

EL ESTÁNDAR Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

| NOTA DE ARGENTINA

1. En el ámbito de defensa de la competencia el estándar probatorio refiere al nivel de evidencia exigido para que la autoridad de aplicación de la normativa *antitrust* considere probada la existencia de una conducta anticompetitiva. En ocasiones, este estándar puede ser desafiado por las empresas involucradas en las decisiones que tengan por acreditadas conductas contrarias a la ley de competencia, y analizados por tribunales judiciales que evalúen las apelaciones. El criterio de los tribunales puede coincidir con el nivel probatorio considerado por la autoridad de competencia, o bien, puede ser uno diferente.
2. En la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) no encontramos una mención expresa al estándar probatorio exigido para probar los distintos tipos de prácticas anticompetitivas, aunque la legislación sí plantea una diferencia en el estándar de prueba de los denominados cárteles de núcleo duro y las demás conductas anticompetitivas, entre las que se destacan los abusos de posición de dominio. Respecto a estas últimas, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) ha elaborado y publicado la *Guía para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio* que, al definir los criterios de análisis de una conducta de este tipo, contribuye a delinear el estándar de prueba, al menos, para estos casos.
3. El repertorio jurisprudencial de la CNDC en materia de conductas anticompetitivas, se compone de sanciones por abuso de posición de dominio, así como también por prácticas colusorias, lo que comprende acuerdos de reparto de mercado y concertaciones de precios, incluyendo casos en los que hubo intercambio de información comercialmente sensible entre competidores. La jurisprudencia, conformada por las decisiones sancionatorias de la CNDC, permite dar un contorno del estándar probatorio en casos de prácticas anticompetitivas, lo que, en definitiva, consiste en el nivel de prueba requerido por la agencia de competencia para acreditar la existencia de la conducta, sus participantes, y las circunstancias de tiempo y lugar en las que ocurrió.
4. El objetivo de esta contribución es caracterizar el concepto de estándar probatorio y su aplicación en la LDC a los distintos tipos de prácticas anticompetitivas, para luego revisar un conjunto de casos, evaluando el estándar utilizado en cada uno y los resultados de dichas investigaciones. Asimismo, se analizarán casos particulares y las consideraciones de los tribunales de segunda instancia que revisaron estas decisiones de la CNDC.
5. La primera sección de esta nota describe el concepto de estándar probatorio y carga de la prueba, y el marco en el que se desarrollan en el contexto de la LDC, analizando su aplicabilidad a los diferentes tipos de prácticas anticompetitivas. La segunda sección se centra en casos relevantes de sanciones por abusos de posición de dominio y cárteles por parte de la CNDC, con énfasis en las pruebas utilizadas en cada uno, a fin de trazar aspectos generales sobre el estándar probatorio en la implementación de la política de competencia en Argentina. Finalmente, la tercera sección presenta las conclusiones.

I. EL ESTÁNDAR PROBATORIO Y CARGA DE LA PRUEBA EN LA LDC

6. Al analizar los distintos tipos de prácticas anticompetitivas, se pueden enfrentar diversos desafíos relacionados con la obtención de pruebas. En los casos de abuso de posición dominante, especialmente aquellos de carácter exclusorio, la presencia de un denunciante suele facilitar la recolección de evidencia, ya que la parte perjudicada por la conducta puede proporcionar información clave. No obstante, en los casos de cárteles, la prueba de la

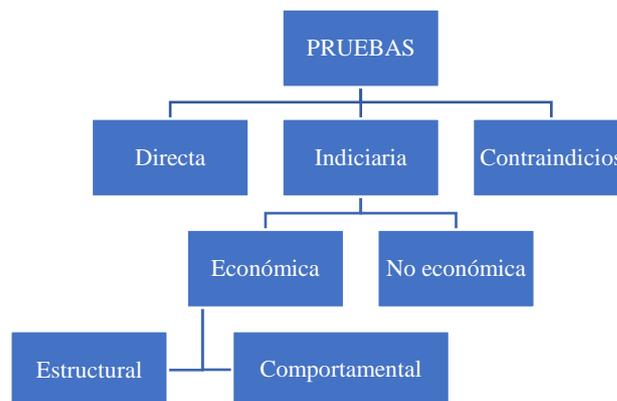
infracción es más compleja, ya que a menudo se requiere la obtención de evidencia directa antes de que los presuntos infractores tomen conocimiento de la investigación. En ciertos casos, cuando no es posible obtener pruebas directas que acrediten la existencia de prácticas colusorias, las autoridades de competencia deben recurrir a otros tipos de evidencia para demostrar la conducta anticompetitiva.

