



INTERLOCKING DIRECTORATES EN COLOMBIA: BREVES CONSIDERACIONES DE SU MARCO NORMATIVO, APLICACIÓN Y PRINCIPALES RETOS

Carlos Andrés Uribe P y Luis Daniel Morales H.

Interlocking directorates en Colombia: breves consideraciones de su marco normativo, aplicación y principales retos

Diciembre 2022



Carlos Andrés Uribe P

Director del Departamento de Derecho Económico, de la Pontificia Universidad Javeriana.



Luis Daniel Morales H.

Coordinador CEDEC, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Abstract: Se busca analizar, desde el concepto de concentración de cargos administrativos en Colombia, los diferentes encuadramientos jurídicos por medio de los cuales esta conducta puede ser considerada como anticompetitiva. Esto, con el fin de presentar algunas consideraciones respecto de la manifestación de esta conducta bajo las figuras de: **(i)** la prohibición general (la cual es analizada bajo la regla de la razón), **(ii)** la prohibición de ilegalidad *per se* y, por último, **(iii)** el control a las concentraciones empresariales. Después se hará un recorrido por los diferentes casos que se han tratado bajo estos tres encuadramientos jurídicos, con el fin de presentar, a manera de conclusión, los principales retos que consideramos deben ser tenidos en cuenta de acá en adelante para la aplicación de la prohibición a la concentración de cargos administrativos en Colombia.

I. CONCENTRACIÓN DE CARGOS ADMINISTRATIVOS O INTERLOCKING DIRECTORATES

La prohibición a la concentración de cargos administrativos en Colombia, establecida en el artículo 5 de la Ley 155 de 1959, también conocida en otras jurisdicciones como *interlocking directorates*, *management interlocks* o *overlapping board members*, atiende al vínculo estructural que se puede generar entre compañías cuando tienen administradores en común y sus efectos sobre la libre competencia.

Por un lado, Michael E. Jacobs ha definido esta figura de manera general como “una forma de vínculos estructurales entre empresas que ocurren cuando entre ellas comparten directamente un director o administrador. (...) la concentración de cargos administrativos implica situaciones en las que una o más personas tienen responsabilidades ejecutivas en dos o más empresas”.¹ Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha definido la manera más común en la que se ha presentado y ha sido objeto de regulación esta figura por parte del derecho de la competencia, esto es, como “Situaciones en las que una o más personas tienen responsabilidades administrativas en dos o más empresas que compiten entre

¹ Jacobs, Michael (2013). Combatting anticompetitive interlockings: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies, Fiscalía Nacional Económica (Working Paper), p. 4 (“*Interlocking directorates, or management interlocks, are a form of structural links between companies that occur when firms directly share a common board director or officer. (...) interlocks involve situations in which one or more persons have executive responsibilities in two or more companies, and sometimes involve companies that are in horizontal or vertical business relationships. An interlock involving competitors may be either direct or indirect*”), disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Michael-Jacobs.-Clayton-Act-Section-8.pdf>.

sí".²⁻³ La razón de ser de su regulación por el derecho de la competencia consiste en que ese vínculo estructural tiene la potencialidad de generar externalidades negativas en el mercado sobre la información, dirección e independencia que tienen las empresas, por lo cual, se vería afectada la sana y libre competencia en el mercado⁴.

En Colombia, salvo regímenes especiales como el del sector financiero, los miembros de juntas directivas no deben ostentar calidades especiales. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico existen algunas prohibiciones para integrar juntas directivas, como la señalada por el artículo 435 del Código de Comercio sobre la imposibilidad de que personas vinculadas por razón del parentesco integren mayorías en la junta directiva (entendiéndose como mayorías para la toma de decisiones y no en el número de personas que integran dichas juntas). En caso de vulnerarse esta prohibición, la sanción que se impone a las decisiones de dicho órgano social sería la ineficacia. Es importante señalar que esta prohibición no será aplicable a sociedades de familia, donde las juntas directivas pueden configurarse entre personas vinculadas por relaciones de parentesco, también conocida como *overboarding*⁵.

