

¹⁸¹ *Ibíd.*

Lo cierto es que es imposible precisar el interés general como al unívoco y universal, ya que es susceptible de varias designaciones según la época, forma social o lugar donde se trate.¹⁸² Es por ello que resulta difícil uniformar los objetivos que justifican la propiedad pública, y es cada Estado el que debe evaluar los objetivos que justifican la propiedad pública de su propia jurisdicción, tal y como la misma directriz lo dispone.

La OCDE, sí establece dentro de las subdirectrices que componen esta directriz un fin último que deberían perseguir todas las empresas públicas. Este fin último propuesto es la extensión de mejoras para la sociedad, asignando de forma eficiente todos los recursos que manejan. Para el alcance de lo recién expuesto, se recomienda a los Estados la elaboración de una política sobre propiedad, que incluya los motivos que justifican la propiedad del Estado y su papel dentro de las empresas públicas, así como la forma en que va a aplicar sus políticas y llevar a cabo sus obligaciones. La política de propiedad que finalmente se defina debe atender a técnicas apropiadas de rendición de cuentas y publicidad, además de revisiones periódicas por parte del Estado.¹⁸³

Por último, cabe señalar que para la OCDE es importante que el Estado defina con claridad las razones que justifican el hecho de que sea propietario de una empresa pública en particular y someter estas razones a revisiones periódicas.¹⁸⁴

II. El papel del Estado como propietario

El Estado debe actuar como propietario informado y activo, velando por que la gobernanza de las empresas públicas se lleve a cabo de

¹⁸² Carlos Andrés De Cores y Juan Manuel Cal, “El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa”, *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 11, (2007), consultado 25 de noviembre, 2016, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf>.

¹⁸³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

forma transparente y responsable, con un alto grado de profesionalidad y eficacia.¹⁸⁵

El punto que trata esta directriz resulta un tema importante, ya que el papel del Estado como propietario puede generar conflictos que se deben mitigar en la medida de lo posible para evitar afectaciones considerables en la sociedad. Dentro de estos conflictos se pueden enumerar los siguientes:

que los objetivos de las empresas no sean consistentes con el mandato dado al momento de su creación, que las responsabilidades del Directorio no estén del todo definidas o que los procedimientos de selección de Directores no estén formalizados, así como la existencia de situaciones que evidencian conflictos de interés, especialmente, a nivel del Estado ejerciendo su doble papel como propietario y como regulador.¹⁸⁶

Es este último punto relativo a los conflictos de interés, es el generador de más preocupación en diversos textos académicos. Se afirma que el hecho de que el Estado figure en dos lados al mismo tiempo, es decir, como propietario de la empresa pública y como regulador y suministrador de bienes y servicios, propicia que eventualmente haya casos de discriminación entre empresas y, consecuentemente, tratos preferenciales a favor de otras.¹⁸⁷

Es por lo descrito que existe la preocupación de que las empresas públicas manejen un buen gobierno dentro de la empresa, mediante un marco regulatorio que atienda a las buenas prácticas, delimitando a su vez las facultades que tiene el Estado en el ejercicio de la propiedad.¹⁸⁸ La aplicación de un buen gobierno corporativo resulta una herramienta óptima para que las empresas puedan:

definir, respetar y monitorear el logro de sus objetivos; clarificar la línea de mando y definir las responsabilidades del Estado como propietario, de los Directorios como instancias estratégicas y de la alta gerencia como ejecutivos. Es importante resaltar que el Gobierno corporativo no responde

¹⁸⁵ Ibíd., 20.

¹⁸⁶ Miguel, y Oneto, 569.

¹⁸⁷ Vives.

¹⁸⁸ Oliveira, M, et al.

a afiliaciones políticas y, que, por el contrario, es una herramienta indispensable para lograr los fines últimos para las cuales ha sido creado.¹⁸⁹

Teniendo esto en cuenta, es posible encontrar justificación en lo que la OCDE manifiesta mediante las subdirectrices desprendidas de esta segunda directriz. La OCDE dictamina que los Gobiernos deben facilitar y uniformar las formas legales conforme a las cuales trabajan las empresas públicas siempre respetando las normas corporativas comúnmente aceptadas. El Gobierno no debe intervenir en la gestión, sino que debe permitir que operen con autonomía, ya que el Estado funge únicamente como un accionista y no puede pretender estar redefiniendo los objetivos de la empresa pública mediante métodos turbios.¹⁹⁰

Asimismo, se insiste en que los derechos de propiedad que ostenta el Estado deben estar bien definidos por la administración y, que el ejercicio de estos derechos de propiedad debe estar concentrado en una única entidad u organismo de coordinación competente para llevar a cabo las funciones con eficacia. La entidad propietaria está en la obligación de rendir cuentas a los órganos de representación y estar en coordinación con los correspondientes organismos públicos e instituciones de auditoría estatal. Por último, la OCDE declara que el Estado, en su calidad de propietario, debe mantenerse informado y activo, respetando la estructura jurídica que adopte cada empresa pública. Esto último lo puede lograr estando representado en las Juntas Generales de Accionistas, al utilizar su derecho a voto, y al elaborar una política de divulgación de información de la empresa pública que sea susceptible de ser pública, manteniendo diálogo permanente con auditores externos, entre otros mecanismos idóneos.¹⁹¹

III. Las empresas públicas en el mercado

En coherencia con las razones que justifican la propiedad pública, el marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debe garantizar la igualdad de condiciones y la competencia leal en los mercados en

¹⁸⁹ Villar, 12.

¹⁹⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

¹⁹¹ *Ibíd.*

los que las empresas del sector público desarrollan actividades económicas.¹⁹²

Para efectos de comprender a cabalidad lo que pretende esta directriz, se debe entender que las empresas públicas desarrollan sus actividades económicas en un mercado económico determinado, sin embargo, resulta usual que el área administrativa y organizativa de la empresa pública no se encuentre sujeta al mercado bajo la misma dinámica que las empresas privadas. Lo anterior se afirma, ya que las empresas públicas pueden tener ciertos beneficios adicionales, como por ejemplo la posibilidad de percibir capital de gobierno cuando enfrentan problemas económicos o tener beneficios especiales que permiten el acceso privilegiado a dichos mercados. Lo anterior se debe a que las empresas públicas son creadas bajo regímenes jurídicos especiales, lo cual deriva en que su regulación sea distinta a la de las empresas privadas.¹⁹³

Si bien la OCDE afirma que el marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debe garantizar la igualdad de condiciones y la competencia leal en los mercados donde desarrollan sus actividades económicas, lo cierto es que la práctica general apunta a la aplicación de distinciones de índole normativo a la hora de regular las distintas empresas, otorgando determinados beneficios que no tienen las empresas del sector privado. Esta brecha, acorde con lo que indica la OCDE, se debe erradicar o reajustar en términos que atiendan a la igualdad de condiciones y lealtad competitiva.

Cabe destacar que la presencia de las empresas públicas en los mercados de capitales va cada vez más en aumento y su acceso a estos mercados conlleva implicaciones relacionadas con el cumplimiento de buenas prácticas de gobierno corporativo que no se pueden ignorar, vinculadas a las normas de transparencia, la buena gestión financiera de la empresa pública, la existencia de órganos de control, la rendición de cuentas, la protección de propietarios minoritarios y otras

¹⁹² Ibid., 22.

¹⁹³ Villar.

medidas que eventualmente le permite a las empresas públicas mejorar su rendimiento y expandirse hacia mercados de valores nacionales e internacionales.¹⁹⁴ Sin embargo, sigue siendo común dejar desatendido el tema sobre cómo equiparar las condiciones que permean a las empresas públicas y a las de capital privado. Una forma de atender este particular es mediante esfuerzos individuales de las mismas empresas, quienes pueden ejecutar diversas iniciativas sin perjuicio de la no existencia de un marco regulatorio concreto dictado por el órgano legislativo nacional correspondiente. Las empresas pueden “innovar o adaptar las prácticas por ellas adoptadas como una manera de mantenerse competitivas en un mundo empresarial en constante cambio.”¹⁹⁵

Es posible aseverar que toda esta preocupación se vincula al doble papel que tiene el Estado el cual incide en cómo se desarrollarán las empresas públicas en el mercado al enfrentarse con otras empresas.

Las principales preocupaciones para la OCDE, en torno a lo estipulado en esta directriz, se pueden resumir de la siguiente manera. La OCDE comulga con la idea de que las empresas públicas que desarrollan actividades económicas no deben ser exoneradas de la aplicación de leyes generales, así como los códigos y las normas tributarias. La organización manifiesta un rechazo por las leyes que discriminan de forma injustificada entre las empresas públicas y el resto de empresas competidoras en el mercado. Y es a raíz de esto que se impulsa una clara división entre el Estado como propietario y sus demás funciones, ya que puede haber influencias indebidas en las condiciones que permean a las empresas públicas específicamente en temas de regulación del mercado. Esto incluye los aspectos relacionados con el acceso al financiamiento, el cual se debe realizar siempre en condiciones de mercado, no debiendo beneficiarse de apoyo financiero indirecto que otorgue ventajas indebidas, así como la participación de las empresas públicas en los procesos de contratación pública, donde

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ Oliveira, M, et al, 91.

independientemente de su papel como oferente o receptor del servicio, los procedimientos involucrados deben ser competitivos, no discriminatorios y protegidos por estándares apropiados de transparencia.¹⁹⁶

Otro tema que la OCDE desarrolla en torno a esta directriz es que la igualdad de condiciones y competencia leal en los mercados se puede manifestar mediante la implementación de mecanismos eficaces de reparación y compensación, tales como procedimientos judiciales o arbitrales, cuando algún actor o parte interesada considere que la empresa pública ha violentado alguno de sus derechos. Las empresas públicas deben mantener además altos niveles de transparencia y comunicación en relación con sus ingresos y gastos. Cuando se trate de gastos que atienden políticas públicas, es el Estado el encargado de financiarlos y divulgar todo lo relacionado con ello.¹⁹⁷

IV. El tratamiento equitativo de los accionistas y otros inversores

Cuando las empresas públicas estén cotizadas, o entre sus propietarios se incluyan inversores no estatales, el Estado y las empresas deben reconocer los derechos de todos los accionistas y garantizar un trato equitativo y el acceso igualitario de todos los accionistas a la información corporativa.¹⁹⁸

En los últimos tiempos se ha venido propagando el concepto de “corporatización” de las empresas públicas. Algunos lo definen como aquel proceso mediante el cual la empresa se separa del Ministerio (o el Estado), instaurando la gestión privada y creando un marco contable claro.¹⁹⁹ La corporatización tiene como objetivo la creación de empresas con una gestión profesional en el marco de una economía de mercado. Parte de esta corriente ha desembocado en las empresas

¹⁹⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 24.

¹⁹⁹ David A. McDonald et al, “Servicios públicos en el Sur Global: Mirada crítica a nuevas formas de gestión”, capítulo 6, (2015), consultado 26 de noviembre, 2016, http://www.municipalservicesproject.org/userfiles/file/Malaluan_C6_Puede-lo-publico-sobrevivir-corporatizacion-caso-TNB-Malasia_183-219.pdf.

públicas que cotizan en bolsa, lo cual genera la necesidad de que mejoren su gobierno corporativo en pro de aumentar la confianza en los distintos inversionistas.²⁰⁰

Al incluirse inversores ajenos al Estado, la OCDE estipula que las empresas públicas deben entonces reconocer los derechos de todos los accionistas y garantizar un trato equitativo y el acceso igualitario de todos los accionistas a la información corporativa.

Dentro de los aspectos más relevantes que la OCDE estipula dentro de sus subdirectrices, encontramos que el Estado entonces debe apuntar a la implementación de todos los principios de gobierno corporativo de la OCDE cuando haya intervención privada y que, en el caso donde no haya intervención privada procure aplicarlos según corresponda. Las transacciones entre el Estado empresas públicas y entre estas en general, deben realizarse siempre en condiciones de mercado y, todas las empresas públicas, tanto las cotizadas como las no cotizadas, deben adherirse a los códigos de gobierno corporativo que existan a nivel nacional.²⁰¹

En cuanto a la protección de los accionistas, se establece que se debe mantener un alto nivel de transparencia, divulgando la información de forma igualitaria y simultánea a todos ellos, ejecutando políticas activas de comunicación y consulta. La OCDE también recomienda facilitar la participación de los accionistas minoritarios en las Juntas Generales de Accionistas, en aras de que puedan participar en la toma de decisiones fundamentales para la empresa. Si la empresa pública persigue objetivos de interés general, entiéndase políticas públicas, los accionistas privados que intervengan deben tener la posibilidad de acceso a la información que atañe a estos objetivos.²⁰²

²⁰⁰ Villar.

²⁰¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

²⁰² *Ibíd.*

En posteriores, se analizará y confirmará la existencia o no de empresas públicas cotizadas en Costa Rica y, en consecuencia, si esta directriz en particular incide de alguna forma en el país.

V. Las relaciones con los actores interesados y la responsabilidad empresarial

La política de propiedad pública debe reconocer las responsabilidades de las empresas públicas frente a los actores interesados y exigirles que informen sobre sus relaciones con estos. Debe quedar clara cualquier expectativa que el Estado tenga con respecto a la conducta empresarial responsable de las empresas públicas.²⁰³

Para abordar esta directriz, resulta oportuno preguntarse primeramente cuáles son las responsabilidades de las empresas públicas frente a los actores interesados. Se debe recordar que una empresa debe tener como norte el constante aumento de su valor para sus legítimos propietarios, por lo que, en consecuencia, podemos decir que un directivo responsable es aquel que ejerce sus funciones de dirección y vigilancia dentro de la empresa, velando siempre por la creación continua de valor.²⁰⁴ En virtud de lo anterior es posible afirmar que “la única responsabilidad social de una empresa es aumentar los beneficios, esto es, crear valor para sus accionistas.”²⁰⁵

Ahora bien, esta directriz no refiere únicamente a la responsabilidad de las empresas públicas frente a los accionistas, sino que amplía esta responsabilidad respecto a los actores interesados. ¿Y quiénes son los actores interesados? Este concepto de “actores interesados” se debe tomar como sinónimo del término que

²⁰³ *Ibíd.*, 26.

²⁰⁴ Rafael Moreno Prieto, “El Gobierno corporativo en Iberoamérica: Los *stakeholders* y la responsabilidad social corporativa”, Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, (2015), consultado 26 de noviembre, 2016, <http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/03/Capitulo-13-.pdf>.

²⁰⁵ *Ibíd.*, 481.

en inglés se traduce como *stakeholder*²⁰⁶. Éste término fue introducido al campo de la estrategia, la ética empresarial y la responsabilidad social corporativa por Edward Freeman en el año de 1984, quien ha modificado el concepto a lo largo de los años. En su primera definición, distinguió entre una concepción amplia y otra restringida:

El sentido restringido se refiere sólo a aquellos grupos y/o individuos sobre los que la organización depende para su supervivencia, mientras que el amplio incluye además grupos y/o individuos que puedan afectar o que son afectados por el logro de los objetivos de la organización. De esta forma, la acepción amplia ha servido como un instrumento para entender el entorno y para desarrollar procesos de planificación estratégica.²⁰⁷

Bajo esta misma línea de pensamiento lo han definido otros autores, quienes afirman que el *stakeholder* puede ser toda aquella persona, grupo u organización que tiene interés en determinado proyecto o programa, teniendo algo que ganar o perder según los resultados derivados de la acción u intervención de otros actores.²⁰⁸ Algunos ejemplos de los actores interesados o *stakeholders* que pueden figurar en una empresa están los siguientes:

- Accionistas o propietarios.
- Empleados.
- Clientes.
- Distribuidores y socios comerciales.
- Proveedores.
- Competidores.
- Agentes sociales.
- Administraciones públicas.

²⁰⁶ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), "OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises". Publicaciones de la OCDE (2015): 23, consultado 26 de noviembre, 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264244160-en>.

²⁰⁷ IESE Business School, "La evolución del concepto stakeholders en los escritos de Ed Freeman", Universidad de Navarra, (2009): 1, consultado 27 de noviembre, 2016, http://www.iese.edu/es/files/La%20evaluaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20stakeholders%20seg%C3%BAAn%20Freeman_tcm5-39688.pdf.

²⁰⁸ Esteban Tapella, "El mapeo de actores claves", Universidad Nacional de Córdoba, (2007), consultado 27 de noviembre, 2016, <https://planificacionsocialunsi.files.wordpress.com/2011/09/quc3a9-es-el-mapeo-de-actores-tapella1.pdf>.

- Comunidad local.
- Público en general.²⁰⁹

La OCDE manifiesta otros supuestos que se deben tomar en cuenta en torno al tema de la responsabilidad de las empresas públicas y los actores interesados. Se dispone que tanto las empresas públicas como los gobiernos y las entidades públicas propietarias tienen que acatar lo que las leyes o acuerdos recíprocos dictan en torno al reconocimiento y respeto de los derechos de terceros. Cuando se trate de empresas públicas cotizadas o grandes, es necesario que, siempre que resulte pertinente y factible, informen sobre sus relaciones con terceros como trabajadores, acreedores y comunidades afectadas. Por su parte, los Consejos de Administración (juntas directivas) deben adoptar, ejecutar, fiscalizar y difundir métodos de control interno, códigos éticos y programas para cumplir con las distintas medidas dentro de la empresa, basándose siempre en normas nacionales y atendiendo los compromisos internacionales adoptados.²¹⁰

Un punto importante concluyente de la OCDE es que las empresas públicas deben operar atendiendo altos niveles de responsabilidad empresarial, sin embargo, es labor del gobierno publicar las expectativas que tenga respecto a este tópico y colaborar con el establecimiento de mecanismos claros para su cumplimiento. A pesar de la intervención de gobierno en este aspecto, las empresas públicas nunca deberán ser utilizadas como móviles para el financiamiento o contribución de actividades de índole político.²¹¹

VI. La Publicidad y la transparencia

Las empresas públicas deben mantener un elevado nivel de transparencia y someterse a las mismas exigencias en materia de contabilidad, publicidad, cumplimiento y auditoría que las empresas cotizadas.²¹²

²⁰⁹ Moreno Prieto.

²¹⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*, 27.

Lo estipulado por esta directriz es susceptible de vincularse con la libertad de información o derecho a la información, el cual se puede definir como aquel que permite a los ciudadanos acceder a la información manejada por las entidades públicas. Este derecho se desprende del derecho fundamental a la libertad de expresión, comprendido en bastos instrumentos internacionales, tales como la Resolución 59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.²¹³ Este derecho de los ciudadanos en relación con el acceso a la información pública, se concibe como una consecuencia inmediata de las democracias representativas y de la propiedad colectiva, que a su vez implica el principio de transparencia democrática.²¹⁴

La OCDE reafirma el compromiso por cumplir este derecho en relación con la operación de las empresas públicas, quienes deberían estar obligadas a publicar la información -tanto financiera como la no financiera- que resulte relevante para la empresa. Todo ello se debe realizar conforme a las normas internacionales, de alta calidad, relativas a la divulgación de información empresarial. La OCDE incluye algunos ejemplos de los elementos que se deben incluir en la información difundida, entre ellos: información clara al público en general sobre los objetivos de la empresa y cómo se pretende alcanzarlos, los resultados financieros de la empresa, la estructura de gobierno, la propiedad y la dinámica de voto a lo interno, cómo hace la elección y cómo se remunera la función de los miembros del Consejo de Administración, la existencia de factores de riesgo, entre otros.²¹⁵

²¹³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Acerca de la libertad de información”, (s.f.), consultado 28 de noviembre, 2016, <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/about/>.

²¹⁴ Alejandro Fuenmayor E, “El derecho de acceso de los Ciudadanos a la Información Pública”, oficina de la UNESCO para América Central, (2004), consultado 28 de noviembre de 2016, http://portal.unesco.org/es/file_download.php/561ff4bc2719856c5184270296fc48f5EL+DERECHO+DE+ACCESO+DE+LOS+CIUDADANOS+A+LA+INFORMACION+PUBLICA.pdf.

²¹⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

Por otro lado, la OCDE cree firmemente que los estados financieros anuales de las empresas públicas deben ser objeto de al menos una auditoría externa independiente que se fundamente en normas de alta calidad, independientemente de si existen o no procedimientos estatales de control.²¹⁶ La importancia de la auditoría externa radica en que, al no haber un vínculo laboral directo entre la empresa encargada del auditoraje y la empresa pública, se obtienen resultados independientes sobre la forma en que opera la empresa, lo cual genera en terceros una mayor confiabilidad en los resultados arrojados.²¹⁷ Es decir, las auditorías externas independientes generan resultados con alto grado de objetividad, lo cual desemboca en informes de gran utilidad para el mejoramiento del funcionamiento de la empresa pública.

Por último, se señala que la entidad propietaria de la empresa pública también está en la obligación de emitir informes periódicos. Una buena práctica recomendada por la misma OCDE es el uso de herramientas como el Internet para facilitar la comunicación y eventual acceso a la información.²¹⁸ Ya se ha dicho que el Internet es un medio novedoso de comunicación y difusión, pues no tiene implicaciones económicas importantes para su acceso. Lo cual lo convierte en una herramienta fundamental para que los distintos usuarios reciban y difundan información.²¹⁹

VII. Las responsabilidades de los Consejos de Administración de empresas públicas

Los Consejos de Administración de las empresas públicas deben contar con la suficiente autoridad, competencias y objetividad para realizar sus funciones de orientación estratégica y supervisión de la

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ Leydi Carina Grimaldo Lozano, "La importancia de las auditorías internas y externas dentro de las organizaciones", (2014), consultado 28 de noviembre, 2016, <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13537/1/Importancia%20de%20las%20Auditorias.pdf>.

²¹⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

²¹⁹ Fuenmayor E.

gestión. Deben actuar con integridad y asumir la responsabilidad por sus acciones.²²⁰

Los Consejos de Administración en una empresa constituyen el órgano máximo que se encarga de tomar decisiones y de representar los intereses de los accionistas, protegiéndolos de las acciones conflictivas de terceras partes. Vela y protege el patrimonio de la empresa, además de cumplir con una función de estrategia y contralor. Estratega en tanto promueve mecanismos que agreguen valor a la empresa y contralor por encargarse de evaluar la ejecución de las metas propuestas por la empresa.²²¹ Lo anterior coincide con lo propuesto por la OCDE mediante esta directriz, que indica que los Consejos de Administración deben cumplir a cabalidad con sus funciones de orientación estratégica y de supervisión de la gestión, es decir, tener un papel dual de estrategia y contralor, tal y como recién se señaló.

Un aspecto importante respecto al Consejo de Administración es que debe tener bien definidas sus responsabilidades, ya que una vez definidas, le es posible ejercer una actuación profesional que desemboque en: el aumento del valor de la empresa. Para ello, debe cuidar perenemente no subsidiar, duplicar, ni dejar de realizar lo correspondiente, lo cual será más fácil toda vez que sus responsabilidades se encuentren bien definidas.²²²

En virtud del papel elemental que cumplen los Consejos de Administración dentro de las empresas públicas (entendidos también como juntas directivas), la OCDE reafirma lo manifestado por otros estudiosos, y es la necesidad de que los Consejos de Administración tengan un mandato definido y en razón de ello se les

²²⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*, 28.

²²¹ IESE Business School y Russell Reynolds Associates, “Estudio sobre la estructura de los Consejos de Administración: una visión contrastada entre inversores institucionales y presidentes”, (2009): 12, consultado 28 de noviembre, 2016, <http://www.iese.edu/es/files/ConsejosAdm.pdf>.

²²² Guillermo Cruz Reyes, “Responsabilidades de los Miembros del Consejo de Administración”, Asesores de consejo y alta dirección, (2012), consultado 28 de noviembre, 2016, <http://www.acad-mx.com/publicaciones/Responsabilidades%20de%20los%20Miembros%20del%20Consejo%20de%20Administraci%C3%B3n.pdf>.

pueda atribuir la responsabilidad final por el desempeño que tenga la empresa pública. Sin embargo, la OCDE además exige que el papel de los Consejos de Administración debe ser definido mediante la legislación, preferiblemente, mediante las normas de derecho mercantil. Se conviene, además, que los Consejos de Administración deberían estar en la posibilidad de nombrar y revocar el nombramiento del Consejero Delegado (también conocido como CEO) y, respecto a los demás directivos, fijar retribuciones que sean convenientes para la empresa a largo plazo.²²³

Aunado a lo anterior, se expone que los Consejos de Administración de las empresas públicas deben permitir que se ejerza un criterio objetivo e independiente, labor que puede facilitarse si los directivos se eligen en razón de sus atestados y aptitudes. Si se trata de consejeros independientes, tienen que evitar la puesta en peligro de la objetividad de su criterio. En términos generales debe evitarse el surgimiento de conflictos de intereses que impidan que los directivos cumplan sus deberes de manera objetiva y con total independencia política.²²⁴

Para lograr que el Consejo funcione eficazmente, se debe delegar en la figura del presidente tal responsabilidad, quien podrá actuar en coordinación con el resto de consejeros cuando se requiera actuar de enlace en las comunicaciones con la empresa pública. En cuanto a la conformación del Consejo, la OCDE incluye como buena práctica la distinción entre el cargo del presidente y el consejero delegado (CEO). Es bajo la dirección del presidente que los Consejos deben evaluar anualmente su desempeño y establecer procedimientos eficaces para llevar a cabo auditorías internas. También se recomienda que en los casos donde se exige representación del personal de la empresa en el Consejo, se deben crear mecanismos que realmente garanticen la representación. Las juntas directivas de las empresas públicas deben considerar la creación de comités especializados y,

²²³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

²²⁴ *Ibíd.*

dado el caso, los deben conformar personas independientes a la empresa y a su vez debidamente calificados para las funciones correspondientes.²²⁵

Capítulo IV: El grado de obligatoriedad de los instrumentos a la luz de la Convención de la OCDE y otros conceptos jurídicos.

Previo a analizar el grado de obligatoriedad de los instrumentos desarrollados (principios y directrices) a la luz de la Convención de la OCDE (en adelante “convención”), resulta indispensable entenderla dentro de su generalidad y contexto.

Tomaremos como punto de partida el planteamiento de lo que entenderemos por convención. Julio A. Barberis, en su texto titulado “El concepto de Tratado Internacional”²²⁶, si bien data del año 1982, continúa totalmente vigente en cuanto a su apreciación sobre el papel de los Tratados Internacionales. Dice Barberis que el panorama internacional cambia con el tiempo y cada vez de forma más vertiginosa, lo cual, a su vez, genera cambios en la estructura jurídica de orden internacional. Tales cambios obligan a que se realicen exámenes constantes de lo que él llama “conceptos clásicos del derecho de gentes.”²²⁷ Dentro de estos conceptos clásicos se encuentran los tratados internacionales, los cuales pueden adoptar múltiples formas, como lo son los convenios, los acuerdos, los protocolos, los pactos, los arreglos, las convenciones, entre otros, todos los cuales son documentos diplomáticos en donde se plasman los acuerdos y que, finalmente, y en terminología de derecho internacional, se terminan encuadrando dentro de la amplia categoría de lo que se conoce como Tratado Internacional.²²⁸ Dicho esto, un Tratado se puede definir como “Cuando dos o más Estados se ponen de

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ Julio A. Barberis, “El concepto de Tratado Internacional”, *Anuario de derecho internacional* (1982), consultado 28 de octubre, 2016, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r15461.pdf>.

²²⁷ *Ibíd.*, 4.

²²⁸ *Ibíd.*

acuerdo sobre un objeto determinado y desean darle valor jurídicamente vinculatorio a dicho acuerdo.”²²⁹

Bajo esta misma tesitura, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²³⁰, de fecha 23 de mayo de 1969, reconoce los Tratados como fuente del Derecho Internacional y, por ende, como parte elemental dentro de la historia de las relaciones internacionales. De esa forma, los define como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” ²³¹

Se observa cómo la Convención de Viena reconoce la posibilidad de que los Tratados tengan denominaciones distintas, tal y como se había mencionado en líneas anteriores, ya que la amplitud del concepto así lo permite.

Es por ello que en ocasiones, se le da un tratamiento indistinto a ambos conceptos (tratado y convención), es decir, se toman como sinónimos, haciéndose manifestaciones como la siguiente: “La Convención o el tratado son fuente o creación del Derecho o aplicación del mismo, dependiendo de la situación jurídica de que se trate.”²³² Dicho esto, podríamos afirmar que entonces las convenciones se encuentran, a nivel nacional, reconocidas dentro de la disposición constitucional que enmarca el artículo 7 de la Carta Magna y que señala que:

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su

²²⁹ *Ibíd.*, 12.

²³⁰ Organization of American States, “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; 23 de mayo, 1969”, consultado 28 octubre, 2016, http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf.

²³¹ *Ibíd.*, art. 2, i. a.

²³² Sergio Peña Neira, “Las Fuentes de Derecho Internacional Público, diversidad de tribunales internacionales y generación del Estado de Derecho Internacional Público”, *Revista de Derecho Público*, volumen 77, (s.f.): 432, consultado 28 de octubre, 2016, <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/30936/32663>, citando a Hans Kelsen, *El contrato y el Tratado (analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho)* (México: Ediciones Coyoacán, 2007).

promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.²³³

En consecuencia, tomando en cuenta la función que cumplen los Tratados Internacionales, podemos darles a las convenciones (incluyendo la Convención de la OCDE) tal categoría y entenderlas de la forma en que se definió anteriormente.

Hecho este breve preámbulo sobre los Tratados, el cual nos permite entender de mejor manera la figura de las convenciones, nos permitimos entrar a explicar la Convención de la OCDE, desde su creación y contenido hasta los numerales de especial interés para el desarrollo de la investigación.

La Convención de la OCDE fue suscrita en la ciudad de París entre los Gobiernos de la República de Austria, del Reino de Bélgica, de Canadá, del Reino de Dinamarca, de la República Francesa, de la República Federal Alemana, del Reino de Grecia, de la República de Islandia, Irlanda, de la República Italiana, del Gran Ducado de Luxemburgo, del Reino de los Países Bajos, del Reino de Noruega, de la República Portuguesa, España, del Reino de Suecia, de la Confederación Helvética, de la República Turca, del Reino Unido de la Gran Bretaña y Norte de Irlanda, y de los Estados Unidos de América, en fecha 14 de diciembre de 1960.²³⁴

Estos países, representados por sus respectivos Gobiernos, exceptuando a Canadá y a Estados Unidos, fueron los mismos que en el año de 1948 conformaron la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE), ya mencionada en el capítulo I de este mismo título. Esta organización tenía como objetivo principal la dirección del plan Marshall para la reconstrucción del continente europeo, el cual había sido destruido por la Segunda Guerra Mundial. La OECE fue el preámbulo que permitió que los gobiernos referidos concienciaran

²³³ Asamblea Legislativa, “Constitución Política de la República de Costa Rica; 07 de noviembre, 1949”, Sinalevi: art. 7, consultado 28 de octubre, 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC.

²³⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Convención de la OCDE; 14 de diciembre, 1960”, consultado 29 de octubre, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/convenciondelaocde.htm>.

sobre la interdependencia de sus economías y, posteriormente, junto con la participación de Canadá y Estados Unidos, suscribieran la Convención de marras. Si bien la Convención se firmó en el año de 1960, no fue sino hasta el 30 de septiembre de 1961 que la misma entra en vigor y, por ende, se considera tal fecha, como la del nacimiento oficial de la OCDE.²³⁵

En consecuencia, es posible afirmar que la convención es el texto rector de la organización, ya que marca su creación, y contiene las estipulaciones que dirigen todo el funcionamiento de la OCDE y en función de las cuales existen los demás instrumentos jurídicos. El texto de la Convención incluye desde los objetivos regentes a la OCDE, hasta los tipos de instrumentos que emite la organización y especificaciones sobre el Consejo como órgano.

La convención se acuerda tomando en consideración que una economía fuerte y próspera es elemental a la hora de pretender el alcance de los objetivos de las Naciones Unidas, el resguardo de libertades individuales y el aumento del bienestar de la colectividad. Asimismo, reconoce que la recuperación y el avance económico del continente europeo, el cual ha sido impulsado en gran parte por la OECE, ha ampliado las perspectivas para reforzar la tradición de cooperación y así, aplicarla en nuevos proyectos y metas cada vez más ambiciosas.²³⁶

Es posible notar que en un principio se hablaba principalmente del continente europeo y el interés por que saliera de la difícil situación en que se hallaba producto de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, es claro que la interpretación de estos preceptos se ha actualizado en virtud de la variedad de países que componen la organización y que evidentemente van más allá de las fronteras europeas.

²³⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, "Historia", (s.f.), consultado 01 de octubre, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/historia-ocde.htm>.

²³⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Convención de la OCDE*.

Además, se mantiene vigente mediante esta convención, la intención de la OCDE por:

desarrollar al máximo y a utilizar más eficazmente sus capacidades y sus posibilidades, a través de consultas mutuas y de la cooperación, para promover el más alto crecimiento sostenible de sus economías y aumentar el bienestar económico y social de sus pueblos; ESTIMANDO que las naciones económicamente más desarrolladas, utilizando sus mejores esfuerzos, deben cooperar para asistir a los países en proceso de desarrollo económico.²³⁷

En la convención se encuentran disposiciones específicas que permiten entender mejor la estructura de la organización, así como interpretar de mejor manera la dinámica en torno a los instrumentos emanados. Dentro de los artículos de interés que enmarca la convención, se puede señalar primeramente el numeral III, el cual indica que, con la meta de lograr los objetivos y los compromisos establecidos en la convención, los miembros acuerdan, entre otros aspectos, mantenerse informados y dar información útil para el cumplimiento de las funciones de la organización, **formar parte de proyectos aceptados por mutuo acuerdo** y cooperar de forma perene con acciones coordinadas.

Se afirma que tres formas idóneas para que la organización pueda alcanzar esos objetivos, son las siguientes:

- a) tomar decisiones que, salvo dispuesto de otra forma, serán obligatorias para todos los miembros;
- b) recomendar mejoras a los miembros;
- c) concluir acuerdos con sus miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales.²³⁸

Dilucidamos entonces que la OCDE se vale de tres útiles herramientas, a saber: **decisiones**, **recomendaciones** y **acuerdos**. Emplea también otros instrumentos, que son: las **declaraciones**, **los arreglos y entendimientos** y **los acuerdos internacionales**.²³⁹ No obstante, para los efectos de la presente investigación, se distinguirán las decisiones de las recomendaciones, ya que a criterio de las

²³⁷ Ibíd.

²³⁸ Ibíd., art. V.

²³⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, "OECD Legal Instruments", sitio web, consultado 04 de octubre, 2016, <http://www.oecd.org/legal/legal-instruments.htm>.

investigadoras los instrumentos sobre gobierno corporativo de la OCDE son susceptibles de ser catalogados como decisiones o como recomendaciones, dependiendo de la idónea interpretación y el análisis, por haber una línea estrecha entre estas dos figuras.

Se afirma que el Consejo (órgano rector de la organización) es quien tiene el poder de adoptar las decisiones y las recomendaciones, conocidas en inglés como “*the OECD Acts*” o según su traducción al español como “los Actos de la OCDE”. Estos actos son producto de la labor realizada por los comités de la organización, basándose en profundos análisis y cubriendo desde temas de anticorrupción hasta los tópicos relacionados con el ambiente. Los productos finales incluyen, mas no se limitan a, normas y estándares internacionales, mejores prácticas y directrices.²⁴⁰

Ahora bien, **¿qué distingue una decisión de una recomendación?** La Convención establece en su artículo VI que “las decisiones se toman y las recomendaciones se hacen por acuerdo mutuo de todos los miembros salvo que la Organización decida por unanimidad otra cosa para casos especiales.”²⁴¹ En el proceso de adopción, el voto juega un papel fundamental, ya que

Cada miembro dispone de un voto. Si un miembro se abstiene de votar una decisión o una recomendación, tal abstención no será obstáculo para la validez de dicha decisión o recomendación, que será aplicable a los demás miembros, pero no al miembro que se abstiene.²⁴²

Como se indicó líneas atrás, las **decisiones** son **legalmente vinculantes** a todos aquellos países miembros que no se abstengan al momento de votar para su eventual adopción. Si bien no son tratados internacionales, sí implican obligaciones legales iguales a las suscritas en el marco de los tratados internacionales, en tanto los países miembros están obligados a implementar las

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Convención de la OCDE*, artículo VI, inciso 1.

²⁴² *Ibíd.*, artículo VI, inciso 2.

decisiones y adoptar las medidas necesarias para lograr tal implementación.²⁴³ Cabe mencionar que las decisiones serán obligatorias para los miembros que las adoptan hasta ser incorporadas a su ordenamiento jurídico conforme al procedimiento constitucional correspondiente, mientras que los otros miembros podrán acordar que a ellos se les aplique de manera provisional la decisión.²⁴⁴

Tal y como se indicó, y de conformidad con el artículo VI de la convención, las decisiones se toman. Quien tiene el poder para la toma de estas decisiones es el Consejo de la OCDE. El Consejo se conforma por un representante de cada país miembro y un representante de la Comisión Europea, quienes se reúnen periódicamente a nivel de embajadores y toman las decisiones por consenso. Igualmente se reúnen una vez al año bajo el contexto ministerial, pero enfocándose en la discusión de asuntos claves y el establecimiento de prioridades del trabajo de la OCDE. El Consejo es presidido por el secretario general de la Secretaría de la OCDE, quien a su vez funge como nexo entre las delegaciones nacionales y la Secretaría. La Secretaría de la OCDE se encarga de apoyar las actividades de los comités, con el trabajo de muchos profesionales de ramas como la economía, el derecho y la ciencia.²⁴⁵

Por otro lado, las **recomendaciones** no son legalmente vinculantes, pero la misma OCDE afirma que la práctica las ha revestido con una gran fuerza moral, ya que representan la voluntad política de los países miembros y por ende, se espera que los demás países miembro hagan todo lo posible por implementar totalmente una recomendación. No obstante, cuando un país miembro no tiene intención de implementar una recomendación, usualmente se abstiene al momento de su adopción.²⁴⁶

Una forma de explicar la naturaleza que reviste a la figura de las recomendaciones es que la OCDE aplica lo que se conoce como “métodos de evaluación (*peer*

²⁴³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *OECD Legal Instruments*.