7. La LDC en su primer artículo establece que todo acuerdo, conducta, acto o concentración económica que tenga por objeto o efecto restringir la competencia o constituya un abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar en un perjuicio para el interés económico general —bien jurídico tutelado por la LDC— es un acto prohibido y sancionable. La legislación enmarca de manera general el estándar probatorio de dos grupos de conductas, que la normativa clasifica como prácticas restrictivas y prácticas absolutamente restrictivas de la competencia.
8. El primer grupo se encuentra integrado, mayoritariamente, por abusos de posición de dominio. La prueba de la existencia de este tipo de conductas requiere, en primer lugar, dar cuenta de la existencia de la posición de dominio en sí, que el artículo 5° de la LDC, define como la presencia de un único oferente o demandante dentro del mercado o la presencia de un agente que, sin ser el único, no está expuesto a competencia sustancial o, se encuentra en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado. En segundo lugar, implica dar cuenta de la existencia de algunas de las prácticas tipificadas en el artículo 3 de la LDC, que incluye negativa injustificada de venta, precios predatorios, *interlocking*, entre muchas otras. En tercer y último lugar, requiere probar que dicha práctica en efecto constituye un perjuicio al interés económico general. Es en función de este último criterio que, en ciertos casos, los agentes económicos podrían justificar una conducta que afecte la competencia si pueden demostrar que genera eficiencias suficientes, de modo que sea altamente probable que los consumidores no se vean perjudicados en términos netos.
9. De acuerdo con la *Guía para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio*,¹ publicadas por la CNDC en 2018, al examinar la existencia de una conducta de este tipo es fundamental considerar diversos factores para evaluar la probabilidad de que se produzcan efectos exclusorios que configuren un cierre anticompetitivo del mercado. Entre estos factores se destacan: la evidencia de efectos exclusorios, como la salida de competidores del mercado, la reducción de su cuota de mercado o el incremento de la participación de la empresa dominante, o la desaceleración de su pérdida de participación. También es relevante la evidencia de una estrategia exclusoria, que puede incluir documentos que contengan pruebas directas de acciones o planes para excluir competidores, impedir su entrada en el mercado, o implementar otras medidas exclusorias.
10. Por su parte, las prácticas colusorias son conductas horizontales coordinadas en las que las empresas acuerdan no competir entre sí, con el objetivo de aumentar los beneficios conjuntos del grupo. Esto puede lograrse mediante diferentes acciones, siendo las más graves y que se presume generan un mayor perjuicio al interés económico general, aquellas que la LDC tipifica en el artículo 2°, como prácticas absolutamente restrictivas de la competencia, y que se circunscriben a las cuatro conductas que se conocen como cárteles de núcleo duro:

1

acuerdos entre dos o más competidores para acordar precios, limitar la oferta, repartirse el mercado o arreglar posturas en licitaciones o subastas.

11. En efecto, para este tipo de casos, la LDC ha establecido una regulación específica, modificando su tratamiento respecto a la legislación de competencia anterior, la Ley 25.156, que estuvo vigente hasta 2018. Tal como fue mencionado, el artículo 1° de la LDC establece el principio general que prohíbe los acuerdos entre competidores, y el artículo 2° refuerza esta prohibición al clasificarlas como prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y señalar que se presume que dichas prácticas “producen perjuicio al interés económico general”.
12. A diferencia de otro tipo de prácticas prohibidas bajo la LDC, las prácticas absolutamente restrictivas de la competencia conllevan una presunción legal que invierte la carga de la prueba. Esto significa que son las personas humanas o jurídicas investigadas quienes deben demostrar que tal acuerdo entre competidores no genera un daño al interés económico general, pudiendo basarse la defensa, por ejemplo, en argumentos de eficiencia.
13. Existen diversas formas de demostrar la existencia de acuerdos colusorios, entre las cuales se destacan: (i) prueba directa; (ii) prueba indiciaria y (iii) contraindicios.



14. Las pruebas directas más comunes incluyen documentos, en cualquier formato, que indican la existencia de un acuerdo entre las partes involucradas, junto con declaraciones, tanto orales como escritas, de los miembros del cártel que describen su funcionamiento.² En esencia, se trata de evidencia que demuestra claramente la intención de coludir y que confirma de manera indiscutible la existencia del acuerdo colusorio y de la conducta prohibida.
15. Generalmente, obtener pruebas directas de un cártel resulta complejo, ya que los participantes suelen evitar dejar registros explícitos de los acuerdos alcanzados. En la mayoría de los casos en que la CNDC ha sancionado acuerdos entre competidores, la evidencia fue obtenida a través de allanamientos a las empresas investigadas o a cámaras empresariales que facilitaban la coordinación entre las mismas. Estos allanamientos se llevaron a cabo sin que los investigados tuvieran conocimiento previo, lo que permitió asegurar la recolección de pruebas clave. En este contexto, el allanamiento ha demostrado ser un medio de prueba efectivo para

² Ver OCDE, Policy Roundtables; Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement, Global Forum on Competition, 2006.

investigar este tipo de prácticas anticompetitivas. En otros casos, como veremos más adelante, las empresas denunciadas aportaron pruebas directas que fueron decisivas para confirmar la existencia del cártel.