La normativa colombiana también consagra una restricción en referencia al número de juntas directivas a las que puede pertenecer una persona. El artículo 202 del Código de Comercio indica que *ninguna persona podrá ser designada ni ejercer, en forma simultánea, un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que los hubiere aceptado*. La consecuencia del incumplimiento de esta prescripción se concreta en sanciones pecuniarias y la posibilidad de declaración de vacancia de los cargos que violan dicho requisito inhabilitante.

Unido a lo anterior, se debe destacar que, por fuera del ordenamiento societario, el derecho de la competencia consagra, entre otros, a los administradores y miembros de juntas directivas, la prohibición de pertenecer a otras sociedades que desarrollen un objeto social sobre los mismos bienes o servicios.

II. MARCO JURÍDICO DE LA CONCENTRACIÓN DE CARGOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA Y SUS CASOS MÁS REPRESENTATIVOS

La prohibición de concentración de cargos administrativos fue inicialmente prevista para el sector financiero en el artículo 10 de la Ley 16 de 1936, en los siguientes términos: *"Los directores de establecimientos bancarios no podrán pertenecer a las juntas directivas de otros institutos de crédito, con excepción de las del Banco de la República y del Banco Central Hipotecario"*. Posteriormente, el artículo 7 de la Ley 5 de 1947 modificó este artículo para extenderlo a los gerentes y a la bolsa de valores. Así mismo fijó la multa que se le podía imponer por parte de la Superintendencia Bancaria.

2 OCDE (2009), "Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates", (23 de junio), disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41774055.pdf>, pág. 11 ("situations in which one or more persons have executive responsibilities in two or more companies which are competing with each other. (...) Interlocking directorates refer to situations in which one or more companies have one or more members of their respective boards in common.") (Traducción propia al español).

3 Interlocking horizontal directo.

4 El derecho de la competencia sanciona los acuerdos colusorios entre competidores, pero las autoridades encargadas de velar por la libre competencia en los mercados son aún más recelosas que el propio legislador (por lo demás, ese es su rol), pues desconfían incluso de los meros contactos entre personas que desempeñan una misma actividad económica. Díaz Velasco, M. Isabel (2020). Participaciones minoritarias e interlocking ¿cuán tolerable es tener a un competidor sentado en la misma mesa?. Centro Competencia (CeCo), disponible en: https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/03/Isabel-D%C3%ADaz_Participaciones-minoritarias-e-interlocking.pdf.

5 Papadopoulos, Kosmas (2019), Director Overboarding: Global Trends, Definitions, and Impact, Harvard Law School Forum on Corporate Governance. Disponible en: <https://corpgov.law.harvard.edu/2019/08/05/director-overboarding-global-trends-definitions-and-impact/> ("La idea de que los directores no deben servir en demasiadas juntas directivas ha sido una consideración clave para los inversionistas durante muchos años. La principal preocupación para los inversionistas y las empresas se centra en la capacidad de los directores para cumplir con sus responsabilidades dado el importante compromiso de tiempo asociado con cada dirección; Y a medida que evolucionan los estándares de gobierno corporativo y administración de inversiones, también lo hace la definición de un director demasiado extendido") (Traducción propia al español).

Respecto de la vigencia del artículo 7 de la Ley 5 de 1947, es importante mencionar que el artículo 75 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) replicó esta misma disposición, con el fin de compilar las normas del sector financiero. En el año 2021 y con el fin de depurar el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 3 de la Ley 2085 de 2021 derogó el mencionado artículo 7 de la Ley 5 de 1947 por su falta de necesidad, toda vez que dicha norma se encontraba duplicada en el ordenamiento jurídico.

Sobre este particular, la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que “[...] *teniendo en cuenta que en relación con el artículo 7 de la ley 5 de 1947 y el artículo 5 de la ley 155 de 1959 no se ha dado ninguna de las formas de derogación previstas por la ley para que las normativas dejen de existir y por lo tanto pierdan su vigencia, se concluye que las citadas normas conservan plenamente su vigencia y en consecuencia son de obligatorio cumplimiento para quienes se encuentren dentro de los supuestos de hecho contemplados por ellas*”⁶

Sobre la vigencia de la prohibición a la concentración de cargos administrativos en Colombia, consagrada en el artículo 5 de la Ley 155 de 1959, que remite al artículo 7 de la Ley 5 de 1947 (ya derogado), es plausible señalar que aquella prohibición se encuentra derogada tácitamente. Sin embargo, para solucionar este problema hermenéutico, el artículo 75 del Decreto Ley 663 de 1993, compiló ambos artículos de la siguiente forma:

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993)

ARTICULO 75. REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.