²⁴⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Convención de la OCDE*.

²⁴⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Más información sobre la OCDE”, sitio web, consultado 09 de octubre, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm>

²⁴⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *OECD Legal Instruments*.

reviews), o “mutuo poder de vigilancia” entre los países miembros”²⁴⁷, lo cual se refleja en las discusiones que se suscitan en el marco de sus reuniones, las cuales se transforman en negociaciones y a su vez, en tratados formales, las normas o las recomendaciones que la OCDE espera se practiquen.²⁴⁸ La misma OCDE afirma que:

Las discusiones de la OCDE a veces se convierten en negociaciones en donde los países miembros acuerdan reglas en materia de cooperación internacional. Estas pueden culminar en acuerdos formales como por ejemplo la lucha contra la corrupción, la exportación de créditos, el movimiento de capitales; o pueden resultar en estándares y modelos para la fiscalidad internacional o recomendaciones y lineamientos cubriendo la gobernación corporativa o prácticas medioambientales.²⁴⁹

Es decir, es a partir de estas discusiones, que terminan en negociaciones (y que no se llevan a cabo necesariamente en el marco de las reuniones del Consejo, como sucede con las decisiones), que se generan las **recomendaciones**, figura que interesa de manera importante para los efectos de esta investigación.

Ahora que distinguimos la figura de la decisión con la de recomendación, nos vemos obligados a analizar en cuál de estas dos categorías se clasifican los instrumentos legales de la OCDE sobre gobierno corporativo: los principios y las directrices. Lo anterior es crucial para lograr determinar la obligatoriedad de estos instrumentos ante una eventual adhesión del país a la OCDE.

La versión emitida más recientemente de los **principios**, titulada como “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20”, es clara al manifestar lo siguiente:

Los Principios no son vinculantes, y no pretenden ser un catálogo detallado de prescripciones para la legislación nacional. Antes, al contrario, pretenden identificar objetivos y proponer varias formas de alcanzarlos. Los Principios tratan de aportar una referencia firme, pero lo bastante flexible como para que los legisladores y los participantes en el mercado puedan desarrollar sus

²⁴⁷ Diana Vicher, “La influencia de la OCDE en la elaboración de la política económica”, (2014): 123, consultado 09 de octubre, 2016, http://www.olafinanciera.unam.mx/new_web/18/pdfs/VicherOlaFinanciera18.pdf.

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Más información sobre la OCDE*.

propios marcos de gobierno corporativo. (...) los gobiernos tienen la importante responsabilidad de establecer un marco regulatorio eficaz, que proporcione la suficiente flexibilidad a los mercados para que funcionen de forma eficiente y respondan a las nuevas expectativas de los accionistas y otros actores interesados.²⁵⁰

No cabe duda que la OCDE desarrolla un discurso fundado en la **no obligatoriedad de los principios**. Si bien dentro del texto se desarrolla un discurso que fomenta la aplicación de los principios, no se va más allá de eso, de impulsar su uso mas no exigirlo. Tampoco insinúa algún tipo de sanción por inobservancia de los preceptos que encierra este instrumento, sino que se limita a describirlos como una oferta de ayuda o un marco de referencia, afirmando que los principios “ayudan a los legisladores a evaluar y mejorar el marco legislativo, reglamentario e institucional de gobierno corporativo”²⁵¹, así como que “los Principios se han convertido en un referente internacional para legisladores, inversores y otros actores interesados en todo el mundo.”²⁵² Por otro lado, dice que “Los Principios de Gobierno corporativo del G20 y de la OCDE proporcionan este marco de referencia (...) y ofrecen una orientación práctica para su aplicación a nivel nacional.”²⁵³

Resulta evidente, entonces, que los principios son un instrumento **no vinculante**, no solo por su contenido, sino también por la naturaleza del instrumento, que no cabe duda se trata de una **recomendación**.

El anexo titulado “Recomendación del Consejo relativa a los Principios de Gobierno corporativo” trata de un instrumento que coincide con la figura estampada en el artículo V de la Convención, inciso b) (recomendación) y que como ya se indicó, carece de obligatoriedad, limitándose a ser únicamente una invitación para tener los principios debidamente en cuenta.²⁵⁴

²⁵⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*, 11.

²⁵¹ *Ibíd.*, 3.

²⁵² *Ibíd.*, 3.

²⁵³ *Ibíd.*, 7.

²⁵⁴ *Ibíd.*

En cuanto a las **directrices**, se sigue la misma línea de entendimiento:

Las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas (en lo sucesivo, las Directrices) constituyen unas recomendaciones para los Estados sobre cómo garantizar que las empresas públicas operan con eficiencia y transparencia, de modo que se les puedan exigir responsabilidades.²⁵⁵

En otros términos, las directrices son clasificadas como **recomendaciones**, y en tal calidad, **no resultan vinculantes** para los países miembros. Únicamente se apela a tenerlas en cuenta como buenas prácticas generalmente aceptadas.²⁵⁶

Nótese que, al igual que con los principios, el cumplimiento de las directrices no se impone, sino que su uso se promueve con invitaciones. Así lo hace el secretario general de la OCDE, el señor Ángel Gurría, quien lo expresa en los siguientes términos: “invito a los gobiernos tanto de los países de la OCDE como de los países asociados a utilizar activamente las Directrices.”²⁵⁷

Aunado a lo anterior, en ambos instrumentos (principios y directrices), a pesar de la intención de la OCDE por persuadir hacia su uso y aplicación, siempre existe la posibilidad de evitar su aplicación si el miembro se abstiene de votarla.²⁵⁸ Con esto se evidencia una vez más la no obligatoriedad de las recomendaciones y, en consecuencia, la no obligatoriedad de los principios y directrices. Sumado a ello, tampoco se habla expresamente de ningún tipo de sanción, ya sea una multa pecuniaria o expulsión, en el caso de rechazar la aplicación e incorporación del contenido de estos instrumentos.

En virtud lo recién expuesto, es posible concluir que los principios y directrices consisten en instrumentos legales que, por clasificarse como recomendaciones, su aplicación **no resulta obligatoria para los países miembros**. Y es que, por medio de una **interpretación literal de los preceptos contenidos en la Convención de la OCDE**, el país, en calidad de miembro ante la eventual

²⁵⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ *Ibíd.*, 8.

²⁵⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Convención de la OCDE*.

adhesión a esta organización, **no estaría en la obligación de incorporar estas recomendaciones a su ordenamiento jurídico**. Los mismos instrumentos lo confirman dentro de su contenido, expresando que se trata de disposiciones **no vinculantes**, sin la fuerza de obligatoriedad que sí tienen las decisiones, por lo cual la organización se limita a fomentar e invitar a su aplicación. Y es que, realmente, a la luz de lo expuesto en la Convención y lo que la OCDE define como recomendación, esa es la forma en que se deben concebir.

No obstante, según el análisis desarrollado, resulta indispensable tomar en consideración otros elementos y conceptos jurídicos, aparte de la Convención de la OCDE, que también son de importancia en la temática y necesarios para determinar el grado de obligatoriedad de los instrumentos jurídicos sobre gobierno corporativo que tiene la organización.

Primero, conviene referenciar el proceso de adhesión que experimenta Costa Rica, en aras de ingresar a la OCDE.

Se debe mencionar que el proceso de adhesión de los Estados a dicha organización contempla varias etapas que deben ser cumplidas por los países para su eventual ingreso. En el caso concreto de Costa Rica, en el año 2015 se realizaron tres pasos relevantes frente al proceso de adhesión: 1) en el mes de abril, el Consejo de la OCDE realizó la invitación formal al país a iniciar el proceso; 2) en julio, la OCDE aprobó la **hoja de ruta** por seguir y que direcciona las condiciones necesarias para el futuro ingreso; y finalmente, 3) en octubre se elaboró la misión de lanzamiento, la cual se puede entender como un plan de acción por parte de Costa Rica.²⁵⁹

En torno a esta temática, Ángel Gurría, secretario general de la OCDE, manifestó que el proceso de adhesión de Costa Rica a la OCDE conlleva a que el país se esfuerce por avanzar en varios ámbitos, y realice las reformas pertinentes para la adaptación de su legislación a las mejores prácticas internacionales. El secretario

²⁵⁹ María Núñez Chacón, “Año 2016 será clave para adhesión de Costa Rica a la OCDE”, Semanario Universidad, (27 de enero, 2016), consultado 21 de setiembre, 2016, <http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/ano-2016-sera-clave-para-adhesion-de-costa-rica-a-ocde/>.

general destaca que Costa Rica logró llegar al proceso de acceso formal con mucho esfuerzo, mediante la elaboración de un plan de acción entre los años 2013 y 2015, y que este es el inicio del trabajo arduo pendiente en esta línea de ideas.²⁶⁰

Según Gurría, el proceso de adhesión contempla un análisis detallado de la legislación, las políticas y las prácticas de Costa Rica en diversas temáticas (dentro de las que se incluye, para efectos de interés, el gobierno corporativo), las cuales son descritas con mayor profundidad en la hoja de ruta aprobada el 8 de julio del año 2015.²⁶¹

Al haberse aprobado esta hoja de ruta, 22 comités técnicos de la OCDE mantendrán un diálogo con el país en las distintas áreas de atención, para así determinar el nivel de congruencia que existe con los estándares de la organización. De este diálogo, desarrollado con las autoridades nacionales, la OCDE elaborará recomendaciones para adaptar la legislación y políticas costarricenses, con el fin de lograr una convergencia con las prácticas internacionales estipuladas por la organización.²⁶²

El secretario general de la OCDE por último indica:

Quiero destacar que nuestros Comités no esperan una convergencia total e inmediata, sino el compromiso firme de irse acercando a los estándares y mejores prácticas de la OCDE.²⁶³

De lo mencionado, es posible visualizar cómo el proceso de adhesión de los países a la OCDE conlleva una serie de pasos que ponen de manifiesto que sus instrumentos jurídicos son vinculantes para los países. Si bien es cierto, don Ángel Gurría aclara que la convergencia esperada no es total e inmediata, sí enfatiza en varias oportunidades que debe haber un **compromiso firme** de lograr esa

²⁶⁰ Ángel Gurría, “El acceso de Costa Rica a la OCDE: Un camino de mutuo enriquecimiento”, (Visita oficial del Secretario General de la OCDE a Costa Rica, Sesión Plenaria con la Asamblea Legislativa, 15 de febrero, 2016), <http://www.oecd.org/countries/costarica/el-acceso-de-costa-rica-a-la-ocde-un-camino-de-mutuo-enriquecimiento.htm>.

²⁶¹ Ibíd.

²⁶² Ibíd.

²⁶³ Ibíd.

convergencia, y que debe realizarse el trabajo necesario para ese propósito conforme a los estándares y mejores prácticas de la OCDE, que claro puede incluir los documentos definidos como recomendaciones. Es decir, las recomendaciones que la OCDE elabora están destinadas a que los países adapten su legislación a tales estándares.

Es menester desarrollar en qué consiste la hoja de aprobada en el proceso de ingreso de Costa Rica. En primer lugar, es necesario indicar que se divide en tres componentes principales:

1. Analizar y suscribir los cerca de 250 estándares que tiene la organización.
2. Someterse a estudios de revisión por parte de la OCDE.
3. La participación de Costa Rica en comités técnicos de discusión de la organización.²⁶⁴

En relación con el primer componente principal, Alexander Mora, Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica, enfatizó que Costa Rica debe establecer su posición en cada uno de los 250 estándares y que, con la finalidad de cumplir esta labor, la revisión de los instrumentos fue repartida entre las 30 instituciones nacionales inmersas en el proceso de adhesión.²⁶⁵

Al respecto, el señor Alexander Mora señala que:

Nos toca hacer un trabajo de revisión de marco normativo de la organización. De esa revisión pueden salir tres posibles resultados: asegurar que nosotros asumimos el estandar (sic), pese a tener que hacer reformas legales o administrativas en las instituciones; confirmar que ese estandar (sic) nosotros ya lo cumplimos y justificar por qué; o en su defecto que no pudimos cumplir ese estandar (sic) pero que lo resolveremos de alguna otra forma.²⁶⁶

Del párrafo anterior se extrae la idea de que ningún estándar de la OCDE debe pasar desapercibido para Costa Rica, ya que en el marco de este proceso, debe

²⁶⁴ Andrea Rodríguez Valverde, "Qué contempla la hoja de ruta que seguirá Costa Rica para su ingreso a la OCDE?", El Financiero, (16 de julio, 2015), consultado 21 de setiembre, 2016, http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/OCDE-proceso_0_774522542.html.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Ibid.

establecer su posición en relación con ellos (la que radica principalmente en el cumplimiento o no de los mismos).

De manera análoga, Costa Rica debe someterse además a estudios de revisión por parte de la OCDE (segundo componente de la hoja de ruta). En este orden de ideas, el país realizará análisis para definir su situación actual en varios ámbitos y así identificar acciones que den soluciones a las problemáticas detectadas.²⁶⁷

Según el ministro de Comercio Exterior:

Lo que se pretende es que Costa Rica llegue a manejar los estándares (sic) que ya los países que integran la organización manejan. Sabemos que se tendrán que hacer reformas a lo interno, y que estas reformas podrían no estar del todo solventadas en el plazo que nos hemos propuesto, pero en la hoja de ruta se establece flexibilidad. Podría existir la posibilidad de que nos admitan en la Organización aun con cambios pendientes, a como nos digan que no nos admiten si no hacemos algún cambio.²⁶⁸

De las palabras del ministro, se desprende que él reconoce la necesidad de realizar reformas a lo interno del país para cumplir con los estándares de la OCDE y lograr el objetivo de finalmente ingresar a la organización. Aunado a ello, expresa que la hoja de ruta establece flexibilidad y que el país podría ingresar aún con ciertos cambios pendientes, lo cual tiene estrecha relación con lo señalado en párrafos anteriores, concerniente a que el secretario general de la OCDE estipula que lo que se espera es un compromiso firme por alcanzar los estándares, y no una convergencia total e inmediata a los mismos.

En cuanto a este punto, es de interés para las investigadoras señalar que, aunque se dé la posibilidad de ingresar con las reformas pendientes, lo cierto es que el compromiso firme de lograr la convergencia con los instrumentos jurídicos debe existir, y se denota que es de suma importancia para la comunidad internacional de la OCDE. También, es importante resaltar que el grado de flexibilidad establecido en la hoja de ruta para efectos de la decisión de permitirnos ingresar a

²⁶⁷ *Ibíd.*

²⁶⁸ *Ibíd.*

la organización, aun con cambios pendientes de ejecutar, dependerá del criterio subjetivo que emita la OCDE en su momento correspondiente, ya que no existe una disposición expresa que detalle en qué se debe basar la OCDE para aprobar o rechazar este tipo de concesiones.

Por último y como tercer componente de la hoja de ruta, se encuentra la participación activa que Costa Rica deberá desarrollar en comités técnicos de discusión de la OCDE. En estos comités se evalúan cada una de las prácticas públicas del país.²⁶⁹

Una vez señaladas las características generales del proceso de adhesión, y por consiguiente, de la hoja de ruta aprobada por la OCDE, resulta indispensable enfatizar en lo que respecta a la materia de Gobierno corporativo, ya que el presente capítulo pretende analizar el grado de obligatoriedad de los principios y directrices de la OCDE en dicha temática.

Específicamente en la hoja de ruta se estipula que Costa Rica debe dar su opinión sobre los instrumentos de la OCDE —Principios y Directrices - y el **Comité de gobierno corporativo considerará si esta opinión es conforme o no, si Costa Rica debe hacer muchos cambios o no en torno a ello, y si se le brinda la oportunidad de realizarlos después de haber ingresado a la Organización, de ser necesarios.**²⁷⁰

La hoja de ruta describe concretamente los cinco puntos que el comité de gobierno corporativo tomará en consideración a la hora de examinar a Costa Rica.

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Roadmap for the accession of Costa Rica to the OECD Convention (adopted by Council at its 1320th session on 8 July 2015)”, (s.f.), consultado 21 de setiembre, 2016, <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C%282015%2993/FINAL&docLanguage=En>.

En estos puntos entonces, **el comité de gobierno corporativo establece los estándares que Costa Rica debe cumplir**, los cuales son:

- Asegurar un marco regulatorio consistente que provea para la existencia y refuerzo efectivo de los derechos de los accionistas y el tratamiento equitativo de los accionistas, incluyendo a los extranjeros y minoritarios.
- Requerir la apertura de la información corporativa de forma oportuna y confiable, de acuerdo con los estándares internacionales reconocidos en contaduría, auditoría y reportes no financieros.
- Establecer una efectiva separación del rol de gobierno como dueño de la compañía y el rol de gobierno como regulador, particularmente en relación con-la regulación del mercado.
- Asegurar igualdad de condiciones en mercados donde las compañías propiedad del Estado y las del sector privado compiten, con la finalidad de evitar distorsiones de mercado.
- Reconocer los derechos de los integrantes de la corporación, según lo establecido por la ley o según los acuerdos mutuos y las obligaciones, los derechos y las responsabilidades de la junta directiva de la corporación.²⁷¹

Es importante subrayar que estos cinco puntos mencionados en la hoja de ruta son estándares que también contemplan los instrumentos jurídicos sobre gobierno corporativo de la OCDE, tanto los principios como las directrices. Es decir, los instrumentos jurídicos (principios y directrices) son tomados en consideración por la Comisión de gobierno corporativo al examinar a Costa Rica.

El país no solamente debe exponer su posición acerca de los principios y directrices, sino que el Comité de gobierno corporativo analizará la congruencia de esta posición, los cambios necesarios para alcanzar la convergencia, y la posibilidad de que se puedan realizar una vez efectuado el ingreso a la OCDE. Por lo tanto, es claro que el proceso de adhesión y la hoja de ruta buscan que la legislación y políticas de Costa Rica sean acordes con los estándares sobre

²⁷¹ Ibíd. Traducción propia.

gobierno corporativo, cuyos únicos documentos de referencia sobre el tema son los principios y las directrices. En virtud de ello, para un eventual ingreso a la organización, será un requisito realizar los cambios respectivos en esta materia, y si se diese la oportunidad de ingresar sin estos cambios, deberá existir un compromiso firme, por parte de Costa Rica, de que las modificaciones respectivas se efectuarán.

Lo señalado anteriormente le da un importante grado de obligatoriedad a los principios y a las directrices; los cuales **son vinculantes en la medida de que su observancia es obligatoria, aunque no se manifieste expresamente en los textos emanados (como la Convención, y el contenido de los instrumentos)**. A nivel de la organización y a escala internacional, dichos instrumentos no podrían pasar desapercibidos y su desacatamiento traería repercusiones (como, por ejemplo, finalmente no ingresar a la organización).

En relación con esta obligatoriedad que no se obtiene por lo literal de los textos, es pertinente mencionar términos relevantes en el Derecho Internacional y que dan explicación a tal vinculación.

El primer concepto es **Compliance**, que posee gran utilización en el Derecho Internacional Económico, Tributario y Ambiental.

Este término refiere a una actividad, no a un conocimiento o institución legal. *Compliance*, invita a cumplir con la ley de la mejor manera, según las condiciones particulares de cada institución o país. Es por esta razón que la actividad consiste en el desarrollo de programas de *compliance*,” o bien, de cumplimiento.²⁷²

Son muchas las acciones que existen para cumplir con la ley. Por ejemplo, en el campo empresarial, jugarán un papel importante la ética personal del dueño, la contratación de expertos en el derecho específico, o la instalación de gerencias u

²⁷² Rafael Collado González, “Cultura del *Compliance*: de más, a mucho más”, Ferrada Nehme, (2016), consultado 21 de setiembre, 2016, <http://www.fn.cl/noticias/cultura-del-compliance-de-mas-a-mucho-mas/>.

oficiales de cumplimiento que se especialicen en sistemas de control, entre otras medidas.²⁷³

Lo que se debe enfatizar es que un programa de cumplimiento no radica meramente en la simple decisión de cumplir con la ley, sino que debe contener una decisión consciente por establecer las instituciones, los procesos y normas necesarios para cumplir.²⁷⁴

Ello tiene estrecha relación, a nivel internacional, con las organizaciones internacionales, en las cuales muchos países asumen el compromiso firme de cumplir con lo que estipulan sus Tratados y Estándares. Específicamente, se podría asociar con el proceso de adhesión a la OCDE, en el cual se encuentra inmersa Costa Rica, ya que el país debe elaborar un programa de cumplimiento según sus características peculiares, con la finalidad de cumplir con lo que estipulan, en lo que interesa y corresponda, los principios y las directrices sobre gobierno corporativo de la OCDE.

Por otro lado, se encuentra el término **Soft Law**. Este concepto en español significa derecho blando, derecho flexible o pre-derecho, concepciones bastante imprecisas.²⁷⁵

Aunque el término actualmente se deriva del Derecho Internacional (propiamente, de las organizaciones internacionales), esta figura fue contemplada en el Derecho Romano, bajo el nombre de *lex imperfecta*.²⁷⁶

Los rasgos característicos de la *soft law* son:

- a) el carácter jurídicamente no vinculante,
- b) cierta relevancia jurídica,
- c) la buena fe, elemento presente y dominante en las relaciones interestatales, así como en los acuerdos que derivan de las mismas,

²⁷³ Ibíd.

²⁷⁴ Ibíd.

²⁷⁵ Mónica M. Boretto, “Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual”, Universidad Bernardo O’Higgins, (2012), consultado 21 de setiembre, 2016, <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2012/07/02-M%C3%B3nica-Boretto.pdf>.

²⁷⁶ Ibíd.

y d) la no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento.

En relación con los dos últimos, debe relativizarse su alcance. Aun cuando el incumplimiento de las disposiciones del *soft law* no fueran sancionables mediante las formas tradicionales, existe la *soft* coerción, con sus propios canales de sanción. Por tanto, una primera consideración que cabría realizar es que, a pesar de ser un fenómeno controvertido, es clara su **relevancia en el ordenamiento jurídico internacional**.²⁷⁷

Esta figura es una fuente alternativa, la cual posee como características la falta de coercitividad y el desapego a la rigidez del principio de legalidad. En su contenido es indeterminada, pues **alcanza a todos los actos e instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio en sentido formal**. Además, tiene una naturaleza híbrida, compuesta por reglas y principios.²⁷⁸

Los principios son mandatos de optimización, de contenido determinado en sus antecedentes, pero indeterminado en su consecuente. El contenido abierto e indeterminado de la consecuencia jurídica del principio, es el que atribuye a la norma un carácter más vinculado a la optimización o maximización de resultados, que al cumplimiento taxativo de los mismos. Caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado, la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (de las dispuestas en el propio ordenamiento).²⁷⁹

Es importante mencionar que los instrumentos de *Soft Law* tienen la característica de reflejar la tendencia actual de la comunidad internacional por una mayor interrelación, interdependencia y globalización. Mediante los mismos, las organizaciones internacionales, promueven acciones en temáticas de interés general, en las cuales, debido a las distintas condiciones políticas, económicas, etc. de cada Estado, se dificulta llegar a un acuerdo general con carácter obligatorio entre los Estados. Es por esta razón que no se impone una obligación internacional, no obstante, no quiere decir que no posean efecto jurídico, ya que es posible que se basen en normas consuetudinarias o que incluso puedan ser la base de tratados futuros. Además, es necesario indicar que, por su naturaleza

²⁷⁷ Ibid., 84.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Ibid., 85.

propia, estos instrumentos **generan determinadas expectativas de comportamiento y se rigen por el principio de buena fe, lo que los hace útiles y de importante cumplimiento.**²⁸⁰

Este fenómeno envuelve una amplia gama de documentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, **recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales** o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o non-self-executing; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o gentlemen's agreement, códigos de conducta, **directrices, estándares**, etc.²⁸¹

Es posible dilucidar entonces que el *Soft Law* es muy importante en el Derecho Internacional, máxime cuando el principio de buena fe es líder en las relaciones interestatales. Además, será de gran relevancia al momento de que desarrollen, interpreten o clarifiquen el Derecho Internacional o el derecho estatal.²⁸²

A nivel dogmático, es usual analizar el *Soft Law* en oposición al término ***Hard Law***,

entendiendo éste como aquellos instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado.²⁸³

Bajo esta idea, se pretende identificar como derecho (*hard*) únicamente la normativa originada en las fuentes tradicionales del Derecho Internacional (principalmente, los Tratados y la costumbre internacional), dejando de lado otras manifestaciones de voluntad de los sujetos de Derecho Internacional.²⁸⁴

Sin embargo, a pesar de esta diferenciación, se debe aclarar que los instrumentos del *Soft Law* tal y como se expresó líneas atrás, poseen un contenido abierto y flexible, que no se opone en sentido estricto al *Hard Law* ni tiene la finalidad de

²⁸⁰ Mauricio Iván del Toro Huerta, "El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Volumen VI, (2016), consultado 21 de setiembre, 2016, <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>.

²⁸¹ *Ibíd.*, título 5.

²⁸² *Ibíd.*

²⁸³ *Ibíd.*

²⁸⁴ *Ibíd.*

sustituirlo, sino que en diversas oportunidades es posible que lo anteceda o lo complemente. La dicotomía ***Soft Law -Hard Law*** se orienta hacia un sentido más práctico, ya que la diferencia consistirá en los mecanismos de cumplimiento de la normativa internacional y los distintos grados de responsabilidad internacional.²⁸⁵

Una vez explicado el presente concepto, es oportuno afirmar que los principios y directrices sobre gobierno corporativo de la OCDE son instrumentos del *Soft Law*, y como tales cuentan con las características ya descritas. Son mandatos de optimización de resultados que, aunque no estipulan un carácter obligatorio en sentido formal, generan una determinada expectativa de comportamiento y son regidos por el principio de la buena fe internacional, **lo que conlleva a que su cumplimiento, por los países miembro de la organización, sea necesario**. Son instrumentos relevantes en el ordenamiento jurídico internacional, poseen relevancia jurídica innegable, e incluso es posible hablar de una *soft* coerción si no se acatan.

En el caso de Costa Rica, el país debe asumir acciones para cumplir con ciertos estándares contemplados y con los contenidos en los principios y las directrices, ya que existe el deber de optimizar resultados, y sobre todo se podría acarrear la sanción de no ingresar a la OCDE si no se acatan ciertas acciones. Y en el caso de que se le dé la oportunidad de ingresar no habiendo cumplido determinados requerimientos, lo cierto es que el principio de buena fe va a ser determinante, ya que existe un comportamiento específico esperado, que consiste en que se realicen las acciones necesarias para alcanzar un grado de congruencia con los estándares.

²⁸⁵ *Ibíd.*

De acuerdo con lo anterior, es menester reconocer que existirán casos en los cuales no se cumplen de forma voluntaria las obligaciones internacionales, es decir, ocasiones en donde no se genera un cumplimiento espontáneo y de buena fe por parte de los sujetos del Derecho Internacional. Para ello,

los mismos instrumentos jurídicos internacionales prevén sistemas de control internacional, como las comisiones mixtas, las inspecciones recíprocas y los órganos de control, que obligan al Estado (concretamente a sus órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y al individuo, en el caso del derecho humanitario internacional.²⁸⁶

En esta línea de ideas, el Derecho Internacional Público posee mecanismos que buscan forzar el cumplimiento de los instrumentos internacionales. Basado en ello, la OCDE cuenta con mecanismos para evaluar a los países en materia de gobierno corporativo, mecanismos que se desarrollarán en el próximo capítulo.

Al analizar el proceso de adhesión de Costa Rica a la OCDE (concretamente la hoja de ruta en materia de Gobierno corporativo), y estos términos de importancia a nivel internacional, **es posible afirmar que los principios y las directrices sí son vinculantes, y poseen obligatoriedad en el ámbito internacional**, la cual debe ser observada por el Gobierno de Costa Rica, en aras del eventual ingreso a la organización. Si bien en un inicio el análisis arrojó como conclusión que los principios y las directrices no eran vinculantes, ya que de la literalidad de la convención y de estos documentos se desprendía su falta de obligatoriedad, lo cierto es que, desde una perspectiva de análisis de Derecho Internacional, es posible concluir lo contrario. Vemos que, en materia de Derecho Internacional Público, no resulta oportuno limitar el análisis a la literalidad del texto, sino que es indispensable ejecutar dicho análisis desde una perspectiva integral, donde se abracen otros conceptos igualmente válidos para los efectos.

Todo lo anterior genera implicaciones jurídicas significativas para Costa Rica. Ello se afirma debido a que, conforme con lo recién desarrollado, no se debe hacer

²⁸⁶ Manuel Becerra Ramírez, “Control de cumplimiento en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, (s.f): 74, consultado 01 de diciembre, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2673/8.pdf>.

caso omiso a los principios y las directrices en virtud del grado de obligatoriedad que los reviste. Costa Rica, a su vez, debe acatar la hoja de ruta, trabajando en el proceso correspondiente para cumplir con los objetivos contenidos en los instrumentos jurídicos sobre Gobierno corporativo de la OCDE.

Título II: Los mecanismos de evaluación de la OCDE en materia de gobierno corporativo. Las acciones tomadas por Chile como país latinoamericano adherido

Capítulo I: Los mecanismos empleados por la OCDE para evaluar a los países en materia de gobierno corporativo

Los países que pretenden ingresar a la OCDE deben recorrer un camino que implica la implementación de numerosas reformas, así como cambios en las políticas, las prácticas y los instrumentos jurídicos con el fin de que, eventualmente, se ajusten a los instrumentos y las prácticas que revisten la dinámica actual de la organización en relación con varios tópicos, entre ellos el **gobierno corporativo**.

Dicho esto, procede analizar la forma en que la OCDE pretende la aplicación de estos instrumentos en el plano de la realidad, lo cual a su vez viene a reafirmar la obligatoriedad que reviste a los principios y las directrices, al haber un importante interés por parte de la organización en cuanto a su aplicación efectiva. En virtud de ello, se dedicará el presente apartado al estudio de los mecanismos que emplea la OCDE para evaluar que los distintos países, incluidos aquellos que pretenden ingresar a la organización (tal y como es el caso de Costa Rica), aplican en sus jurisdicciones prácticas de gobierno corporativo compatibles con las disposiciones específicas de la OCDE, plasmadas en los instrumentos jurídicos que ha promulgado.

La organización internacional (en este caso, la OCDE) que emite el instrumento de Derecho internacional (en este caso los principios y las directrices), puede valerse de una serie de **mecanismos de implementación y cumplimiento** para fiscalizar la observancia de tales instrumentos. Estos mecanismos resultan útiles en el tanto

permiten a las partes fortalecer sus capacidades, tanto para cumplir sus obligaciones como para monitorear y verificar el grado de cumplimiento del

instrumento. De esta manera, los mecanismos de implementación y cumplimiento contribuyen de manera decisiva a la efectividad del instrumento.²⁸⁷

Es decir, los mecanismos de implementación y cumplimiento que las partes decidan poner en ejecución, coadyuvan a que los instrumentos jurídicos no sean letra muerta, sino que tengan una aplicación práctica efectiva en aquellos países que se comprometen a cumplirlos.

Los **mecanismos de implementación** se pueden distinguir como aquellos que permiten poner en práctica las disposiciones que determinado instrumento contiene, traduciendo una norma abstracta en una conducta material por parte de entes gubernamentales y no gubernamentales. Algunos ejemplos de mecanismos son: la conferencia de las partes, la existencia de una secretaría especializada que apoya la comunicación entre las partes, los grupos de trabajo encargados de estudiar temas concretos y un centro de intercambio de información, por citar algunos.²⁸⁸

Es posible entonces afirmar que la implementación internacional se enfoca en supervisar qué tan efectivas son las medidas internas adoptadas por un país, medidas que no se traducen únicamente en forma de legislación, sino que se valen de otras formas y vías de cumplimiento dentro de la estructura del Estado.²⁸⁹

Por otro lado, los **mecanismos de cumplimiento** son aquellos que permiten estudiar que la conducta del Estado sea conforme a con sus obligaciones internacionales, ya que un eventual incumplimiento se interpreta como menoscabo de la efectividad del instrumento. Entre estos mecanismos de cumplimiento

²⁸⁷ Marcos A. Orellana, "Tipología de instrumentos internacionales", Naciones Unidas, Comisión económica para América Latina y el Caribe, (2013): 12, consultado 30 de diciembre, 2016, http://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/1/50791/2013-861_PR10_Tipologia_instrumentos.pdf.

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ Cynthia González Feldmann, "La implementación de tratados internacionales de derechos humanos por el Paraguay", Universidad Nacional Autónoma de México, (s.f.), consultado 20 de enero, 2017, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2226/5.pdf>

podemos mencionar los mecanismos de supervisión, tales como los informes periódicos, las evaluaciones periódicas, las investigaciones, los mecanismos de resolución de controversias que permitan a las partes resolver diferencias producto de la aplicación del instrumento, los mecanismos cuasijurisdiccionales (usados comúnmente para materia ambiental) y los mecanismos de facilitación para el debido cumplimiento.²⁹⁰

En el contexto específico de la OCDE, sí se ha tratado lo relativo al tema de evaluación de la aplicación de los distintos instrumentos y disposiciones que de ella emanan, por lo que cabe hacer algunas consideraciones concretas en materia de Gobierno corporativo.

En cuanto a los instrumentos sobre gobierno corporativo que ha emitido la organización, en la versión del 2004 de los principios se afirma que:

La reunión del Consejo de la OCDE a nivel ministerial celebrada en 2002, acordó la **realización de estudios sobre la evolución en los países de la OCDE y la evaluación de los Principios a la luz de los progresos realizados en el ámbito de gobierno corporativo**. Esta tarea le fue encomendada al Grupo Directivo sobre Gobierno corporativo de la OCDE, compuesto por representantes de los países de la OCDE. Asimismo, el Banco Mundial, el Banco de Pagos Internacionales (BPI) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) participaron en el Grupo en calidad de observadores. Para realizar esta evaluación, el Grupo Directivo invitó también a miembros del Foro sobre Estabilidad Financiera (FSF), del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria y de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) en calidad de observadores ad hoc.²⁹¹ (La negrita no es del original).

No obstante, en la versión vigente, tanto de los principios como de las directrices, no se desarrolla el tema del cumplimiento e implementación de sus disposiciones. Lo único relativo al particular es lo contenido en la propuesta que el Consejo incluye en la recomendación a las directrices de la OCDE sobre el Gobierno

²⁹⁰ Marcos A. Orellana.

²⁹¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE*, 9.

corporativo de las empresas públicas y la recomendación a los principios de gobierno corporativo. En los principios:

SE ENCOMIENDA al Comité de Gobierno corporativo a que realice un **seguimiento de la aplicación de la presente Recomendación**, del que informará al Consejo en un plazo máximo de cinco años tras la adopción del documento y, posteriormente, según proceda.²⁹² (Resaltado no corresponde al original).

Siguiendo la misma línea, en las directrices:

Insta al Comité de Gobierno corporativo, a través del Grupo de Trabajo sobre Propiedad Estatal y Prácticas de Privatización, a que haga el seguimiento de la **aplicación de la presente Recomendación** e informe al Consejo a más tardar cinco años después de su aprobación y posteriormente siempre que sea necesario.²⁹³ (Resaltado no corresponde al original).

Si bien se habla de la aplicación de la recomendación, no del instrumento en sí, cabe recordar que esta dispone en términos generales que los miembros y los adherentes tengan en cuenta el instrumento y promuevan de forma activa su aplicación.²⁹⁴

Ahora bien, al tomar en cuenta lo esbozado, cabe advertir la existencia del **“Comité de Gobierno Corporativo de la OCDE”** el cual se reúne 2 veces al año y se encuentra integrado por representantes de todos los países miembros de la OCDE. El comité está presidido por el Dr. Marcello Bianchi y cuenta con el servicio de la División de Asuntos Corporativos de la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE. Dentro de sus funciones se abarcan las siguientes:

- Supervisar la implementación de los principios y las directrices.

²⁹² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*, 64.

²⁹³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*, 10.

²⁹⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20 y Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

- Coordinar y dirigir la labor de la Organización en asuntos de Gobierno corporativo, así como en asuntos relacionados con cuestiones corporativas, incluidos los bienes de propiedad estatal, la integridad del mercado, el derecho de sociedades, la insolvencia y la privatización.²⁹⁵

Y es en virtud de estas funciones, que el Comité de gobierno corporativo publica en el año 2007 el documento titulado: “**Metodología para evaluar la implementación de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE**” (en adelante “metodología”), o por su nombre en inglés “**Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance**”. Este texto se publica únicamente en el idioma inglés y bajo la responsabilidad del Grupo Directivo de Gobierno corporativo de la OCDE, que como ya se explicó consisten en comités especializados, en donde se reúnen representantes de países miembros, se comparten ideas y se revisan los progresos sobre las políticas específicas en temáticas como la economía, el comercio, la ciencia, el empleo, la educación y los mercados financieros, siendo entonces posible concebir este Grupo Directivo de Gobierno Corporativo de la OCDE como el equivalente al Comité de gobierno corporativo.²⁹⁶

Realmente, esta metodología se originó tras la revisión de los principios de la OCDE en 2004, en donde el Grupo Directivo sobre Gobierno Corporativo de la OCDE decidió establecer un diálogo para apoyar su aplicación, ya que se consideró necesario el desarrollo de un marco analítico coherente.²⁹⁷

Con el fin de contextualizar lo recién referido, en relación con el nacimiento de la metodología, se debe destacar que la mayoría de las instituciones y organizaciones que plantean instrumentos jurídicos desarrollan, paralelo al

²⁹⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “OECD Corporate Governance Committee”, sitio web, consultado 31 de diciembre, 2016, <http://www.oecd.org/daf/ca/oecdcorporategovernancecommittee.htm>

²⁹⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Más información sobre la OCDE*.