16. Cuando no se puede obtener prueba directa del acuerdo colusorio, la prueba indiciaria adquiere un rol crucial para demostrar la existencia de la práctica concertada. Este tipo de prueba puede dividirse en dos categorías: económica y no económica. El análisis de la prueba económica puede permitir evaluar si el nivel de competencia o rivalidad entre los investigados es bajo o incluso inexistente. Esta evidencia económica puede clasificarse en dos subtipos: (i) pruebas estructurales, relacionadas con la propia distribución del mercado y/o, (ii) pruebas conductuales, relacionadas con ciertos comportamientos observados que no son compatibles con la competencia.
17. Como fue mencionado, este tipo de pruebas es especialmente importante cuando no existen evidencias directas de un acuerdo colusorio, lo que requiere un análisis exhaustivo del contexto y del comportamiento en el mercado para evaluar la existencia de colusión. Las pruebas económicas estructurales comprenden la observación de aquellos factores que pueden facilitar la colusión y abarcan el estudio del nivel de concentración del mercado, las barreras de entrada elevadas, el grado de integración vertical de las empresas y la homogeneidad del producto. Por otro lado, las pruebas económicas conductuales incluyen el análisis de todo comportamiento indiciario de una fijación de precios o cantidades, reparto de mercado, o arreglo de posturas en licitaciones, así como también de antecedentes de violaciones a la normativa de defensa de la competencia. Además, se consideran las prácticas facilitadoras, entendidas como aquellas acciones que podrían ayudar a los competidores a coordinarse de manera más efectiva, incrementando así la posibilidad de acuerdos colusorios. Esto puede incluir características del mercado que favorecen una comunicación asidua entre competidores, o bien, la existencia de asociaciones y cámaras sectoriales que aportan instancias de reunión entre los oferentes de un mercado.
18. Aunque la prueba estructural o conductual por sí sola puede no ser suficiente para inferir la existencia de acuerdos colusorios, es fundamental analizar y ponderar todos los indicios de manera conjunta. Este enfoque acumulativo permite que los diferentes elementos de prueba indiciaria se refuercen mutuamente, incrementando su valor probatorio. De esta forma, se construye un análisis integral que facilita la identificación de conductas colusorias, incluso en ausencia de evidencia directa, como ha sido señalado en un documento de la OCDE de 2006 sobre persecución de cárteles sin evidencia directa.³
19. La prueba no económica se refiere a aquellos elementos que permiten concluir que la falta de competencia entre los investigados es consecuencia de un acuerdo de no competencia, basado en la existencia de algún tipo de contacto o comunicación entre los competidores. Estos indicios, que no deberían existir en un mercado con competencia efectiva, sugieren que los participantes del cártel tuvieron algún tipo de interacción, aunque sin detallar el contenido específico de la misma. Entre este tipo de pruebas se incluyen registros de llamadas telefónicas entre competidores, viajes a un mismo destino, o la participación en reuniones conjuntas. Asimismo, se puede considerar cualquier evidencia que demuestre que los competidores conocían sobre la estrategia de precios o alguna otra variable empresarial fundamental de la competencia o que discutieron sobre el tema en algún momento.

³ OCDE, Policy Roundtables; Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement, Global Forum on Competition, 2006.

20. Por último, la prueba de conraindicios se aplica en situaciones donde se observa un paralelismo consciente en el comportamiento de las empresas, lo cual, por sí solo, no es suficiente para probar un cártel. Para sostener la existencia de un acuerdo colusorio, se exige la presencia de factores adicionales o "*plus factors*". Estos factores pueden ser acciones que contradicen el interés individual de las empresas, a menos que se ejecuten como parte de un plan colectivo, o bien, la creación de oportunidades regulares para la comunicación entre competidores.⁴
21. Un ejemplo de estos factores adicionales puede ser la realización de reuniones entre competidores. No obstante, para que estas reuniones sean consideradas como evidencia de colusión, deben cumplirse ciertas condiciones, como que los participantes sean personas con la autoridad para negociar precios. Además, es fundamental contar con pruebas concretas que confirmen que a través de estas reuniones se acordaron acciones colusorias, como la fijación de precios.