1. Regla general. (...)

<Aparte tachado derogado por el artículo [123](#) de la Ley 510 de 1999> De acuerdo con lo establecido por el artículo 5o. de la Ley 155 de 1959, extiéndese la incompatibilidad prevista en el inciso 1. del presente numeral, para los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos de crédito y Bolsas de Valores, a los presidentes, gerentes, directores, representantes legales, administradores y miembros de juntas directivas de empresas, cuyo objeto sea la prestación de los mismos servicios, siempre y cuando tales empresas individual o conjuntamente consideradas tengan activos por valor de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más.

En este sentido, si bien se puede debatir la vigencia del artículo 5 de la Ley 155, el artículo 75 del Decreto Ley 663 de 1993 mantiene vigente la prohibición a la concentración de cargos administrativos en Colombia.

Ahora, debemos reconocer que la prohibición de concentración de cargos administrativos aplicada a todos los sectores de la economía se encuentra regulada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Esta legislación está destinada al sector financiero y sobre ella recae un juicio de unidad de materia, hecho que tiene la potencialidad de generar problemas respecto de su aplicación en materia de libre competencia por la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 00016954-01.

Sin perjuicio de lo anterior, con la expedición de la Ley 155 de 1959, al igual que la Clayton Act en los Estados Unidos, se incorporó la prohibición a la concentración de cargos administrativos entre empresas competidoras bajo un sistema de prohibición objetiva o de ilegalidad *per se*. Esto pues el artículo 5 de la Ley 155 de 1959 extendió la aplicación del artículo 7 de la Ley 5 de 1947 a “*los presidentes, gerentes, directores, representantes legales, administradores y miembros de juntas directivas de empresas, cuyo objeto sea la prestación de los mismos servicios*”.

De esta manera, la concentración de cargos administrativos en Colombia puede ser evaluada a través de tres posibilidades de encuadramiento jurídico atendiendo a las circunstancias particulares de su regulación: **(i)** a través del artículo 5 de la Ley 155 de 1959; **(ii)** a través de la cláusula de prohibición general regulada por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y, por último, **(iii)** a través del control a las concentraciones empresariales. A continuación, se revisarán estos tres encuadramientos jurídicos.

i. Artículo 5 de la Ley 155 de 1959

El primer encuadramiento se relaciona con la prohibición objetiva o *per se*⁷, consagrada para el sector financiero en el artículo 7 de la Ley 5 de 1947 (hoy artículo 75 del Estatuto Orgánico del Sistema financiero – Decreto Ley 663 de 1993-), y la prohibición *per se* para las empresas de los demás sectores prevista en el artículo 5 de la Ley 155 de 1959. Lo que este esquema busca prohibir y prevenir es el conocido *interlocking* horizontal directo.

Bajo esta óptica, debe tenerse en cuenta que, únicamente para la prohibición prevista en el sector financiero, el artículo 75 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra una serie de excepciones a dicha prohibición. Así, por ejemplo, sobre los establecimientos bancarios, los directores y representantes legales de dichas entidades podrán formar parte de las juntas directivas de las corporaciones financieras y compañías de financiamiento de las cuales sean accionistas.

El aspecto más relevante de esta perspectiva consiste en que, para efectos de una eventual investigación por la presunta contravención del artículo 5 de la Ley 155 de 1959, la autoridad de competencia de Colombia, de conformidad con los supuestos de una regla de prohibición objetiva o *per se* de ilegalidad, solo deberá demostrar el cumplimiento del supuesto, mas no sus efectos anticompetitivos.