²⁹⁷ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance”, OCDE, (2007), consultado 31 de diciembre, 2016, <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37776417.pdf>

instrumento, una metodología asociada que constituye la base para evaluar su cumplimiento. Y es aquí donde resulta menester sacar a colación la existencia de los **informes ROSC**. Estos constituyen los informes que resumen la medida en que los países observan ciertas normas y códigos internacionalmente reconocidos.²⁹⁸ Estas evaluaciones voluntarias las realiza el Fondo Monetario Internacional/Banco Mundial, ya sea bajo la forma de Informe sobre la Observancia de Normas y Códigos (ROSC, por sus siglas en inglés) o Programa de Evaluación del Sector Financiero (PESF). ¿Y por qué resulta necesario mencionar estos informes? Porque los informes ROSC, al evaluar lo relativo al tópico de gobierno corporativo, utiliza como parámetro elemental los principios, sin embargo, el Grupo Directivo de Gobierno Corporativo de la OCDE nunca desarrolló una metodología de evaluación para los principios, lo cual generó dificultades importantes que llevaron al Banco Mundial a desarrollar sus propios procedimientos para efectos de las evaluaciones referidas.²⁹⁹

Dichos informes se preparan y publican a petición del país miembro y se utilizan para ayudar a agudizar las discusiones políticas de las instituciones con las autoridades nacionales y, en el sector privado, para la evaluación de riesgo. Se producen breves actualizaciones con regularidad y se producen nuevos informes cada cierta cantidad años.³⁰⁰

Es en virtud de lo anterior que el Comité de Gobierno Corporativo decide, en una reunión llevada a cabo en octubre de 2004, que el marco analítico que apoyaría la implementación de los principios debía ser desarrollado para efectos de los ROSCs, los cuales usan los principios como estándar de referencia en materia de gobierno corporativo, siendo así como surge a la vida, en el 2007, la metodología de la que hemos venido hablando.³⁰¹

²⁹⁸ Fondo Monetario Internacional, “Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSCs)”, sitio web, consultado 01 de enero, 2017, <https://www.imf.org/external/NP/rosc/rosc.aspx>

²⁹⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

³⁰⁰ Fondo Monetario Internacional, *Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSCs)*.

³⁰¹ *Ibíd.*

Realmente, la metodología se puede emplear además por los responsables de la formulación de políticas para autoevaluaciones y por otras organizaciones e investigadores interesados, como institutos de directores, asociaciones de inversionistas, analistas y académicos.³⁰²

Esta metodología tiene entonces por objeto sustentar la evaluación sobre la aplicación de los principios (en su versión del 2004) en una jurisdicción determinada, así como proporcionar un marco para los debates políticos en torno al tema. El fin último de la evaluación que se deriva de la aplicación de la metodología es identificar la naturaleza y alcance de las fortalezas y debilidades específicas en materia de gobierno corporativo y, consecuentemente, apoyar el diálogo político en aras de identificar las prioridades de reforma que conducen al mejoramiento de gobierno corporativo y desempeño económico.³⁰³

La metodología, así como lo hacen los mismos principios, pone énfasis en los **resultados** y, consecuentemente, en la **equivalencia funcional**. La equivalencia funcional se debe entender desde la óptica de que existen distintos mecanismos, leyes y otros recursos para lograr los resultados defendidos por los principios, no solo uno. Otros autores han definido la equivalencia funcional como:

la solución que dan varias normas de carácter convencional, leyes modelo y normas internas estatales que, rigiendo los documentos electrónicos-**otorgan iguales efectos que los que corresponden a los instrumentos otorgados bajo forma privada firmados y no firmados.**³⁰⁴

³⁰² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “OECD provides guidance for assessment of corporate governance rules and practices”, sitio web, consultado 01 de enero, 2017, <http://www.oecd.org/general/oecdprovidesguidanceforassessmentofcorporategovernancerulesandpractices.htm>

³⁰³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

³⁰⁴ Corina Andrea Iuale, “La equivalencia funcional y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros”, Simposio Argentino de Informática y Derecho, Universidad Nacional de La Plata, (2012): 297, consultado 01 de enero, 2017, http://41jaiio.sadio.org.ar/sites/default/files/23_SID_2012.pdf.

Si bien en este extracto que citamos se habla concretamente de documentos electrónicos, vemos que la definición coincide en el tanto habla de variedad de formas jurídicas que generan y desembocan en los mismos efectos. Por lo tanto, los criterios para juzgar si un principio ha sido implementado o no, deben ser seleccionados de una manera que no implique un juicio de valor sobre los "medios" como tales, sino más bien sobre la efectividad y la eficiencia de los acuerdos actuales, en términos de **lograr el resultado**.³⁰⁵ La **eficiencia** debe entenderse como la "Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado",³⁰⁶ y **efectividad** se debe concebir como la "Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera."³⁰⁷

La metodología reconoce además la necesidad de que exista una **perspectiva dinámica** que permita el **diálogo político** entre los países. Para sustentar el diálogo político, tanto la metodología como los principios, tratan a los países de forma uniforme, a pesar de sus muy diferentes estructuras y tradiciones institucionales, todo ello con el objeto de facilitar una discusión sobre los diferentes remedios para problemas similares y la transferibilidad de la experiencia entre jurisdicciones. No obstante, la metodología no fomenta ningún *ranking* de países o jurisdicciones para que compitan entre sí, ni promueve la construcción de una calificación global única. Por el contrario, pretende **evaluar cualitativamente a los países contra lo que podrían y deberían lograr en relación con los principios y proporcionar un marco para identificar opciones de políticas para mejorar el Gobierno corporativo en cada uno de ellos**. El marco de Gobierno corporativo de un país puede comprender la **legislación, la regulación, los estándares que incluyen jurisprudencia o las decisiones judiciales, los códigos y los principios, y las prácticas empresariales**, los cuales son

³⁰⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

³⁰⁶ Real Academia Española, ed. 23, (Madrid: España, 2014), consultado el 02 de enero, 2017, <http://dle.rae.es/?id=EPVwpUD>

³⁰⁷ Real Academia Española, ed. 23, (Madrid: España, 2014), consultado el 02 de enero, 2017, <http://dle.rae.es/?id=EOjKmrI>

resultado de las circunstancias, la historia y la tradición específica de un país, de modo que la mezcla deseable variará de un país a otro.³⁰⁸

Ahora bien, ¿cómo se evalúan los resultados según este instrumento (la metodología)? La evaluación de los resultados se divide en dos partes: i) Hacer un **juicio informado** y ii) la existencia de un **esquema de evaluación cualitativa**.

i) **Hacer un juicio informado:**

Lo que se pretende evaluar es una combinación entre el marco jurídico y otras medidas de implementación, la ejecución, las prácticas empresariales y el funcionamiento de los mercados, ya que como el interés de los principios se inclina a los resultados, una serie de principios **individuales** no son, por sí solos, observables para un evaluador. Por ejemplo, es probable que la evaluación de si las juntas directivas son diligentes o no, dependa de juicios sobre la aplicación de otros principios, como los relativos a los derechos de los accionistas, la transparencia y la eficacia del mecanismo de ejecución. Todo ello desemboca en que la evaluación para determinar si los principios se aplican en una jurisdicción sea necesariamente un asunto de **juicio informado**, basado en una **variedad de fuentes de información**,³⁰⁹ entendidas como aquel instrumento para el conocimiento, búsqueda y acceso a la información. Las fuentes de información dependerán del grado de exploración que se lleve a cabo.³¹⁰

Cabe advertir que **la metodología se centra en jurisdicciones y no en empresas individuales**, lo cual da lugar a algunos desafíos específicos. Recordemos que la jurisdicción sobre las personas y las cosas dentro de un límite

³⁰⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

³⁰⁹ *Ibíd.*

³¹⁰ Marisol Maranto Rivera y María Eugenia González Fernández, "Fuentes de información", Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, (2015), consultado 21 de enero, 2017, <http://repository.uaeh.edu.mx/bitstream/bitstream/handle/123456789/16700/LECT132.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

territorial, es un atributo que permea a los Estados independientes y soberanos, por lo que se podría afirmar que la jurisdicción del Estado es sinónimo del Estado ejerciendo de forma exclusiva su poder soberano en un territorio determinado.³¹¹ Y es en virtud de que las empresas en una jurisdicción varían generalmente sus propias prácticas de gobernanza, que nace la interrogante de qué tan extendida debe ser una práctica o cuán grave debe ser cualquier abuso, para que se considere que la jurisdicción en su conjunto está implementando o no los principios. Se afirma entonces que es difícil establecer pautas claras, así como las listas de verificación para cubrir una situación tan generalizada, por lo que tal vez el mejor enfoque para evaluar la implementación sea a través de un modelo de **procedimiento basado en** un "**evaluador razonable**" u "**observador razonable**", quien es el encargado de ejecutar el juicio informado. La existencia de estas dos figuras se fundamenta en el hecho de que el proceso de evaluación de cada uno de los principios requiere de un juicio que abarque numerosos elementos, el cual sólo evaluadores calificados y con experiencia práctica pueden proporcionar. Cabe agregar que, en todas las circunstancias, resulta necesario involucrar además individuos y grupos con experiencia de primera mano en las jurisdicciones evaluadas, pudiendo incluirse algunos participantes del mercado como contadores o auditores, miembros del consejo e inversionistas, investigadores, académicos y las agencias de calificación.³¹²

Para ayudar al evaluador, la metodología incluye una serie de **referencias cruzadas** entre principios relacionados que forman la base para un control de consistencia. La evaluación debe ser lo suficientemente profunda como para permitir un juicio sobre si un principio se cumple en la práctica, no sólo en el concepto, es decir, se debe examinar tanto la implementación como las cuestiones de cumplimiento. La aplicación efectiva exige la aplicación de **sanciones**

³¹¹ Jan-Michael Simon, "Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público" (Ponencia presentada en el "Encuentro Interdisciplinario sobre Jurisdicción Universal", Universidad Iberoamericana de México y Universidad Rafael Landívar de Guatemala, del 1 al 5 de octubre de 2001), https://www.mpicc.de/files/pdf2/jurisdiccionpenal_simon_2003.pdf

³¹² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento. Esto es importante porque la aplicación podría no ser efectiva si, por ejemplo, los derechos de ejecución residen sólo en un regulador de la compañía que no tiene los incentivos o recursos adecuados para hacer cumplir la ley.³¹³ Se debe recordar que la sanción jurídica es aquella impuesta por los órganos del Estado cuando los individuos no observan una conducta debida, incumpliendo la obligación de acatar las normas del Derecho.³¹⁴

La evaluación de aplicación también puede ser a través del análisis de **medios eficaces de reparación para los accionistas o las partes interesadas**, así como tomando en cuenta **el punto de vista de los inversionistas**. Los inversores extranjeros con experiencia en otros sistemas podrían ser particularmente importantes, ya que es probable que sean sensibles a las dificultades del procedimiento y los costos de las actividades de aplicación. De igual forma, es necesario formar un juicio sobre la fuerza y la eficacia de las fuerzas del mercado para promover la aplicación de los principios. Esto demuestra que, sin duda, hay un **número cada vez mayor de indicadores** que intentan medir la aplicación, los cuales podrían ayudar a un evaluador a formar un juicio global.³¹⁵

ii) La existencia de un **esquema de evaluación cualitativa:**

Muchos investigadores distinguen claramente entre el método cualitativo y el método cuantitativo:

Por métodos cuantitativos los investigadores se refieren a las técnicas experimentales aleatorias, cuasi-experimentales, tests “objetivos” de lápiz y papel, análisis estadísticos multivariados, estudios de muestras, etc. En contraste, y entre los métodos cualitativos, figuran la etnografía, los

³¹³ Ibíd.

³¹⁴ José Manuel Lastra Lastra, “Conceptos Jurídicos Fundamentales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, (s.f.), consultado 03 de enero, 2017, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/116/25.pdf>

³¹⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

estudios de caso, las entrevistas en profundidad y la observación participativa.³¹⁶

El enfoque de la metodología para hacer una evaluación es principalmente **cualitativo**, es decir, “trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones.”³¹⁷

Y aunque la metodología puede tener en cuenta ciertas medidas cuantitativas, **la evaluación no puede reducirse a una puntuación cuantitativa o un conjunto de puntuaciones cuantitativas**.³¹⁸ De ahí que resulta posible afirmar que lo cualitativo no se contrapone a lo cuantitativo, al contrario, lo complementa e integra donde resulte de utilidad.³¹⁹ No se hace uso de indicadores basados en el número de respuestas “sí” y “no”, por el hecho de que la importancia de algunas respuestas será muy diferente según el país, dependiendo de variables como el derecho de sociedades, la concentración de la propiedad y los grupos de empresas. Esto no impide el desarrollo de indicadores estadísticos una vez que haya consenso sobre lo que se va a medir y cómo, y en el contexto de la equivalencia funcional.³²⁰

Para ayudar al proceso de evaluación, la metodología sigue una **escala de evaluación** similar a la utilizada por los otros organismos reguladores de la FSF y por el Banco Mundial, que clasifican de acuerdo con los siguientes parámetros:

- Totalmente observado/implementado

³¹⁶ T.D. Cook y CH.S. Reichardt, “Métodos cualitativos y cuantitativos en investigación evaluativa”, (1986): 3, consultado 04 de enero, 2017, http://www.fceia.unr.edu.ar/geii/maestria/2014/DraSanjurjo/12de20/Cook_Reichardt.pdf.

³¹⁷ Miguel Martínez M., “La investigación cualitativa (síntesis conceptual)”, Revista IIPSI, Facultad de psicología, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, volumen 09, no. 1, (2006): 128, consultado 22 de enero, 2017, http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVrevistas/Investigacion_Psicologia/v09_n1/pdf/a09v9n1.pdf, ISSN: 1560-909 X.

³¹⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

³¹⁹ Miguel Martínez M.

³²⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

- Ampliamente observado/implementado
- Parcialmente observado/implementado
- No observado/implementado

La clasificación refleja un juicio sobre la efectividad de la aplicación y el funcionamiento de los mercados. Para mejorar su uso como herramienta analítica, es importante que el **evaluador tome nota de cualquier tendencia, evolución actual y propuesta relativa a cada principio**, aunque no debe formar parte de la evaluación. Esa información es esencial para **dar prioridad a las recomendaciones de las políticas y al considerar la posible necesidad de acciones políticas complementarias**.³²¹ Es importante que exista este grado de flexibilidad respecto a los elementos que el evaluador puede tomar en cuenta, ya que la mayoría de los métodos de evaluación existentes producen estimaciones válidas sobre situaciones hipotéticas (o contrafactuales) con supuestos específicos corriéndose el riesgo de que los métodos, en sus supuestos fundamentales, no resulten válidos, y generen a su vez estimaciones sesgadas del impacto de lo evaluado.³²²

Entonces, el **esquema de evaluación que emplea la metodología de la OCDE** se rige bajo las categorías que se señalaron. Previo a desarrollar el contenido de este esquema de evaluación, resulta necesario referenciar el término de **Criterio Esencial**, concepto que se emplea dentro de este instrumento de evaluación de la forma en que se dirá, y que permite entender de mejor manera la dinámica planteada en su esquema. Para cada principio se especifican los "criterios esenciales", los cuales buscan que el resultado sea más específico y más fácil de verificar por un evaluador, y se preserve al mismo tiempo la equivalencia funcional. Los "criterios esenciales" proporcionan además una guía importante para las preguntas detalladas de búsqueda de hechos y cómo se pueden usar las

³²¹ Ibíd.

³²² Paul J. Gertler, Sebastián Martínez, et al, "La evaluación de impacto en la práctica", Banco Mundial, (2011), consultado 23 de enero, 2017, http://siteresources.worldbank.org/INTHDOFFICE/Resources/IEP_SPANISH_FINAL_110628.pdf

respuestas para formar un **juicio**. Aunque, si bien los criterios esenciales representan una ayuda para hacer una evaluación, no son un sustituto de un juicio cuidadoso sobre los resultados reales.³²³ Recordemos que las evaluaciones cumplen un papel sumamente importante, ya que las distintas políticas de desarrollo se diseñan para conseguir determinados resultados y el hecho de que se alcancen o no, conforma un aspecto esencial para calificar la política como exitosa o no. No es necesario concentrarse tanto en la medición de insumos y resultados inmediatos que arroja el programa, sino que, por el contrario, se debe valorar prioritariamente, si se alcanzan los objetivos.³²⁴

Dicho esto, el **esquema de evaluación** comprende la siguiente dinámica. En primer lugar, la evaluación puede arrojar un resultado donde el Principio se tenga por **totalmente implementado**, es decir, que el Principio de la OCDE se aplica plenamente en todos los aspectos materiales con respecto a todos los Criterios Esenciales aplicables. El principio también se puede calificar como **ampliamente implementado**, lo que significa que uno o más de los criterios esenciales aplicables no se implementan completamente en todos los aspectos materiales, pero se aplican en cierta medida (por ejemplo, los elementos básicos de las normas están presentes y los incentivos y las fuerzas disciplinarias están funcionando con cierto efecto para alentar al menos a la mayoría de los participantes en el mercado a adoptar las prácticas recomendadas). Otra posibilidad es que el principio sea concebido como **parcialmente implementado**, que es cuando falta uno o más elementos básicos de las normas descritas en relación con una minoría de los criterios esenciales aplicables, pero los demás sí se aplican completa o ampliamente en todos los aspectos relevantes. También puede tenerse por parcialmente implementado cuando los elementos básicos de las normas descritas en todos los criterios esenciales aplicables están presentes, pero los incentivos y las fuerzas disciplinarias no están funcionando efectivamente para alentar al menos a una minoría significativa de participantes del mercado a

³²³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

³²⁴ Paul J. Gertler, Sebastián Martínez, et al.

adoptar las prácticas recomendadas, así como cuando los elementos básicos de los estándares descritos en todos los criterios esenciales aplicables están presentes, pero los niveles de implementación son bajos.³²⁵

Por último, puede suceder que los principios se califiquen como **no implementados**, que es cuando hay deficiencias importantes, por ejemplo, porque los elementos básicos de las normas descritas en la mayoría de los criterios esenciales aplicables no están presentes y los incentivos y las fuerzas disciplinarias no están funcionando efectivamente para alentar al menos a una minoría significativa de participantes del mercado a adoptar las prácticas recomendadas. Se habla de una quinta categoría de evaluación, que es cuando el principio se tiene por **no aplicable**, es decir, cuando un principio de la OCDE (o uno de los criterios esenciales) **no se aplica debido a características estructurales, legales o institucionales** particulares del país evaluado.³²⁶

Es en este punto, resulta posible expresar un par de consideraciones. En primer lugar, cabe advertir que este instrumento, denominado metodología, se creó con base en los principios de gobierno corporativo de la OCDE publicados en el 2004, producto de la revisión de los principios de 1999. Esto denota que en materia de metodologías de evaluación del instrumento existe un desfase importante, puesto que a la fecha no se ha actualizado el documento de metodología conforme a los principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20 del 2015.

Otra consideración que resulta pertinente es una que atañe a las directrices, las cuales no cuentan con una metodología de evaluación específica. Si bien se ha dicho que las directrices son un complemento a los principios y, por ende, se podría asumir que la metodología le son aplicables de forma analógica, no pareciera lo más adecuado, ya que las directrices tienen sus propias particularidades que hacen pensar que lo conveniente es la existencia de una metodología de evaluación específica y aparte para ellas.

³²⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance*.

³²⁶ *Ibíd.*

Esto que recién se menciona, si bien concluye que el documento que contiene el método de evaluación actual no se encuentra debidamente actualizado, no permite tampoco que consideremos que la OCDE no puede tomar en consideración, al día de hoy, la metodología al momento de evaluar a los países, ya que existen muchos elementos, de cierta forma genéricos, los cuales aún pueden fungir como una herramienta útil. Igualmente, este documento expone elementos importantes que permiten dilucidar y dar pistas sobre la línea de pensamiento de la OCDE y la forma en que normalmente procede al realizar este tipo de evaluaciones.

Es en virtud de estas consideraciones que resulta posible interpretar que, al menos para efectos de Costa Rica y su deseo de adherirse a la OCDE, en lo que respecta a gobierno corporativo, es viable seguir un camino conforme a la metodología, pero además conforme a otras dinámicas más actualizadas que se dirán en líneas posteriores, con el fin de lograr crear un complemento más funcional y actual. Estos mecanismos adicionales pueden permitir acercarnos un poco más a la postura de la organización en relación con el tema de gobierno corporativo, y así conocer qué esfuerzos corresponde llevar a cabo como país.

Es incluso la misma metodología la que menciona dentro de su contenido, que este proceso de evaluación **puede adoptar varias formas**, entre ellas la de un examen exhaustivo por pares o un diálogo político organizado por foros internacionales, como el Grupo Directivo de la OCDE sobre Gobierno corporativo. Tenemos entonces las **Mesas Redondas Regionales de Gobierno corporativo**, las cuales a su vez utilizan dos formas: a) un seguimiento de las recomendaciones específicas de los *White Papers* Regionales y b) un examen más detallado de los aspectos individuales, que se tratan en informes de política separados. La OCDE utiliza también otras técnicas, tales como la organización de seminarios de seguimiento y debates en las jurisdicciones interesadas. La evaluación **no debe considerarse un ejercicio estático**, sino que debe servir de base para un diálogo

sobre las políticas que puedan identificar las prioridades de reforma y apoyar en su proceso.³²⁷

Para ser más específicos respecto a este último punto, se conocerán otros instrumentos y mecanismos que se pueden interpretar como **métodos de evaluación alternativos a lo que hemos llamado la metodología, que la OCDE emplea en relación con el gobierno corporativo de los países**. Dichos métodos coadyuvan a una evaluación más completa de los países candidatos a ser miembros de la organización y, además, brindan información necesaria en torno a los procedimientos de adhesión.

En cuanto a los **exámenes exhaustivos realizados por los pares** (personas designadas por la OCDE para evaluar tanto a los países miembros como los no miembros) existe rastro de revisiones que éstos llevan a cabo con base en los principios de gobierno corporativo de la OCDE.

Este proceso de revisión, por pares, de gobierno corporativo de la OCDE, está diseñado para facilitar la implementación efectiva de los principios y ayudar a los participantes en el mercado, a los reguladores y a los responsables de formular políticas. Se lleva a cabo a través de un intercambio de experiencias y pericias que proporciona a los participantes una visión general de las prácticas y enfoques existentes, así como la oportunidad de identificar buenas prácticas que pueden promover y guiar mejoras. Estas revisiones también están orientadas hacia el futuro, con el fin de ayudar a identificar las prácticas clave del mercado y la evolución de las políticas que pueden causar menoscabo en la calidad de gobierno corporativo. Una vez que concluyen la revisión, los pares emiten reportes que presentan los resultados correspondientes. Este proceso de revisión está abierto tanto a las jurisdicciones de la OCDE como a las no pertenecientes a la OCDE.³²⁸

³²⁷ *Ibíd.*

³²⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Supervision and Enforcement in Corporate Governance”, OCDE, (2013), consultado 11 de enero, 2017, <http://www.keepeek.com/Digital-Asset->

En relación con las **Mesas Redondas Regionales de Gobierno Corporativo**, para efectos investigativos, resulta de gran interés la **Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno Corporativo**.

Esta Mesa Redonda Latinoamericana se creó por la OCDE y el Banco Mundial, en el año 2000. Desde sus inicios, ha contado con el respaldo constante de la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés) y el Foro Global de Gobierno corporativo (GCGF por sus siglas en inglés) y, recientemente, del apoyo financiero de gobierno de España. Se ha servido además de los **Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE**. No obstante, todas las iniciativas de la Mesa Redonda, se han enfocado en adaptar las recomendaciones globales a las circunstancias locales.³²⁹

La Mesa

tiene un rol clave en asistir a los países de América Latina a progresar en temas prioritarios como: Fortalecer el impacto de los inversionistas institucionales en gobierno corporativo; Mejorar la efectividad de las Juntas Directivas; Fortalecer el cumplimiento (enforcement) de normas; Desarrollar códigos de gobierno corporativo; y Promover la implementación de buenas prácticas, a través de su apoyo a los institutos locales de gobierno corporativo.³³⁰

Dentro de sus participantes se encuentran países miembros de la OCDE y también países latinoamericanos, incluyendo a representantes de Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, México, Panamá, Perú, España, Suecia, Turquía, el Reino Unido, Uruguay, Estados Unidos, Venezuela y Costa Rica.³³¹

Un dato relevante a tomar en consideración es que **Costa Rica** fue la sede de la Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno corporativo, en los días 7, 8 y 9 de

[Management/oecd/governance/supervision-and-enforcement-in-corporate-governance_9789264203334-en#page5](https://www.oecd.org/governance/supervision-and-enforcement-in-corporate-governance_9789264203334-en#page5).

³²⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno corporativo. Capitalizando sobre una década de progreso”, (2010), consultado 01 de noviembre, 2016, <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/47103859.pdf>.

³³⁰ *Ibíd.*, 1.

³³¹ *Ibíd.*

setiembre del año 2016. El evento fue desarrollado en el Hotel Intercontinental y la asistencia solamente fue posible mediante invitación de la OCDE.³³²

Estas visitas por parte de expertos de la organización, propician entonces el diálogo entre los distintos países y propician la aclaración de inquietudes respecto al tópico de gobierno corporativo, y en esta medida es un mecanismo alternativo de evaluación que emplea la OCDE.

Las Mesas Redondas Regionales de Gobierno corporativo, dentro de sus dinámicas, desarrollan el seguimiento de las recomendaciones específicas de los **White Papers** Regionales. En el caso del *White Paper* sobre gobierno corporativo en Latinoamérica, éste:

fue desarrollado por la Mesa Redonda Latinoamericana sobre Gobierno corporativo, un foro que reúne a creadores de política, reguladores, líderes comerciales, inversionistas y expertos de la región, así como a contrapartes de los países de la OECD.³³³

El *White Paper* utiliza los principios como el marco de trabajo conceptual para su discusión y análisis, y:

- Explora la importancia de un buen gobierno corporativo en Latinoamérica,
- Estudia, analiza y discute aspectos distintivos de la región y,
- Establece las recomendaciones de la Mesa Redonda y qué aspectos particulares son prioridad para efectos de una reforma.³³⁴

Este *White Paper* específico para Latinoamérica se desarrolló como producto de cuatro reuniones en países de la región: una reunión en el año 2000 en Brasil, otra en el año 2001 en Argentina, en México una reunión en el año 2002 y por último

³³² Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica, “Mesa Redonda de Gobierno corporativo”, sitio web, consultado 01 de diciembre, 2016, <http://igc-costarica.org/ocde-mesa-redonda/>.

³³³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “White Paper sobre Gobierno corporativo en América Latina”, OCDE, (2004): 4, consultado 12 de enero, 2017, http://www.ecgi.org/codes/documents/latin_america_es.pdf.

³³⁴ *Ibíd.*

una reunión en Chile durante el año 2003, asociado a los contactos continuos entre la celebración de cada una de las reuniones.³³⁵

Realmente, el *White Paper* no es un mecanismo de cumplimiento, sino uno de los resultados que se derivan de estos mecanismos que promueven la implementación de mejores prácticas de Gobierno corporativo (Mesas Redondas, en este caso). Es decir, el *White Paper* no dispone una dinámica concreta sobre aplicación o una metodología de evaluación específica, sino que recomienda y busca caminos que aseguren una implementación efectiva de su contenido.

Por otro lado, resulta menester referirse también a la **hoja de ruta**. Si bien este mecanismo ya ha sido desarrollado con anterioridad en el Título I de la investigación, es relevante subrayar que el Consejo de la OCDE

advierte que la hoja de ruta es un documento técnico para evaluar el cumplimiento de los estándares de la OCDE, por lo que el Consejo puede complementarlo con términos y condiciones de carácter político no relacionados con algún instrumento de la OCDE, como democracia, Estado de derecho, derechos humanos, etc. Ello quedaría establecido en un documento separado.³³⁶

Lo anterior reafirma que efectivamente la hoja de ruta es un mecanismo de evaluación de la OCDE en materia de gobierno corporativo de los países. Es un documento que evaluará de manera técnica e individual al país candidato a ingresar a la OCDE, considerando sus circunstancias particulares y actuales, en diversos temas (incluido el de gobierno corporativo) en el marco del proceso de adhesión. Dicha hoja funge como una guía para los países que deseen ingresar, ya que establece los puntos técnicos (no políticos) en los cuales deberán tomar acciones jurídicas adecuadas.

Para finalizar, otro referente importante que podría servir para medir el desempeño como país en materia de gobierno corporativo, específicamente, en lo relativo a

³³⁵ *Ibíd.*

³³⁶ Raúl E. Sáenz, "La OCDE y el ingreso de Chile", Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, No. 166, (2010): 93-112, consultado 01 de diciembre, 2016, <http://www.jstor.org/stable/41392063>.

protección del inversionista minoritario, es el **Ranking Doing Business del Banco Mundial**. Este *ranking* consiste en:

una serie de informes anuales que miden las regulaciones que favorecen o restringen la actividad empresarial. Doing Business presenta indicadores cuantitativos sobre las regulaciones empresariales y la protección de los derechos de propiedad que son comparables entre 190 economías - desde Afganistán hasta Zimbabwe – y a través del tiempo.³³⁷

Este *ranking* analiza entonces la normativa existente en los países, concretamente, la que incide en 11 áreas del ciclo de vida de una empresa. En la categoría de “Facilidad para hacer negocios” del 2016, se incluyeron 10 de estas 11 áreas, a saber, la apertura de una empresa, el manejo de permisos de construcción, la obtención de electricidad, el registro de propiedades, la obtención de crédito, la **protección de los inversionistas minoritarios**, el pago de impuestos, el comercio transfronterizo, el cumplimiento de contratos y la resolución de insolvencia.³³⁸

Como ya se indicó, el *Doing Business* es un indicador que crea el Banco Mundial y no la OCDE, sin embargo, incluye dentro de sus informes estudios relacionados con la protección del inversionista minoritario, tema que es parte de las buenas prácticas de gobierno corporativo. Y si bien no se trata de un mecanismo de evaluación propio de la OCDE, ya se dijo en líneas anteriores que este proceso de evaluación que hace la OCDE puede adoptar varias formas, por lo que podría interpretarse que el *Doing Business* es una forma de evaluación más dentro de esta gama de posibilidades, al menos como un punto de referencia importante en lo que respecta al tema específico de protección del inversionista minoritario. Evidencia de ello es que, dentro de los datos que el mismo Banco Mundial arroja en su página cuando se consulta una economía en particular, se incluye un cuadro comparativo que permite contrastar los niveles del país consultado respecto a

³³⁷ Banco Mundial, “Doing Business 2017”, (2016): párrafo 1, consultado 13 de enero, 2017, url: <http://espanol.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2017>.

³³⁸ *Ibíd.*

otras regiones. En el caso de Costa Rica, por ejemplo, se compara con la región de América Latina y el Caribe y con la OCDE.³³⁹

Estas aseveraciones se logran constatar en el plano práctico, toda vez que el Ministro de Economía, Industria y Comercio, el señor Welmer Ramos González, afirmó que, para la reciente promulgación de la Ley de Protección al Inversionista Minoritario (Ley N° 9392), se tomó en cuenta el *Doing Business* como un importante indicador, de la mano con los parámetros de la OCDE, dado que ambos tienen parámetros evaluativos coincidentes entre sí.³⁴⁰

Por lo tanto, es posible afirmar que sí existen mecanismos empleados por la OCDE para evaluar a los países en materia de gobierno corporativo. Sin embargo, estos resultan poco claros en algunos aspectos, además de que se fundamentan únicamente en los principios y no en las directrices, las cuales, a pesar de ser un complemento de los principios, deberían contar con su propia metodología de evaluación por las particularidades que las revisten. Asimismo, se logra apreciar la importancia de que exista esa apertura por parte de la OCDE a que el proceso de evaluación adopte varias formas, aunque esta posibilidad se debe manejar con cuidado, evitando caer en prácticas que generen inseguridad jurídica a los países que pretenden adherirse a esta organización.

Por último, se debe recordar que el mejoramiento de gobierno corporativo en una jurisdicción determinada constituye un proceso continuo y que la implementación y arraigo, en las empresas, de las medidas correspondientes, toma tiempo.³⁴¹ Esto último es un aspecto de suma relevancia que la OCDE debe tener presente en todo momento que aplica metodologías de evaluación.

³³⁹ Banco Mundial, “Facilidad para hacer negocios en Costa Rica”, sitio web, consultado 13 de enero, 2017, <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/costa-rica>

³⁴⁰ Welmer Ramos González, “Mesa Redonda: La Empresa y la Responsabilidad Civil” (I Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial y Societario Costa Rica-Guatemala-Argentina, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, 21 de noviembre de 2016).

³⁴¹ Corporación Financiera Internacional, “Guía práctica de Gobierno corporativo. Experiencias del Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana”, (2010), consultado 13 de enero, 2017, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/665e3a004858342b8e49effc046daa89/Spanish_Practical_Guide_Full.pdf?MOD=AJPERES

Capítulo II: Las acciones tomadas por Chile, en materia de gobierno corporativo, durante su proceso de adhesión e ingreso definitivo a la OCDE

Al desarrollar las normas sobre gobierno corporativo de la OCDE, y su correspondiente obligatoriedad para sus países miembro y los países que desean ingresar a ella, y una vez establecidos los mecanismos de evaluación que la organización emplea en razón de tal obligatoriedad, es necesario realizar un análisis que permita visualizar, con un ejemplo concreto, cómo operó el proceso de adhesión y el ingreso de un país latinoamericano (Chile) a la OCDE, específicamente en lo que respecta a la materia de gobierno corporativo.

El presente capítulo se enfocará entonces en desarrollar las acciones jurídicas tomadas por Chile, específicamente en materia de gobierno corporativo, durante su proceso de adhesión e ingreso definitivo a la OCDE. Es necesario aclarar que centramos la atención en Chile, en razón de que es el primer país sudamericano en convertirse en miembro de la OCDE, tras veinte años de esfuerzos dirigidos a reformar su sistema democrático y sus políticas económicas. Asimismo, sus reformas principales en el proceso de adhesión a la OCDE giran precisamente en torno al gobierno corporativo³⁴², por lo que resulta pertinente mencionarlas, máxime que, al igual que Costa Rica, se trata de un país latinoamericano, el cual logró ingresar a la organización, objetivo que actualmente posee el país.

Este análisis reafirmará el carácter obligatorio que poseen las normas sobre Gobierno corporativo de la OCDE en la práctica. Además, la ejemplificación de las acciones jurídicas sobre gobierno corporativo que adoptó Chile en su proceso de adhesión para lograr ingresar a la organización, será útil a la hora de estudiar las implicaciones jurídicas que se generarán en Costa Rica frente a dicho proceso (Título III), pues será posible conocer y ampliar la visión en torno al tema, lo cual genera un debido contexto e insumos que enriquecen la investigación.

³⁴² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, “Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE”, sitio web, consultado 20 de noviembre, 2016, <http://www.oecd.org/chile/chileprimerpaissudamericanomiembrolaocde.htm>.

Empezaremos recapitulando que en fecha 15 de diciembre del año 2009, el Consejo de la OCDE invitó a Chile a convertirse en país miembro de dicha Organización, decisión que se tomó por unanimidad del Consejo. Con base en ello, el 11 de enero del año 2010, Chile aceptó la invitación y firmó el acuerdo sobre las condiciones para su ingreso.³⁴³ Este acuerdo es el llamado **convenio de adhesión**, el cual fue firmado en el Palacio de La Moneda, por el secretario general de la OCDE, Ángel Gurría, y el ministro de Finanzas de Chile, Andrés Velasco, en presencia de la presidenta de Chile, Michelle Bachelet. Al aprobarse el Convenio a la Convención de la OCDE por el Parlamento de Chile, y realizarse todas las formalidades requeridas, Chile se convirtió en el país miembro número 31 de la OCDE.³⁴⁴

El ingreso de Chile a la OCDE coadyuvó a su inserción en la economía global, ya que la organización está conformada por países influyentes que analizan y realizan propuestas de buenas prácticas en políticas públicas.³⁴⁵ A criterio de la OCDE, la adhesión de Chile es un reconocimiento del empeño del país por obtener una economía más fuerte y justa.³⁴⁶ Ello va estrechamente ligado al hecho de que, como se indicó, dicho país trabajó veinte años en reformar su sistema democrático y sus políticas principales, denotándose un gran esfuerzo y enfoque por la consecución de buenas prácticas económicas. En este sentido, es importante resaltar el hecho de que la OCDE cuenta con un alto prestigio en sus políticas, al punto de que a los países les toma años consolidar su ingreso; por lo que el Estado de Costa Rica debe ser consciente del arduo trabajo que la adhesión a la organización implica.