II. ESTÁNDAR PROBATORIO EN LOS CASOS SANCIONADOS POR LA CNDC

22. En esta sección se presenta un resumen de algunos casos en los que la CNDC ha impuesto sanciones por conductas anticompetitivas, vinculados con el estándar probatorio descrito en la sección anterior. Se revisarán casos que incluyen abusos de posición dominante con carácter exclusorio, así como acuerdos colusorios relacionados con el reparto de mercado, la fijación de precios y el intercambio de información sensible entre competidores. Estos casos ilustran cómo la CNDC ha aplicado el estándar probatorio para sancionar prácticas anticompetitivas, destacando la importancia de los indicios y pruebas adicionales en la evaluación de las infracciones.

II. 1. Estándar de prueba en abusos de posición dominante de carácter exclusorio

23. El caso que examinaremos a continuación ya fue discutido en las contribuciones de Argentina al foro global de la OCDE en diciembre de 2022⁵ y junio de 2024,⁶ a través de notas relacionadas con los remedios y compromisos en casos de abuso de posición dominante y sobre monopolización, construcción de fosos económicos y estrategias de afianzamiento, respectivamente. En la primera presentación, la CNDC abordó los remedios conductuales impuestos a la empresa infractora, Cervecería y Maltería Quilmes (CMQ). En la segunda, el enfoque estuvo en las herramientas investigativas que la CNDC utilizó para demostrar la existencia de prácticas anticompetitivas.
24. Al traer este caso a colación en esta ocasión, nos enfocamos en el tipo de prueba empleada para sustentar las acusaciones, subrayando cómo se utilizaron pruebas indiciarias para probar el abuso de posición dominante por parte de CMQ. Este análisis permite examinar la eficacia de las metodologías probatorias en casos de conductas anticompetitivas de carácter exclusorio en el sector de bebidas en Argentina.

⁴ Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Serebrinsky Diego Hernán, *Derecho antimonopólico y de Defensa de la competencia*, Tomo I, pp.373, 4ta. Edición.

⁵ Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2017/02/nota_argentina_ocde_-_remedios_y_compromisos_en_casos_de_apd.pdf

⁶ Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/contribucion_moat_building_vf.pdf

25. En el caso referido, la CNDC determinó que CMQ efectivamente poseía una posición dominante en el mercado argentino de producción y comercialización de cervezas a partir de información proporcionada por diversas fuentes, como las empresas denunciadas —las competidoras, Compañía Cervecerías Unidas S.A. (CCU), Compañía Industrial Cervecera SA (CICSA) y Otro Mundo Brewing Company S.A. (Otro Mundo)—, la propia CMQ y datos obtenidos del dictamen de subordinación de la operación de concentración económica entre Anheuser-Busch InBev y SabMiller, en 2018.
26. En cuanto a las conductas propiamente dichas, la CNDC corroboró que CMQ implementó estrategias de fidelización destinadas a asegurar espacios exclusivos de venta minorista de cervezas, tanto en el canal *On Premise*, como en el *Off Premise*, lo que tuvo como efecto el cierre vertical del mercado para competidores actuales y potenciales. Para probar estas prácticas anticompetitivas, la CNDC recurrió a una amplia variedad de evidencias, entre las que se incluyen:
 - a. Testimonios y documentos presentados por ejecutivos de los competidores de CMQ, como CCU y CICSA.
 - b. Información proporcionada por cadenas de supermercados que evidenciaba la existencia de acuerdos de exclusividad en las góndolas.
 - c. Actas notariales levantadas en puntos de venta, donde los encargados confirmaron los acuerdos de exclusividad, además de folletos que promovían los programas de fidelización de CMQ.
 - d. Documentación obtenida de las páginas web de CMQ, que detallaba programas de fidelización ofrecidos a cambio de exclusividad en la visibilidad de sus productos.
 - e. Constataciones fotográficas y entrevistas realizadas por la CNDC en autoservicios del Área Metropolitana de Buenos Aires.
27. La CNDC determinó que las estrategias de fidelización implementadas por CMQ, en lugar de mejorar las condiciones comerciales para los consumidores, actuaron como barreras al ingreso de nuevos competidores y restringieron la competencia, generando un perjuicio directo al consumidor final. A través de un análisis económico y la revisión de jurisprudencia internacional, se concluyó que estas prácticas, dirigidas a dificultar el crecimiento de la competencia y a impedir la entrada de nuevos actores en el mercado, llevaron a que las empresas competidoras enfrentaran costos desproporcionados para acceder a espacios de exhibición y no pudieran replicar de manera rentable los descuentos y bonificaciones de CMQ, incluso con niveles de eficiencia similares. Esto limitó las opciones de compra del consumidor y permitió a CMQ mantener su elevada cuota de mercado estable, impidiendo la expansión de sus rivales y consolidando su posición dominante. Además, el efecto de estas prácticas fue aún mayor al focalizarse en clientes estratégicos, lo que aumentó el cierre anticompetitivo del mercado. La presencia de estos efectos permitió constatar la existencia de un perjuicio al interés económico general.
28. La CNDC resolvió sancionar a la empresa cervecera con una multa de 150 millones de pesos argentinos e impuso a la firma una serie de medidas correctivas de tipo conductual con el objetivo de impedir que se reiteren la totalidad de las conductas sancionadas, cesando así el daño sobre la competencia en el mercado de cervezas y el consecuente perjuicio al interés económico general.