Sin embargo, esta perspectiva genera un reto en la práctica, casi excepcional, para aquellas empresas que pertenecen a sectores económicos y/o a actividades altamente especializadas que no cuentan en el mercado con una gran diversidad de promitentes administradores y directores que puedan conformar sus órganos administrativos de forma independiente (precisamente por razón de la especialidad que deben tener dichos miembros de junta directiva, gerentes, directores, representantes legales, o administradores).

ii. Artículo 1 de la Ley 1340 de 2009 (cláusula de prohibición general)

El segundo encuadramiento, se relaciona con el sistema de análisis de la *regla de la razón*⁸, bajo la cláusula

7 La regla de la prohibición *per se* puede definirse como aquella “*por medio de la cual se analizan todos aquellos acuerdos y practicas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales “per se” (...) con base en esta arquitectura jurídica, los catálogos de conductas generan una especie de Regla de Ilegalidad per se, en la medida en que el legislador ha descrito o definido como anticompetitivas esas conductas (...) debido a la estructura jurídica que presentan la Ley 155 y el Decreto 2153, es posible decir en Colombia, que la Regla Per Se puede aplicarse a todos los casos de acuerdos, actos o conductas de abuso de posición dominante específicamente tipificados en la legislación.*” Miranda Londoño, Alfonso (2017), La Regla de la Razón y la Regla Per Se en el Derecho colombiano, CEDEC. (septiembre), pp. 6-12. Disponible en: https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razoc81n_2017.pdf

8 Ibid., p. 8 (“*en Colombia la Regla de la Razón se debe aplicar a aquellas conductas que no se encuentran expresamente definidas en la legislación, como acuerdos anticompetitivos (Artículo 47 del Decreto 2153), actos anticompetitivos (Artículo 48 del Decreto 2153), o conductas de abuso de*”)

de prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992. Bajo este esquema la prohibición general permite perseguir otros tipos de *interlocking*, o incluso hipótesis de *interlocking* horizontal directo que no estén muy claras a la luz de los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley 155 de 1959. Así ocurriría, por ejemplo, con la concentración de cargos administrativos de naturaleza vertical (aquellas que se producen entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción) o la concentración de cargos administrativos “indirecta” (aquellas que se presentan entre cargos administrativos atendiendo a fuentes comunes o por la participación simultánea en el órgano directivo de una empresa no relacionada).

Bajo estos supuestos, la regla de evaluación debería sujetarse a un análisis dominado por la *regla de la razón*, es decir, por el análisis de los efectos reales o potenciales de dicha concentración de cargos administrativos. Así, esta consideración implica diferentes cargas que recaen sobre la autoridad de competencia para demostrar el razonamiento desde su intervención, como también la oportunidad de las partes investigadas -en el ejercicio de su derecho de defensa- para demostrar las eficiencias, proporcionalidad, indispensabilidad y efectos positivos de la conducta sobre el mercado y los consumidores.

iii. Control a las concentraciones empresariales

La tercera perspectiva, se relaciona con el control *ex ante* que ejerce la autoridad de competencia en el marco de las concentraciones empresariales, cuando en el proceso de una integración se pueden producir vínculos estructurales entre compañías que recaen sobre administradores en común.

Así, en el análisis que debe realizar la autoridad de competencia hay factores como: **(i)** la competencia potencial, **(ii)** el análisis de los efectos unilaterales y coordinados (horizontales y/o verticales), y **(iii)** las eficiencias, entre otros factores. En este ámbito, el análisis que realice la autoridad de competencia podrá reflejarse en los remedios que ella establezca para aceptar la concentración. En este sentido, como lo ha reiterado la OECD, *“La mayoría de los casos relacionados con la concentración de cargos administrativos son fusiones y adquisiciones empresariales en las que se consideró que la uniformidad de los miembros de las Juntas Directivas era un factor que podía facilitar la coordinación entre las empresas. El remedio preferido es, en la mayoría de los casos, la eliminación del vínculo estructural y el fin de la concentración de cargos, aunque en algunos casos las autoridades de competencia han aceptado la creación de un cortafuegos como remedio adecuado”*⁹.

Teniendo a la vista estos tres encuadramientos jurídicos, a continuación, se presenta el marco normativo de la concentración de cargos administrativos en Colombia, vinculado a la regla de análisis que corresponde según la redacción normativa.

la posición dominante en el mercado (Artículo 50 del Decreto 2153). Estas conductas caen entonces bajo las prohibiciones generales contenidas en el Artículo 1 de la Ley 155 y en el artículo 46 del Decreto 2.153 (...) el sistema de la Regla de la Razón, el cual sirve para analizar todas aquellas conductas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio del mercado relevante, la naturaleza, propósito y efectos de la conducta, con el fin de determinar a través de un test de balanceo o razonabilidad, sus características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva”.