Previo a desarrollar las acciones tomadas por Chile en materia de Gobierno corporativo durante su proceso de adhesión e ingreso definitivo a la OCDE, es pertinente mencionar de manera breve al proceso que dicho país experimentó.

³⁴³ Raúl E. Sáenz.

³⁴⁴ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE*.

³⁴⁵ Raúl E. Sáenz.

³⁴⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE*.

El Consejo de la OCDE (órgano superior de gobierno de la organización), en el mes de mayo del año 2007, pacta invitar a varios países (incluido Chile) a iniciar conversaciones para convertirse en miembros. En esta decisión, el Consejo reafirmó que cada país que desee pertenecer a la OCDE, debe ser evaluado sobre la base de sus propios logros; aspecto que resultó de suma importancia para Chile, ya que su ingreso no dependía de los méritos en el proceso de adhesión de los otros países invitados (específicamente: Eslovenia, Estonia, Israel y Rusia). Para lograr esta especificidad en el proceso, el Consejo le encarga al secretario general presentar, para su aprobación, la hoja de ruta de ingreso para cada uno de los países candidatos, en la cual se describa el procedimiento de ingreso concreto, según el país que corresponda. En el caso de Chile, el 30 de noviembre del año 2007 se aprobó la hoja de ruta para su ingreso a la OCDE.³⁴⁷

Acorde con ello, es posible percibir, mediante un caso particular, cómo la hoja de ruta ayuda a obtener individualidad en el proceso de adhesión de los países, considerándose las condiciones particulares de los mismos y contemplando observaciones específicas para cada caso (tal y como se definió en los capítulos anteriores).

Durante el proceso de adhesión de Chile, la Secretaría de la OCDE le señaló a dicho país **cuatro modificaciones legales indispensables** para que el Consejo lo invitara a constituirse como miembro de la organización, las cuales tenían relación con la responsabilidad legal de las personas jurídicas (empresas) por actos de soborno de los empleados públicos; la posibilidad de que el Servicio de Impuestos Internos pudiese intercambiar información sobre las cuentas corrientes bancarias con las administraciones tributarias de países miembros de la OCDE; **la modificación de gobierno corporativo de CODELCO; y la reforma de los gobiernos corporativos privados**. Estas reformas entonces, debían ser acatadas e implementadas por Chile antes de la invitación del Consejo, ya que se

³⁴⁷ Raúl E. Sáenz.

evaluaría su disposición y capacidad para cumplir con las obligaciones y estándares que conllevan ser país miembro.³⁴⁸

Para efectos de la presente investigación, solamente resultan de interés las dos últimas reformas mencionadas, ya que, bajo esos dos ejes temáticos, Chile realizó las acciones jurídicas relativas a gobierno corporativo, con el objetivo de adherirse a la OCDE.

A continuación, se analizarán tales reformas:

La modificación de gobierno corporativo de CODELCO:

Primeramente, se debe aclarar el significado de CODELCO. Dichas siglas corresponden a la Cooperación Nacional del Cobre de Chile. Esta es una empresa conformada en 1976, la cual unifica a las principales minas de cobre de Chile y asume su administración. Es considerada como una de las empresas más relevantes del sector minero en el mundo, debido a su capacidad y rentabilidad.³⁴⁹ Según la OCDE, consiste en la mayor empresa pública de Chile.³⁵⁰

Durante el mes de marzo del 2007 (incluso antes de que el Consejo de la OCDE realizara la invitación a Chile a iniciar conversaciones para convertirse miembro), Chile envió al Congreso un proyecto de ley que tenía por objeto modificar el gobierno corporativo de CODELCO. Bajo el criterio de los comités de la OCDE que examinaron a Chile en esta materia, aprobar dicho proyecto resultaba indispensable para considerarlo miembro de la Organización.³⁵¹

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ Andrés Bernal et al., “Gobierno corporativo en América Latina, Importancia para las Empresas de Propiedad Estatal”, Banco de Desarrollo de América Latina (CAF), (2012), consultado 28 de noviembre, 2016, <http://www.oecd.org/daf/ca/secondmeetinglatinamericasoenetworkcafwhitepaperspanish.pdf>.

³⁵⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE*.

³⁵¹ Raúl E. Sáenz.

Se debe indicar que la necesidad de las reformas requeridas por la OCDE se centraba en las siguientes problemáticas:

la presencia de Ministros en los directorios de algunas empresas públicas, en particular CODELCO, la falta de ciertos estándares de entrega de información al mercado y normas para evitar el uso de información privilegiada, la ausencia de normas para evitar conflictos de interés en las auditorías, el reducido rol de directores independientes, entre otros.³⁵²

Al respecto, resulta pertinente aclarar que, los directores independientes dentro de las empresas, ostentan la misión de trabajar por la consecución de los objetivos de las mismas (característica de cualquier director). Sin embargo, su rasgo distintivo es que estos directores no poseen vínculos con ningún grupo específico de poder, es decir, no tienen relación con la sociedad ya sea como accionista, socio, empleado, acreedor, parentesco con alguna entidad o persona relacionada con la sociedad o vinculación con alguna empresa que preste servicios de importancia o se encuentre relacionada a la sociedad. Tal independencia les otorga objetividad frente a eventuales conflictos de intereses a lo interno de la empresa. Además de ello, el rol adecuado de los directores independientes resulta fundamental, en la medida que evita la acumulación de poder y las actuaciones que no buscan el bienestar de la empresa, sino beneficios particulares. En esta medida, los directores independientes constituyen un pilar del buen gobierno corporativo.³⁵³

En la estructura de propiedad estatal también subyace el problema de agencia, por cuanto los insiders (gobierno y administradores) pueden tomar decisiones que van en perjuicio del interés colectivo de los outsiders (ciudadanos de un país). Es así como los insiders pueden desligarse del objetivo de maximizar el valor de la empresa o simplemente extraer valor de los outsiders. En este caso, la recomendación de incorporar directores independientes es también válida desde la perspectiva de conformar un buen gobierno corporativo.³⁵⁴

³⁵² *Ibíd.*, 104.

³⁵³ Luis Figueroa D y Francisco Santibáñez M, “Gobiernos Corporativos y Directores Independientes”, División de Estudios y RR.HH Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, (s.f.) consultado 20 de enero, 2017, https://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-13944_GobCorp_Directores.pdf.

³⁵⁴ *Ibíd.*, 6.

En esta línea de ideas, es importante afirmar que los directores independientes coadyuvan a la resolución de conflictos de intereses dentro de las empresas, y a la consideración de los intereses de todos los accionistas. Incluso, en el caso de las empresas de propiedad estatal, ayudan a que prevalezcan los intereses de los ciudadanos que requieren del servicio brindado en la empresa.

De acuerdo con lo anterior, es pertinente visualizar que las problemáticas que presentaba Chile en su proceso de adhesión a la OCDE, son aspectos que contrariaban las normas de la organización sobre gobierno corporativo. La transparencia y la profesionalidad en la gobernanza de las empresas públicas es uno de los pilares en las normas de la OCDE (específicamente en las directrices³⁵⁵). Dicha transparencia y profesionalidad se veía truncada por la intervención de ministros como directivos de CODELCO, lo cual provocaba una excesiva intromisión e influencia de gobierno en las decisiones, sin la presencia de suficientes directores independientes que propiciaran la consecución de eficiencia e igualdad dentro de la empresa. Dicho hecho explica que la aprobación del proyecto de ley referido era condición previa para la adhesión de Chile a la Organización.

En este orden de ideas, en fecha 14 de noviembre del 2009, Chile publicó la **Ley Núm. 20.392 Modifica el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las normas sobre disposición de sus pertenencias mineras que no forman parte de yacimientos en actual explotación.**³⁵⁶

Esta nueva Ley realizó modificaciones de importancia al estatuto orgánico de CODELCO, con el fin de mejorar su gobierno corporativo. Constituyó un directorio

³⁵⁵ “Directriz II: El Estado debe actuar como propietario informado y activo, velando por que la gobernanza de las empresas públicas se lleve a cabo de forma transparente y responsable, con un alto grado de profesionalidad y eficacia.” Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

³⁵⁶ Congreso Nacional de Chile, “Ley Núm. 20.392. Modifica el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las normas sobre disposición de sus pertenencias mineras que no forman parte de yacimientos en actual explotación; 14 de noviembre, 2009”, consultado 01 de diciembre, 2016, <http://bcn.cl/1xnrh>.

profesional, sin la presencia de los ministros de Minería y Hacienda ni del representante de las Fuerzas Armadas. Además de ello, estableció que las normas sobre los derechos, las obligaciones, las responsabilidades y prohibiciones contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas para las empresas privadas, serán aplicables a los directores.³⁵⁷

Según la OCDE, esta reforma estableció una separación clara entre el Estado y el directorio de CODELCO, ya que aumentó el número de directores independientes.³⁵⁸

Las medidas sobre gobierno corporativo, adoptadas por el Estado chileno con el objetivo de obtener una dirección más profesional en las empresas de propiedad estatal, han facilitado que CODELCO constituya una empresa eficiente y competitiva, la cual propicia la creación de valor y el crecimiento a largo plazo. Ello pone en evidencia que el compromiso firme de los Estados es esencial para la consecución de mejores prácticas sobre gobierno corporativo en las empresas de propiedad estatal.³⁵⁹

La reforma de los gobiernos corporativos privados:

Es importante tomar en consideración que el proceso de reforma de los gobiernos corporativos privados del Estado chileno inició mucho antes de que la OCDE estableciera la necesidad de que Chile tomara acciones jurídicas en torno a este tópico.

En esta línea de ideas, Chile fue el primer estado latinoamericano en realizar reformas significativas en el marco legal y reglamentario de gobierno corporativo. El proceso inició en el mes de diciembre del año 2002, al aprobarse la Ley de Ofertas Públicas de Acciones y Gobierno corporativo.³⁶⁰ Dicha Ley tuvo como objetivo resguardar los derechos de los accionistas minoritarios en una

³⁵⁷ Andrés Bernal et al.

³⁵⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE*.

³⁵⁹ Andrés Bernal et al.

³⁶⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *White Paper sobre Gobierno corporativo en América Latina*.

adquisición, así como también requerir que las empresas establecieran comités de directores que funcionaran del mismo modo que los comités de auditoría de las empresas estadounidenses.³⁶¹

Con el fin de complementar esta Ley, la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) emitió distintos reglamentos que coadyuvaron a darle un correcto entendimiento y una definición de su ámbito de aplicación.³⁶²

Asimismo, en el mes de setiembre del año 2007, el Estado chileno envió un proyecto de ley al Congreso, consistente en reformar los gobiernos corporativos privados. Esta iniciativa se tomó inclusive con antelación a que Chile tuviera conocimiento que sería evaluado en esta materia por un comité de la OCDE.³⁶³

Tal y como se señaló, en el proceso de adhesión de Chile a la organización, existían aspectos contrarios a lo que se estipulaba sobre gobierno corporativo, tales como la falta de estándares de entrega de información al mercado, y la deficiencia de legislación para mitigar el uso de información privilegiada o para evitar conflictos de intereses. Dichas problemáticas generaron que la OCDE considerara que la aprobación de los proyectos de ley relativos a gobiernos corporativos privados constituía una manera de que el Estado chileno comprobara su capacidad y disposición para realizar reformas en esta materia (del mismo modo que ocurrió con el sector público y el caso de CODELCO).³⁶⁴

Debido a lo anterior, y como parte de las acciones jurídicas durante el proceso de adhesión, el 13 de octubre del año 2009, Chile aprobó el proyecto de ley

³⁶¹ Ruth Bradley, “Gobierno corporativo en la encrucijada”, Cámara Chilena Norteamericana de Comercio, (22 de octubre, 2012), consultado 01 de diciembre, 2016, <http://www.amchamchile.cl/2012/10/gobierno-corporativo-en-la-encrucijada/>.

³⁶² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *White Paper sobre Gobierno corporativo en América Latina*.

³⁶³ Raúl E. Sáenz.

³⁶⁴ *Ibíd.*

mencionado y promulgó la **Ley Número 20.382: Introduce Perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas.**³⁶⁵

Esta nueva legislación

estableció mayores estándares de transparencia e introdujo nuevos mecanismos para abordar el uso de información privilegiada, las operaciones entre partes relacionadas y los conflictos de interés. Además, fortaleció el papel del Comité de Directores y definió más claramente los criterios con los que deben cumplir los directores independientes³⁶⁶

En razón de estas reformas, a inicios del año 2011, la OCDE emitió un Informe sobre gobierno corporativo en Chile, el cual forma parte del proceso de adhesión del Estado chileno a la OCDE. En dicho informe, la Organización concluyó que, en un sentido general, Chile posee un marco legal y reglamentario que protege los derechos de los accionistas y su trato equitativo.³⁶⁷

No resulta ocioso indicar que, a criterio de las investigadoras, a pesar de que el informe desarrollado por la OCDE detalla el Gobierno corporativo de Chile y sus avances y, asimismo, fue vital para el proceso de adhesión a la organización; posee la deficiencia de estar escrito en el idioma inglés. Ello constituye una limitante, en razón de que Chile es un país latinoamericano, de habla hispana, y los términos empleados en este tipo de informes son técnicos y de importantes connotaciones jurídicas, por lo que para una mayor comprensión e inclusión debería contarse con el documento traducido al español.

De acuerdo con lo desarrollado en el presente capítulo, es posible concluir que los aspectos contemplados en las acciones jurídicas del Estado chileno, tales como la protección de los derechos de los accionistas y el trato equitativo (al evitar el uso de información privilegiada), la transparencia que debe existir en el marco de gobierno corporativo, la búsqueda de directores independientes y profesionales, y

³⁶⁵ Congreso Nacional de Chile, “Ley Número 20.382. Introduce Perfeccionamientos a la normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las empresas; 13 de octubre, 2009”, consultado 01 de diciembre, 2016, <http://bcn.cl/1uzc6>.

³⁶⁶ Ruth Bradley.

³⁶⁷ *Ibíd.*

las normas sobre la resolución de conflictos de intereses; son los contenidos de los principios y de las directrices, precisamente analizados en el Título I de la investigación.

Por consiguiente, es importante subrayar que la OCDE determinó que Chile era capaz de reformar su gobierno corporativo con base en la aprobación de proyectos de ley congruentes con las normas sobre gobierno corporativo de la OCDE. Sin la aprobación de tales reformas, el Estado chileno no hubiese acatado lo que el Comité sobre Gobierno corporativo le indicó, y, por ende, el Estado no hubiese ingresado a la organización. Lo anterior reafirma, con un claro ejemplo, la obligatoriedad de estos instrumentos sobre gobierno corporativo de la OCDE, tanto para los países miembros como para aquellos que desean adherirse, obligatoriedad que requirió de veinte años de esfuerzo para Chile, en los que realizó reformas en el sector público y en el privado. En este punto, no solamente se tomaron acciones jurídicas, una vez iniciado formalmente el proceso de adhesión a la OCDE, sino que el país desarrolló medidas anteriormente, en la búsqueda del crecimiento económico.

El compromiso de Chile por adoptar legislación acorde con las normas de gobierno corporativo de la OCDE, es constante y se encuentra en desarrollo, ya que siempre habrá observaciones y aspectos por mejorar o adaptar a las circunstancias existentes.

Con la experiencia chilena, a Costa Rica le es posible informarse de datos relevantes sobre el proceso de ingreso, e incluso de los beneficios que trae consigo pertenecer a la OCDE y, por ende, seguir las buenas prácticas de gobierno corporativo. Estos beneficios se han visto reflejados, por ejemplo, en CODELCO, una empresa que actualmente posee un éxito económico notorio, gracias a directivos profesionales y expertos que propician el desarrollo de un gobierno corporativo eficiente.

El esfuerzo continuo de Chile debe servir de modelo para el país, durante el actual proceso de adhesión a la OCDE, el cual inició en fecha del 09 de abril del año

2015. Costa Rica debe seguir su correspondiente hoja de ruta, aprobada el 08 de julio del 2015, la cual fue descrita con anterioridad (Título I), y contempla también la exigencia de un marco legal congruente con los principios y las directrices en torno a gobierno corporativo. Al respecto, es importante recordar que la ideología de estas normas no consiste en promulgar legislación excesiva en torno al tema, sino en realizar reformas efectivas, que contemplen los cambios jurídicos requeridos.

Título III: Las implicaciones jurídicas para Costa Rica: la situación jurídica actual de Costa Rica en materia de gobierno corporativo en concordancia con los instrumentos de la OCDE

Capítulo I: El gobierno corporativo en el sector privado costarricense

Sección A: El ámbito de aplicación de los principios de gobierno corporativo de la OCDE en Costa Rica

Los principios pretenden aplicarse en las empresas privadas cotizadas, tanto financieras como no financieras. Si bien determinados principios se adecuan más a la estructura de una empresa de gran tamaño, la OCDE pretende que los legisladores promuevan conciencia sobre las ventajas derivadas de la aplicación de un buen gobierno corporativo en todo tipo de empresas, independientemente de su tamaño. Lo anterior presume que, a pesar de que los principios tengan un tipo de empresa meta, ello no excluye la posibilidad de que sus preceptos se apliquen, además, y según corresponda, en otros tipos de empresa como las de pequeño tamaño o empresas que no son cotizadas en el mercado de valores.³⁶⁸

En virtud de lo anterior y para esclarecer el ámbito de aplicación de este instrumento en el ámbito nacional, cabe distinguir qué se debe entender por el término de “empresa” y “sociedad” (empleados como sinónimos por la OCDE³⁶⁹) dentro del contexto costarricense.

La **empresa** se puede definir como:

una entidad institucional en su calidad de productora de bienes y servicios. Una empresa es un agente económico con autonomía para adoptar decisiones financieras y de inversión y con autoridad y responsabilidad para asignar recursos a la producción de bienes y servicios y que puede realizar una o varias actividades productivas.³⁷⁰

³⁶⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*.

³⁶⁹ *Ibíd.*

³⁷⁰ Instituto Nacional de Estadística y Censos, “Clasificación de actividades económicas de Costa Rica (CAECR-2011)”, volumen 1, (2011): 23, consultado 15 de enero, 2017,

La empresa se concibe además como un fondo de comercio, donde existe un empresario que pone en marcha una actividad o unidades de negocio. La empresa debe tener un establecimiento y el ánimo de lucro como elemento necesario, es decir, ganar dinero para reinvertir, no solo ganar dinero como un fin en sí mismo.³⁷¹

La estructura de la empresa es un tema complejo, ya que existen muchas particularidades en torno a ella y hay detalles en cada jurisdicción que varían de país en país.

Usualmente no se advierte ninguna diferencia entre la empresa y la sociedad, sin embargo, sí son figuras distintas. La sociedad, metafóricamente, se puede concebir como la ropa con la que se viste la empresa, siendo un sistema social con componentes (Junta Directiva, socios, fiscal), estructura y mecanismos (procesos que permiten cambios como la votación, asambleas, etc.). Una diferencia sustancial es, por ejemplo, que la empresa siempre debe tener empleados, no así las sociedades.³⁷²

Tomando en cuenta que la OCDE advierte dentro de los principios que “Los términos “empresa” y “sociedad” se emplean con el mismo sentido a lo largo del texto”³⁷³, es posible interpretar que el ámbito de aplicación que abarca los principios se limita a aquellas **empresas constituidas bajo la figura de la sociedad**.

http://www.inec.go.cr/redcri/Censos/Censo_2011/Manual%20del%20censista/Clasificacion_Actividad%20Económica_Costa%20Rica%202011%20-%20Vol%20I.pdf.

³⁷¹ Diego Coste, “Estructura jurídica de la empresa y la reforma en el Derecho Argentino”. (I Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial y Societario Costa Rica-Guatemala-Argentina, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, 21 de noviembre de 2016).

³⁷² *Ibíd.*

³⁷³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20*, 11.

En virtud de lo anterior, deviene menester definir con más amplitud el concepto de sociedad. Según el Código de Comercio de Costa Rica, existen las **sociedades mercantiles**, las cuales se definen como:

un esquema legal organizativo de capital y trabajo para la realización colectiva de una cierta actividad que puede ser la producción de bienes o servicios dirigidos a un mercado o al mero intercambio de esos bienes o servicios. Según lo disponía la Ley de Sociedades Comerciales de 1909 y lo dispone hoy el Código de Comercio, las sociedades deben ser constituidas en escritura pública que debe ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en extracto en el periódico oficial. Actualmente en nuestro ordenamiento, las sociedades en nombre colectivo, de responsabilidad limitada, en comandita y anónimas, constituidas en escritura pública y en observancia de las demás formalidades establecidas por el Código de Comercio, se reputan comerciales por la forma, independientemente de su finalidad y de la actividad que realizan, si han sido inscritas, en virtud de lo dispuesto por los artículos 5º párrafo c) y 17 del citado cuerpo normativo.³⁷⁴

Es decir, las sociedades mercantiles, independientemente de su finalidad, se clasifican en:

- Sociedad en nombre colectivo
- Sociedad en comandita simple
- Sociedad de responsabilidad limitada
- Sociedad anónima³⁷⁵

Las **sociedades en nombre colectivo** son aquellas donde los socios responden subsidiariamente, pero de forma ilimitada y solidaria frente a las obligaciones sociales.³⁷⁶ En el plano práctico existe un importante elemento personal entre los socios, por lo que se estipulan distintas restricciones en pro de la sociedad, tal y

³⁷⁴ Tribunal Primero Civil del Primer Circuito Judicial de San José, “Sentencia 00465; 17 de mayo, 2006 10:00 horas”, expediente 05-000061-0180-CI.

³⁷⁵ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art.17.

³⁷⁶ *Ibíd.*, art. 33.

como la responsabilidad ante situaciones de quiebra o deuda dentro de la empresa.³⁷⁷

Las **sociedades en comandita** tienen una estructura un tanto diferente, conformándose por dos tipos de socios: comanditados o gestores y comanditarios.³⁷⁸ Los socios comanditados son los encargados de la representación y administración de la sociedad. Estos tipos de socios son también conocidos como gestores, debido a que es entre los socios de esta clase entre quienes se elige al gerente que tendrá la representación legal de la sociedad.³⁷⁹ Los socios comanditarios sólo aportan capital, y limitan su responsabilidad al monto de su aporte³⁸⁰ y sin tener participación alguna en la gestión de la sociedad.

Actualmente, la sociedad en comandita constituye una figura poco empleada en virtud de la responsabilidad solidaria e ilimitada que permea a sus miembros. Sin embargo, años atrás era empleada con regularidad. Muestra de ello es la creación del Banco Anglo Costarricense, en el año de 1863, en forma de sociedad en comandita.³⁸¹

Por otro lado, las **sociedades de responsabilidad limitada** tienen una estructura más sencilla, principalmente en términos de su administración, ya que se puede conformar por un gerente si se quiere o varios gerentes y subgerentes³⁸², no es obligatorio un amplio y complejo grupo de personas conformando un órgano administrativo. Además, su capital social está conformado por cuotas nominativas³⁸³ y la responsabilidad de los socios se limita al monto que aportaron

³⁷⁷ Jennifer Isabel Arroyo Chacón, “El ciclo de vida de las sociedades mercantiles”, Derecho en Sociedad N° 2, (febrero, 2012), Facultad de Derecho, Ulacit, Costa Rica, consultado 17 de enero, 2017, http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/52_08jenniferisabelarroyochacon5.pdf

³⁷⁸ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 57.

³⁷⁹ Jennifer Isabel Arroyo Chacón.

³⁸⁰ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 60.

³⁸¹ Roberto Ramos Chacón y Melissa Rugama Carmona, “Supervisión del Sistema Financiero Nacional, análisis de su constitución, desarrollo, responsabilidad del Ente Supervisor en la implementación de los Principios de Basilea y situación actual”, (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009), consultado 09 de marzo, 2017, http://iiij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/supervision_del_sistema_financiero_nacional.pdf

³⁸² Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 89.

³⁸³ *Ibíd.*, art. 78.

salvo que la ley haya ampliado esa responsabilidad.³⁸⁴ Cabe mencionar, además, que:

En doctrina se llama mixta o de tipo intermedio entre la personalista³⁸⁵ y la sociedad anónima, aunque se asemeja mucho más a las sociedades anónimas porque gira entorno de una denominación social que se conforma a través de un nombre de fantasía o por medio de palabras, sin realzar ninguna persona en especial y se basa en el capital aportado, que deriva en las cuotas de las (sic) sociedad. Esto hace que la división del capital en cuotas de igual valor y no representables en títulos negociables lo hace (sic) una de las características marca (sic) las diferencias con los otros tipos de métodos y títulos de participación de las demás sociedades (...)³⁸⁶

Por último, tenemos las **sociedades anónimas**. El Código de Comercio señala que se trata de aquellas sociedades cuyo capital social se divide en acciones y en donde la responsabilidad de los socios se limita conforme a sus aportes.³⁸⁷ Este tipo de sociedad, si bien coincide en muchos aspectos con la sociedad de responsabilidad limitada, se diferencia en el hecho de que maneja una estructura más compleja. Por ejemplo, para su constitución se exige la existencia de al menos dos socios³⁸⁸ y cuenta con un órgano de administración conocido como Junta Directiva o Consejo de Administración³⁸⁹, el cual debe estar conformado por un mínimo de personas y se trata de un órgano que no existe en otras sociedades.

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que la sociedad anónima es:

el prototipo de la sociedad capitalista, donde los socios se unen no por sus vínculos de confianza sino por sus aportes. El socio sólo arriesga su aporte, no se le persigue por deudas sociales su patrimonio personal. Considerada por muchos la sociedad mercantil por excelencia dada su gran versatilidad y dinamismo, adaptable para montar innumerables estructuras organizativas

³⁸⁴ *Ibíd.*, art. 75.

³⁸⁵ En el contexto de la cita se debe entender como sociedad en nombre colectivo.

³⁸⁶ Diego Alonso Pacheco Guerrero y Gustavo Adolfo Tellini Mora, "Deficiencias del Sistema societario costarricense: el derecho de información dentro de las sociedades anónimas", (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008): 40, consultado 20 de enero, 2017, http://iiij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/deficiencias_del_sistema_societario_costarricense.pdf

³⁸⁷ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 102.

³⁸⁸ *Ibíd.*, art. 104 inciso a.

³⁸⁹ *Ibíd.*, art. 181.

de empresas. Es el tipo social más evolucionado de todos, dada su gran difusión en el ámbito empresarial.³⁹⁰

Esta sociedad se maneja mediante acciones, las cuales tienen naturaleza de título valor. Esto último significa que se negocian con facilidad y permiten definir el grado de responsabilidad de cada uno de los socios, lo cual resulta funcional para todo aquel proyecto que involucra grandes inversiones.³⁹¹

Es por lo recién expuesto que se puede afirmar que son específicamente las **empresas que operan a través de sociedades anónimas y que cotizan en bolsa las que sirven de fundamento a los principios**, ya que los principios hablan principalmente en términos de la protección al accionista, y son las sociedades anónimas las únicas que manejan el término de “accionistas”, dado que su capital social se representa por medio de acciones. Sin embargo, existen además otros títulos valor que también se negocian a través de la Bolsa Nacional de Valores costarricense: **los títulos de deuda, los fondos de inversión, los fondos de inversión inmobiliarios y reportos**.³⁹²

¿Y qué significa cotizar en la bolsa? Para responder a esta pregunta resulta necesario conocer la existencia del **mercado de valores**, el cual es:

el mecanismo que permite la emisión, colocación, y distribución de valores (...) incluye las relaciones de crédito y financiamiento entre una entidad demandante de fondos y una cantidad determinada de ahorrantes a través de valores negociables.³⁹³

Es a través del **sistema bursátil** que el mercado de valores desarrolla su entorno operativo, administrativo y regulatorio, que permite la negociación entre oferentes (emisores de títulos valores) y demandantes (inversionistas individuales e institucionales) de distintos valores, interviniendo también otros agentes como las

³⁹⁰ Diego Alonso Pacheco Guerrero y Gustavo Adolfo Tellini Mora, 42.

³⁹¹ Jennifer Isabel Arroyo Chacón.

³⁹² Superintendencia General de Valores, “Productos del Mercado de valores costarricense en los que puedo invertir”, sitio web, consultado 25 de enero, 2016, <http://www.sugeval.fi.cr/mercadovalores/paginas/productosinversion.aspx>

³⁹³ Bolsa Nacional de Valores, “¿Cómo invertir a través de la BNV?-¿Qué es el mercado de valores?”, sitio web, consultado 28 de enero, 2017, <http://www.bolsacr.com/principal/index.php?action=invertir-bnv>

bolsas de valores, intermediarios como los puestos y agentes de bolsa, clasificadoras de valores y sus riesgos, centrales encargadas de depositar valores e instituciones reguladoras como la SUGEVAL.³⁹⁴

Teniendo esto claro, es posible afirmar que **se cotiza en la bolsa cuando se emiten, colocan y distribuyen valores a través de la bolsa de valores, que funge como la institución que permite y facilita la negociación de valores**³⁹⁵, es decir, de

los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado financiero o bursátil.³⁹⁶

Aunque no cualquier empresa puede poner a disposición de los inversionistas sus títulos valor, sino que se requiere cumplir con determinados requisitos. Uno de ellos, al menos en el caso de Costa Rica, es la debida inscripción de la empresa ante la SUGEVAL.

La SUGEVAL tiene la labor de regular el mercado de valores, en aras de que funcione de manera justa y evitar, en la medida de lo posible, situaciones que aumenten el riesgo en la inversión. Para ello recopila información útil e importante en torno al mercado y la publicita. A su vez, las empresas inscritas están en la obligación de reportar al público, por ley, información elemental que pueda repercutir significativamente en el ámbito de la inversión. Siempre existirán entidades no reguladas, las cuales tratan de evitar que se les aplique cierto tipo de controles, sin embargo, el invertir en ellas implica un alto riesgo de pérdida.³⁹⁷

³⁹⁴ Ibíd.

³⁹⁵ Ibíd.

³⁹⁶ Asamblea Legislativa, “Ley Reguladora del Mercado de Valores; 27 de enero, 1998”, Sinalevi: art. 2, consultad 28 de enero, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29302&nValor3=0&strTipM=TC.

³⁹⁷ Brand Voice de Grupo Nación, “Anímese a pasar del ahorro a la inversión”, (2016), consultado 30 de enero, 2017, http://www.nacion.com/brandvoice/mercado_de_valores-inversion-puesto_de_bolsa-acciones-bonos-Sugeval_19_1593430642.html

En resumen, se puede interpretar que el marco de aplicación de los principios, para efectos de Costa Rica, abarca las estructuras comerciales conocidas como **empresas** que se configuran a través de **sociedades anónimas** y que cotizan por medio de la Bolsa Nacional de Valores (única bolsa de valores existente en el país al día de hoy).

Cabe destacar que la sociedad anónima, además de concebirse como la sociedad de capital por excelencia, actualmente, es el único tipo de sociedad que figura en la Bolsa Nacional de Valores costarricense, en lo que respecta al ámbito de empresas privadas. Y es que es una realidad de mercado; son las sociedades anónimas las que mayoritariamente tranzan a través de la Bolsa Nacional de Valores sus títulos valor, incluyendo los títulos de deuda, acciones, fondos de inversión, fondos de inversión inmobiliarios y reportos, por lo que difícilmente se podría concluir que los principios alcanzan sociedades distintas a las anónimas. Por ejemplo, actualmente, *Scotiabank* de Costa Rica S.A. emite títulos de deuda, *La Nación* S.A. emite títulos de deuda y acciones y *Banco Cathay* de Costa Rica S.A., *Holcim* (Costa Rica) S.A. y *Florida Ice and Farm Company* S.A. emiten acciones.³⁹⁸

Sección B: La normativa existente en Costa Rica sobre gobierno corporativo aplicable a las empresas privadas: la necesidad de implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo de conformidad con los principios de la OCDE

Entendido el concepto de empresa y sociedad (en calidad de sinónimos) que maneja la OCDE y el ámbito de aplicación de los principios, se investigarán las normas relativas a gobierno corporativo existentes en Costa Rica y aplicables a este tipo de empresa. Es decir, se describirá qué normativa existe en el país relativa a las disposiciones de gobierno corporativo que se enmarcan en los principios y que son aplicables al sector privado *supra* definido y delimitado. Lo

³⁹⁸ Superintendencia General de Valores, “Consulta de emisiones”, sitio web, consultado 30 de enero, 2017, <http://www.sugeval.fi.cr/participantesyproductos/Paginas/Productos/Emisiones.aspx>

anterior se pretende con el fin de lograr conocer qué coincidencias, contradicciones y vacíos legales se tienen en relación con lo que la OCDE estipula en los principios y que Costa Rica está obligado a cumplir en virtud de su anhelo político por ingresar a la organización.

Se aclara que este análisis se hará de forma fragmentada, haciendo un recorrido por cada uno de los principios de la OCDE, con la salvedad de que será abordado desde una perspectiva general, es decir, se tomará como punto de partida del análisis, la disposición general que describe lo pretendido con cada uno de los principios. Sin embargo, no se obvia la posibilidad de realizar consideraciones sobre algunos de los aspectos contenidos en cada uno de los subprincipios.

En relación con el **primer principio**, el cual estipula la **consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo**, Costa Rica cumple con algunas de las disposiciones que se desprenden de este principio, sin embargo, existen otros aspectos de los cuales aún el país aún está alejado. Un marco de Gobierno corporativo eficaz se compone de varios elementos, entre ellos, un marco legislativo, reglamentario e institucional que provea suficiente confianza a los agentes del mercado a la hora de ejercer relaciones contractuales privadas, promoviéndose así la transparencia y equidad de los mercados y la asignación eficiente de los recursos.

Ahora bien, **¿existe en Costa Rica un marco eficaz de gobierno corporativo en los términos recién esbozados?** Para darle respuesta a esta pregunta, podemos iniciar diciendo que la Ley Reguladora del Mercado de Valores establece en su artículo 171 un listado de funciones que tiene el CONASSIF, y es específicamente en el inciso b) que se estipula su potestad para:

Aprobar las normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que, conforme a la ley, deben ejecutar la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones. No podrán fijarse requisitos que restrinjan indebidamente el acceso de los agentes

económicos al mercado financiero, limiten la libre competencia ni incluyan condiciones discriminatorias.³⁹⁹

Es en virtud de esta potestad que tiene el CONASSIF que, en agosto de 2006, le encomendó a la Comisión Permanente de Superintendentes valorar la elaboración de una propuesta de normas de aplicación general de Gobierno corporativo. Consecuentemente, se emitió un proyecto de Reglamento de Gobierno corporativo que el CONASSIF remitió a consulta en el año 2008, aprobándose finalmente mediante el literal B) de los artículos 16 y 5 de las actas de las sesiones 787-2009 y 788-2009, celebradas el 19 de junio del 2009 y publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” N°129, del lunes 6 de julio del 2009⁴⁰⁰ bajo el nombre de **Reglamento de Gobierno corporativo (Acuerdo SUGEF 16-09)**. Este acuerdo tiene por objeto:

establecer los órganos de gobierno que deben tener como mínimo las entidades supervisadas, así como las políticas y procedimientos que deben emitir, con el fin de asegurar la adopción de sanas prácticas de gobierno corporativo.⁴⁰¹

Esto nos viene a delimitar su ámbito de aplicación, el cual abarca las entidades supervisadas, que se deben entender como aquellas que son supervisadas por los órganos supervisores del sistema financiero costarricense (SUGEF, SUGESE, SUGEVAL y SUPEN), incluyendo la sociedad controladora de los grupos y conglomerados financieros.⁴⁰²

El acuerdo de marras viene a normar principios básicos relativos a un buen sistema de Gobierno corporativo de conformidad con los estándares internacionales, sin especificar en sus considerandos que se trata de prácticas que se inspiran concretamente en los instrumentos de la OCDE. Aquí lo importante radica en que se podría afirmar que, con la existencia de este cuerpo normativo, se hace una aproximación importante a esa consolidación de una base para un

³⁹⁹ Asamblea Legislativa, *Ley Reguladora del Mercado de Valores*; 27 de enero, 1998, art. 171.

⁴⁰⁰ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, “Acuerdo SUGEF 16-09, Reglamento de Gobierno corporativo; 06 de julio, 2009”, SUGEF, consultado 31 de enero, 2017, [https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/documentos/SUGEF%2016-09%20\(v9%20marzo%202014\).pdf](https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/documentos/SUGEF%2016-09%20(v9%20marzo%202014).pdf).

⁴⁰¹ *Ibíd.*, art. 1.

⁴⁰² *Ibíd.*

marco eficaz de gobierno corporativo, pero no parece ser suficiente, en el tanto las disposiciones contenidas en este acuerdo se limitan a regular y promover la transparencia y confianza en torno a las entidades supervisadas por los órganos supervisores del sistema financiero costarricense, dejando de lado un amplio sector de empresas que no son reguladas por estos órganos. Sin embargo, cabe recordar que el ámbito de aplicación de los principios centra su atención en las entidades que cotizan sus valores en bolsa, por lo que se podría afirmar que, para efectos de la OCDE, esta carencia no constituye un vacío legal significativo.