29. El conjunto de pruebas recopilado en este caso, que podrían catalogarse como pruebas indiciarias de carácter económico, demostraron de manera sólida las prácticas de exclusión llevadas a cabo por CMQ, contribuyendo a la sanción impuesta por la CNDC. Posteriormente, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al desestimar el recurso de apelación de CMQ, ratificó las medidas recomendadas por la CNDC y la multa impuesta.
30. La CNDC cuenta con una amplia experiencia en la sanción de conductas de abuso de posición dominante con carácter exclusorio, aplicando un estándar de prueba similar al utilizado en el caso de CMQ. Este estándar se basa en evidencia indirecta de naturaleza económica, vinculada tanto con la posición dominante de la empresa denunciada como con las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo. La CNDC ha sancionado numerosos casos de abuso de posición dominante con carácter exclusorio, particularmente en los mercados de servicios de salud, como se discutió en las contribuciones de Argentina al Foro Global de la OCDE en junio de 2024,⁷ en una nota relacionada con competencia y regulación en servicios profesionales. Además, ha sancionado conductas similares en el mercado de telecomunicaciones,⁸ entre otros.
31. Generalmente, la evidencia proviene de diversas fuentes, como la empresa denunciante, la propia empresa denunciada, clientes u otros actores relevantes del mercado afectado, constataciones notariales o verificaciones llevadas a cabo por los propios agentes de la autoridad de competencia. Este enfoque permite a la CNDC recabar una visión integral de las conductas anticompetitivas y asegurar un proceso riguroso y fundamentado para sancionar dichas prácticas.

II. 2. Estándar de prueba en acuerdos colusorios

32. A lo largo de la trayectoria de la CNDC investigando conductas vinculadas con acuerdos colusorios, en algunos casos, la obtención de la prueba directa fue a través de allanamientos, mientras que, en otros casos, se obtuvo gracias al aporte de las empresas investigadas o de las denunciantes. Asimismo, hubo ciertos casos en los que, a falta de prueba directa, la CNDC se basó en prueba indiciaria para sancionar a las empresas investigadas. Como veremos a continuación, cada una de las investigaciones tuvo sus particularidades y diferentes resultados al ser revisados por las cámaras de apelaciones correspondientes.⁹
33. Dos de los casos más emblemáticos de cárteles sancionados por la CNDC fueron los de los mercados de cemento y oxígeno líquido. En el caso del cemento,¹⁰ en el año 2005 la CNDC sancionó a cinco empresas competidoras por llevar a cabo un acuerdo de asignación de cuotas de mercado y fijación de precios, además de intercambiar información competitivamente sensible, la cual era monitoreada a través de la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP), que también fue sancionada.¹¹ La prueba principal en este caso fue obtenida

⁷https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/nota_argentina_ocde_-_asociaciones_profesionales_vf_0.pdf

⁸https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/01/dictamen_reso_artear_telecom.pdf

⁹ Para más detalles, se puede consultar el artículo titulado "Estándar Probatorio en Casos de Colusión. Aspectos Conceptuales y Experiencia Argentina", escrito por Ana Julia Parente, disponible en el anuario de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Dominicana (ProCompetencia) de 2024. Para ver online: <https://procompetencia.gob.do/anuario-procompetencia/>.

¹⁰ Disponible en http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/513_1.pdf

¹¹ Las multas aplicadas resultaron ser de \$ 138,7 millones para Loma Negra S.A., \$ 100,1 millones para Minetti S.A., \$ 34,6 millones para Cementos Avellaneda S.A., \$ 7,3 millones para Petroquímica Comodoro

a través del allanamiento realizado al inicio de la investigación. La abundancia y contundencia de la evidencia recabada durante la instrucción permitió acreditar de manera sólida la existencia del acuerdo, sus características, duración e identificar a sus participantes.