9 OCDE (2008), “Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates”, disponible en <http://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf> (“The majority of cases dealing with interlocking directorates are mergers in which the commonality of board members was considered to be a factor that could facilitate coordination between the firms. The preferred remedy is in most instances the elimination of the structural link and the end of the interlock, although in some cases competition authorities have accepted the creation of a firewall as a suitable remedy. Many countries have also enacted specific provisions in their antitrust laws prohibiting certain interlocking directorates”).

Tabla - Marco jurídico de la concentración de cargos administrativos en Colombia

Perspectiva	Norma
<p>Prohibición objetiva o per se de ilegalidad en el sector financiero</p>	<p>Ley 5 de 1947 [Derogado]</p> <p>ART. 7º-Los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos bancarios, no podrán pertenecer a juntas directivas de otros institutos de crédito, ni a las bolsas de valores, con excepción de la junta del Banco de la República. La violación de la anterior disposición da lugar a la imposición de una multa de mil pesos (\$ 1.000) a cinco mil pesos (\$ 5.000), impuesta por la Superintendencia Bancaria. Queda en los anteriores términos modificado el artículo 10 de la Ley 16 de 1936.</p>
	<p>Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993).</p> <p>ARTICULO 75. REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.</p> <p>1. Regla general. <Aparte tachado derogado por el artículo 123 de la Ley 510 de 1999> Los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos bancarios no podrán pertenecer a juntas directivas de otros establecimientos de crédito, on excepción de la Junta Directiva del Banco de la República.</p> <p>Los directivos y administradores de los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, en cuanto funcionarios que son de establecimientos de crédito, estarán sometidos al régimen de incompatibilidades previsto en la ley para los bancos comerciales (...).</p>
	<p>Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996) Superintendencia Financiera.</p> <p>El régimen de incompatibilidades e inhabilidades aplicable a los establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización, aseguradoras, intermediarios y agencias colocadoras de seguros y sociedades de servicios técnicos o administrativos, es el previsto en los artículos 75, 76, 77 y 78 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), respectivamente.</p> <p>Igualmente, debe recordarse que las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades tienen carácter restrictivo, razón por la cual se hace imposible extender su aplicación a entidades diferentes de las aquí mencionadas.</p>

Perspectiva	Norma
	<p>Ley 2085 de 2021.</p> <p>Artículo 3. Derogación expresa de normas de rango legal. <i>Por obsolescencia e incompatibilidad con el régimen constitucional vigente, derógase el siguiente grupo de cuerpos normativos: [...] Ley 5 de 1947</i></p>
<p>Prohibición objetiva o per se de ilegalidad que se extendido a las demás empresas</p>	<p>Ley 155 de 1959</p> <p>ARTÍCULO 5 <i>Extiéndese la incompatibilidad establecida en el artículo 7o de la Ley 5a de 1947, para los miembros de las Juntas Directivas y los Gerentes de establecimientos de crédito y Bolsas de Valores, a los Presidentes, Gerentes, Directores, representantes legales, administradores y miembros de Juntas Directivas de empresas, cuyo objeto sea la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios, siempre y cuando tales empresas individual o conjuntamente consideradas, tengan activos por valor de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00) o más.</i></p> <p>Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993).</p> <p>ARTÍCULO 75. REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.</p> <p>1. Regla general. (...)</p> <p><Aparte tachado derogado por el artículo 123 de la Ley 510 de 1999> De acuerdo con lo establecido por el artículo 5o. de la Ley 155 de 1959, extiéndese la incompatibilidad prevista en el inciso 1. del presente numeral, para los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos de crédito y a los presidentes, gerentes, directores, representantes legales, administradores y miembros de juntas directivas de empresas, cuyo objeto sea la prestación de los mismos servicios, siempre y cuando tales empresas individual o conjuntamente consideradas tengan activos por valor de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más.</p>
<p>Excepciones a la prohibición objetiva o per se de ilegalidad para el sector financiero</p>	<p>Servicios Públicos domiciliarios - Ley 142 de 1994.</p> <p>ARTÍCULO 21. Administración común. La comisión de regulación respectiva podrá autorizar a una empresa de servicios públicos a tener administradores comunes con otra que opere en un territorio diferente, en la medida en la que ello haga más eficiente las operaciones y no reduzca la competencia.</p>