Resulta necesario advertir que al día de hoy, el Reglamento de Gobierno corporativo (Acuerdo SUGEF 16-09) es el que se encuentra vigente, pero, recientemente el CONASSIF aprobó mediante artículos 5 y 7, de las actas de las sesiones 1294-2016 y 1295-2016, celebradas el 8 de noviembre del 2016, un **nuevo Reglamento de Gobierno (Acuerdo SUGEF 16-16)**, el cual entrará a regir seis meses posteriores a su publicación en el Diario Oficial La Gaceta (publicado en el Alcance No. 290D No. 235, del 7 de diciembre del 2016), es decir, a partir del 07 de junio de 2017. Se considera que los contenidos del actual acuerdo han sido superados, y de ahí la necesidad de promulgar este nuevo:

El CONASSIF mediante artículos 16 y 5 de las actas 787-2009 y 788-2009, celebradas el 19 de junio de 2009, emitió el “Reglamento de Gobierno corporativo” vigente hasta esta fecha, cuyo enfoque de cumplimiento, sea, normas prescriptivas que aplican de forma general a todos los sujetos incluidos en su alcance, ha sido superado por los enfoques basados en riesgos al que se dirigen las superintendencias del sector financiero costarricense, los cuales resultan más precisos en la identificación de las debilidades de las entidades y de menor costo en su aplicación para los sujetos supervisados.⁴⁰³

⁴⁰³ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, “Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo; 07 de junio, 2017”, SUGEF: Considerando VI, consultado 01 de febrero, 2017, [https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/documentos/SUGEF%2016-16%20\(v%20%20diciembre%202016\).pdf](https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/documentos/SUGEF%2016-16%20(v%20%20diciembre%202016).pdf).

Todas estas consideraciones se vinculan de forma estrecha al proceso de adhesión a la OCDE en que Costa Rica se encuentra actualmente. En este nuevo acuerdo se aduce que varias organizaciones y comités internacionales, incluyendo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE/G20):

(...) han emitido guías para ayudar a los supervisores a promover la adopción de prácticas adecuadas de gobierno corporativo en las empresas. Estas guías desarrollan aspectos sobre los cuales la industria financiera ha mantenido un amplio debate desde la crisis financiera internacional iniciada en el año 2007 que ha derivado en requerimientos y aplicaciones prácticas en procura de un modelo de gobierno corporativo adecuado, robusto y proactivo, ante las demandas de las diferentes partes interesadas de la sociedad y en un entorno incierto.⁴⁰⁴

Nace así la necesidad de este nuevo acuerdo, que incluye como principal novedad el hecho de que se opta por un **modelo basado en principios y no en formas prescriptivas**. Se brinda, además, orientación sobre las expectativas que tiene el supervisor respecto a la gestión de las entidades reguladas y se delega en el órgano de dirección de la empresa la facultad para definir la forma en que se van a satisfacer los principios contenidos en el nuevo acuerdo. Por su parte, los supervisores (entiéndase, las distintas superintendencias), fiscalizarán el gobierno corporativo dentro de las empresas, mediante distintos mecanismos que incluyen, entre otros, evaluaciones integrales.⁴⁰⁵ Este último punto resulta uno de los más debatibles para efectos de este análisis a la luz de los principios de la OCDE, ya que tanto el acuerdo actual como el nuevo acuerdo pronto a regir **no definen con claridad el sistema de sanciones**. Se debe recordar que el principio número uno indica que el marco de gobierno corporativo se debe ejecutar, de manera tal, que se les otorgue a las autoridades, de forma clara, sus responsabilidades en materia de supervisión, aplicación y acciones de cumplimiento. Tanto en el acuerdo vigente como en el acuerdo próximo a entrar en vigencia, se delega la aplicación y observancia de sus disposiciones a las distintas superintendencias. Sin embargo, podría existir debate sobre si estos acuerdos son claros al delegar este deber de supervisión, específicamente en las acciones de cumplimiento que deberían poner

⁴⁰⁴ Ibid., considerando VII.

⁴⁰⁵ Ibid.

en ejecución. El acuerdo actual dispone, en su artículo 28 y en relación con las sanciones, que:

El no envío de información exigido en este Reglamento dentro de los plazos establecidos, será sancionado según el marco legal que rige para cada una de las entidades supervisadas.⁴⁰⁶

Por otro lado, el nuevo acuerdo incluye disposiciones tales como la del artículo 17, que señala en su párrafo final que:

Si un miembro [del Órgano de Dirección] deja de poseer las características o cualidades que lo calificaban para el cargo o no cumple con sus responsabilidades, el Órgano de Dirección debe tomar las acciones pertinentes y notificar a la superintendencia a la brevedad.⁴⁰⁷

O, por ejemplo, el artículo 26 dispone, en relación con los comités de riesgo, que:

Además, el comité debe cumplir las funciones establecidas en la regulación específica emitida por la respectiva superintendencia.⁴⁰⁸

Por otro lado, el artículo 36 del acuerdo de marras dicta que:

Salvo disposición contraria en la legislación, el órgano responsable de la elección de los miembros del Órgano de Dirección, establece las consecuencias aplicables a ellos, por el incumplimiento de la regulación, los planes de acción presentados a las superintendencias y a los Órganos de Control, las políticas y códigos aprobados.⁴⁰⁹

De esta serie de disposiciones se logra evidenciar que, para efectos de ambos acuerdos, lo relativo a materia de supervisión, aplicación y acciones de cumplimiento, se delega principalmente en las superintendencias que, dicho sea de paso, para la entrada en vigencia del nuevo acuerdo, tendrán un periodo prudencial para la implementación y adecuación a las nuevas regulaciones, ya que se está migrando a un nuevo modelo basado en principios. Hay cierta confusión en el tanto, como bien se citó en el artículo 36 del nuevo acuerdo, el órgano responsable de la elección de los miembros del Órgano de Dirección es el mismo

⁴⁰⁶ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-09, Reglamento de Gobierno corporativo*; 06 de julio, 2009, art. 28.

⁴⁰⁷ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo*; 07 de junio, 2017, art. 17.

⁴⁰⁸ *Ibíd.*, art. 26.

⁴⁰⁹ *Ibíd.*, art. 36.

que establece las consecuencias aplicables a ellos, por el incumplimiento de la regulación, los planes de acción presentados a las superintendencias y a los Órganos de Control, las políticas y códigos aprobados. Sin embargo, por otro lado, el nuevo acuerdo establece también en el artículo 49 que son los superintendentes los facultados para emitir lineamientos o acuerdos útiles y necesarios para que se apliquen las disposiciones contenidas en ese acuerdo.

Entonces queda la interrogante, primero, ¿de quién es la decisión que prima? ¿De los accionistas o de las superintendencias? En caso de ser la decisión de los accionistas, si la sociedad no pone en práctica elementos normativos de protección al inversionista minoritario, podrían generarse problemas de aplicación. En caso de ser potestad de las distintas superintendencias, queda duda de por qué este artículo 49 hace parecer que es una potestad (pues habla en términos de “estar facultados”) y no una obligación. A final de cuentas, el asunto sobre la aplicación y coercitividad del Reglamento de Gobierno Corporativo, tanto del acuerdo SUGEF 16-09 como del 16-16, sigue siendo poco claro, lo cual desemboca en inseguridad jurídica y consecuentemente en contradicción con lo que disponen los principios, aspecto que resulta de interés aclarar para efectos de las fiscalizaciones que la OCDE proceda hacer en el país.

Tampoco se puede olvidar que los principios, en determinado momento, afirman que son susceptibles de aplicarse a todo tipo de empresas, según corresponda (aunque no coticen en bolsa). Al parecer, Costa Rica tomó esta posibilidad en cuenta, ya que implementó reformas en su ordenamiento que incluyen disposiciones de gobierno corporativo aplicables, ya no solo a empresas que cotizan en bolsa, sino a todo tipo de sociedad sin distinción alguna. Evidencia de ello es la reciente entrada en vigencia de la **Ley de protección al inversionista minoritario N° 9392 del 24 de agosto de 2016**, la cual reforma los artículos 26 y 189 del Código de Comercio, el artículo 426 del Código Procesal Civil y adiciona el artículo 32 ter al Código de Comercio. Esta ley se publicó en La Gaceta N° 190 del 04 de octubre de 2016.

Cabe detallar primeramente el nuevo artículo 32 ter del Código de Comercio, el cual dispone lo siguiente:

Las empresas, sociedades y otras figuras reguladas por el presente Código deben adoptar políticas de gobierno corporativo aprobadas por la Junta Directiva u órgano equivalente, las cuales deben incluir al menos lo siguiente:

- a) La obligación de que toda transacción de la empresa que involucre la adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos de esta con el gerente general, con alguno de los miembros de la junta directiva o con partes relacionadas con estos deba ser reportada previamente a la Junta por quien esté involucrado en la transacción, proporcionándole toda la información relevante sobre el interés de las partes en la transacción.

Dicha persona deberá inhibirse de la toma de la decisión, respecto de la transacción en cuestión.

En relación con el concepto de partes relacionadas con el gerente o los miembros de junta deben considerarse los criterios para identificar relaciones de influencia e interés entre personas y entidades dispuestos mediante decreto ejecutivo emitido por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), a propuesta del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (Conassif), para lo cual se tomará en consideración las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), adoptadas por el órgano competente.

- b) La aprobación de la Junta Directiva u órgano equivalente, como requisito previo para la ejecución de aquellas transacciones que involucren la adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos de la compañía emisora que representen un porcentaje igual o superior al diez por ciento (10%) de los activos totales de esta. En la determinación se considerarán los activos totales al cierre del mes anterior a la transacción, de acuerdo con los estados financieros.
- c) La obligación de divulgar en el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 del presente Código, las transacciones a que se refiere el inciso anterior.

En el caso de las mypimes, según la clasificación del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), así como para todas aquellas empresas que no coticen sus valores en bolsa, dicha divulgación será en los términos que establezca mediante decreto ejecutivo el MEIC y, para las empresas que cotizan sus valores en bolsa, dicha divulgación

deberá ajustarse a la regulación emitida por el Conassif, según corresponda.⁴¹⁰

Se podría afirmar, de forma preliminar, que este artículo apoya la existencia de un marco eficaz de gobierno corporativo en las sociedades mercantiles costarricenses, sin embargo, esta disposición no es del todo concordante con los términos planteados por la OCDE. Por ejemplo, la OCDE dispone que el marco legislativo y reglamentario debe ser flexible, incluyendo las diferentes circunstancias y contextos empresariales. Es decir, como cada empresa, inversor o actor interesado tiene sus especificidades y condiciones particulares, el objetivo de la legislación no debe consistir en que determinadas políticas se apliquen de forma indistinta y general a todas las empresas sin importar el resultado positivo en ellas, sino que debe consistir en generar la asignación eficiente de los recursos y oportunidades nuevas para crear valor mediante un marco de gobierno corporativo flexible y eficaz que contemple dichas condiciones empresariales.

No obstante, al analizar esta reforma con detalle, se puede constatar que no se está incluyendo este elemento de flexibilidad (en el sentido de tomar en cuenta diferentes circunstancias y contextos empresariales), ya que se obliga a **todas** las empresas, sociedades y otras figuras reguladas por el Código de Comercio, a adoptar las políticas de gobierno corporativo que se indicaron dentro del artículo 32 ter citado. Es decir, se les da un tratamiento **exactamente igual** a las sociedades anónimas que a las sociedades en comandita, por ejemplo. Esto resulta totalmente absurdo, en el tanto cada tipo de sociedad existente en el ordenamiento tiene particularidades importantes que hacen imposible pensar que todas estén obligadas a adoptar los mismos lineamientos mínimos en materia de gobierno corporativo o, mejor dicho, que todas deban adoptar prácticas, cuando no siempre hay accionistas cuyos intereses se deben proteger.

Es clara la necesidad de reglamentar este artículo, con el fin de que se logre detallar cómo se aplicará para cada sociedad en particular y que, por ende, se convierta en una disposición funcional respecto a la realidad nacional que impera y

⁴¹⁰ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 32 ter.

no venga a constituir más bien una norma creadora de obstáculos para el desenvolvimiento normal del mercado, tal y como parece serlo al día de hoy, lo cual sería, a su vez, totalmente incongruente con lo dispuesto por la OCDE.

Por otro lado, la OCDE dispone en el marco de este mismo principio (I), que en las empresas se deben promover prácticas éticas, responsables y transparentes. En el país, la promoción de prácticas éticas, responsables y transparentes a lo interno de las empresas, se ve reflejada en los recién reformados artículos 26 y 189 del Código de Comercio. El artículo 26 contempla el derecho que tienen los socios de examinar los libros, correspondencia y demás documentos que permitan comprobar el estado de la sociedad y de examinar los documentos y contratos de aquellas transacciones que involucren la adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos de la compañía que representen un porcentaje igual o superior al diez por ciento (10%) de los activos totales.

Asimismo, con el fin de promover este tipo de prácticas, se redujo el porcentaje mínimo de socios que podían solicitar al juez que ordenase una auditoría a la compañía. Previo a la reforma derivada de la ley 9392, el mínimo requerido era de 20% del capital social, actualmente es de 10%, pudiendo incluso ser disminuido en los estatutos (aunque en la práctica rara vez se ve un porcentaje menor a este).

Sin embargo, aquí se presenta otro particular que no fue contemplado por el legislador y que va en detrimento de estos anhelos por promover la transparencia dentro de las empresas, y es que, si bien el porcentaje mínimo del capital social requerido para solicitar una auditoría disminuyó, lo cierto es que los honorarios del contador público autorizado o de la firma de contadores públicos autorizados que designa el juez al efecto, deberán ser asumidos por quien (es) solicitaron la auditoría y no por la sociedad. Esto resulta contradictorio en el tanto el accionista minoritario recibe menos utilidades que los accionistas mayoritarios, lo cual se traduce en personas con menos ingresos que los demás socios (al menos en el contexto societario), por lo cual existen altas posibilidades de que a pesar de que se flexibilicen y amplíen las posibilidades de solicitar una auditoría, no es seguro que existan los medios para concretar y ejecutar la auditoría en los términos de la

solicitud. Esto constituye un obstáculo claro en el afán por alcanzar métodos de transparencia eficaces dentro de la sociedad, conforme a los términos dispuestos por la OCDE.⁴¹¹

Otro punto debatido respecto a este particular es que este derecho debería otorgársele a cualquier socio, independientemente del porcentaje de participación en el capital social que represente, y se propone como una medida de contingencia útil para evitar actos de mala fe o abuso que, en caso de demostrarse alguno de estos supuestos, se obligue al socio solicitante a asumir los costos de la auditoría.⁴¹²

Por otro lado, el artículo 189 del Código de Comercio, regula, principalmente, lo relativo al deber de los consejeros y demás administradores a cumplir con los deberes impuestos por la ley y los estatutos, siendo solidariamente responsables frente a la sociedad por los daños derivados de la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias de uno o varios consejeros o administradores. Un aspecto esencial, es la obligación de cumplir con el deber de diligencia y lealtad, debiendo actuar en el mejor interés de la empresa, teniendo en cuenta el interés de la sociedad y de los accionistas.

Esta disposición pareciera ser un esfuerzo concordante con la necesidad de promover prácticas éticas, responsables y transparentes, sin embargo, se queda corto en relación con la definición de ciertos conceptos que se mantienen indefinidos, susceptibles de una interpretación algo amplia y subjetiva. Este es el caso de los conceptos relativos a deber de diligencia y lealtad. Se insiste con la posibilidad de reglamentar este artículo del Código de Comercio, recurso que pareciera constituir la posibilidad más viable ante este tipo de contenidos carentes de claridad, independientemente de si en otros cuerpos normativos sí se definen estos conceptos.

⁴¹¹ Ignacio Monge Dobles, “¿Protege realmente la nueva Ley de Protección al Inversionista Minoritario a este tipo de socios?”, El Financiero, (13 de noviembre, 2016), consultado 07 de febrero, 2017, http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/Legales-Ignacio_Monge-inversionistas-socios-acciones-capital_social-ley-regulacion_0_1065493449.html

⁴¹² Ibíd.

No resulta ocioso conocer un poco del contexto en el que se crea esta nueva Ley de protección al accionista minoritario N° 9392, misma que viene a reformar e incluir disposiciones novedosas dentro del ordenamiento jurídico. Esta ley nace como proyecto en abril de 2015, a través de la iniciativa del Poder Ejecutivo, con el presidente de la república Luis Guillermo Solís Rivera a la cabeza. Pero no fue sino hasta el 04 de agosto del año 2016 que el Plenario Legislativo aprobó en segundo debate y por unanimidad el expediente número 19.530, correspondiente a la Ley de protección al inversionista minoritario.⁴¹³

El Gobierno afirma que con este proyecto de ley se llena un importante vacío legal en Costa Rica, ya que coloca al país en un paralelo equivalente al de las mejores prácticas internacionales y al de los estándares de la OCDE.⁴¹⁴ Con esto se confirma un punto importante que se debe traer a colación, y es el hecho de que muchas de las reformas que está ejecutando el país son con vista del proceso de adhesión a la OCDE, por lo cual actualmente resulta imposible entender el tema de gobierno corporativo en Costa Rica a espaldas de los instrumentos de la OCDE que existen al efecto.

Un elemento vinculado directamente con la creación de esta Ley es el *Doing Business, ranking* ya explicado en apartados anteriores. Cabe recalcar que este indicador constituye un instrumento de referencia importante para los inversionistas extranjeros, quienes lo toman en cuenta para valorar la factibilidad de realizar un negocio. Este indicador alberga a su vez diez indicadores sobre las diferentes etapas de la existencia de una empresa, a saber: la apertura, la construcción, el pago de impuestos, la protección a los inversionistas, la insolvencia, etc. El indicador de protección a los inversionistas mide el nivel de fuerza de protección que existe respecto a los accionistas minoritarios de una empresa, específicamente ante situaciones como el mal uso hecho por los

⁴¹³ Luis Manuel Madrigal, “Así votaron los diputados la Ley de Protección al Inversionista Minoritario”, *elmundo.cr*, (04 de agosto, 2016), consultado 07 de febrero, 2017, <http://www.elmundo.cr/asi-votaron-los-diputados-la-ley-proteccion-al-inversionista-minoritario/>

⁴¹⁴ Welmer Ramos González, “Costa Rica se pone al día en protección de inversionistas minoritarios”, *GobiernoCR*, (08 de agosto, 2016), consultado 08 de febrero, 2017, <http://gobierno.cr/costa-rica-se-pone-al-dia-en-proteccion-de-inversionistas-minoritarios/>

directores de la empresa de los activos que la componen, todo ello para usarlos en beneficio personal.

En el caso específico de Costa Rica, respecto al *Doing Business* del año 2016, concretamente en materia de protección al inversionista minoritario, se alcanzó la posición 166 entre 189 países, es decir, se ubicó entre las últimas posiciones del *ranking*. Todo esto motivó la reforma, la cual sigue estando vinculada a la OCDE por los lazos que ligan a esta Organización con el Banco Mundial. El Gobierno presentó el proyecto de esta ley de la mano con la SUGEVAL, con el fin de ajustar la legislación a las exigencias actuales de la economía mundial en los términos indicados.⁴¹⁵

Cabe hacer en este momento una consideración importante en relación con el título de la Ley y el contexto que la permea. Esta ley tiene por nombre Ley de protección al inversionista minoritario y se pretende ajustar al país a mejores prácticas internacionales y a los estándares de la OCDE. No obstante, a pesar de que la OCDE se concentra en la protección de los inversionistas minoritarios que componen las sociedades que cotizan en la bolsa y su nombre alude a inversionistas (no socios en su sentido más general), el contenido de la ley se sale de sus límites para abrazar dentro de sus disposiciones a todo tipo de sociedades y empresas.

Respecto a esta nueva Ley de Protección al Inversionista Minoritario, se puede analizar la necesidad que resalta la OCDE para que se establezcan de forma clara las responsabilidades de las diversas autoridades en materia de supervisión, aplicación y acciones de cumplimiento. Y es que, si bien el artículo 26 del Código de Comercio incluye medidas para que los jueces puedan ordenar examen de libros, documentos y auditorías, y el artículo 426 del Código Procesal Civil enmarca potestades del juez en aras de proteger al inversionista minoritario, lo cierto es que sigue habiendo otros **vacíos importantes respecto a las funciones de control de cumplimiento**. Un ejemplo de esto último es la **inexistencia de sanción alguna** ante el incumplimiento de lo dispuesto en el nuevo artículo 32 ter

⁴¹⁵ Ibid.

del Código de Comercio. Ya se ha dicho que es considerada una buena práctica el hecho de fomentar políticas de gobierno corporativo, pero al no existir sanciones ante eventuales casos de incumplimiento, estas disposiciones son tomadas como letra muerta en la práctica.⁴¹⁶

Por otro lado, el Registro Nacional de Costa Rica, quien se podría considerar como una de las instituciones que coadyuvan como filtro importante para detectar el cumplimiento o no de estas prácticas, al día de hoy no cuenta con ninguna circular o directriz que permita aclarar la forma en que los registradores deben aplicar este nuevo articulado, ya que tampoco se ha instruido la obligación de que los notarios consignen algún requisito o nota adicional en los traspasos, hipotecas o prendas para el cumplimiento de lo ya indicado.⁴¹⁷

Ahora bien, continuando con el análisis, dentro de este mismo primer principio, se prevé la **posibilidad de que los países apliquen códigos voluntarios de gobierno corporativo**, sin embargo, existen ciertas reservas sobre la incertidumbre que puede generar su grado de obligatoriedad al aplicarlo. En el caso concreto, existe el Instituto de Gobierno Corporativo de Costa Rica (IGC-CR), que realmente se trata de:

una asociación sin fines de lucro que busca ser la fuente principal de información y de capacitación en gobierno corporativo para las organizaciones tanto públicas como privadas del país. El objetivo del IGC-CR es ayudar a las compañías nacionales a sobrevivir en el mercado en el mediano y largo plazo. Esto gracias a la implementación de buenas prácticas en sus estructuras internas y en sus procesos para controlar y dirigir la organización.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Adriana Castro, “Legales: ¿Cómo es la reforma que pretende proteger al socio minoritario?”, El Financiero, (28 de agosto, 2016), consultado 09 de febrero, 2017, http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/Legales-socio_minoritario_0_1019298082.html

⁴¹⁷ Silvia Pacheco, “Inquietud sobre nuevas disposiciones de la Ley 9392 en relación a traspasos, hipotecas y prendas”, Punto Jurídico, (12 de octubre, 2016), consultado 10 de febrero, 2017, <http://www.puntojuridico.com/inquietud-sobre-nuevas-disposiciones-de-la-ley-9392-en-relacion-a-traspasos-hipotecas-y-prendas/>

⁴¹⁸ Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica, “Bienvenidos al Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica (IGC – Costa Rica)”, sitio web, consultado 11 de febrero, 2017, <http://igc-costarica.org/>

El IGC-CR se fundó el 20 de agosto de 2009 por iniciativa de un grupo de representantes del sector empresarial costarricense. El motivo de esta iniciativa radicó en coordinar esfuerzos para ayudar a que los empresarios pudiesen entender y aplicar buenas prácticas dentro de sus organizaciones, con el fin de elevar las posibilidades de mantenerse a largo plazo.⁴¹⁹ Es en virtud de ello que el IGC-CR, en el marco de sus actividades, desarrolló junto con empresas nacionales y multinacionales, firmas de auditoría y legales, otras cámaras nacionales y la Bolsa Nacional de Valores, un código voluntario de buenas prácticas de Gobierno corporativo para Costa Rica. Una primera edición de este código se publicó en el año 2007, para posteriormente ser reemplazado por la segunda edición publicada en el 2014.

La primera edición correspondió al Reglamento de Gobierno corporativo al que refiere el CONASSIF en su Acuerdo SUGEF 16-09 (Reglamento que quedará derogado con la entrada en vigencia del nuevo Acuerdo SUGEF 16-16), cuyos derechos de propiedad intelectual se le cedieron al IGC-CR en el año 2011. Para efectos de la última edición, se decide que el “Código Voluntario de Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo” se dirija ya no solo a empresas inscritas en la Bolsa Nacional sino a la generalidad de organizaciones costarricense. Este código fortalece sus propósitos con los principios de la OCDE, como uno de los esfuerzos mundiales por potenciar las buenas prácticas voluntarias de gobierno corporativo. Es por ello que esta iniciativa pretende ser meramente empresarial, atendiendo a un convencimiento interno y autodisciplina en la materia, no a una imposición estatal.⁴²⁰

Se nota entonces que a nivel nacional sí se cuenta con iniciativas voluntarias en torno al tema de gobierno corporativo, sin embargo, como se mencionó en líneas anteriores, existen ciertas reservas sobre la incertidumbre que puede generar su grado de obligatoriedad al aplicarlo. Al menos, para verificar la aplicación de este

⁴¹⁹ Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica, “Historia del IGC-Costa Rica”, sitio web, consultado 11 de febrero, 2017, <http://igc-costarica.org/quienes-somos/>

⁴²⁰ Asociación Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica, “Código voluntario de mejores prácticas de gobierno corporativo”, segunda edición, (2014), consultado 12 de febrero, 2017, <http://igc-costarica.org/wp-content/uploads/igc/libros/018dad4c6438b759d2f0c4df9d33f587.pdf>

Código del IGC-CR en particular, se entiende que, en su calidad de Código voluntario, las empresas acatan sus disposiciones de forma facultativa y pudiendo ser selectivas en cuanto a cuáles acatan y cuáles no, dependiendo de la dinámica de cada una de las compañías.

Sin embargo, las que lo adopten, deberán elaborar año a año un reporte anual de cumplimiento, con el fin de rendir cuentas a los accionistas, inversionistas y cualquier otro interesado, sobre la aplicación de las mejoras prácticas de gobierno corporativo conforme con el contenido del Código que se comprometieron a acatar. Este informe debe ser aprobado por la junta directiva de la empresa y certificado por alguno de los profesionales que componen la lista de profesionales autorizados (contadores públicos autorizados certificados) consignados en la sección de gobierno corporativo del sitio Web de la Cámara de Emisores.⁴²¹

Entonces, por este lado, podríamos afirmar que se trata de una iniciativa importante en términos de normativa voluntaria de gobierno corporativo, ya que refleja el interés de un sector privado significativo por implementar dentro de sus empresas mejores prácticas al respecto, aspecto que no ha sido suplido correctamente por la normativa. Sobre su obligatoriedad, no se considera que genere conflicto, ya que es evidente que se trata de una adhesión deliberada, que corresponde a cada empresa valorar.

La OCDE también considera en sus principios que **un marco de gobierno corporativo eficaz es aquel que contempla la regulación de los mercados de valores**, ya que son los que establecen criterios de cotización para las sociedades emisoras y definen los requisitos que promueven la eficacia entre las sociedades. En Costa Rica contamos con una regulación importante en materia de mercado de valores, y se trata de la **Ley Reguladora del Mercado de Valores**. La Ley Reguladora del Mercado de Valores tiene por objeto regular los mercados de valores, las personas físicas o jurídicas que intervienen directa o indirectamente en ellos, los actos o contratos relacionados con tales mercados y los valores

⁴²¹ Ibid.

negociados en ellos⁴²². Con esta ley se toman acciones y se definen varios aspectos de relevancia en relación con el mercado de valores y distintos agentes que intervienen en su funcionamiento. Una de las acciones es la creación de la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), que consiste en el órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica, encargado de velar por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines. La SUGEVAL debe guiar su actividad según lo dispuesto en esta ley, los reglamentos que de ella emanen y demás leyes aplicables. Además, tiene la potestad de regular, supervisar y fiscalizar los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados, según lo dispuesto en esta ley.⁴²³

La SUGEVAL, así como otras superintendencias, a saber, la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), la Superintendencia General de Seguros (SUGESE) y la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) son dirigidas por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), órgano colegiado de dirección superior, encargado de uniformar e integrar las actividades de regulación y supervisión del Sistema Financiero Costarricense.⁴²⁴ En cuanto a este aspecto en particular, podría afirmarse que Costa Rica tiene una base normativa suficiente en lo que respecta a la regulación general de los mercados de valores.

Por último, en lo referente al primer principio, cabe mencionar que un punto de importancia que contiene es la existencia de **cooperación internacional en materia de Gobierno corporativo**. En el caso concreto Costa Rica, la aproximación que se tiene a este aspecto es mediante las mesas redondas, tema que ya fue desarrollado con más detalle en el capítulo primero del título II de esta

⁴²² Asamblea Legislativa, *Ley Reguladora del Mercado de Valores*; 27 de enero, 1998, art. 1.

⁴²³ *Ibíd.*, art. 3.

⁴²⁴ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, “Bienvenidos”, página web, consultado 14 de febrero, 2017, <http://www.conassif.fi.cr/>

investigación. Lo que sí cabe mencionar es la existencia, desde el 2005, del Círculo de Empresas, el cual fue creado por recomendación de la Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno corporativo, y que:

reúne a un grupo de empresas latinoamericanas con el fin de incorporar la opinión del sector privado al trabajo de la Mesa Redonda, e intercambiar y divulgar públicamente las experiencias de la aplicación de los principios del buen gobierno corporativo. El Círculo está compuesto por 14 empresas de cinco países que han demostrado su liderazgo y adoptado buenas prácticas de gobierno corporativo, contribuyendo al fortalecimiento de los negocios y las empresas: Atlas de Costa Rica; Argos e ISA de Colombia; Buenaventura y Ferreyros del Perú; Homex de México, y CCR, CPFL, Embraer, Marcopolo, Natura, NET, Suzano y Ultrapar de Brasil.⁴²⁵ (La negrita y el subrayado no son del original).

Resulta curioso notar que, a Costa Rica, en este último documento citado, se le incluye como parte de los cinco países que han demostrados su liderazgo y adoptado buenas prácticas de gobierno corporativo. Y resulta curioso porque, al punto actual del presente análisis de congruencia, ya se han detectado ciertas inconsistencias entre la normativa nacional y los principios de la OCDE, además de que aún no se recibe la aprobación de la OCDE en lo que respecta al tópico de gobierno corporativo.

Cabe aclarar que los miembros que conforman el círculo de empresas consisten en compañías que cotizan tanto en bolsas locales como internacionales y que, además, tienen una presencia significativa en sus mercados de capitales. Se hace la salvedad de que estas empresas, a pesar de que cotizan en bolsa, consideran que muchas de las medidas adoptadas son de utilidad para empresas con pocos accionistas y que no necesariamente cotizan en la bolsa, razón por la cual estos esfuerzos de intercambio de experiencias con otras empresas de la región no se agotan en empresas de gran tamaño y que cotizan en la bolsa.⁴²⁶

⁴²⁵ Companies circle-Corporate Governance, “Guía Práctica de Gobierno corporativo. Experiencia del Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana”, (2010): 10, consultado 15 de febrero, 2017, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/665e3a004858342b8e49effc046daa89/Spanish_Practical_Guide_Full.pdf?MOD=AJPERES.

⁴²⁶ Ibíd.

Dicho esto, podría afirmarse que Costa Rica ha hecho esfuerzos considerables en cuanto a la cooperación internacional en materia de gobierno corporativo, siendo incluso país anfitrión en una mesa redonda. Esto ayuda a colocar bajo el foco al país y a demostrar el interés por cambiar de conformidad con lo exigido. Se considera que este interés de Costa Rica de cooperar internacionalmente mediante iniciativas amparadas por la misma OCDE, es un esfuerzo notable, que, si bien siempre se puede mejorar, al día de hoy no se le califica tampoco como un punto en decadencia o deficientes.

El **segundo principio**, sobre los derechos y el tratamiento equitativo de los accionistas y las funciones de propiedad clave, se enfoca en promover un marco de gobierno corporativo que proteja y facilite el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantice el trato equitativo, incluyendo a los minoritarios y a los extranjeros. Además, vela porque todos tengan la posibilidad de que se reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos.

Sobre los **derechos de los accionistas**, es posible afirmar que en el marco nacional se cuenta con disposiciones en torno al tema, específicamente en el capítulo VII del Código de Comercio, sobre las sociedades anónimas. Entre los aspectos que contiene el Código de Comercio, se encuentra el derecho de los accionistas a conformar el órgano de Asamblea General, al cual le corresponde discutir y aprobar o reprobar el informe que debe presentar a los administradores sobre los resultados del ejercicio anual, acordar la distribución de las utilidades conforme dicte la escritura social, nombrar o revocar el nombramiento de administradores (Consejo de Administración o Junta Directiva) y de los encargados de la vigilancia de la sociedad (fiscales)⁴²⁷, modificar el pacto social de la compañía, autorizar acciones y títulos de clases que no se previeron en el acta constitutiva, así como cualquier otro asunto que la escritura social determine que le corresponde conocer a los socios reunidos en el órgano de la Asamblea General.⁴²⁸ Es decir, al menos en el Código de Comercio, sí se reconoce una serie

⁴²⁷ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 155.

⁴²⁸ *Ibíd.*, art. 156.

de derechos a los accionistas, los cuales a su vez coinciden con parte de los derechos que la OCDE exige reconocerle a los accionistas dentro del Principio II.

En esta misma línea de análisis, los principios también establecen que los accionistas deben tener el **derecho de autorizar o denegar la emisión de nuevas acciones de la sociedad**. Sobre este particular, cabe mencionar que en Costa Rica no se reconoce expresamente, al menos en el Código de Comercio, que sean los accionistas quienes autorizan esto, sino que se reconoce la facultad que tiene la sociedad para autorizar y emitir una o más clases de acciones,⁴²⁹ es decir, se habla de las facultades de las sociedades, pero no se especifica a cuál órgano en específico de la sociedad le corresponde. Entonces, por este lado, podemos dilucidar que sí existe cierta indeterminación normativa sobre a quién le corresponde autorizar, por lo que se podría pensar en la posibilidad de que en la escritura social se le otorgue esta potestad a la Junta Directiva y no a los accionistas. No obstante, en lo que respecta al Acuerdo SUGEF16-16 pronto a entrar en vigencia, en su artículo 46 sí se contempla la potestad que tienen los accionistas para autorizar estas emisiones:

El Gobierno corporativo de la entidad ampara y facilita el ejercicio de los derechos de los accionistas. Entre otros:

46.1 Los accionistas tienen derecho a participar y votar en las asambleas generales de accionistas, elegir y revocar los nombramientos de los miembros del Órgano de Dirección, participar en los beneficios de la sociedad y a participar en las decisiones que impliquen cambios fundamentales en la sociedad, entre otras: (...); y b) la **autorización de la emisión de nuevas acciones**.⁴³⁰ (La negrita y el subrayado no son del original).

Para efectos de la OCDE, podríamos decir que el país sí cumple con esta disposición, ya que los Principios enfocan su ámbito de aplicación en las empresas que cotizan en bolsa, y estas están reguladas por el acuerdo SUGEF 16-16 recién citado. Sin embargo, los principios también acogen la posibilidad de

⁴²⁹ *Ibíd.*, art. 121.

⁴³⁰ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo*; 07 de junio, 2017, art. 46.

ser aplicados a las empresas en su generalidad según corresponda, no solo a aquellas que cotizan en bolsa. Bajo esa tesitura, el numeral recién referido del Código de Comercio sí debería detallar cuál órgano de la sociedad debe autorizar la emisión de nuevas acciones y no dejarlo como un aspecto para regular a discreción de la sociedad en su escritura de constitución.

Asimismo, cabe mencionar que en cuanto a la disposición de la OCDE que llama a **pedir la opinión de los accionistas sobre operaciones extraordinarias, incluida la transferencia de la totalidad o de una parte sustancial de los activos de la sociedad**, el acuerdo SUGEF 16-16 reiteradamente citado, sí contempla ello al señalar que el gobierno corporativo debe incluir las normas y los procedimientos que se aplican, entre otras situaciones, a:

la venta de partes sustanciales de activos de la sociedad [las cuales] son articuladas de forma clara y reveladas a los accionistas, de modo que éstos puedan participar en las decisiones y comprender sus derechos y recursos. Las transacciones se llevan a cabo a precios transparentes y en condiciones justas que amparen los derechos de todos los accionistas en función de sus respectivas categorías.⁴³¹

El país quiso ampliar esta protección a las sociedades en general, no solo a aquellas entidades supervisadas que se regulan en el marco del Acuerdo SUGEF 16-16. En virtud de ello, dentro de la nueva Ley de Protección al Accionista Minoritario N° 9392, se crea el artículo 32 ter del Código de Comercio ya citado, que sobre el particular, señala que todas las empresas, sociedades y demás figuras reguladas al amparo del Código de Comercio, deben contar con políticas de gobierno corporativo que incluyan, entre otros rasgos, la obligación de que exista aprobación previa de la Junta Directiva para ejecutar transacciones relacionadas con la adquisición, la venta, la hipoteca o la prenda de activos de la compañía que equivalgan a un porcentaje igual o mayor al 10% de los activos totales de la compañía.⁴³² En otras palabras, la autorización previa se le exige a la

⁴³¹ Ibíd., art. 46, inciso 5.

⁴³² Asamblea Legislativa, “Ley de Protección al Inversionista Minoritario N° 9392; 04 de octubre, 2016”, SINALEVI: art. 3, consultado el 25 de febrero, 2017,

Junta Directiva, no a los accionistas, quienes son realmente las figuras que la OCDE dispone como aquellos cuya autorización previa importa.

En cuanto a la **oportunidad de participar de forma eficaz y de votar en las Juntas Generales de Accionistas**, con ciertas solemnidades en la convocatoria, Costa Rica cumple. Ello se evidencia tanto en el Acuerdo SUGEF 16-16 como en el Código de Comercio. Mismo cumplimiento se manifiesta en lo relativo a la votación, específicamente, a la **posibilidad de votar de forma presencial y no presencial con los mismos efectos**, ya que el artículo 146 del Código de Comercio avala la posibilidad de que los accionistas se hagan representar por apoderado general, generalísimo o por carta poder, los cuales se podrán otorgar a cualquier persona independientemente de su condición de socio o no.