34. En particular, la CNDC probó el intercambio de información sensible entre competidores al presentar evidencia en forma de planillas y documentación relacionadas con el sistema estadístico de la AFCP. Este sistema tenía un nivel de desagregación tal que permitía a cada empresa cementera conocer los despachos, la producción y las importaciones de las demás en un informe mensual. Con estos elementos de prueba, la CNDC acreditó que las empresas participantes del acuerdo accedían a dicha información.
35. Finalmente, la CNDC logró acreditar la existencia de reuniones de la denominada “Mesa de Acuerdos”, que se realizaban en hoteles para controlar las cifras de despacho. La evidencia incluyó comprobantes de pasajes, gastos relacionados, y la revisión de los libros contables de las empresas, lo que sumó verosimilitud a los hechos que motivaron la investigación.
36. La Cámara de Apelaciones que revisó la decisión confirmó la sanción impuesta por la CNDC. En su fallo, se refirió a las pruebas recabadas, y sostuvo que, aunque acreditar la existencia de un cartel, que implica un acuerdo de voluntades entre oferentes de un mismo bien con el objetivo común de repartirse el mercado, era difícil de lograr de manera directa —ya que no es razonable esperar que quienes participan en una conducta ilícita como el reparto de mercado firmen un acuerdo formal y conserven copias del mismo—, bastaba con verificar los actos realizados para alcanzar ese objetivo ilícito, o los medios compartidos para cumplir lo pactado. A criterio de los jueces, esto evidenciaba claramente la consecución del objetivo ilícito que unió originalmente a los infractores.
37. En el caso de oxígeno líquido,¹² en el año 2005 la CNDC sancionó a cuatro empresas productoras y comercializadoras de oxígeno medicinal por llevar a cabo acciones concertadas para repartirse clientes y fijar precios.¹³ Los competidores acordaban quién presentaría la oferta ganadora en cada licitación, utilizando tácticas como la supresión de ofertas, ofertas complementarias, ofertas rotativas y subcontratación. La CNDC logró probar la modalidad de supresión de ofertas, ya que en el 50% de las licitaciones para la compra de oxígeno medicinal solo se presentó una empresa. Además, se acreditó la existencia de ofertas complementarias en varias licitaciones convocadas por distintos establecimientos.
38. De la documentación incautada en los allanamientos a las empresas, se constató que algunos competidores acordaban presentar ofertas que, o bien eran demasiado altas para ser aceptadas, o contenían términos especiales que aseguraban su rechazo por parte del comprador. Asimismo, se encontraron correos electrónicos que mostraban explícitamente el reparto de mercado y el acuerdo entre las empresas sobre si debían o no participar en determinadas licitaciones. Los propios correos revelaban que las empresas pactaban los precios a ofrecer en ciertas licitaciones. Además, el expediente contiene abundante evidencia que demuestra cómo las empresas se cedían mutuamente clientes como forma de compensación o intercambio. Por último, en el allanamiento se secuestraron agendas que documentaban reuniones entre directivos de distintas empresas proveedoras de oxígeno, así como

Rivadavia S.A. y \$ 28,5 millones para Cemento San Martín S.A. En el caso de la AFCP, la multa impuesta ascendió a \$0,5 millones.

¹² Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2017/02/cond_697.pdf

¹³ La CNDC sancionó a Air Liquide con \$24,9 millones, a Praxair con \$26,1 millones, a AGA con \$14,2 millones y a Indura con \$5,1 millones.

memorandos. Todo esto, junto con otros elementos probatorios, permitió confirmar la existencia de una conducta concertada entre las empresas.