Perspectiva	Norma
	<p>Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993).</p> <p>ARTÍCULO 75. REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS. (...)</p> <p>2. <i>Excepciones relativas a los establecimientos bancarios. <Numeral modificado por el artículo 15 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los directores y representantes legales de los establecimientos bancarios podrán hacer parte de las juntas directivas de las corporaciones financieras y compañías de financiamiento comercial* de las cuales sean accionistas. De igual forma, los directores y representantes legales de las compañías de seguros que participen en el capital de las corporaciones financieras, dentro de los límites que deban observar de acuerdo con su régimen de inversiones, podrán hacer parte de las juntas directivas de tales corporaciones.</i></p> <p>3. <i>Excepciones relativas a las corporaciones financieras. Los directores y gerentes de las corporaciones podrán hacer parte de las juntas directivas de los establecimientos de crédito de las cuales sean accionistas.</i></p> <p>4. <i>Excepciones relativas a las corporaciones de ahorro y vivienda*. Cuando un establecimiento bancario, corporación financiera, compañía de seguros o sociedad de capitalización efectúe inversiones en corporaciones de ahorro y vivienda, sus directores y gerentes podrán hacer parte de los organismos directivos de las corporaciones de ahorro y vivienda receptoras de las inversiones.</i></p> <p>5. <i>Excepciones relativas a las compañías de financiamiento comercial*. Los directores y gerentes de las compañías de financiamiento comercial* podrán hacer parte de las juntas directivas de los establecimientos de crédito de las cuales sean accionistas.</i></p>
<p>Cláusula de prohibición general de libre competencia, que estudia los comportamientos bajo regla de la razón o sobre la teoría de los efectos</p>	<p>Ley 155 de 1959</p> <p>ARTÍCULO 1. <i>Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.</i></p> <p>PARÁGRAFO. <i>El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar ncia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.</i></p>

Perspectiva	Norma
<p>Cláusula de prohibición general de libre competencia, que estudia los comportamientos bajo regla de la razón o sobre la teoría de los efectos</p>	<p>Decreto 2153 de 1992.</p> <p>ARTÍCULO 46. PROHIBICIÓN. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presentes Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código <u>Civil</u>, se consideran de objeto ilícito.</p> <p><Inciso adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, <u>cualquiera sea la actividad o sector económico.</u></p>
<p>Control de integraciones empresariales</p>	<p>Ley 1340 de 2009.</p> <p>ARTÍCULO 9o. CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. El artículo 4o de la Ley 155 de 1959 quedará así:</p> <p><i>Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o</i> <i>2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio. En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% <sic> mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.</i>

Fuente: Elaboración propia de los autores.

Atendiendo al cuadro anterior, el tratamiento jurídico y normativo de la concentración de cargos administrativos presenta una regulación que permite identificar prohibiciones explícitas e implícitas de este fenómeno, por los siguientes motivos:

- i. Se tiene una regulación explícita, toda vez que, como ya se mencionó, el *interlocking* horizontal directo se encuentra prohibido en los términos de regla *per se*.
- ii. Se tiene una regulación implícita e indirecta, toda vez que, como ya se mencionó, sobre las posibilidades de intervención de la autoridad de competencia, bien a través de la cláusula de prohibición general, o bien, a través del control a las concentraciones empresariales, dicha autoridad cuenta con mecanismos idóneos de intervención para prevenir y reprimir cualquier concentración de cargos administrativos que sea anticompetitiva y no se encuentre enmarcada dentro del ámbito de aplicación de la prohibición *per se* (como puede ser el caso de la concentración de cargos administrativos vertical o la concentración de cargos administrativos indirecta).