En cuanto a lo que la OCDE define como voto electrónico no presencial, la normativa del país no lo contempla expresamente, es decir, no se incluye de manera literal esta posibilidad. Sin embargo, podría pensarse que es posible la existencia de una carta poder enviada por un medio electrónico susceptible de verificarse su autenticidad, por medio de firma digital, por ejemplo. Con esto, se podría asumir que se cumple con esta disposición, no obstante, se concibe como una práctica que merece ser desarrollada con más detalle por el ordenamiento jurídico, ya sea por medio de reglamento u obligando a la sociedad a que incluya dentro de sus políticas de gobierno corporativo la dinámica de voto electrónico que les convenga, siendo este un recurso útil en el marco del siglo XXI y los avances tecnológicos que lo acompañan.

Este segundo principio aboga, además, por un **trato equitativo entre los accionistas nacionales y los extranjeros en materia de gobierno corporativo**. Al menos en la normativa nacional no se distingue significativamente en cuanto a la condición de accionista nacional y accionista extranjero. Sin embargo, es el Acuerdo SUGEF 16-16 el que, en su artículo 47, afirma y garantiza el trato equitativo de todos los accionistas, incluyendo los minoritarios y los extranjeros.

El segundo principio establecía, además, que otra clave para proteger a los accionistas minoritarios es la articulación clara de un **deber de lealtad para los miembros del Consejo de Administración en favor de la empresa y sus accionistas**. Relativo a ello, es menester mencionar la reforma al Código de Comercio en virtud de la nueva Ley N° 9392 ya citada, específicamente el numeral 189 reformado, que indica, dentro de lo que interesa, lo siguiente:

Los consejeros y demás administradores están obligados a cumplir con el deber de diligencia y lealtad, actuando en el mejor interés de la empresa, teniendo en cuenta el interés de la sociedad y de los accionistas, y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes.⁴³³

El artículo resulta muy claro y en apariencia congruente con lo que nos exige la OCDE en cuanto al deber de lealtad que debe permear a los miembros del Consejo de Administración. Sin embargo, el Código de Comercio parece omiso en el tanto deja sin definir qué se debe entender por ese deber de diligencia y lealtad que se menciona. Resulta importante considerar ampliar en este aspecto, ya que el concepto en torno al deber de lealtad resulta muy amplio y ambiguo, y se puede prestar para interpretaciones erróneas o bien inseguridad jurídica por interminación conceptual. Pareciera que el Acuerdo SUGEF 16-16 sí viene a solventar, de cierta forma, este vacío, lo cual se analizará en líneas posteriores.

Por otro lado, lo relativo a la oportunidad de los accionistas para plantear preguntas al Consejo de Administración o Junta Directiva, incluyendo aquellas sobre la auditoría externa anual, la publicidad sobre la experiencia y el currículum de los candidatos al Consejo de Administración. El procedimiento para su nombramiento y lo atinente a las retribuciones de los miembros del Consejo y altos directivos, sí se contempla, al menos, en el Acuerdo SUGEF 16-16, concretamente en sus artículos 17.4 y 46.7.

En lo que respecta a la propuesta de que las acciones de la empresa en autocartera y las que sean propiedad de filiales no dispongan de derecho de voto ni se computen a efectos de quórum, se cumple conforme al artículo 129 del

⁴³³ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 189.

Código de Comercio, al dictarse que “El ejercicio de los derechos inherentes a las acciones quedará en suspenso mientras pertenezcan a la sociedad.” ⁴³⁴

En torno a los derechos de voto, la OCDE señala que los inversores deben ser informados sobre sus derechos de voto previo a adquirir la (s) acción (es) y que, una vez realizada la inversión, sus derechos no deben ser alterados (con la única excepción de aquellos casos donde el titular de la acción haya sido parte de la decisión), sin embargo, no pareciera haber norma expresa que prohíba lo anterior dentro del Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento de Gobierno Corporativo específico para sociedades que cotizan en bolsa. Empero, el Código de Comercio, en su artículo 139 sí contempla algo al respecto, afirmando que:

Cada acción común tendrá derecho a un voto. En el acto constitutivo no podrán establecerse restricciones totales o parciales a ese derecho, sino respecto de acciones que tengan privilegios en cuanto a la repartición de utilidades o reembolso de la cuota de liquidación, pero no podrá limitárseles a éstas el derecho de voto en asambleas extraordinarias, ni en lo referido en el artículo 147. Se prohíbe la emisión de acciones de voto plural. ⁴³⁵

El artículo 147 al que remite, lo que señala es que cuando existen diversas clases de acciones, si se suscita una propuesta con el fin de eliminar o modificar los privilegios de alguna de ellas (como bien podría ser el derecho a voto), la propuesta se debe aprobar por los accionistas de la clase que devendría afectada.

En cuanto al conflicto de intereses que regula este segundo capítulo, el país cumple en el tanto dispone que le corresponde al Consejo de Administración asegurar que las transacciones que se realicen con partes vinculadas a la empresa se revisen para efectos de evaluar no solo el riesgo, sino también para evitar eventuales conflictos de interés. ⁴³⁶ De hecho, al tema de conflicto de intereses se le dedica toda una sección dentro del Acuerdo SUGEF 16-16 citado. En lo que podríamos estar aún carentes es en el hecho de que los países deben desarrollar ampliamente, dentro de sus marcos normativos, definiciones amplias y

⁴³⁴ *Ibíd.*, art. 129.

⁴³⁵ *Ibíd.*, art. 139.

⁴³⁶ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo; 07 de junio, 2017*, art. 8, inciso 7.

a la vez precisas de lo que se entiende por parte vinculada. En el caso concreto del país, la definición existente es la que consta en el Acuerdo SUGEF 16-16, la cual resulta poco específica para los efectos.

Sobre el otro punto que abarca este segundo principio, en relación con la reparación de violaciones, se habla de la posibilidad que deben tener los accionistas para interponer acciones judiciales y recursos administrativos contra los directivos o los miembros del Consejo de Administración. En el acuerdo de marras, se indica que el Órgano de Dirección debe establecer los mecanismos para hacer evaluaciones anuales en torno a su gestión, comités y miembros que lo componen, incluyendo acciones procedentes si se da un caso donde haya reservas sobre el desempeño de alguno de ellos.⁴³⁷

Igualmente, el Código de Comercio amplía en cuanto a la nulidad de cualquier pacto que pretenda entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso de un socio cuando no esté conforme con algún acuerdo de los citados en el artículo 32 bis del Código de Comercio, lo cual puede ser concebido como una forma de reparar una eventual violación en los términos indicados. Asimismo, el Código Procesal Civil contempla los acuerdos tomados en asamblea de accionistas, en juntas directivas o en consejos de administración, como susceptibles de ser conocidos en el marco de un proceso abreviado,⁴³⁸ lo cual constituye una garantía procesal para los accionistas que deseen impugnar algún tipo de actuación irregular. Aparejado al proceso abreviado, se encuentran otras garantías para el accionista como lo relativo a las pruebas en el artículo 426 del Código Procesal Civil, el cual vino a ser reformado por la Ley 9392 anteriormente citada, señalándose que:

Para el caso específico de los acuerdos tomados en asamblea de accionistas, en juntas directivas o en consejos de administración, **las partes podrán solicitar al juez, en la demanda, en la contestación de la demanda o en la réplica que ordene la obtención o presentación de cualquier documento aunque no se tenga una identificación específica de tales documentos**, pero que sea relevante, sea que esté en poder de la contraparte, de los testigos o de un tercero, y se considere necesario para

⁴³⁷ Ibíd., art. 21.

⁴³⁸ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 420, inciso 11.

ejercer sus derechos. En estos casos, a solicitud de la parte perjudicada, el juez podrá declarar el secreto del sumario, de modo tal que se garantice la salvaguarda de la información confidencial de la empresa.⁴³⁹

Lo que sí es **falto de regulación** es aquello que atañe a la también necesaria **protección de los directivos y miembros del Consejo de Administración**, quienes en muchas ocasiones son víctimas de abuso de acciones legales por parte de los socios. Se debería ampliar en cuanto a los llamados puertos seguros de los consejeros o regla de discrecionalidad empresarial y revelación de datos, para efectos de que los Directivos puedan llevar sus funciones con cierto grado de tranquilidad, asumiendo que fueron elegidos conforme a filtros de calidad por sus atestados.

Al trasladarse a lo que obliga el **tercer principio**, este indica, entre otros aspectos, que, para la existencia de un buen gobierno corporativo, se deben **proporcionar incentivos sólidos a lo largo de toda la cadena de inversión**. Se puede afirmar que al menos, en el nuevo Acuerdo SUGEF 16-16, sí hay interés por la existencia de incentivos. Muestra de ello es la delegación hecha, en el numeral 8, inciso 6, al Órgano de Dirección, quien está en la obligación de aprobar el sistema de incentivos de la entidad. La creación de este sistema de incentivos va de la mano, por un lado, con la **gestión del riesgo de la compañía**, elemento importante que compete a los inversores.

Asimismo, los incentivos se vinculan, según el artículo 40 del Acuerdo SUGEF 16-16, con la **promoción del buen desempeño**, yendo aparejada de la remuneración de la Alta Gerencia, director de riesgo o equivalente y responsables de la auditoría interna o equivalente. Sin embargo, cabe recordar, que estas cadenas de incentivos deben ser coordinadas, con el fin de que se alineen con la estrategia y objetivo del negocio, niveles de riesgo, valores e intereses de la compañía.⁴⁴⁰

⁴³⁹ Asamblea Legislativa, “Código Procesal Civil; 03 de noviembre, 1989”, Sinalevi: art. 426, consultado el 28 de febrero, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=12443&strTipM=TC.

⁴⁴⁰ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo*; 07 de junio, 2017, art. 40.

Por otro lado, el tercer principio menciona, además, del papel que deben cumplir los **inversores institucionales** en materia de gobierno corporativo. La OCDE señala que los inversores institucionales deben revelar sus políticas relativas al Gobierno corporativo y dar a conocer la forma en la cual ejercerán sus derechos como accionistas. Asimismo, deben comunicar la forma en que gestionan los conflictos de interés que, eventualmente, pueden influir en los derechos de propiedad relativos a sus inversiones. Por último, sobre los inversores institucionales, estipula que el deber fiduciario que los reviste se debe fundamentar en la diligencia y lealtad hacia sus clientes, lo cual guarda estrecha relación con el punto anterior sobre conflicto de intereses.

Ahora bien, sobre este tópico de los inversores institucionales, en el país, lo único que se estipula a nivel normativo es lo contenido en el artículo 46.6 del Acuerdo de Marras, el cual señala que:

Los inversionistas institucionales que actúen en calidad de fiduciarios revelan sus políticas generales en materia de Gobierno corporativo y de votación en lo relativo a sus inversiones, incluidos los procedimientos previstos para decidir sobre el uso de sus derechos de voto. Asimismo, revelan el modo en que gestionan los conflictos de intereses que pudieran afectar al ejercicio de derechos de propiedad fundamentales relativos a sus inversiones.⁴⁴¹

Parece que, a este nivel, sí se cumple con lo dispuesto por la OCDE.

Por último, este tercer principio establece que las **empresas que cotizan en un país distinto al país donde están constituidas**, están en la obligación de **divulgar claramente la legislación y los reglamentos de gobierno corporativo que le son aplicables en su país de origen**. En el país, según el artículo 12 del Reglamento de Admisión a Cotización y desinscripción de Valores de la Bolsa Nacional de Valores,⁴⁴² se señala que las emisiones provenientes de emisores

⁴⁴¹ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo*; 07 de junio, 2017, art. 46 inciso 6.

⁴⁴² Superintendencia General de Valores, "Reglamento de Admisión a cotización y desinscripción de valores; 25 de octubre, 2013", Bolsa Nacional de Valores S.A.: art. 12, consultado el 28 de febrero, 2017, <https://www.bolsacr.com/principal/documents/files/Emisores/Reglamento%20admission%20y%20cotizacion.pdf>

cuyo domicilio es el extranjero, deben cumplir con los mismos requisitos establecidos en este Reglamento y los indicados en las Reglas de Negocio. Asimismo, existe la posibilidad de transar emisiones de valores de emisores domiciliados en el extranjero, admitidas a cotización en su país de origen y colocadas en el mercado primario de su país.

Pero cabe hacer algunas consideraciones al respecto. En primer lugar, de conformidad con la normativa recién citada, es posible afirmar que, en el país, las empresas que cotizan en un país distinto a aquel donde están constituidas, no están en la obligación de divulgar la legislación y los reglamentos de Gobierno corporativo que le son aplicables en su país de origen. Pero, por otro lado, podría afirmarse también que, como consecuencia natural de su admisión en el mercado primario y secundario nacional, se debe sujetar a lo dispuesto en el Acuerdo SUGEF 16-16. Este acuerdo no habla específicamente sobre aquellos casos donde se trata de empresas domiciliadas en el extranjero ni de la obligación de la que se viene hablando, y no se puede obviar que las posibilidades de que exista normativa de gobierno corporativo en su país de origen es alta, y no se puede, simplemente, abstraer de ello, dado que constituye un aspecto que inevitablemente incide en el funcionamiento de la empresa.

Una segunda consideración de importancia es que, para el trámite de solicitud que deben llevar a cabo los emisores domiciliados en el extranjero ante la Bolsa Nacional de Valores, se debe aportar fotocopia del oficio de la SUGEVAL mediante el cual se autorizó la oferta pública. Y es aquí donde entra a figurar el Reglamento de Oferta Pública de Valores⁴⁴³, el cuál sí contiene regulación en torno al gobierno corporativo. El problema radica en que las exigencias se limitan a la presentación de documentos que demuestren las medidas de gobierno corporativo aplicable a los sujetos fiscalizados por la SUGEF, la SUGEVAL y la SUPEN, pero no exige que, necesariamente, sean congruentes con las disposiciones existentes en el país.

⁴⁴³ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, “Reglamento de Oferta Pública de Valores N° 571; 20 de abril, 2006”, Ministerio Público, Poder Judicial, consultado 01 de marzo, 2017, <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/normativa/nacional/03-delitos%20economicos/04.pdf>

Es decir, en cuanto a este aspecto, en el país aún se encuentra en desventaja, por el hecho de que no es claro si las empresas extranjeras están en la obligación o no de divulgar la legislación y reglamentos de Gobierno corporativo que le son aplicables en su país de origen, así como qué sucede en los casos donde hay contradicción con lo dispuesto en Costa Rica. Es por ello que debería crearse una norma de aplicación nacional, que se acerque más a este principio.

En síntesis, es posible decir que, en materia de incentivos, hay una cobertura suficiente por parte del país, aunque el aspecto sobre facilitar que los mercados de valores funcionen de forma que contribuyan al buen gobierno corporativo, pareciera estar faltando, todo ello conforme a las consideraciones recién esbozadas.

Sobre el **principio cuarto** de la OCDE, este se enfoca en el papel de los actores interesados en el ámbito de gobierno corporativo, es decir, se debe velar por un marco de gobierno corporativo que reconozca los **derechos de los actores interesados** que se dispongan, ya sea en el ordenamiento jurídico o por mutuo acuerdo, fomentándose la cooperación activa entre ellos y las sociedades.

Todo ello con el fin de fomentar la sostenibilidad de empresas sólidas desde una perspectiva financiera. Al menos el Acuerdo SUGEF 16-09, en su considerando d), señala que un buen sistema de gobierno corporativo, de conformidad con los estándares internacionales, era aquel que contemplaba una serie de principios básicos, dentro de los que incluía la protección a “accionistas o asociados, los empleados o funcionarios, los clientes o afiliados, incluidas las empresas o personas del mismo grupo vinculado, los proveedores, los miembros de la Junta Directiva u órgano equivalente y los miembros de los comités de apoyo.”⁴⁴⁴

Además, incluye dentro de su articulado disposiciones vinculadas a las partes interesadas, tal y como el artículo 10 sobre la aprobación de políticas relacionadas con conflictos de interés por actuaciones de miembros de la compañía y en

⁴⁴⁴ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-09, Reglamento de Gobierno corporativo; 06 de julio, 2009*, considerando d, inciso i.

relación con clientes, órganos reguladores, otras entidades vinculadas y otros sujetos con los que interactúa regularmente la entidad.

No obstante, se debe recordar que, a partir de junio de 2017, este acuerdo dejará de regir para darle paso a la entrada en vigencia del Acuerdo SUGEF 16-16. Este nuevo acuerdo habla en términos de “partes” interesadas y dentro de los derechos que se les reconoce encontramos, por ejemplo, que el Órgano de Dirección tiene responsabilidad sobre los recursos de terceros que administra y debe actuar observando los intereses de las partes interesadas.

Asimismo, el Órgano de Dirección tiene la responsabilidad de aprobar políticas para la gestión de la entidad y emitir políticas para la relación con clientes, socios, asociados y partes interesadas. Se vela, además, por el fortalecimiento de una cultura corporativa sólida, ya que se le exige a este mismo órgano que debe establecer y cumplir los valores corporativos que aplican a varios actores de la compañía, incluidos los empleados de la entidad y partes interesadas que, por el tipo de funciones que desempeñan, intervienen en la dinámica de gobierno corporativo de la empresa. Por ejemplo, si se cambia o sustituye algún aspecto en el cargo de director de riesgos o el puesto equivalente, se le debe informar todo lo atinente a la situación a las partes Interesadas.⁴⁴⁵ En relación con el riesgo, las partes interesadas están protegidas en el sentido de que:

el **Apetito de Riesgo**⁴⁴⁶ debe ser comunicado por medio de una Declaración de **Apetito de Riesgo** que es comprendida por las **Partes Interesadas** pertinentes, entre otros: el propio Órgano de Dirección, la Alta Gerencia, los Órganos de Control y los empleados de la entidad. Dicha Declaración de **Apetito de Riesgo** debe de estar disponible para el supervisor.⁴⁴⁷ (La negrita y el subrayado no son del original).

⁴⁴⁵ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo; 07 de junio, 2017*, art. 17, 8.8, 10.1 y 13.

⁴⁴⁶ “El nivel y los tipos de riesgos que una entidad o grupo o conglomerado financiero está dispuesto a asumir, que han sido aprobados por el Órgano de Dirección con antelación y dentro de su Capacidad de Riesgo, para alcanzar sus objetivos estratégicos y plan de negocio.” *Ibíd.*, art. 3.

⁴⁴⁷ *Ibíd.*, art. 13.

Una forma de asegurar la efectividad de algunas de estas medidas es por medio de la exigencia que se delega a la Alta Gerencia de rendir cuentas a las Partes Interesadas sobre la gestión realizada en la empresa.

Aunado a ello, le corresponde al Órgano de Dirección establecer los mecanismos necesarios y útiles para el fomento de la transparencia y rendición de cuentas a las partes Interesadas, entre ellos el establecimiento de una política de comunicación con partes interesadas con una serie de contenidos mínimos y una política de servicio al cliente. Se promueve que las partes Interesadas manifiesten, de forma libre, al Órgano de Dirección, preocupaciones sobre las prácticas ilegales o no éticas, sin que sus derechos se vean comprometidos. Sobre este último aspecto, la OCDE establece que el Consejero y Administración de la compañía deberían facilitar la información relativa a comportamientos ilegales o poco éticos, disminuyendo así la incertidumbre o, mejor dicho, delimitando el ámbito de acciones que se deben calificar de tal forma. Una sugerencia que hace la OCDE para cumplir es la publicación de un **código de ética**. En el país lo que se maneja es el concepto de código de conducta que incluye la expresión del compromiso de la empresa con valores éticos.⁴⁴⁸

Analizados estos aspectos, se puede afirmar que, en el país, al menos con este nuevo acuerdo pronto a regir, sí toma en cuenta a las partes interesadas, por lo que resulta posible asegurar que en cumplimiento de estas disposiciones se logra alcanzar la responsabilidad social corporativa de la que habla la OCDE en el marco de este cuarto principio.

La OCDE también habla del desarrollo de **mecanismos de participación para los trabajadores**, participación cuyo grado dependerá de cada empresa. Algunas formas de participación son, por ejemplo, tener representación en el Consejo de Administración o planes de titularidades de acciones. En el país no hay prohibición expresa para que participen en las Juntas Directivas o Consejos de Administración.

⁴⁴⁸ Ibid., art. 31.2, 41 y 3.e.

Por último, en lo atinente a la necesidad de que exista una normativa eficiente y adecuada sobre **la insolvencia y sobre la ejecución efectiva de los derechos de los acreedores**, el Código de Comercio del país dedica todo un capítulo al tema de la quiebra (artículo 851 y siguientes) y, específicamente al tema de la quiebra en sociedades, le dedica los artículos 960 al 967 del Código de Comercio. El tema de los acreedores se abarca de forma suficiente en el Código de Comercio, no así en los instrumentos más específicos que se han venido estudiando, y que regulan la actividad de las empresas que cotizan en bolsa. Es decir, este tipo de disposiciones sí ampara a todo tipo de sociedad, no solo a aquellas emisoras de valores.

En el **principio quinto**, se habla principalmente de la **divulgación de datos y la transparencia** en las empresas como un elemento esencial de gobierno corporativo. Debido a que se concibe que un buen gobierno corporativo debe garantizar la comunicación oportuna y precisa de todos los asuntos relevantes de la compañía, incluyendo, pero no limitado a, las situaciones financieras, los resultados, la propiedad y los órganos de gobierno.

Realmente, en el país, se tienen medidas importantes que coadyuvan con este tema. Por ejemplo, con Acuerdo SUGEF 16-16, una regulación relevante al respecto es la contenida en el artículo 43, que indica que la empresa debe revelar en su página de internet u otro medio de fácil acceso a las **partes interesadas**, información relacionada con su gobierno corporativo, dentro de la cuales se incluye el código de gobierno corporativo vigente para la empresa, los estados financieros auditados, los objetivos de la empresa, las políticas de remuneración, la información de la alta gerencia, el Órgano de Dirección y sus miembros, las operaciones con partes vinculadas, las situaciones suscitadas que han obstaculizado los objetivos de la empresa o que podrían afectarla en un futuro, la información de los comités y cualquier otra información relevante según corresponda. Asimismo, conforme al artículo 25 del Acuerdo referido, se reafirma la obligación de todas las empresas sujetas a este cuerpo normativo, de contar con un Comité de Auditoría, presidido por un Director independiente quien, entre

otras funciones, se encarga de supervisar e interactuar con los auditores internos y externos.

Podría entonces aseverarse que, conforme a este instrumento, se cumple en parte lo solicitado en este quinto principio, ya que se ordena la rendición de informes periódicos a los inversores y la divulgación oportuna de las novedades. Lo anterior es congruente también con lo dispuesto en este principio sobre la existencia de canales que divulguen información de forma igualitaria, oportuna y eficiente en términos de coste, asimismo, en lo relativo a las auditorías que garanticen a los accionistas estados financieros verdaderos.

Se ve entonces que preliminarmente, en cuanto al aspecto sobre divulgación de información, Costa Rica cuenta con regulación que exige a las empresas emisoras de valores que cumplan con lo pedido por la OCDE.

Otro aspecto importante por tomar en cuenta es que, con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Protección al Inversionista Minoritario, se flexibiliza una de las medidas que coadyuvan con la promoción de la transparencia y divulgación de la información. Ella es la reforma al artículo 26 del Código de Comercio, que dispone que los socios tendrán el derecho de examinar libros, correspondencia y cualesquiera otros documentos que permitan comprobar el estado de las sociedades, aunado a aquellos que involucran adquisición, venta, hipoteca o prenda de los activos de la compañía que sean equivalentes a un porcentaje igual o mayor al 10% de los activos totales de la sociedad. Si este derecho se niega de forma injustificada, se podrá solicitar a un juez civil que ordene el examen correspondiente y se logre acceder a la información requerida. Se observa que **la ley no contempla sanciones al respecto ni medida cautelar alguna durante la transgresión de la medida**, por lo que se descarta que se trate de una medida idónea para los efectos de los principios.

También, el artículo 26 recién citado dice que un socio que represente al menos un 10% del capital social puede solicitar una auditoría de la sociedad, o incluso un porcentaje menor si los estatutos así lo estipulan. Anterior a su reforma, se

establecía un mínimo de 20%. Como ya se desarrolló en líneas anteriores, esto viene a flexibilizar los requisitos para solicitar una auditoría, sin embargo, parecieran seguir siendo **obstaculizadores para los fines de los principios, ya que, en la práctica difícilmente las sociedades disminuyan estos porcentajes en su pacto social**. Además, a pesar de que cumplan con el mínimo, **le corresponde al socio pagar por esta auditoría**, es decir, el socio debe pagar por acceder a la información de la sociedad.

Por último, en cuanto al **sexto principio**, cabe realizar una serie de consideraciones. Este Principio regula lo relativo a las **responsabilidades del Consejo de Administración**, que incluye la necesidad de que exista un control efectivo de la dirección que ejerce el Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas.

Para el cumplimiento de ello, se debe recordar que los principios estipulan que los miembros del Consejo deben actuar con pleno conocimiento de causa, de buena fe, con la diligencia y la atención debida, y conforme con los intereses de la empresa y los accionistas, incluyendo el deber de lealtad. Asimismo, el Consejo debe actuar basado en la ética, tomar en consideración los intereses de los actores interesados, poseer capacidad de emitir pronunciamientos objetivos sobre las cuestiones de la empresa, estudiar la creación de comités especializados que les sirva de apoyo y evaluar periódicamente los resultados.

En el país, el Código de Comercio, dedica toda una sección a la administración y representación de la sociedad. El órgano de administración equivale a lo que los principios designan como Consejo de Administración o Junta Directiva. No obstante, en esta sección del articulado del Código de Comercio, **no se menciona ningún deber especial en cuanto a la buena fe, diligencia, lealtad y demás deberes que le atribuyen los principios**. Esta situación vino a cambiar con la nueva Ley de Protección al Accionista minoritario, la cual reforma el artículo 189 del Código de Comercio, agregando que:

Los consejeros y demás administradores están obligados a cumplir con el deber de diligencia y lealtad, actuando en el mejor interés de la empresa,

teniendo en cuenta el interés de la sociedad y de los accionistas, y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes.⁴⁴⁹

A pesar de que este artículo viene a aproximar la normativa costarricense con los contenidos de este sexto principio, sigue estando **indefinida la forma en que se puede ejecutar este deber de diligencia y lealtad** por parte de los consejeros de las sociedades.

Esto último sería en cuanto a las sociedades en general, ya que el Acuerdo SUGEF 16-16 sí es más específico en cuanto a este particular, ya que obliga a los miembros del Órgano de Dirección a actuar **atendiendo sus deberes de cuidado y lealtad** y cumpliendo la normativa aplicable, lo cual, al menos al nivel de este Acuerdo, sí viene desarrollado con más detalle.

Hecho este análisis, cabe establecer algunas **consideraciones finales** al respecto. En primer lugar, cabe recalcar que la normativa costarricense relacionada con las medidas de gobierno corporativo que la OCDE dispone en los principios, se encuentra enmarcada principalmente en el Código de Comercio y en los Acuerdos SUGEF 09-16 y 16-16, este último pronto a entrar en vigencia. En segundo lugar, resulta necesario retomar el hecho de que los principios enfocan la aplicación de sus disposiciones en aquellas empresas privadas que emiten valores, pero que también pueden aplicarse, según corresponda, a empresas privadas que no emiten valores. Dicho esto, se nota que, en el país, las empresas privadas que emiten valores sí tienen su propia regulación en materia de gobierno corporativo, que corresponde a los Acuerdos SUGEF. Tales normas son un esfuerzo importante y significativo para efectos de acatamiento de los principios.

Además, el país también decidió aplicar ciertas disposiciones de los principios al sector privado que no emite valores, pero al meterse en este campo pareciera que el esfuerzo no resulta tan acorde. No obstante, aquí cabe enunciar una tercera consideración, y es que a lo largo del análisis recién esbozado, existen muchos puntos a favor del país, aunque, se denotan a su vez muchas falencias que

⁴⁴⁹ Asamblea Legislativa, *Código de Comercio*; 27 de mayo, 1964, art. 189.

eventualmente podrían perjudicar en las evaluaciones que la OCDE realiza en esta materia. Esto último se afirma, principalmente, porque estos esfuerzos nacionales carecen de medidas de cumplimiento significativas. Al menos en el Acuerdo SUGEF 16-09, en el artículo 28 se establecía la existencia de sanciones, sin embargo, en el Acuerdo SUGEF 16-16, se migra hacia un enfoque basado en principios, el cual no contiene sanciones expresas. La única aproximación a medidas de aplicación es la contenida en el párrafo segundo del artículo primero, que dice que:

Las disposiciones de gobierno corporativo comprendidas en este reglamento son estándares cualitativos que reflejan fielmente las sanas prácticas internacionales, cuya aplicación depende de los atributos particulares de cada entidad y deben ser aplicados respetando, en todo momento, el ordenamiento jurídico que rige para el Sistema Financiero Nacional.⁴⁵⁰

Aunado a ello, está la disposición final del artículo 49 del mismo cuerpo normativo que señala que los superintendentes podrán emitir los lineamientos o acuerdos necesarios para aplicar lo dispuesto en este cuerpo normativo. Curiosamente vemos que esto último pareciera tratarse de algo facultativo y, por el momento, inexistente, resultando aun un misterio la aplicación práctica que se hará de sus disposiciones y si en su momento habrá una supervisión efectiva de su cumplimiento, más allá de lo que los accionistas pueden reclamar conforme al Código de Comercio. Para los principios, un punto importante es que, los accionistas tengan formas eficaces de encontrar reparo ante eventuales violaciones a sus derechos, por lo cual la carencia de sanciones claras resulta de especial atención. Si bien el Código de Comercio contiene vías de reclamo, lo que es el Acuerdo de la SUGEF debería contar con indicación expresa de las consecuencias jurídicas frente a su incumplimiento, ya que, al hablarse de un modelo de Acuerdo basado en principios, se genera inseguridad jurídica en torno a la forma de aplicación y efectividad.

⁴⁵⁰ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo*; 07 de junio, 2017, art. 1.

Se hace la salvedad de que este análisis se basó primordialmente en el acuerdo SUGEF 16-16, y no sobre el Acuerdo SUGEF 16-09, ya que, a pesar de no estar vigente al día de hoy, se trata del Acuerdo que nos regirá en un futuro muy cercano y que dejará sin aplicar el 16-09, por lo que hubiera sido poco práctico para los efectos de esta investigación no haberlo hecho de esta manera.

Capítulo II: El gobierno corporativo en el sector público costarricense

Sección A: El ámbito de aplicación de las directrices de gobierno corporativo de la OCDE para las empresas de propiedad estatal en Costa Rica

Tal como se desarrolló en el Título I, las directrices de gobierno corporativo de la OCDE se aplican a las empresas públicas, que desarrollan actividades económicas, ya sea de forma exclusiva o en conjunto con el alcance de objetivos de interés para la colectividad, desempeño de la autoridad pública o función estatal.⁴⁵¹

Para efectos de la organización, por empresa pública se entenderá:

cualquier persona jurídica que la ley nacional reconozca como una entidad mercantil y en la que el Estado ejercite los derechos de la propiedad. Ello incluye las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones. Además, las entidades legalmente establecidas, con personalidad jurídica reconocida por una ley específica, serán consideradas empresas públicas siempre que su objetivo o sus actividades, o parte de ellas, tengan un carácter principalmente económico.⁴⁵²

De la definición se desprende que, la OCDE brinda parámetros generales para determinar si una empresa debe ser considerada pública, tales como: el control por parte del Estado como propietario, y la actividad económica realizada por la empresa (que puede consistir, por ejemplo, en la prestación de servicios). Aunque la OCDE afirma que no hay un modelo que calce con todas las formas existentes

⁴⁵¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas*.

⁴⁵² *Ibíd.*, 15.

de empresas públicas.⁴⁵³ En razón de ello, para los efectos de la presente investigación, es menester conocer y analizar cuál es el ámbito de aplicación de las **directrices en Costa Rica**.

La participación del Estado costarricense en el comercio y en la industria comenzó a expresarse a finales del siglo XIX, evolucionando paralelamente con las transformaciones en las concepciones políticas, económicas, sociales y culturales de los últimos tiempos. A partir de este cambio realizado por el Estado, de vigilante a gestor-promotor del desarrollo económico y social, surgen las **empresas públicas**, por medio de las cuales, el Estado se responsabiliza de algunas inversiones básicas o de monto mayor para financiar obras de infraestructura y prestación de servicios para el bienestar social y cumplimiento de las demandas de la sociedad.⁴⁵⁴

De esta forma, se da un cambio en la concepción del Estado y surge una nueva faceta del mismo: el Estado empresario.

El Estado, al ser empresario: “ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para el fin de la producción o del intercambio de bienes y de servicios. De ahí que, al empresario lo caracteriza la naturaleza de su actividad y (...) también su ejercicio.”⁴⁵⁵

Esta posibilidad que tiene el Estado para calificarse como empresario radica en que posee capacidad jurídica, según el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública. La capacidad jurídica hace al Estado “posible destinatario de los efectos jurídicos. (...) atribuye al sujeto la cualidad de portador potencial de

⁴⁵³ Ibíd.

⁴⁵⁴ Jorge Manuel Aguirre Hernández, “Las Empresas Públicas”, Revista 11, Universidad Nacional de México, México (s.f.), consultado 01 de diciembre, 2016, <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/10817/9891>.

⁴⁵⁵ Leonel Sanabria Varela, “Los Entes descentralizados indirectos o Paraestatales”, (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987), 3.

todos los intereses previstos por las normas y no solamente de los derechos civiles.”⁴⁵⁶

En esta línea de ideas, resulta necesario subrayar lo que dispone la **Sala Constitucional** en su **Resolución N° 2007-1556**, ya que desarrolla de forma concreta el concepto de empresa pública que se maneja a nivel nacional, ya en un plano más realista, lo cual permitirá determinar cuáles son las empresas costarricenses que entran en el ámbito de aplicación de las directrices de la OCDE.

Según la Sala Constitucional, la empresa pública es aquella mediante la cual la administración pública (central o descentralizada) interviene, ya sea directa o indirectamente, en un sector del mercado o de la economía. Esta intervención se realiza por medio del desarrollo de una actividad industrial, mercantil o agropecuaria, con el propósito de satisfacer fines públicos. Todo ello fundamentado en los principios de solidaridad y justicia social, pero, sobre todo, en el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica, el cual dispone que “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”:⁴⁵⁷

La empresa pública comparte los elementos de toda empresa (concepto desarrollado en el capítulo tras anterior) pero se caracteriza porque el empresario, o sea el titular o dueño de una empresa, es un administrador público. La empresa mantiene el control de mando, y persigue un fin de lucro como un instrumento para –como se dijo anteriormente- satisfacer determinados intereses o fines públicos.⁴⁵⁸

A criterio de la Sala Constitucional, se cuenta entonces con un elemento subjetivo (la participación de un ente público) y un elemento objetivo (el desarrollo de una

⁴⁵⁶ Víctor Pérez Vargas, *Derecho Privado*, (San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL, S.A., 3era edición, 1994), 53.

⁴⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia 01556; 07 de febrero, 2007 15:35 horas”, consultado 01 de diciembre, 2016, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ/PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=395898&strTipM=T&strDirSel=directo.

⁴⁵⁸ *Ibíd.*

actividad empresarial para el logro de fines públicos).⁴⁵⁹ Es posible visualizar cómo estos elementos de las empresas públicas son coincidentes con los considerados por la OCDE en las directrices.

Según la doctrina, existen varios criterios de clasificación de las empresas públicas, sin embargo, la Sala Constitucional le otorga relevancia a la tipología tripartita de las empresas públicas, elaborada por la doctrina nacional, la cual las clasifica en: empresa pública-ente público, empresa pública-órgano público, y empresa pública-ente de derecho privado.

Para la ejemplificación de estas empresas dentro del orden jurídico nacional se explicará brevemente cada una de ellas:

La empresa pública-ente público:

“Cubre a aquellos entes que desarrollan una actividad industrial o comercial bajo la veste de una organización colectiva de Derecho público y constituyen lo que la doctrina denomina como ente público-económico.”⁴⁶⁰

En el ordenamiento jurídico costarricense, en este tipo de empresas se emplea el modelo de organización de la **institución autónoma**. Asimismo, la organización y ejercicio de ciertas potestades o competencias administrativas se rige por el Derecho Administrativo, en cambio, lo referente a la actividad empresarial se encuentra tutelado por el Derecho Privado (así lo dispone el artículo 3 de la Ley General de Administración Pública). En Costa Rica, como ejemplos de estas empresas se encuentran: los Bancos Comerciales del Estado, el Instituto Costarricense de Electricidad, la Editorial Costa Rica y el Instituto Nacional de Seguros.⁴⁶¹

Es posible visualizar entonces que dichas entidades son instituciones autónomas y empresas públicas simultáneamente. Son instituciones autónomas en cuanto a su modelo de organización, y empresas públicas en razón a la actividad realizada.

⁴⁵⁹ Ibíd.

⁴⁶⁰ Ibíd.

⁴⁶¹ Ibíd.

La empresa pública-órgano público:

En este tipo de empresas, el ente asume la titularidad del mismo. Posee administración autónoma, catalogándose de esta manera como descentralizada. La empresa-órgano es un tipo de sociedad que no existe en Costa Rica, pero la norma no impide su creación.⁴⁶²

Cabe aclarar que, para efectos de la investigación, se menciona este tipo de empresa pública con el fin de que el lector conozca su existencia y la posibilidad de constitución. No obstante, se debe enfatizar que actualmente no existe ningún ejemplo en Costa Rica.