39. La Cámara de Apelaciones afirmó que recurrir a indicios cuando la obtención de pruebas directas resulta prácticamente imposible no vulnera el orden jurídico, dado que no es razonable esperar que los acuerdos colusorios se documenten de manera detallada por sus autores. En este contexto, la Cámara destacó que no debían descartarse pruebas indirectas que revelen aspectos parciales del acuerdo y, por ende, su existencia, como los correos electrónicos y notas manuscritas incautadas durante los allanamientos.
40. Además, la Cámara realizó un análisis detallado del lenguaje utilizado en las comunicaciones internas entre competidores. Palabras como "protección", "intercambio", "acordemos", "compensación", y "cesión", particularmente referidas a clientes, fueron interpretadas como indicativas de una colusión. La forma en que estos términos eran empleados en correos y reuniones reflejaba, según la Cámara, una intención subyacente de coordinar acciones anticompetitivas. Finalmente, se ratificó la sanción impuesta por la CNDC.
41. En otros casos investigados por la CNDC, la prueba directa de la existencia del acuerdo colusorio fue aportada por los denunciantes. En una investigación en el sector de servicios de salud,¹⁴ la CNDC acreditó un acuerdo entre hospitales privados para fijar aranceles de prestaciones médicas entre 2011 y 2012. Los integrantes del cártel, agrupados en una asociación de clínicas, enviaron una nota firmada al denunciante (una empresa de medicina prepaga) proponiendo un incremento de tarifas, la cual fue firmada tanto por miembros de la asociación como por otras clínicas no asociadas.
42. Durante la instrucción, la CNDC corroboró que estas firmas representaban prácticamente a la totalidad de los operadores del mercado. Además, se comprobó que los aranceles cobrados por los sanatorios investigados eran idénticos, y que las negociaciones de precios con las administradoras de fondos de salud se realizaban de forma conjunta a través de la asociación. Estos elementos permitieron sancionar a los responsables en el año 2017, sanción que luego fue confirmada por la Cámara.¹⁵
43. En un caso vinculado al mercado de producción de harinas de trigo,¹⁶ quien formuló la denuncia acompañó el documento que sustentaba el acuerdo anticompetitivo, denominado "Acuerdo General de Libre Competencia" suscripto por una cantidad significativa de molinos y cuya ejecución pudo acreditarse en la instrucción del expediente. De este documento surgían los términos del acuerdo, concretamente que tres asociaciones y determinados molinos habían acordado abstenerse de comercializar harina por debajo de los costos de referencia que allí se indicaban. A su vez, surgía del acuerdo que su violación daría lugar a la imposición de sanciones y multas que se encontraban perfectamente diferenciadas en el contenido del documento, resultando un claro mecanismo de monitoreo y castigo propio de este tipo de prácticas.
44. Además de contar con la prueba escrita de la existencia del acuerdo, la CNDC accedió a las actas de las Comisiones Directivas de las asociaciones que acreditaban su implementación, ejecución y de cómo negociaban las propuestas para arribar al fin común. Esto fue

¹⁴ Disponible en <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/C-1440.pdf>

¹⁵ Fueron impuestas multas a la Asociación que agrupaba a las clínicas por \$0,5 millones, y a 15 clínicas y sanatorios privados, con multas individuales que oscilaron entre \$0,5 y \$3,5 millones.

¹⁶ Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/03/cond-1637-dictamen-reso.pdf>

complementado con documentación que demostraba la implementación del acuerdo, la forma en la que se originó y constancias que acreditaban las reuniones llevadas a cabo por directivos de las empresas molineras y de las asociaciones para su puesta en marcha y ejecución. En virtud de estas pruebas, en el año 2022, la CNDC sancionó a tres asociaciones molineras y una empresa del sector, por un total de \$445 millones.

45. En un caso similar ocurrido en la ciudad de San Carlos de Bariloche, se presentó como prueba un "Memorándum de Entendimiento" que revelaba que tres empresas propietarias de discotecas habían acordado fijar de manera conjunta los precios de las entradas ofrecidas a agencias de turismo que comercializaban paquetes para viajes de egresados.¹⁷ Estas empresas emitían un tarifario único, actualizado periódicamente, utilizado en las negociaciones con las agencias. Asimismo, se descubrió que el acuerdo incluía un reparto del mercado por franjas horarias, formalizado en el mencionado memorándum, vigente desde 2004 hasta 2017. En virtud de estas pruebas, en el año 2022 la CNDC sancionó a dos de las empresas que participaban del cártel, Alliance S.A.S. y Grisú S.A., con multas de \$150 y \$90,3 millones, respectivamente. Respecto a la tercera empresa participante del cártel, Powerlink S.R.L., en la medida en que fue quien aportó la prueba directa, y a partir de la reforma introducida por la LDC con la incorporación del Programa de Clemencia y la facultad de graduación de penas establecida en el artículo 56 de la misma ley, la CNDC no aplicó una multa pecuniaria a dicha empresa.
46. Una particularidad de este caso fue que la CNDC consideró que las sanciones monetarias y las órdenes de cese de conducta no eran suficientes debido a la estructura del mercado y la posición dominante de la empresa líder del cártel, que tenía tanto la capacidad como los incentivos para reincidir en prácticas colusorias. A través de un análisis exhaustivo, la CNDC concluyó que la posición de la empresa, reforzada por contratos de locación y adquisiciones, hacía muy difícil la competencia de nuevos entrantes. Por ello, recomendó medidas estructurales para desarticular el control de la empresa líder sobre otras discotecas del mercado y facilitar la entrada de nuevos competidores, evitando así la perpetuación del poder oligopólico y protegiendo el interés económico general.
47. Por otra parte, en un caso relacionado con empresas automotrices en la provincia de Tierra del Fuego, la CNDC basó su decisión en prueba indiciaria, la única disponible en el expediente.¹⁸ A partir de esta prueba, en el año 2014 se sancionó a un grupo de empresas automotrices e importadoras por coludirse para comercializar vehículos "cero kilómetro" a concesionarios locales a precios similares a los aplicados en el resto del país.¹⁹ Esta conducta resultaba injustificada, según el análisis de la CNDC, dado que en Tierra del Fuego las empresas estaban exentas del pago de impuestos nacionales, lo que evidenciaba un acuerdo para mantener los precios artificialmente elevados.
48. Al ser apelada la resolución sancionatoria en este caso, la Cámara de Apelaciones consideró que no existía prueba directa que respaldara la acusación. La Cámara subrayó que, para que un hecho pudiera considerarse probado mediante prueba indiciaria, era necesario que dicha