Adicionalmente, como se puede ver en la tabla, existen dos excepciones a la prohibición *per se* de concentración de cargos administrativos; una para el sector de los servicios públicos, y otra para unos casos muy específicos previstos para el sector financiero. Sin embargo, no existen, en general, excepciones que permitan armonizar esta prohibición, como sí ocurre en otros ordenamientos jurídicos, lo que presenta un reto para su aplicación en aquellos casos en donde por más de que se infrinja la disposición, se generan efectos pro competitivos en el mercado¹⁰.

Ahora bien, respecto de la aplicación efectiva de la figura de prohibición a la concentración de cargos administrativos, Colombia no cuenta con un desarrollo decisional que permita identificar una doctrina de análisis sobre la naturaleza del reproche de libre competencia que amerite el control por parte de nuestra autoridad de competencia¹¹.

Sin embargo, con el fin de ilustrar que dicha prohibición sí tiene la potencialidad de ser estudiada en asuntos futuros atendiendo a la evolución de las estructuras societarias y discusiones de actualidad sobre los enroques societarios de grupos económicos (formales o informales), a continuación se abarcan dos asuntos. Primero se mencionará el asunto *Camisería Alemana*¹², en atención a un estudio específico de la prohibición consagrada en el artículo 5 de la Ley 155 de 1959. Luego, se hará referencial al control de concentraciones administrativas desde la óptica que el control negativo (derechos de veto) puede generar sobre la independencia de las políticas empresariales en mercados concentrados.

10 Vale la pena mencionar que la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio ha venido evolucionando sobre la carga probatoria que ella asume y los medios de defensa presentados por las partes en el marco de una investigación por una conducta prohibida *per se*. Así, en casos como el de los Televisores, Terpel y Molinos Roa, se ha venido permitiendo que los investigados utilicen los efectos pro competitivos como un medio de defensa cuando se encuentren frente a una investigación por fijación unilateral de precios (conducta, en principio, prohibida *per se* en Colombia). Así mismo, cada vez se solicita más a la autoridad de competencia tener que probar los efectos anticompetitivos y no solo la comisión de la conducta *per se* prohibida. Para más información, ver Miranda Londoño, Alfonso e Ibarra Pardo, Gabriel (2016), La Fijación Unilateral de Precios (FUP) Análisis y evolución en Colombia, CEDEC. Disponible en: https://centrocedec.files.wordpress.com/2019/01/fup-final_miranda_ibarra_09_11_16-copia.pdf

11 Sobre este particular, Andrés Pérez en la conferencia de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia titulada “¿Es posible ser miembro de junta directiva de dos sociedades competidoras?” (disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=6jadL57dJTA>), encontró los siguientes pronunciamientos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio: “concepto No. 98053021 del 18 de octubre de 1998; concepto No. 00016954 del 25 de abril de 2000; concepto No. 08022543 del 21 de mayo de 2008; y el concepto 16228821 del 10 de noviembre de 2016. Por último, hay un pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades sobre el particular, en donde se analiza desde la perspectiva del conflicto de interés, concepto 220-174046 del 21 de octubre de 2014.

12 Debe mencionarse que se han presentado dos casos adicionales. Por un lado, está el caso de la *Ladrillera Santafé* (que fue archivado por la caducidad de la potestad sancionaría) y, por otro lado, el caso de *Avianca* (el cual se archivó nuevamente porque se trataba de una matriz y una subordinada, al igual que en el caso de Camisa Alemana).

i. Aplicación de la prohibición a la concentración de cargos administrativos por medio de la aplicación del artículo 5 de la Ley 155 de 1959: Resolución 31965 de 2003 (Camisa Alemana)

En este asunto, mediante la Resolución No. 42177 de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación en contra de “las sociedades La Moda Alemana y Cía. Ltda, en ejecución del Acuerdo de Reestructuración, La Camisa Alemana Ltda, a la señora Ana Cecilia Guingue Valencia en su calidad de representante legal y gerente encargada de las dos sociedades mencionadas, a Margarita Valencia de Raethzel y Bernhard Karl Raethzel Duckert en su calidad de miembros de la Junta de Socios de tales sociedades, a Jose Antonio Castillo Rodríguez y María Yaneth Páez Páez en su calidad de Revisores Fiscales Principal y Suplente de las precitadas sociedades, por la presunta trasgresión a lo normado en el artículo 5 de la Ley 155 de 1959”¹³.