La empresa pública-ente de Derecho privado:

Según la Opinión Jurídica 097-2009 del 13 de octubre del 2009, este tipo de empresas es conocido también con el nombre de empresa privada del Estado. Esta empresa responde a un modelo de economía.⁴⁶³

Según esta misma opinión jurídica, estas empresas adoptan el esquema organizativo comercial de la sociedad anónima, una sociedad formalmente como cualquier otra constituida y regida según el Código de Comercio. La participación pública va a incluir que a la Administración se le permita controlar económicamente la sociedad.

Dentro de esta tipología de empresa pública, en Costa Rica se encuentran las siguientes entidades: la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), los Correos De Costa Rica S.A., la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., la Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA) y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A que pertenecen al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE).

⁴⁶² Leonel Sanabria Varela.

⁴⁶³ Dr. Fernando Castillo Víquez, Procuraduría General de la República, "Opinión Jurídica número 097-J; 13 de octubre, 2009", consultado 01 de diciembre, 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=16064&strTipM=T.

En resumen, tanto la empresa pública – ente público como la empresa pública-ente de Derecho privado, entrarán dentro del ámbito de aplicación de las Directrices de Gobierno corporativo de la OCDE, ya que encajan dentro del concepto que la organización concibe de empresa pública (entidad mercantil, Estado ejerciendo derechos de propiedad).

Para los efectos de esta investigación, se tomará entonces como punto de referencia el concepto que la Sala Constitucional brinda sobre empresa pública (descrito anteriormente), ya que el mismo reúne los elementos significativos y coincidentes con la OCDE. La explicación de la tipología tripartita a la que la Sala le otorga credibilidad, permite conocer ejemplos específicos de las empresas públicas en Costa Rica, las cuales tendrán protagonismo, ya que son precisamente a estos entes a los que las directrices se aplicarán.

Al respecto, es importante considerar que, si bien la doctrina costarricense elabora distintas tipologías de empresas públicas, y por lo tanto, los criterios para clasificar a las entidades pueden variar, la investigación se delimitará a la tipología expuesta, ya que el objetivo de este capítulo no radica en explicar todas las formas existentes de clasificación de las empresas públicas costarricenses, sino que en demarcar un campo de aplicación determinado de las directrices de la OCDE en Costa Rica (empresas públicas en el ordenamiento jurídico costarricense).

En cuanto a lo anterior, resulta necesario indicar que los puestos de la bolsa de los bancos y los entes públicos también son considerados empresas públicas dentro del ordenamiento jurídico.

El “Reglamento para la constitución de Puestos de Bolsa, Sociedades Administradoras de Fondos y Operadoras de Pensiones Complementarias de los Bancos Públicos y del Instituto Nacional de Seguros”, emitido el 23 de marzo del año 2000, establece la investidura de los puestos de bolsa como empresas públicas. Dicho Reglamento en su artículo 2 menciona que estas sociedades anónimas ostentarán el carácter de empresa pública, sin embargo, aclara que, en

razón de su actividad como participantes en el mercado de valores, se debe regir acorde con la Ley No. 7732 (Ley Reguladora del Mercado de Valores) y con la Ley No. 7523 (Régimen privado de pensiones complementarias).⁴⁶⁴

En esta línea de ideas, es pertinente aclarar que la Ley Reguladora del Mercado de Valores dispone que los puestos de bolsa se deben constituir como sociedades anónimas (siguiendo las normas del Código de Comercio), lo cual otorga una mayor independencia en la organización. No obstante, al tratarse de empresas públicas, deben acatar una serie de normas por parte del Estado.⁴⁶⁵

Un dato destacable a criterio de las investigadoras es el hecho de que dicha Ley, autoriza al Instituto Nacional de Seguros y a los bancos públicos a constituir sendas sociedades anónimas, con el objetivo de operar su propio puesto de bolsa. Es así como el INS – Valores Puesto de Bolsa S.A. se constituyó como la primera sociedad anónima autorizada por las bolsas de valores y la Superintendencia de Valores (SUGEVAL), en la cual el Instituto Nacional de Seguros es el dueño de la totalidad de las acciones.⁴⁶⁶ Es posible visualizar que tanto el INS como su Puesto de Bolsa, son empresas públicas, a las cuales se les aplicarán las directrices de la OCDE.

Los puestos de bolsa de los bancos y entes públicos entonces también entrarán dentro de este ámbito de aplicación de las directrices, en razón de que son empresas públicas por disposición del marco legal costarricense y la OCDE contempla dicho supuesto dentro de su concepción de empresa pública.

⁴⁶⁴ Alex Díaz Morera, “La Regulación del Estado Costarricense en la Empresa Pública Organizada como Sociedad Anónima: Caso INS – Bancrédito Valores S.A.”, (Tesis de Licenciatura en Administración Pública, Universidad de Costa Rica, 2002).

⁴⁶⁵ *Ibíd.*

⁴⁶⁶ *Ibíd.*

Sección B: La normativa existente en Costa Rica sobre gobierno corporativo aplicable a las empresas públicas de propiedad estatal: la necesidad de implementación de las buenas prácticas de gobierno corporativo de conformidad con las directrices de la OCDE

Al definir y delimitar el ámbito de aplicación de las directrices en Costa Rica, se procederá a elaborar un análisis de la normativa costarricense sobre gobierno corporativo, aplicable a este tipo de empresas, de forma tal que se logre visualizar las similitudes, las conformidades y las discrepancias entre este instrumento jurídico internacional y el marco legal existente en Costa Rica.

En primer lugar, es menester indicar que, al realizar una revisión de la normativa costarricense, es posible arribar a la conclusión de que la regulación más específica sobre dicho tópico consiste en dos reglamentos aprobados por el CONASSIF: el “Acuerdo SUGEF 16-09 Reglamento de Gobierno Corporativo”, y el “Acuerdo SUGEF 16-16 Reglamento sobre Gobierno Corporativo.” Ambos mencionados en el capítulo anterior.

En cuanto a ello, no resulta ocioso recordar que “el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) es un órgano colegiado de dirección superior, cuyo fin es el de dotar de uniformidad e integración a las actividades de regulación y supervisión del Sistema Financiero Costarricense. La labor directiva del CONASSIF se ejerce sobre la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), la Superintendencia General de Valores (SUGIVAL), la Superintendencia General de Seguros (SUGESE) y la Superintendencia de Pensiones (SUPEN).”⁴⁶⁷ En este orden de ideas, existen empresas tanto públicas como privadas que están supervisadas por esas Superintendencias, y son precisamente a esas entidades a las cuales se les aplica los Reglamentos mencionados supra.

⁴⁶⁷ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, “Bienvenidos”, página web, consultado 01 de febrero, 2017, <http://www.conassif.fi.cr/>

Aunque resulta pertinente destacar que el Acuerdo SUGEF 16-16, a criterio de las investigadoras, posee una considerable mejora en relación con el Acuerdo existente anteriormente. En razón de ello, el análisis normativo se enfocará en este Acuerdo SUGEF 16-16, ya que es el que nos regirá próximamente.

Ahora bien, para este análisis es importante aclarar cuáles son las empresas públicas a las cuales se les aplicará este Reglamento, es decir, cuáles son las empresas públicas que están supervisadas por las superintendencias mencionadas. Al respecto, cabe señalar que el artículo 2 de este Acuerdo, describe de manera más clara que el acuerdo anterior, cuál es el alcance del Reglamento.

Para una mayor comprensión, se adjunta un cuadro elaborado por las investigadoras, en el que se incluyen las **entidades públicas supervisadas** y sus respectivos ejemplos en el contexto nacional. De esta manera, será posible visualizar y determinar cuáles son las empresas públicas que entran en el ámbito de aplicación del Acuerdo SUGEF 16-16:⁴⁶⁸

Superintendencia supervisora	Empresas públicas supervisadas	Ejemplos
SUGEF	-Bancos comerciales del Estado.	-Banco de Costa Rica. -Banco Nacional. -Banco Popular y de Desarrollo Comunal. -Bancrédito.

⁴⁶⁸ Fuente propia. Para su elaboración se utilizaron las siguientes fuentes: 1) Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo*; 07 de junio, 2017, art. 2. 2) Bolsa Nacional de Valores, “Puestos de Bolsa autorizados por la BNV, Costa Rica”, sitio web, consultado 01 de febrero, 2017, <http://www.bolsacr.com/inversionistas/puestos-autorizados>. 3) Bolsa Nacional de Valores, “Empresas que cotizan en BNV, Costa Rica”, sitio web, consultado 01 de febrero, 2017, <http://www.bolsacr.com/inversionistas/emisores-que-cotizan-en-bnv>. 4) Alex Díaz Morera.

Superintendencia supervisora	Empresas públicas supervisadas	Ejemplos
SUGEVAL	-Puestos de Bolsa y Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión.	-BCR Valores, S.A. -BN Valores, Puesto de Bolsa S.A. -INS Valores Puesto de Bolsa, S.A. -Popular Valores Puesto de Bolsa, S.A. -Banco de Costa Rica. Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. -Banco Nacional Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. -INS Inversiones, Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. -Sociedad Administradora de Fondos de Inversión del Banco Popular y de Desarrollo Comunal S.A.

Superintendencia supervisora	Empresas públicas supervisadas	Ejemplos
SUGEVAL	-Empresas públicas que coticen en la Bolsa Nacional de Valores (actualmente en Costa Rica solamente se cuenta con una Bolsa). Sobre este punto se hará una observación más adelante.	-Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. -Instituto Costarricense de Electricidad. -Refinadora Costarricense de Petróleo.
SUGESE	-Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.	-Instituto Nacional de Seguros.
	-Sociedades Agencia de Seguros.	-Bancrédito Sociedad Agencia de Seguros S.A.

Superintendencia supervisora	Empresas públicas supervisadas	Ejemplos
SUGESE	-Sociedades Corredoras de Seguros.	-Banco Nacional Corredora de Seguros S.A. -Banco de Costa Rica. Corredora de Seguros S.A.
SUPEN	-Operadoras de Pensiones.	-Banco de Costa Rica. Planes de Pensión S.A. -Banco Popular Operadora de Pensiones Complementarias S.A. -BN Vital Operadora de Pensiones Complementarias S.A. -Operadora de Pensiones Complementaria y de Capitalización Laboral de la Caja. Costarricense de Seguro Social, S.A. -Vida Plena Operadora de Pensiones Complementarias S.A.

Una vez elaborado este cuadro de empresas públicas supervisadas, es posible concluir que la mayoría de empresas públicas costarricenses entran en el ámbito de aplicación del Acuerdo SUGEF 16-16.

Al realizar esta determinación, es menester continuar propiamente con el análisis comparativo de este Reglamento y en general de la normativa costarricense en

torno al gobierno corporativo aplicable a las empresas de propiedad estatal, a la luz de las Directrices.

Al respecto, cabe aclarar que, si bien se afirmó que el Acuerdo SUGEF 16-16 constituye la principal regulación costarricense en torno al tópico, el análisis comparativo incluirá también cualquier otra normativa que se considere relevante, a efectos de cotejarla con las directrices. De tal manera, se propiciará un análisis a efectos de evidenciar la necesidad o no de implementar buenas prácticas de gobierno corporativo, en concordancia con la OCDE.

En primer lugar, es importante recordar que la OCDE en su **primera directriz**, establece que el Estado debe exponer claramente las razones y objetivos que justifican la propiedad pública, de tal manera que respondan a un interés del conjunto de los ciudadanos. En relación a esta Directriz, el Acuerdo SUGEF 16-16 no contempla ninguna disposición de importancia, ya que no se refiere en ninguno de sus artículos, específicamente a la constitución de empresas públicas y su razón de existencia.

Por otra parte, la Ley General de la Administración Pública en su artículo 4, dispone que:

La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.⁴⁶⁹

Tal artículo evidencia que la actividad de los entes públicos debe estar vinculada a una necesidad social que se satisface realizando servicios públicos. Lo anterior lleva concordancia con lo dispuesto por la OCDE, ya que se está justificando la propiedad pública de los entes, en razón del bienestar de los ciudadanos, y se

⁴⁶⁹ Asamblea Legislativa, “Ley General de la Administración Pública; 02 de mayo, 1978”, Sinalevi: art. 4, consultado 03 de marzo, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=13231&nValor3=90116&strTipM=TC.

está determinando un alto grado de importancia, al punto que se dispone que los entes deban seguir principios fundamentales del servicio público.

En este orden de ideas, cada una de las empresas públicas costarricenses (anteriormente ejemplificadas) debe poseer una razón de ser o existencia, basada en un interés público que no se vería satisfecho si el Estado no contara con la empresa.

A criterio de las investigadoras, el Acuerdo SUGEF 16-16, al ser una norma principal de gobierno corporativo en el país, sí debió desarrollar esta temática, máxime si este Reglamento sirve de referencia para las entidades en el desarrollo de sus propios Códigos de gobierno corporativo (en los cuales debe ser imperativo y no optativo la justificación del porqué la empresa es pública). Si bien el ordenamiento jurídico contempla esta primera directriz en la Ley General de la Administración Pública, falta desarrollo en cuanto a esta directriz, el cual se podría lograr mediante disposiciones en Reglamentos como el Acuerdo SUGEF, que debería incluir este elemento (exposición clara de las razones y objetivos que justifican la propiedad pública, de tal manera que respondan a un interés del conjunto de los ciudadanos) como uno más de los que constituyen una base adecuada de gobierno corporativo.

Por otro lado, de acuerdo con la **segunda directriz** de la OCDE, el marco de gobierno corporativo de las empresas públicas debe propiciar la profesionalidad, eficacia y transparencia. Para ello, la OCDE aclara que el Estado debe ser un propietario informado y activo, pero que también, al mismo tiempo, es suministrador de bienes y servicios. El Gobierno no debe intervenir en la gestión de las empresas públicas, sino que debe permitir que este tipo de empresas opere con autonomía, ya que el Estado funge únicamente como un accionista y no puede pretender estar redefiniendo los objetivos de la empresa pública mediante métodos que no atienden a la transparencia.

En relación con esta temática, del análisis y lectura de los artículos del **Acuerdo SUGEF 16-16**, es posible afirmar que las disposiciones velan por la consecución

de profesionalidad y eficacia de los entes. En este sentido, el Reglamento es enfático en señalar que el Órgano de Dirección (o bien, Junta Directiva) debe propiciar los mecanismos para la transparencia y rendición de cuentas de la entidad a las partes interesadas, e incluso desarrollar una política para gestionar los eventuales conflictos de intereses que surjan (o bien, evitar la aparición de tales).

En cuanto a la profesionalidad de las entidades públicas, es importante destacar que el Reglamento en sus disposiciones establece la necesidad de que tanto los miembros del Órgano de Dirección de la empresa, así como de la Alta Gerencia, gocen de la competencia y perfil necesarios para el puesto. De esta manera, se dispone que los puestos claves dentro de la empresa estén conformados por personas aptas, en criterios académicos, técnicos y de experiencia.

Es relevante indicar que en la medida en que el criterio de selección de estos puestos claves se base en esos criterios, el gobierno no entrará a ejercer influencia en las empresas públicas menoscabando la transparencia, sino que, el personal estará debidamente calificado, propiciando así la eficiencia en la empresa pública.

Asimismo, el Acuerdo SUGEF 16-16 contempla la importancia de que las empresas cuenten con directores independientes (incluso dentro de los comités técnicos que prevé para su buen funcionamiento), lo cual brinda una garantía más de la búsqueda por la transparencia en la empresa, y autonomía frente a la figura de gobierno.

Además, dentro de esta segunda directriz de la OCDE, se debe recordar que se establece la obligación de la entidad propietaria de rendir cuentas a los órganos de representación y estar en coordinación con los correspondientes organismos públicos e instituciones de auditoría estatal. Al respecto, cabe mencionar que el Reglamento SUGEF, a lo largo de sus artículos, es claro en manifestar que el Órgano de Dirección de las empresas deberá mantenerse en contacto con la

superintendencia supervisora, e informarle sobre hechos que pongan en riesgo la solvencia de la entidad.

Aunado a lo anterior, se dispone que este órgano debe asumir una actitud de colaboración con los auditores y demás autoridades nacionales, en el sentido de brindarles información requerida importante. Con ello, se evidencia que el Reglamento posee el objetivo de que el Estado costarricense asuma su papel de propietario informado y activo, sin restarle autonomía a las empresas públicas en sus distintas funciones y labores (tal y como lo dispone la OCDE).

Siguiendo el análisis, de conformidad con la **tercera directriz** de la OCDE, bajo el marco de gobierno corporativo de las empresas públicas, se debe garantizar la igualdad de condiciones y competencia leal en los mercados en los que tanto el sector público como privado, realizan actividades económicas. Esta disposición de la OCDE, tal y como se desarrolló líneas atrás en esta investigación, tiene lugar en razón de que en la práctica general se realizan distinciones de índole normativo al regular a las distintas empresas, y se otorgan ciertos beneficios a las empresas públicas que no se les conceden a las privadas.

A criterio de las investigadoras, el Acuerdo SUGEF 16-16 proporciona un trato igualitario en este sentido, ya que las disposiciones contemplan tanto a las empresas públicas como a las privadas, sin hacer mayor distinción o beneficios para las que son propiedad del Estado. Además de ello, la supervisión de las superintendencias y la obligación de acatar la normativa de gobierno corporativo se ejerce para todas las entidades que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento.

A pesar de ello es indispensable indicar que la legislación costarricense sí contempla distinciones de índole normativo para la propiedad estatal, atinentes a la materia tributaria. Es así que la Ley sobre el Impuesto sobre la Renta, No. 7092, en su artículo 3 incluye entre las entidades no sujetas al impuesto, “las instituciones autónomas y semiautónomas del Estado que por ley especial gocen de exención”, con lo cual se otorga la posibilidad a determinadas empresas

públicas de recibir el beneficio fiscal de no pagar impuesto sobre la renta. En otras palabras, se les brinda una opción a las empresas públicas al aprobarse la ley especial, opción que no poseen las empresas públicas.

Es importante subrayar que la OCDE rechaza las leyes que discriminan de forma injustificada entre las empresas públicas y el resto de empresas que compiten en el mercado, ya que las empresas de propiedad estatal deben acatar normas tributarias y de financiamiento, al igual que las demás. En este orden de ideas, distinciones normativas como la recién mencionada, contrarían esta tercera directriz, ya que ciertas empresas públicas poseen la posibilidad de encontrarse en una posición de ventaja en relación con las empresas privadas, al no incurrir en el pago del impuesto y ahorrarse el dinero en la dinámica y competencia empresarial.

En cuanto a la **cuarta directriz** de la OCDE se debe hacer una observación de importancia. Esta directriz, tal y como se explicó líneas atrás, estipula que cuando las empresas públicas coticen en bolsa o cuando entre sus propietarios se incluyan inversores no estatales, el marco de gobierno corporativo debe garantizar un trato equitativo a todos los accionistas y el acceso igualitario a la información corporativa.

Al respecto, cabe señalar que, en Costa Rica, efectivamente sí existen empresas públicas que cotizan en la Bolsa Nacional de Valores (según la definición de cotizar que se desarrolló en apartados anteriores). Así, por ejemplo, la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE) y otras instituciones incluso mencionadas en el cuadro que se elaboró, constituyen emisores en el mercado de valores. Sin embargo, los valores que cotizan estas empresas públicas no son acciones, sino otros, tales como títulos de deuda.⁴⁷⁰

Después de un estudio exhaustivo de las empresas públicas costarricenses, es posible dilucidar que estas poseen al Estado como el dueño de la totalidad de las

⁴⁷⁰ Bolsa Nacional de Valores, “Empresas que cotizan en BNV, Costa Rica”, sitio web, consultado el 01 de febrero, 2017, <http://www.bolsacr.com/inversionistas/emisores-que-cotizan-en-bnv>.

acciones, y actualmente no se cuenta con una ejemplificación de un ente público que cotice acciones en la Bolsa (aunque no existe regulación que prohíba tal cuestión).⁴⁷¹ Es por esta razón que, la cuarta directriz de la OCDE no viene a ser, hoy día, de aplicación para el país, ya que a pesar de que las empresas públicas que cotizan en la bolsa, lo hacen enfatizando el trato equitativo que se le debe dar a todos los accionistas, en el caso de que se incluyan inversores no estatales. En otras palabras, la OCDE se refiere a las empresas públicas que específicamente cotizan en la bolsa de acciones, ya que su verdadero interés es proteger a los accionistas dentro de una empresa pública, que no sea parte del Estado.

De conformidad con la quinta directriz de la OCDE, las empresas públicas ostentan responsabilidades frente a los actores interesados, y deben informar sobre sus relaciones con los mismos. Es relevante destacar que el ordenamiento jurídico costarricense, mediante el Acuerdo SUGEF 16-16, define las partes interesadas o actores interesados como “órgano interno o externo, o persona física o jurídica con un interés legítimo en el desempeño y actividades de la entidad, en su grupo o conglomerado financiero, en virtud de sus funciones o cargos, o por los intereses o relaciones económicas que mantiene con estos.”⁴⁷²

En esta línea de ideas, se visualiza que la OCDE y el mencionado Acuerdo SUGEF coinciden en criterios sobre lo que significa ser un actor interesado y su importancia. Así, el Acuerdo dispone que se deben emitir políticas para la relación con los actores interesados, las cuales son elaboradas por el Órgano de Dirección o Junta Directiva de las empresas (en este caso, públicas). Además de ello, se evidencia a lo largo del Acuerdo la protección del derecho a la información de estas partes interesadas, y además se prevé la importancia de gestionar soluciones para eventuales conflictos de intereses que afecten el funcionamiento de la compañía. En virtud de lo anterior, este Reglamento sí busca cumplir con lo dispuesto por esta directriz, máxime si cada empresa pública cuenta con su

⁴⁷¹ *Ibíd.*

⁴⁷² Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, *Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo*; 07 de junio, 2017, art. 3 inciso p).

Código de Gobierno <corporativo (mencionado en su artículo 42) para así informar de sus relaciones con terceros.

Por su parte, la **sexta directriz** de la OCDE, expone que las empresas públicas deben propiciar transparencia y someterse a las mismas exigencias en materia de contabilidad, publicidad, cumplimiento y auditoría, que las empresas cotizadas. Al respecto, el **Acuerdo SUGEF 16-16** también contempla esta Directriz, ya que es posible afirmar que las disposiciones del mismo están encaminadas a una rendición de cuentas y transparencia, al establecer claramente las funciones del Órgano de Dirección y de la Alta Gerencia de una empresa. Asimismo, el Acuerdo prevé la existencia de comités técnicos en las empresas (incluso señala que toda empresa debe tener un comité técnico de auditoría), y reitera la importancia de las auditorías tanto internas como externas.

El Acuerdo SUGEF enumera la información relevante que debe ser conocida por los actores interesados en una empresa pública, y además, la información que se debe rendir en los informes periódicos a la Superintendencia supervisora. Los aspectos que buscan la transparencia en las empresas públicas y velan por mitigar acciones tendientes a ejercer influencias de gobierno o buscar beneficios que no sean del negocio o actividad.

Por último, la **sétima directriz** es enfática en señalar que los Consejos de Administración de las empresas públicas poseen las funciones de orientación estratégica y supervisión de la gestión, para lo cual deben gozar de tres componentes claves: la autoridad, las competencias y la objetividad necesarias.

Al respecto, cabe señalar que el **Acuerdo SUGEF 16-16** dedica su capítulo II a la temática del Órgano de Dirección (el cual es sinónimo de Junta Directiva o Consejo de Administración). Así, en su artículo 5, le otorga al Consejo de Administración competencia y autoridad para el desarrollo de sus funciones, al disponer que:

es el responsable de la estrategia, de la gestión de riesgos, de la solidez financiera o solvencia, de la organización interna y estructura de Gobierno corporativo de la entidad regulada. Delega la administración de las tareas

operativas, pero no la responsabilidad y debe rendir cuentas por la gestión de los recursos y por el seguimiento de las acciones de sus delegados y de los comités.⁴⁷³

Este artículo evidencia que se está propiciando en el Órgano de Dirección las funciones de estrategia y supervisor de la gestión en los tópicos de Gobierno corporativo indispensables en una empresa. El artículo no especifica si empresa pública o privada, por lo que se debe interpretar que se refiere a la Junta Directiva en ambas.

Además de lo señalado anteriormente, es importante destacar que, a lo largo del Reglamento, al Consejo de Administración sí se le brinda la importancia que amerita, al punto que se menciona en la mayoría de los artículos. En esta línea de ideas, el Reglamento es acorde con la Directriz de la OCDE.

Es relevante concluir que, el “Acuerdo SUGEF 16-16 Reglamento sobre Gobierno corporativo” es una reforma de alta importancia para el ordenamiento jurídico costarricense e incluso es la base de este análisis debido a su especificidad en la temática.

En esta línea de ideas, es posible afirmar que contempla de manera general las disposiciones contenidas en las directrices de la OCDE sobre gobierno corporativo. El hecho de que sea un Reglamento que aplique tanto para empresas públicas como privadas, supervisadas por las Superintendencias, evidencia un interés por la obtención de competencia leal entre las empresas, sin beneficios indebidos.

No obstante, es preciso señalar que el Reglamento carece de sanciones, lo cual es un elemento importante en contra, debido a que sin la presencia de sanciones muchas de las empresas públicas podrían incumplir al no existir consecuencias por el no acatamiento.

⁴⁷³ Ibid., art. 5, inciso p).

Conclusiones

Una vez finalizado el presente trabajo de investigación, se procede a presentar las conclusiones que de él se derivan, en relación con los objetivos propuestos y la hipótesis planteada.

En primer lugar, de un análisis de las principales características de las normas de la OCDE sobre gobierno corporativo (los principios y las directrices), es pertinente concluir que la OCDE ofrece, mediante dichos instrumentos, una **guía** para que los países miembros de la organización, e incluso aquellos no miembros, implementen su marco de gobierno corporativo según sus **características individuales**, en la búsqueda de su crecimiento económico.

En cuanto a ello, se extrae que el objetivo de la OCDE no es promover una regulación excesiva de gobierno corporativo, sino **flexible** según las circunstancias particulares de cada país y específicamente, de cada sociedad o empresa; motivo por el cual, los mecanismos de evaluación de cumplimiento de la organización hablan de **resultados y no de medios** (es decir, lo importante será que efectivamente se alcance la concordancia con los estándares, y no los medios jurídicos empleados para ello).

De lo anterior se desprende que dichos instrumentos de la OCDE deben adaptarse a las **circunstancias actuales** de los países (en el ámbito político, económico, social, etc.). Precisamente, en razón de ello, los principios han sido sujetos de varias revisiones, lo cual ha producido **versiones actualizadas**. Por su parte, las directrices se crearon como un **complemento** para los principios, en una materia específica, por lo que su fecha de publicación es posterior y actualmente se cuenta con una única versión.

En esta línea de ideas, consideramos que el instrumento de los principios cuenta con **mayor fuerza** que las directrices, ya que a pesar de que tengan ámbitos de aplicación distintos, los principios, al anteceder en una significativa diferencia de años a las directrices, poseen mayor desarrollo normativo y doctrinario a nivel

internacional, y además su existencia no depende de ningún otro instrumento. Prueba de ello es el hecho de que la OCDE no ha formulado mecanismos de evaluación de cumplimiento específico para las directrices, pero sí para los principios, aspecto que refleja una vez más su condición de complemento.

En cuanto al ámbito de aplicación de los principios, es posible concluir que este abarca a las **sociedades anónimas que cotizan en bolsa**. No obstante, no existe prohibición de aplicarlos en **cualquier tipo de sociedad**, independientemente de su naturaleza y tamaño, ya que la búsqueda de la OCDE es su implementación en aras de promover el bienestar económico.

En relación con las directrices, se concluye que su ámbito de aplicación involucra a las **empresas públicas**, definidas por la OCDE y por la Sala Constitucional del país de forma coincidente. Es posible concluir que la OCDE, cuando habla de cotizar en la bolsa, se refiere a cotizar **acciones** (no cualquier otro título valor).

Por otro lado, es importante concluir que, con frecuencia, los principios se **interrelacionan** entre sí, de manera que el cumplimiento de un principio propiciará la realización de otros. Inclusive, muchas temáticas de las Directrices ya son incluidas dentro de los principios, y lo que las distingue es su ámbito de aplicación.

Además, se arribó a la conclusión de que los instrumentos (en especial, los Principios) poseen gran **credibilidad internacional**, al punto de que son eje de referencia de otras entidades internacionales como el Banco Mundial, y se incluyen con gran frecuencia dentro de los mejores estándares y rankings de Gobierno corporativo.

En lo que respecta al análisis del grado de obligatoriedad de los principios y directrices, se determinó que, los instrumentos **sí resultan obligatorios** para los países miembros y para aquellos que se encuentran en el proceso de adhesión a la organización.

De acuerdo con una **lectura meramente literal** de la **Convención** de la organización y de los **textos** de los instrumentos, las normas **no son vinculantes**

y constituyen recomendaciones no obligatorias para los países miembros y los posibles adherentes. Sin embargo, mediante un **análisis de Derecho Internacional público y el desarrollo del presente trabajo de investigación**, se evidencia que los instrumentos **sí resultan obligatorios** para dichos países.

El proceso de adhesión que establece la OCDE y la elaboración de la **hoja de ruta**, refleja el carácter obligatorio de los instrumentos, ya que dicha Hoja contiene los **requerimientos** que la Organización le solicita a determinado país para que éste ingrese, los cuales incluyen, entre otras materias, requisitos en torno al **gobierno corporativo**. En el caso concreto de la Hoja de Ruta que se elaboró para **Costa Rica**, nos percatamos de que los cinco requerimientos sobre gobierno corporativo contenidos en ella, **giran en torno a los principios y las directrices**, confirmándose que sí resultan de acatamiento obligatorio para adherirse a la OCDE, a pesar de su carácter de recomendación en algún momento atribuido.

Sobre el proceso de adhesión a la OCDE, se desprende que, a pesar de que exista la posibilidad de que un país ingrese sin haber cumplido la totalidad de las acciones exigidas (decisión que quedará a criterio de la Organización), se debe dar la condición de que exista un **compromiso firme** por cumplir tales acciones. Se concluye que dicho compromiso firme posee estrecha relación con conceptos de relevancia en el Derecho Internacional y que también confirman la obligatoriedad de los instrumentos, como lo son **compliance** (compromiso de cumplir) y **soft law** (que genera expectativas de cumplimiento y se basa en el principio de buena fe internacional, a pesar de que se trate de normas en apariencia no vinculantes).

Es posible concluir que la simple existencia de los **mecanismos de evaluación de cumplimiento de la OCDE**, desarrollados para los principios, es una manifestación de la **obligatoriedad** de los instrumentos sobre Gobierno corporativo, ya que la OCDE elaboró un texto específico para determinar cómo evaluar a los países, documento que no existiría si en la práctica fueran meras recomendaciones que no se toman en cuenta en procesos de adhesión de los distintos países.

Asimismo, también se logra evidenciar que la experiencia de **Chile** es un ejemplo de la obligatoriedad de los instrumentos y del protagonismo de los mismos en los procesos de adhesión de los distintos países. Es posible extraer que **dos de las cuatro modificaciones legales indispensables** realizadas por Chile para ingresar, incorporaron disposiciones sobre **gobierno corporativo**. En otras palabras, Chile ingresó a la OCDE por reformar el **gobierno corporativo** de CODELCO (empresa pública) y de empresas privadas, en concordancia con los instrumentos de la OCDE.

Al respecto, es posible concluir que la **experiencia chilena** debe servirle de **referente a Costa Rica**, al ser un país latinoamericano que ya logró ingresar de forma efectiva. El país debe tomar en cuenta que a Chile le tomó 20 años reformar su sistema para adherirse a la OCDE, por lo que se trata de un proceso largo y de arduo esfuerzo. Asimismo, se debe considerar que Chile actualmente continúa mejorando su **gobierno corporativo** a pesar de ser país miembro de la Organización, por lo que al igual que se hace con los Principios, el **ordenamiento jurídico** debe someterse a **constantes revisiones y mejoras**, que se adapten a las circunstancias actuales del mercado.

Por último, en el presente trabajo de investigación se logró examinar la situación jurídica actual de Costa Rica en materia de **gobierno corporativo**, tanto a nivel de sector público como de sector privado. Lo anterior se hizo en relación con lo estipulado en los instrumentos sobre gobierno corporativo de la OCDE. Esto permitió dilucidar las principales acciones que se deben tomar en el país a nivel jurídico, ello en virtud de interés por ingresar como miembro de la OCDE.

Dicho esto, cabe hacer una serie de consideraciones al respecto. Al realizar este análisis normativo, necesario para examinar la situación jurídica actual del país, nos percatamos que la **mayoría de la regulación** en materia de gobierno corporativo costarricense se encuentra enmarcada principalmente en el **Código de Comercio y en los Acuerdos de la SUGEF, específicamente el 16-09 y 16-16**, este último aun no vigente, pero próximo a estarlo.

¿Y hay concordancia entre lo que estipula la OCDE y el marco normativo nacional? Sobre el contenido de las directrices, es posible afirmar que sí existe una **concordancia significativa**, principalmente porque el **Acuerdo SUGEF 16-16** aborda oportunamente los asuntos planteados por la OCDE en materia de Gobierno corporativo para empresas públicas. Cabe agregar que el Acuerdo SUGEF 16-16 mejora considerablemente respecto a su antecedente (Acuerdo SUGEF 16-09). El único particular en el que el país podría estar siendo disidente con la organización, es aquel dónde la OCDE exige un tratamiento igualitario por parte del Estado hacia las empresas públicas y privadas, ya que la ley nacional sí contempla determinados **beneficios tributarios** en favor de las empresas públicas. Asimismo, respecto a las Directrices, se concluye que es necesario tomar en cuenta la posibilidad de que la **OCDE valore**, de la misma forma que lo hizo en Chile con la empresa CODELCO, que hay **empresas públicas más importantes que otras**, y, por ende, les exija reformas específicas.

En cuanto a los principios, podría concluirse que hay un **cumplimiento parcial** por parte del país. Si bien se denotan esfuerzos importantes, hay ciertas falencias normativas, tal y como la **falta de regulación expresa** que exima de responsabilidad a los miembros de la Junta Directiva en las decisiones que tomen en función de su cargo, o la **falta de claridad** sobre la divulgación de medidas de Gobierno corporativo que aplican las empresas extranjeras que cotizan en el país, así como otros aspectos que se desarrollaron dentro del contenido del trabajo.

A pesar de lo anterior, el país fue más allá en otros aspectos que los principios no exigían, tal es el caso de las **reformas de gobierno corporativo** que alcanzaron **sociedades que no cotizan en bolsa**, como sucedió con la **Ley de protección al inversionista minoritario**. Esto pudo suceder como derivación de un afán intenso, pero **mal direccionado**, por llevar a cabo medidas de cumplimiento. Y es que el país **no** puede hacer reformas a la luz de las disposiciones de la OCDE **dejando de lado la realidad práctica nacional**, ya que es la misma organización la que dice que los principios se deben aplicar según corresponda, sin incurrir en una regulación excesiva que más bien trunque la dinámica del mercado.

Finalmente, en lo que respecta a la concordancia de los instrumentos con la legislación nacional, se debe indicar que el país sí está siendo **omiso** en un aspecto clave: las **sanciones**. Para la OCDE, tanto en el contenido de sus instrumentos como en la **metodología** que se explicó a lo largo del trabajo, se habla de la **importancia de las sanciones**, las cuales no han sido desarrolladas ni para el sector público ni el privado.

Consecuentemente, sobre las acciones que el país debe adoptar, están **reformas legislativas** que permitan que nos aproximemos cada vez más al contenido de las disposiciones de la OCDE en materia de gobierno corporativo. Sin embargo, se deben tratar de **reformas enfocadas en los resultados**, pues no se trata de hacer una cantidad voluminosa de reformas si no tienen utilidad práctica para los efectos. Cabe mencionar que, durante la elaboración del presente trabajo, se han llevado a cabo parte de estas reformas, como fue la promulgación de la **Ley de protección al accionista minoritario y el Acuerdo SUGEF 16-16**, ambos ya citados. Asimismo, el país se ha esforzado por participar de forma notable en relación con otros mecanismos empleados por la OCDE, tal y como las **mesas redondas** y otras iniciativas donde se intercambia, con distintos países, experiencias relativas a sus gobiernos corporativos.

Por haber una aproximación importante respecto a la mayoría de disposiciones de Gobierno corporativo de la OCDE y, en virtud de esta participación activa de Costa Rica en diferentes dinámicas de la OCDE, a criterio de las investigadoras es posible que al país le suceda lo explicado por el Ministro de Comercio, el señor Alexander Mora, en los términos de que se nos permita hacer **ingreso** a la OCDE aun con **cambios pendientes** en materia de Gobierno corporativo. No obstante, se debe tomar en cuenta que siempre existe la posibilidad de que la OCDE dictamine el rechazo si no hacemos algún cambio dentro del plazo propuesto. Esto último permite concluir también que existe **cierta subjetividad** en el proceso de adhesión y los mecanismos de evaluación aplicados por la OCDE.

Respecto a la hipótesis planteada para la presente investigación, es posible señalar que **se cumple parcialmente**. Se había afirmado que los instrumentos

jurídicos de la OCDE en materia de gobierno corporativo tienen un grado de obligatoriedad para los estados miembros, y en consecuencia una serie de implicaciones jurídicas para el país en virtud de que el escenario jurídico actual del país en materia de gobierno corporativo no es concordante con lo que estipulan estos instrumentos de la OCDE. Sí se logró demostrar que los principios y las directrices son vinculantes para el país, conforme al análisis esbozado dentro de la investigación, en su afán por convertirse en un miembro de la organización.

Sin embargo, la hipótesis se demuestra parcialmente en lo que respecta a la afirmación de que el marco legislativo del país no es concordante con lo que estipulan los instrumentos de gobierno corporativo de la OCDE, ya que sí hay varios aspectos coincidentes, y no es del todo cierto que el panorama es totalmente antagónico con lo dispuesto por la organización.

Ahora bien, como esta investigación gira en torno a un tema sumamente actual y en pleno desarrollo, quedan **ciertos asuntos sin resolver**. Uno de ellos es que no se sabe de qué forma se van a aplicar, en el plano práctico, las recientes reformas. La Ley de Protección al Inversionista Minoritario tiene vacíos importantes que eventualmente podrían reglamentarse y, por ende, incluir variables que vengán a cambiar la dinámica de mercado del país. Asimismo, queda pendiente conocer de qué forma van a aplicar las superintendencias el Acuerdo SUGEF 16-16 próximo a entrar en vigencia y de qué manera se va a manejar lo relativo a las medidas de cumplimiento.

Asimismo, cabe indicar que los documentos oficiales de la OCDE se encuentran en su gran mayoría en los idiomas inglés y francés, no en español. Así sucede, por ejemplo, con el texto de las Directrices e incluso con el de la hoja de ruta del país. A criterio de las investigadoras, es imperante una traducción con lenguaje claro por parte de la OCDE de tales documentos, máxime que se trata de países de habla hispana y los términos empleados son jurídicos, por lo que es importante su correcta y específica comprensión, para así cumplir a cabalidad con los estándares.

Este proyecto de investigación pretende ser un aporte importante en este camino que emprende el país hacia la adhesión a la OCDE, sin embargo, somos conscientes que, como toda investigación, se deja abierta la puerta para que futuros investigadores la amplíen, ya sea apoyando lo aquí desarrollado, o exponiendo posiciones en contra de los resultados a los que hemos arribado. Cabe hacer la salvedad que, de acuerdo con los mecanismos de evaluación estudiados, la OCDE evalúa a los países de **forma interdisciplinaria**, involucrando expertos de distintas ramas de conocimiento. El análisis es meramente jurídico, por lo que también se deja la puerta abierta para que se analice este mismo tema desde otras ópticas, como por ejemplo una económica o incluso política.

Referencias Bibliográficas

Fuentes digitales:

América Económica Internacional, Semanario de información económica y financiera. “América Latina en los noventa: los déficits del crecimiento.” (s.f.). Consultado 21 de mayo, 2016, <http://www.americaeconomica.com/reportajes2/yanez.htm>

Arroyo Chacón, Jennifer Isabel. “El ciclo de vida de las sociedades mercantiles.” Derecho en Sociedad N° 2, (febrero, 2012). Facultad de Derecho, Ulacit, Costa Rica. Consultado 17 de enero, 2017, http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/52_08jenniferisabelarroyochacon5.pdf

Asociación Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica. “Código voluntario de mejores prácticas de gobierno corporativo.” Segunda edición. (2014). Consultado 12 de febrero, 2017, <http://igc-costarica.org/wp-content/uploads/igc/libros/018dad4c6438b759d2f0c4df9d33f587.pdf>

Banco Mundial. “Doing Business 2017.” (2016). Consultado 13 de enero, 2017, <http://espanol.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2017>.

Banco Mundial. “Facilidad para hacer negocios en Costa Rica.” Sitio Web, Consultado 13 de enero, 2017, <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/costa-rica>

Barberis, Julio A. “El concepto de Tratado Internacional.” Anuario de derecho internacional. (1982). Consultado 28 de octubre, 2016, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r15461.pdf>

Becerra Ramírez, Manuel. "Control de cumplimiento en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos." Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. (s.f). Consultado 01 de diciembre, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2673/8.pdf>

Bernal, Andrés et al. "Gobierno corporativo en América Latina, Importancia para las Empresas de Propiedad Estatal." Banco de Desarrollo de América Latina (CAF). (2012). Consultado 28 de noviembre, 2016, <http://www.oecd.org/daf/ca/secondmeetinglatinamericasoenetworkcafwhitepaper-spanish.pdf>.

Bleckwedel, Eugenio Ricardo. "El Plan Marshall y la recuperación económica de Europa." Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas. (1952). Consultado 04 de diciembre, 2016, http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tesis/1501-0560_BleckwedelER.pdf

Boretto, Mónica M. "Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual." Universidad Bernardo O'Higgins. (2012). Consultado 21 de setiembre, 2016, <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2012/07/02-M%C3%B3nica-Boretto.pdf>

Bradley, Ruth. "Gobierno corporativo en la encrucijada." Cámara Chilena Norteamericana de Comercio. (22 de octubre, 2012). Consultado 01 de diciembre, 2016, <http://www.amchamchile.cl/2012/10/gobierno-corporativo-en-la-encrucijada/>.

Brand Voice de Grupo Nación. "Anímese a pasar del ahorro a la inversión." (2016). Consultado 30 de enero, 2017,

http://www.nacion.com/brandvoice/mercado_de_valores-inversion-puesto_de_bolsa-acciones-bonos-Sugeval_19_1593430642.html

Cabeza García, Laura y Gómez Ansón, Silvia. “Análisis de la influencia de gobierno corporativo en la performance empresarial.” Principado de Asturias y Fundación de Estudios Financieros. (s.f.). Consultado 20 de abril, 2016, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2527648.pdf>

Castrillo, Luis Ángel y San Martín, Juan Manuel. “La propiedad familiar como mecanismo de gobierno disciplinador de la dirección en las empresas mexicanas: Una evidencia empírica.” Artículo de investigación, México (2007). Consultado 01 de noviembre, 2016, http://scielo.unam.mx/scielo.php?pid=S0186-10422007000200005&script=sci_arttext

Centro de Gobierno corporativo. “La tenencia indirecta de acciones y el derecho de voto en las sociedades cotizadas tras la ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la ley de sociedades de capital.” (2011). Consultado 01 de noviembre, 2016, <http://www.centrobuengobierno.ie.edu/wp-content/uploads/sites/87/2013/11/Inv-Pub-CGC-2011RMROctubre.pdf>

Collado González, Rafael. “Cultura del Compliance: de más, a mucho más.” Ferrada Nehme. (2016). Consultado 21 de setiembre, 2016, <http://www.fn.cl/noticias/cultura-del-compliance-de-mas-a-mucho-mas/>

Comisión Nacional del Mercado de Valores. “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas.” Madrid (2015). Consultado 01 de noviembre, 2016, https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf

Comisión Nacional del Mercado de Valores. “Las preguntas que debe hacerse todo accionista de una compañía cotizada.” Oficina de atención al inversor, Guía informativa. España (2009). Consultado 01 de noviembre, 2016, http://www.cnmv.es/DOCPORTAL/Publicaciones/Guias/guia_accionistacc.pdf

Companies circle-Corporate Governance. “Guía Práctica de Gobierno corporativo. Experiencia del Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana.” (2010). Consultado 15 de febrero, 2017, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/665e3a004858342b8e49effc046daa89/Spanish_Practical_Guide_Full.pdf?MOD=AJPERES.

Cook, T.D. y Reichardt, CH.S. “Métodos cualitativos y cuantitativos en investigación evaluativa.” (1986). Consultado 04 de enero, 2017, http://www.fceia.unr.edu.ar/geii/maestria/2014/DraSanjurjo/12de20/Cook_Reichardt.pdf.

Corporación Financiera Internacional. “Guía práctica de Gobierno corporativo. Experiencias del Círculo de Empresas de la Mesa Redonda Latinoamericana.” (2010). Consultado 13 de enero, 2017, http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/665e3a004858342b8e49effc046daa89/Spanish_Practical_Guide_Full.pdf?MOD=AJPERES

Cruz Reyes, Guillermo. “Responsabilidades de los Miembros del Consejo de Administración.” Asesores de consejo y alta dirección. (2012). Consultado 28 de noviembre, 2016, <http://www.acad-mx.com/publicaciones/Responsabilidades%20de%20los%20Miembros%20del%20Consejo%20de%20Administraci%C3%B3n.pdf>

Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. “Experiencia de Chile en OCDE contribuye a intensificar el diálogo con miras a la adhesión de Costa Rica a la organización.” (4 de setiembre, 2014). Consultado 21 de febrero, 2016, <https://www.direcon.gob.cl/2014/09/experiencia-de-chile-en-ocde->

[contribuye-a-intensificar-el-dialogo-nacional-con-miras-a-la-adhesion-de-costa-rica-a-la-organizacion/](#)

Figuerola D, Luis y Santibáñez M, Francisco. “Gobiernos Corporativos y Directores Independientes.” División de Estudios y RR. II Superintendencia de Valores y Seguros de Chile. (s.f.). Consultado 20 de enero, 2017, https://www.svs.cl/portal/principal/605/articles-13944_GobCorp_Directores.pdf

Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado. “Normas de la OCED con respecto a las empresas de propiedad del Estado.” (s.f.). Consultado 21 de noviembre, 2016, http://www.fonafe.gob.pe/UserFiles/File/downloads/Normas_OECD.pdf

Foro de Estabilidad Financiera. “Guía para el Desarrollo de Sistemas Efectivos de Seguro de Depósitos.” (2001). Consultado 21 de julio, 2016, http://www.iadi.org/en/assets/File/Core%20Principles/Final_Report_Spanish.pdf

Fuenmayor E, Alejandro. “El derecho de acceso de los Ciudadanos a la Información Pública.” Oficina de la UNESCO para América Central. (2004). Consultado 28 de noviembre de 2016, http://portal.unesco.org/es/file_download.php/561ff4bc2719856c5184270296fc48f5EL+DERECHO+DE+ACCESO+DE+LOS+CIUDADANOS+A+LA+INFORMACION+PUBLICA.pdf

Gandía, Juan Luis y Pérez, Tomás Andrés. “e- Gobierno corporativo y transparencia informativa en las sociedades cotizadas españolas: un estudio empírico.” Dirección de Estudios y Estadísticas, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Monografías No. 8. (2005). Consultado 01 de noviembre, 2016, https://internet.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/MONOGRAFIAS/MON2005_8.PDF

Gertler, Paul J., Martínez, Sebastián, et al. "La evaluación de impacto en la práctica." Banco Mundial. (2011). Consultado 23 de enero, 2017, http://siteresources.worldbank.org/INTHDOFFICE/Resources/IEP_SPANISH_FINAL_110628.pdf

González Feldmann, Cynthia. "La implementación de tratados internacionales de derechos humanos por el Paraguay." Universidad Nacional Autónoma de México. (s.f.). Consultado 20 de enero, 2017, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2226/5.pdf>

González Huerta, Begoña. "Cooperación Económica: del Plan Marshall al G-20 (1944-2012)." Universidad Complutense de Madrid. (s.f.). Consultado 04 de diciembre, 2016, <http://www.publicacionescajamar.es/pdf/publicaciones-periodicas/mediterraneo-economico/22/22-341.pdf>

Grimaldo Lozano, Leydi Carina. "La importancia de las auditorías internas y externas dentro de las organizaciones." (2014). Consultado 28 de noviembre, 2016, <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13537/1/Importancia%20de%20las%20Auditorias.pdf>

Hierro Recio, Luis Ángel y Herrera Maldonado, José Miguel. "Mecanismos de intervención del sector público. Las Empresas Públicas." Departamento de Economía e Historia Económica, Universidad de Sevilla. (s.f.). Consultado 21 de octubre, 2016, http://personal.us.es/lhierro/Universidad/Materiales_docentes_files/LA%20EMPRESA%20PUBLICA.pdf

Huerta Ochoa, Carla. "El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional." (2005). Consultado 25 de noviembre, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>

IESE Business School y Russell Reynolds Associates. “Estudio sobre la estructura de los Consejos de Administración: una visión contrastada entre inversores institucionales y presidentes.” (2009). Consultado 28 de noviembre, 2016, <http://www.iese.edu/es/files/ConsejosAdm.pdf>

IESE Business School. “La evolución del concepto stakeholders en los escritos de Ed Freeman.” Universidad de Navarra. (2009). Consultado 27 de noviembre, 2016, http://www.iese.edu/es/files/La%20evaluaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20stakeholders%20seg%C3%BAn%20Freeman_tcm5-39688.pdf

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. “Código de las Mejores Prácticas de Gobierno corporativo.” 4ta edición, Brasil (2011). Consultado 15 de noviembre, 2016, http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/CodigoIBGC_4a_ed_espanhol.pdf

Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica. “Qué es Gobierno corporativo?” Costa Rica (2016). Consultado 01 de noviembre, 2016, <http://igc-costarica.org/gobierno-corporativo/>

Instituto Nacional de Estadística y Censos. “Clasificación de actividades económicas de Costa Rica (CAECR-2011).” Volumen 1. (2011). Consultado 15 de enero, 2017, http://www.inec.go.cr/redcri/Censos/Censo_2011/Manual%20del%20censista/Clasificacion_Actividad%20Economica_Costa%20Rica%202011%20-%20Vol%20I.pdf.

Lastra Lastra, José Manuel. “Conceptos Jurídicos Fundamentales.” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(s.f.). Consultado 03 de enero, 2017,
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/116/25.pdf>

Lefort, Fernando. "Hacia un Mejor Gobierno corporativo en Chile." Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro para el Gobierno de la Empresa, Agenda Pública UC. Chile, (2008). Consultado 01 de noviembre, 2016,
https://www.researchgate.net/profile/Fernando_Lefort/publication/227470452_Hacia_un_mejor_Gobierno_Corporativo_en_Chile/links/00b4953bc7b088f833000000.pdf

Maranto Rivera, Marisol y González Fernández, María Eugenia. "Fuentes de información." Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. (2015). Consultado 21 de enero, 2017,
http://repository.uaeh.edu.mx/bitstream/bitstream/handle/123456789/16700/LEC_T132.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Martínez, Javier. "Sobre el ejercicio de los derechos de voto por parte de los accionistas de sociedades que tengan su sede social en un Estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado, por la que se modifica la directiva 2004/109/ce." Universidad Complutense, Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho. Madrid (2008). Consultado 01 de noviembre, 2016,
http://eprints.ucm.es/6539/1/PROP_DIR_EJERCICIO_DERECHO_DE_VOTO.pdf

McDonald, David A. et al. "Servicios públicos en el Sur Global: Mirada crítica a nuevas formas de gestión." Capítulo 6. (2015). Consultado 26 de noviembre, 2016,
http://www.municipalservicesproject.org/userfiles/file/Malaluan_C6_Puede-lo-publico-sobrevivir-corporatizacion-caso-TNB-Malasia_183-219.pdf

Medialdea, Bibiana y Álvarez, Nacho. “Liberalización financiera internacional, inversores institucionales y gobierno corporativo de la empresa.” Instituto Complutense de Estudios Internacionales. (2008). Consultado 01 de noviembre, 2016, <http://eprints.ucm.es/9031/1/WP07-08.pdf>

Mercado Bassa, Jaime. “El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales.” Estudios Constitucionales, Año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Chile (2008). Consultado 01 de noviembre, 2016, <http://www.cecococh.cl/website/www.cecococh.cl/uploads/pdf/revistas/2008-1/eleestado20.pdf>

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de gobierno de España. “Creación, objetivos y países miembros.” (s.f.). Consultado 11 de agosto, 2016, <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/OCDE/es/quees2/Paginas/Pa%C3%ADses-Miembros.aspx>

Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, Ministerio de la Nación, Secretaría de Política Económica y Planificación de Desarrollo. “G20.” Relaciones Financieras Internacionales, Foros Internacionales. Buenos Aires, Argentina (2004). Consultado 21 de julio, 2016, <http://www.economia.gob.ar/secretarias/politica-economica/relaciones-financieras-internacionales/foros-internacionales/g20/>

Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Relaciones Económicas Internacional. “Canciller Muñoz: La presidencia del Consejo Ministerial de la OCDE es un reconocimiento a lo que hemos hecho durante 25 años.” Chile (2016). Consultado 21 de julio, 2016, <https://www.direcon.gob.cl/2016/04/canciller-munoz-la-presidencia-del-consejo-ministerial-de-la-ocde-es-un-reconocimiento-a-lo-que-hemos-hecho-durante-25-anos/>

Moreno Prieto, Rafael. “El Gobierno corporativo en Iberoamérica: Los stakeholders y la responsabilidad social corporativa.” Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores. (2015). Consultado 26 de noviembre, 2016, <http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/03/Capitulo-13-.pdf>

Nabil Miguel, Nabil y Oneto, Andrés. “El Gobierno corporativo en Iberoamérica: El Buen Gobierno de las Empresas Públicas.” Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores. (2015). Consultado 20 de noviembre, 2016, <http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/03/Capitulo-15-.pdf>

OCDE-División de Relaciones con los Medios de Comunicación. “La OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.” (s.f.). Consultado 04 de diciembre, 2016, http://www.sefome.gob.mx/mejoraregulatoria/docs/QUE_%20ES_OCDE.pdf

Olcese Santonja, Aldo. “Teoría y Práctica del Buen Gobierno corporativo, Prólogo de Antonio M. Borges.” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Barcelona (2005). Consultado 01 de noviembre, 2016, http://www.aldoolcese.es/sites/default/files/aldo_olcese_teor%C3%ADa_y_pr%C3%A1ctica_del_buen_gobierno_corporativo.pdf

Oliveira, M, et al. “El Gobierno corporativo en Iberoamérica: 15 años de Gobierno corporativo en Iberoamérica. Líneas generales de su nacimiento y evolución.” Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores. (2015). Consultado 21 de noviembre, 2016, <http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/03/Capitulo-3-.pdf>

Orellana, Marcos A. “Tipología de instrumentos internacionales.” Naciones Unidas, Comisión económica para América Latina y el Caribe. (2013). Consultado 30 de diciembre, 2016, http://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/1/50791/2013-861_PR10_Tipologia_instrumentos.pdf

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). "OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises." Publicaciones de la OCDE (2015). Consultado 26 de noviembre, 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264244160-en>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. "Acerca de la libertad de información." (s.f.). Consultado 28 de noviembre, 2016, <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/about/>

Organización Internacional del Trabajo. "Quinto punto del orden del día: trabajo decente y crecimiento incluyente y sostenible: Los grandes retos de la política mundial." Ginebra (22 de febrero, 2016). Consultado 15 de noviembre, 2016, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_455736.pdf

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "¿Qué es la OCDE?" (s.f.). Consultado 11 de agosto, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "Acerca de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)." (s.f.). Consultado 21 de febrero, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria." Traducido por el Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid, España (s.f.). Consultado 01 de noviembre, 2016, <https://www.oecd.org/ctp/harmful/37975122.pdf>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "Directrices de la OCDE sobre el Gobierno corporativo de las Empresas Públicas." (2016). Consultado 01 de noviembre, 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258167-es>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "Historia." (s.f.). Consultado 01 de octubre, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/historia-ocde.htm>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "La OCDE establece la hoja de ruta para la adhesión de Costa Rica." (s.f.). Consultado 21 de febrero, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/la-ocde-establece-la- hoja-de-ruta-para-la-adhesion-de-costa-rica.htm>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "Mesa Redonda Latinoamericana de Gobierno corporativo. Capitalizando sobre una década de progreso." (2010). Consultado 01 de noviembre, 2016, <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/47103859.pdf>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "Methodology for assessing the implementation of the OECD Principles of Corporate Governance." OCDE. (2007). Consultado 31 de diciembre, 2016, <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37776417.pdf>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "Miembros y socios." (s.f.). Consultado 04 de diciembre, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/miembros-y-socios-ocde.htm>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. "Principios de Gobierno corporativo de la OCDE". (2004). Consultado 21 de julio, 2016, <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “Principios de Gobierno corporativo de la OCDE y del G20.” (2016). Consultado 21 de julio, 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “Roadmap for the accession of Costa Rica to the OECD Convention (adopted by Council at its 1320th session on 8 July 2015).” (s.f.). Consultado 21 de setiembre, 2016, <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C%282015%2993/FINAL&docLanguage=En>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “Supervision and Enforcement in Corporate Governance.” OCDE. (2013). Consultado 11 de enero, 2017, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/supervision-and-enforcement-in-corporate-governance_9789264203334-en#page5.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “White Paper sobre Gobierno corporativo en América Latina.” OCDE. (2004). Consultado 12 de enero, 2017, http://www.ecgi.org/codes/documents/latin_america_es.pdf

Real Academia Española. Ed. 23. (Madrid, España: 2014). Consultado 02 de enero, 2017, <http://dle.rae.es/?id=EPVwpUD>

Ricar, Joan E. y Rosanas, Josep M. “La Empresa Pública como organización.” IESE Business School, Universidad de Navarra. (1988). Consultado 21 de octubre, 2016, <http://www.iese.edu/research/pdfs/di-0137.pdf>

Sáenz, Raúl E. “La OCDE y el ingreso de Chile.” Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, No. 166. (2010): 93-112. Consultado 01 de diciembre, 2016, <http://www.jstor.org/stable/41392063>

Superintendencia Financiera de Colombia. "Código de Mejores Prácticas Corporativas." Colombia (2007). Consultado 01 de noviembre, 2016, http://www.ecgi.org/codes/documents/cgc_columbia_2007_fr.pdf

Tapella, Esteban. "El mapeo de actores claves." Universidad Nacional de Córdoba. (2007). Consultado 27 de noviembre, 2016, <https://planificacionsocialunsj.files.wordpress.com/2011/09/quc3a9-es-el-mapeo-de-actores-tapella1.pdf>

Vicher, Diana. "La influencia de la OCDE en la elaboración de la política económica." (2014). Consultado 09 de octubre, 2016, http://www.olafinanciera.unam.mx/new_web/18/pdfs/VicherOlaFinanciera18.pdf

Villar, Leonardo. "Lineamientos para el buen Gobierno corporativo de las Empresas del Estado." Corporación Andina de Fomento. (2010). Consultado 20 de noviembre, 2016, http://publicaciones.caf.com/media/25317/lineamientos_gc.pdf

Vives, Xavier. "El buen Gobierno de las Empresas Públicas." Universidad de Navarra, IESE Business School. (2007). Consultado 20 de noviembre, 2016, <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-07-12.pdf>

Artículos de Revista:

Aguirre Hernández, Jorge Manuel, "Las Empresas Públicas." *Revista 11*, Universidad Nacional de México, (s.f.), consultado 01 de diciembre, 2016, <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/10817/9891>

Carlos Andrés De Cores, Carlos Andrés y Cal, Juan Manuel, "El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa." *Revista de*

derecho de la Universidad de Montevideo, N° 11, (2007), consultado 25 de noviembre, 2016, <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf>

Correa Fontecilla, Jorge, “Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho.” *Revista española de Control Externo*, N° 24, Vol.8 (2006).

Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Volumen VI, (2016), consultado 21 de setiembre, 2016, <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>

García Santos, Nieves, “Ética, Equidad y Normas de conducta en los mercados de valores: la regulación del abuso de mercado.” *Ética y Economía*, *Revistas ICE*, No. 823, España (Junio, 2005): 176-177, consultado 01 de noviembre, 2016, http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_823_163-188_A2F3F633B76FD17C96F76DAB1588D67B.pdf

Lagos, Diógenes y Vecino, Carlos Enrique, “Medición de la aplicación de prácticas de Gobierno corporativo en Colombia.” *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas*, Universidad de Nariño, Volumen 12, No. 2 (2011): 233 y 234.

Martínez M., Miguel, “La investigación cualitativa (síntesis conceptual).” *Revista IIPSI*, Facultad de psicología, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, volumen 09, no. 1, (2006): 128, consultado 22 de enero, 2017,

http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVrevistas/Investigacion_Psicologia/v09_n1/pdf/a09v9n1.pdf, ISSN: 1560-909 X.

Peña Neira, Sergio, “Las Fuentes de Derecho Internacional Público, diversidad de tribunales internacionales y generación del Estado de Derecho Internacional Público.” *Revista de Derecho Público*, volumen 77, (s.f.): 432, consultado 28 de octubre, 2016, <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/30936/32663>, citando a Kelsen, Hans, *El contrato y el Tratado (analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho)*. México: Ediciones Coyoacán, 2007.

Presidencia de la República de Costa Rica. “Admiten a Costa Rica como candidata al ingreso OCDE.” (9 de abril, 2015). Consultado 21 de febrero, 2016, <http://presidencia.go.cr/prensa/comunicados/costa-rica-admitida-como-candidata-al-ingreso-ocde/>

Valdés R, Mauricio, “El Control de las Empresas Públicas.” *Revista de Administración Pública*, UNAM, número 59-60, (s.f.), consultada 20 de noviembre, 2016, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administracion-publica/article/view/18338/16483>

Valero, Lorenzo, “Inversores institucionales y Gobierno corporativo.” *Revista 59, El Notario*, Madrid, (2015), consultado 01 de noviembre, 2016, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3973-inversores-institucionales-y-gobierno-corporativo>

Artículos de periódicos:

Castro, Adriana. “Legales: ¿Cómo es la reforma que pretende proteger al socio minoritario?” *El Financiero* (28 de agosto, 2016). Consultado 09 de febrero,

2017, http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/Legales-socio_minoritario_0_1019298082.html

Hayden, William. "Opinión: Privatizar Empresas Públicas." El Financiero (21 de diciembre, 2013). Consultado 20 de abril, 2016, http://www.elfinancierocr.com/opinion/Opinion-William_Hayden-empresas-publicas-privatizacion_0_431356907.html

Madrigal, Luis Manuel. "Así votaron los diputados la Ley de Protección al Inversionista Minoritario." elmundo.cr (04 de agosto, 2016). Consultado 07 de febrero, 2017, <http://www.elmundo.cr/asi-votaron-los-diputados-la-ley-proteccion-al-inversionista-minoritario/>

Monge Dobles, Ignacio. "¿Protege realmente la nueva Ley de Protección al Inversionista Minoritario a este tipo de socios?" El Financiero (13 de noviembre, 2016). Consultado 07 de febrero, 2017, http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/Legales-Ignacio_Monge-inversionistas-socios-acciones-capital_social-ley-regulacion_0_1065493449.html

Mora, Andrea. "Costa Rica es sede de mesa de la OCDE sobre Gobierno corporativo." El País.cr, (08 de setiembre, 2016). Consultado 01 de noviembre, 2016, <http://www.elpais.cr/2016/09/08/costa-rica-es-sede-de-mesa-de-la-ocde-sobre-gobierno-coorporativo/>

Núñez Chacón, María. "Año 2016 será clave para adhesión de Costa Rica a la OCDE." Semanario Universidad, (27 de enero, 2016). Consultado 21 de setiembre, 2016, <http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/ano-2016-sera-clave-para-adhesion-de-costa-rica-a-ocde/>

Pacheco, Silvia. "Inquietud sobre nuevas disposiciones de la Ley 9392 en relación a traspasos, hipotecas y prendas." Punto Jurídico (12 de octubre, 2016). Consultado 10 de febrero, 2017, <http://www.puntojuridico.com/inquietud-sobre-nuevas-disposiciones-de-la-ley-9392-en-relacion-a-traspasos-hipotecas-y-prendas/>

Ramos González, Welmer. "Costa Rica se pone al día en protección de inversionistas minoritarios." GobiernoCR (08 de agosto, 2016). Consultado 08 de febrero, 2017, <http://gobierno.cr/costa-rica-se-pone-al-dia-en-proteccion-de-inversionistas-minoritarios/>

Rodríguez Valverde, Andrea. "Qué contempla la hoja de ruta que seguirá Costa Rica para su ingreso a la OCDE?" El Financiero (16 de julio, 2015). Consultado 21 de setiembre, 2016, http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/OCDE-proceso_0_774522542.html

Sitios Web:

Bolsa Nacional de Valores. "¿Cómo invertir a través de la BNV? ¿Qué es el mercado de valores?" Sitio Web, Consultado 28 de enero, 2017, <http://www.bolsacr.com/principal/index.php?action=invertir-bnv>

Bolsa Nacional de Valores. "Empresas que cotizan en BNV, Costa Rica", Sitio Web, Consultado 01 de febrero, 2017, <http://www.bolsacr.com/inversionistas/emisores-que-cotizan-en-bnv>

Bolsa Nacional de Valores. "Puestos de Bolsa autorizados por la BNV, Costa Rica." Sitio Web, Consultado 01 de febrero, 2017, <http://www.bolsacr.com/inversionistas/puestos-autorizados>

Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. “Bienvenidos.” Página Web, Consultado 14 de febrero, 2017, <http://www.conassif.fi.cr/>

Fondo Monetario Internacional. “Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSCs).” Sitio Web, Consultado 01 de enero, 2017, <https://www.imf.org/external/NP/rosc/rosc.aspx>

Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica. “Bienvenidos al Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica (IGC – Costa Rica).” Sitio Web, Consultado 11 de febrero, 2017, <http://igc-costarica.org/>

Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica. “Historia del IGC-Costa Rica.” Sitio Web, Consultado 11 de febrero, 2017, <http://igc-costarica.org/quienes-somos/>

Instituto de Gobierno corporativo de Costa Rica. “Mesa Redonda de Gobierno corporativo.” Sitio Web, Consultado 01 de diciembre, 2016, <http://igc-costarica.org/ocde-mesa-redonda/>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE.” Sitio Web, Consultado 20 de noviembre, 2016, <http://www.oecd.org/chile/chileprimerpaissudamericanomiembrodelaoecd.htm>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “Más información sobre la OCDE.” Sitio Web, Consultado 09 de octubre, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “OECD Corporate Governance Committee.” Sitio Web, Consultado 31 de diciembre, 2016, <http://www.oecd.org/daf/ca/oecdcorporategovernancecommittee.htm>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “OECD Legal Instruments.” Sitio Web, Consultado 04 de octubre, 2016, <http://www.oecd.org/legal/legal-instruments.htm>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “OECD provides guidance for assessment of corporate governance rules and practices.” Sitio Web, Consultado 01 de enero, 2017, <http://www.oecd.org/general/oecdprovidesguidanceforassessmentofcorporategovernancerulesandpractices.htm>

Superintendencia General de Valores. “Consulta de emisiones.” Sitio Web, Consultado 30 de enero, 2017, <http://www.sugeval.fi.cr/participantesyproductos/Paginas/Productos/Emisiones.aspx>

Superintendencia General de Valores. “Productos del Mercado de valores costarricense en los que puedo invertir.” Sitio Web, Consultado 25 de enero, 2016, <http://www.sugeval.fi.cr/mercadovalores/paginas/productosinversion.aspx>

Normativa:

Asamblea Legislativa. “Código de Comercio; 27 de mayo, 1964.” Sinalevi. Consultado 25 de noviembre, 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=6239

Asamblea Legislativa. “Código Procesal Civil; 03 de noviembre, 1989.” Sinalevi. Consultado 28 de febrero, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=12443&strTipM=TC

Asamblea Legislativa. “Constitución Política de la República de Costa Rica; 07 de noviembre, 1949.” Sinalevi. Consultado 28 de octubre, 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC

Asamblea Legislativa. “Ley de Protección al Inversionista Minoritario N° 9392; 04 de octubre, 2016.” Sinalevi. Consultado 25 de febrero, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=82598&nValor3=105746&strTipM=TC
C

Asamblea Legislativa. “Ley General de la Administración Pública; 02 de mayo, 1978.” Sinalevi. Consultado 03 de marzo, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=13231&nValor3=90116&strTipM=TC

Asamblea Legislativa. “Ley Reguladora del Mercado de Valores; 27 de enero, 1998.” Sinalevi. Consultado 28 de enero, 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29302&nValor3=0&strTipM=TC

Castillo Víquez, Fernando. Procuraduría General de la República. “Opinión Jurídica número 097-J; 13 de octubre, 2009.” Consultado 01 de diciembre, 2016, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=16064&strTipM=T.

Congreso Nacional de Chile. “Ley Núm. 20.392. Modifica el Estatuto Orgánico de la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y las normas sobre disposición de sus pertenencias mineras que no forman parte de yacimientos en

actual explotación; 14 de noviembre, 2009.” Consultado 01 de diciembre, 2016, <http://bcn.cl/1xnrh>.

Congreso Nacional de Chile. “Ley Número 20.382. Introduce Perfeccionamientos a la normativa que regula los Gobiernos Corporativos de las empresas; 13 de octubre, 2009.” Consultado 01 de diciembre, 2016, <http://bcn.cl/1uzc6>.

Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, “Acuerdo SUGEF 16-16, Reglamento sobre Gobierno corporativo; 07 de junio, 2017.” Consultado 01 de febrero, 2017, [https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/documentos/SUGEF%2016-16%20\(v_02%20%20diciembre%202016\).pdf](https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/documentos/SUGEF%2016-16%20(v_02%20%20diciembre%202016).pdf)

Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. “Acuerdo SUGEF 16-09, Reglamento de Gobierno corporativo; 06 de julio, 2009.” SUGEF. Consultado 31 de enero, 2017, [https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/documentos/SUGEF%2016-09%20\(v9%20marzo%202014\).pdf](https://www.sugef.fi.cr/normativa/normativa_vigente/documentos/SUGEF%2016-09%20(v9%20marzo%202014).pdf)

Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. “Reglamento de Oferta Pública de Valores N° 571; 20 de abril, 2006.” Ministerio Público, Poder Judicial. Consultado 01 de marzo, 2017, <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/normativa/nacional/03-delitos%20economicos/04.pdf>

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “Convención de la OCDE; 14 de diciembre, 1960.” Consultado 29 de octubre, 2016, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/convenciondelaocde.htm>

Organization of American States. “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; 23 de mayo, 1969.” Consultado 28 octubre, 2016, http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

Superintendencia General de Valores. “Reglamento de Admisión a cotización y desinscripción de valores; 25 de octubre, 2013.” Bolsa Nacional de Valores S.A. Consultado 28 de febrero, 2017, <https://www.bolsacr.com/principal/documents/files/Emisores/Reglamento%20admisión%20y%20cotización.pdf>

Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Sentencia 01556; 07 de febrero, 2007 15:35 horas.” Consultado 01 de diciembre, 2016, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=395898&strTipM=T&strDirSel=directo.

Tribunal Primero Civil del Primer Circuito Judicial de San José. “Sentencia 00465; 17 de mayo, 2006 10:00 horas.” Expediente 05-000061-0180-CI.

Libros impresos:

Brull, Hugo Rodolfo. *El mercado de capitales globalizado. Al alcance de todos*. Buenos Aires: Editorial Dunken, 2007.

Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, novena edición. España: Taurus Ediciones S.A., 2010.

Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*. San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL, S.A., 3era edición, 1994.

Tesis inéditas:

Díaz Morera, Alex. “La Regulación del Estado Costarricense en la Empresa Pública Organizada como Sociedad Anónima: Caso INS – Bancrédito Valores S.A.” Tesis de Licenciatura en Administración Pública, Universidad de Costa Rica, 2002.

Mora, Luis Alfonso y Muñoz, Edgar Elías. “Situación jurídica del accionista minoritario en la Sociedad Anónima.” Trabajo de Grado para optar por el título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2002. Consultado 01 de noviembre, 2016, <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-51.pdf>

Pacheco Guerrero, Diego Alonso y Tellini Mora, Gustavo Adolfo. “Deficiencias del Sistema societario costarricense: el derecho de información dentro de las sociedades anónimas.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008. Consultado 20 de enero, 2017, http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/deficiencias_del_sistema_societario_costarricense.pdf

Ramos Chacón, Roberto y Rugama Carmona, Melissa. “Supervisión del Sistema Financiero Nacional, análisis de su constitución, desarrollo, responsabilidad del Ente Supervisor en la implementación de los Principios de Basilea y situación actual.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009. Consultado 09 de marzo, 2017, http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/supervision_del_sistema_financiero_nacional.pdf

Sanabria Varela, Leonel. “Los Entes descentralizados indirectos o Paraestatales.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987.

Documentos presentados en conferencias o ponencias:

Coste, Diego. “Estructura jurídica de la empresa y la reforma en el Derecho Argentino”. I Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial y Societario Costa Rica-Guatemala-Argentina, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, 21 de noviembre de 2016.

Gurría, Ángel. “El acceso de Costa Rica a la OCDE: Un camino de mutuo enriquecimiento.” Visita oficial del Secretario General de la OCDE a Costa Rica, Sesión Plenaria con la Asamblea Legislativa, 15 de febrero, 2016. Sitio web, consultado 22 de septiembre de 2016, <http://www.oecd.org/countries/costarica/el-acceso-de-costa-rica-a-la-ocde-un-camino-de-mutuo-enriquecimiento.htm>

Iuale, Corina Andrea. “La equivalencia funcional y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.” Simposio Argentino de Informática y Derecho, Universidad Nacional de La Plata. (2012). Consultado 01 de enero, 2017, http://41jaiio.sadio.org.ar/sites/default/files/23_SID_2012.pdf

Ramos González, Welmer. “Mesa Redonda: La Empresa y la Responsabilidad Civil.” I Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial y Societario Costa Rica-Guatemala-Argentina, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, 21 de noviembre de 2016.

Simon, Jan-Michael. “Jurisdicción Universal. La perspectiva del Derecho Internacional Público.” Ponencia presentada en el “Encuentro Interdisciplinario sobre Jurisdicción Universal”, Universidad Iberoamericana de México y Universidad Rafael Landívar de Guatemala, del 1 al 5 de octubre de 2001, https://www.mpicc.de/files/pdf2/jurisdiccionpenal_simon_2003.pdf