17

Disponible

en

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/11/dictamen_merged_reso_conc_1670.pdf

¹⁸ <https://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/C1234parte1.pdf>

¹⁹ Se impuso una multa de \$150 millones a cada una de las siguientes empresas: General Motors De Argentina S.R.L., Volkswagen Argentina S.A., Renault Argentina S.A., Ford Argentina S.C.A., Fiat Auto Argentina S.A. y Peugeot Citroen Argentina S.A. Además, se sancionó a Toyota Argentina S.A. con \$104,2 millones y a Honda Motor De Argentina S.A. con \$56 millones.

prueba fuera múltiple, clara, precisa, grave y concordante. Además, la Cámara señaló que, bajo el marco de la LDC, era necesario demostrar la concurrencia de voluntades entre las empresas para no competir entre sí.

49. En otro caso basado en prueba indiciaria, en el año 2014 la CNDC sancionó a dos empresas de transporte interurbano de pasajeros por coludirse en la fijación de precios entre las ciudades de Victoria (provincia de Santa Fe) y Gualaguay (provincia de Entre Ríos).²⁰ Durante cinco años, ambas empresas dominaron el mercado con cuotas de entre 40% y 50%, mientras que una tercera empresa tuvo una participación marginal de 2% a 4%. La investigación reveló aumentos de tarifas simultáneos y simétricos entre las dos compañías, evidenciando un paralelismo consciente en un mercado oligopólico. La CNDC basó su sanción en prueba indiciaria de tipo económica, sustentada en la estructura del mercado y en el comportamiento paralelo en variables clave como precios y cuotas de mercado, que no era compatible con una competencia genuina. A través de estos indicios, se concluyó la existencia de un acuerdo colusivo.²¹
50. Además, el análisis de la CNDC consideró factores que facilitan la formación y sostenimiento de acuerdos de precios y que se encontraban acreditados en el referido caso, como la alta concentración del mercado, la homogeneidad del servicio, la baja elasticidad-precio de la demanda, la similitud de costos entre las empresas participantes, la existencia de barreras a la entrada, y la accesibilidad a información relevante sobre precios y cantidades transadas en el mercado, lo cual permitió a las empresas monitorear el cumplimiento del acuerdo.
51. La Cámara de Apelaciones confirmó la sanción impuesta por la CNDC. Aunque no se presentó prueba directa específica del acuerdo entre las dos empresas, la Cámara consideró que las circunstancias del caso eran suficientes para inferir la existencia de dicho acuerdo. La simultaneidad e idéntica magnitud en el aumento de tarifas por parte de las dos compañías líderes del mercado resultaron altamente sospechosas, haciendo poco creíble que ambas hubieran actuado de manera independiente al implementar estas decisiones tarifarias en un mercado con características oligopólicas.

III. CONSIDERACIONES FINALES

52. En síntesis, la jurisprudencia argentina muestra que las sanciones por prácticas colusivas han estado, en general, respaldadas por pruebas directas, tanto sobre los acuerdos en sí mismos como sobre el intercambio de información sensible. Sin embargo, en dos casos la CNDC aplicó sanciones basadas en pruebas indiciarias. En uno de ellos, la Cámara de Apelaciones revocó la decisión, considerando que los indicios no eran claros, precisos, graves ni concordantes. En el otro caso, la Cámara confirmó la sanción, considerando que las circunstancias probadas eran suficientes para inferir la existencia del acuerdo. En el caso de las conductas por abuso de posición de dominio de carácter exclusorio, el estándar de prueba se basa en evidencia indirecta de naturaleza económica, vinculada tanto con la posición dominante de la empresa denunciada como con las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo.

²⁰ Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2017/02/cond_915.pdf

²¹ Se impuso una multa de \$0,7 millones a cada una de las empresas participantes del cártel: La Costera Criolla S.R.L y Empresa Messina S.R.L.