La Superintendencia de Industria y Comercio acusó a las investigadas por haber nombrado en el 2001 a la señora Ana Cecilia Guingue Valencia como gerente de las dos sociedades. Al analizar los cargos y la prohibición a la concentración de cargos administrativos, la Superintendencia precisó que: **(i)** existe una incompatibilidad frente al derecho de la competencia, cuando una misma persona detenta cargos directivos de empresas independientes, tanto jurídica como económicamente, estando dichas empresas en relación de competencia y; **(ii)** no existe incompatibilidad, cuando dichas empresas se encuentran bajo un direccionamiento común, siendo que entre estas no se pueda predicar una competencia económica.

Así, en el marco de dicho asunto, la Superintendencia identificó que dando que las sociedades en las que coincidía como administradora la señora Ana Cecilia Guingue Valencia constituían una misma unidad económica, el supuesto fáctico de que trata el artículo 5 de la Ley 155 de 1959, no se ve afectado.

ii. Aplicación de la prohibición a la concentración de cargos administrativos por medio del control a las integraciones empresariales

Por último, es importante indicar que, por medio del control a las operaciones de concentración empresarial, la Superintendencia de Industria y Comercio ha condicionado un par de operaciones atendiendo a la naturaleza restrictiva de la operación resultante en relación con el artículo 5 de la Ley 155 de 1959.

Estos casos son: (i) Empresa de Energía de Bogotá (EEP) e ISAGEN, Resoluciones número 5545 de 2014 y 32184 de 2014 y; (ii) Empresas Públicas de Medellín (EPM) e ISAGEN, Resolución 38982 de 2014. En estos casos, la autoridad de competencia tuvo que tratar con el control pasivo que los minoritarios podían tener mediante el ejercicio del derecho de veto a determinadas operaciones o actividades dentro de las sociedades integradas. Estas consideraciones admiten evaluaciones similares a las que se presentan bajo la idea de la concentración de cargos administrativos, cuando quien participa en diferentes actividades de gestión en empresas competidoras o relacionadas, sin tener el control positivo, puede influir o tener conocimiento sobre información sensible que facilite la coordinación en el mercado entre las diferentes empresas involucradas.

III. CONCLUSIONES

Por el momento surgen más preguntas que respuestas respecto de la concentración de cargos administrativos en Colombia. Es imperativo que tanto la autoridad de competencia en el futuro, como la academia, adelante algunos estudios económicos sobre las estructuras societarias en este país, los cuales pueden

¹³ Resolución 31965 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.

incluir las siguientes indagaciones: **(i)** la concentración de cargos administrativos en una toma de control, en especialmente las denominadas *hostile takeovers*; **(ii)** el reto que representa su tratamiento como una inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de interés desde el punto de vista del derecho societario y el derecho de la competencia, **(iii)** El tratamiento que se debe dar a los casos de subordinación y grupo empresarial en atención a la concentración de cargos administrativos; **(iv)** qué tratamiento debe darse a figuras afines como la participación de unas mismas personas en diferentes órganos de dirección *-overboarding-* y a los accionistas minoritarios *-minority shareholders-*.

Así mismo, queda pendiente estudiar la posibilidad de implementar ciertas instituciones que pueden facilitar el tratamiento de algunos de estos retos como lo son: **(i)** la implementación de un periodo de gracia para renunciar en caso de que se presente de forma sobreviniente una situación de concentración de cargos administrativos, como ocurre en los Estados Unidos; **(ii)** la necesidad de un régimen de excepciones que se base en la posibilidad de que la concentración de cargos administrativos cuando no sea anticompetitiva y/o que produzca efectos pro competitivos no se restrinja de forma objetiva o *per se* ilegal, y, **(iii)** la figura del gobierno corporativo que por medio de la implementación de programas de cumplimiento permita beneficiarse de este control adicional *ex ante* para prevenir concentración de cargos administrativos anticompetitivos.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Carlos Andrés Uribe P. y Luis Daniel Morales H., "*Interlocking directorates* en Colombia: breves consideraciones de su marco normativo, aplicación y principales retos", *Investigaciones CeCo* (diciembre, 2022),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile