



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2021 - Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: Cond 1767 - Dictamen - Medida del artículo 44 de la Ley N.º 27.442

SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR:

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el expediente electrónico EX-2021-42558303- -APN-DGD#MDP caratulado: “C. 1767 – WHATSAPP INC. S/ INFRACCION LEY N° 27.442” en trámite por ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. OBJETO.

1. Por medio del presente dictamen, esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, “CNDC”) propicia la adopción de una medida en los términos del artículo 44 de la Ley N.º 27.442, con el fin de ordenar a la filial argentina de FACEBOOK que brinda el servicio de mensajería a partir de la aplicación WHATSAPP, que se abstenga de implementar la actualización de las condiciones de servicio prevista para el 15 de mayo de 2021.

II. ANTECEDENTES INTERNACIONALES.

II.1. Estados Unidos. Adquisición de WhatsApp Inc. por parte de Facebook Inc.

2. En el año 2014, FACEBOOK INC. (en adelante, “FACEBOOK¹”) adquirió el control de WHATSAPP INC. (en adelante, “WHATSAPP²”).

3. FACEBOOK, es un proveedor de sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles que ofrecen redes sociales, comunicaciones con el consumidor y funcionalidades para compartir fotos y videos. Esta compañía también proporciona espacio publicitario online y ofrece la plataforma de red social "Facebook", la aplicación de comunicaciones "Facebook Messenger" y la plataforma para compartir fotos y videos "Instagram".

4. WHATSAPP, es un proveedor de servicios de mensajería que opera a través de la aplicación móvil homónima. Esta compañía no vende espacios publicitarios.

5. Tras el anuncio de adquisición, ambas empresas hicieron declaraciones públicas indicando que las promesas en las políticas de privacidad de WhatsApp serían honradas y mantenidas³.

6. Asimismo, la directora de la Oficina de Protección al Consumidor de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos, Jessica Rich emitió con fecha 10 de abril de 2014 una carta donde manifestó su preocupación acerca del uso de los datos de los usuarios, advirtiendo que el mencionado organismo continuará vigilando las prácticas de ambas empresas⁴.

7. En la mencionada carta se indicó que en el blog de WhatsApp se colocó un anuncio que decía: *“Esto es lo que cambiará para ustedes, nuestros usuarios: nada ... Y ustedes pueden contar con que ningún anuncio interrumpa su comunicación. No habría habido asociación entre nuestras dos empresas si tuviéramos que comprometer los principios básicos que siempre definirán a nuestra empresa, nuestra visión y nuestro producto”*.

8. Asimismo, citó al director ejecutivo de Facebook, Mark Zuckerberg quien sostuvo: *“No vamos a cambiar de planes sobre WhatsApp y la forma en que utiliza los datos de los usuarios”*. Del mismo modo, un portavoz de Facebook declaró que *“Como hemos dicho repetidamente, WhatsApp operará como una empresa separada y honrará sus compromisos con la privacidad y la seguridad”*.

9. La Federal Trade Commission de los Estados Unidos autorizó la adquisición, pero advirtió a WhatsApp que debía seguir cumpliendo sus promesas a los usuarios de obtener el consentimiento expreso antes de realizar cambios sustanciales en la forma en que utiliza los datos ya recopilados de sus suscriptores.

10. En efecto, en la citada carta a las dos empresas, Jessica Rich señaló que WhatsApp había hecho claras promesas de privacidad a los consumidores y que ambas empresas les habían dicho a los consumidores que, después de cualquier adquisición, WhatsApp continuará con sus prácticas de privacidad actuales.

11. Agrega la carta *“Queremos dejar en claro que, independientemente de la adquisición, WhatsApp debe seguir cumpliendo estas promesas a los consumidores. Además, si se completa la adquisición y WhatsApp no cumple con estas promesas, ambas compañías podrían estar violando la Sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio (FTC) y, potencialmente, la orden de la FTC contra Facebook”*.

12. Si bien la advertencia a las firmas provino de una agencia de protección al consumidor, resulta relevante como antecedente, y explica la razón por la cual la actualización de las condiciones del servicio del 4 de enero de 2021 no se aplican a los usuarios de los Estados Unidos.

II.2.Unión Europea. Adquisición de WhatsApp Inc. por Facebook Inc.

13. En octubre de 2014, la Comisión Europea de Defensa de la Competencia (*European Commission*) decidió no oponerse y declarar compatible con el mercado interno la operación de concentración por medio de la cual FACEBOOK adquirió el control de WHATSAPP⁵.

14. Sin embargo, en Europa, estos cambios no afectarán a los usuarios de los países de la Unión. Ello por cuanto la normativa de protección de datos (GDPR) impide que WhatsApp comparta más datos de usuario con FACEBOOK.

II.3. Investigaciones por abuso de posición dominante.

15. En enero de 2021, la Autoridad de Defensa de la Competencia de Turquía (*Rekabet Kurumu*) inició una investigación de oficio contra FACEBOOK y WHATSAPP por determinados cambios en los términos de servicio y condiciones de privacidad de la aplicación WhatsApp, que se preveían implementar a partir del 15 de mayo de 2021.

16. La actualización de los términos de servicio y condiciones de privacidad de la aplicación WhatsApp implicaba una modificación de las reglas de intercambio de los datos de los usuarios de dicha aplicación, y su operatividad suponía el ejercicio de un mayor poder por parte de FACEBOOK para procesar información de los usuarios de WhatsApp,

particularmente, la resultante de las interacciones comerciales de sus usuarios.

17. A diferencia de la actualización efectuada en 2016, en la que sus usuarios tenían la opción de no participar en los cambios, en esta oportunidad WHATSAPP les había notificado que debían aceptar los nuevos términos de servicio y condiciones de privacidad para poder mantener las prestaciones básicas de la aplicación de mensajería, o bien, directamente optar por abandonar la plataforma.

18. A raíz de esto, la agencia de competencia turca ordenó la suspensión de esta actualización, así como del intercambio de datos entre WHATSAPP y FACEBOOK, incluso en los casos en los que los usuarios de WhatsApp hubieran aceptado dicha actualización, hasta tanto finalizara la investigación en curso.

19. En marzo de 2021, la Comisión de Defensa de la Competencia de la India (*Competition Commission of India*) determinó que el cambio en los términos de servicio y condiciones de privacidad de la aplicación WhatsApp constituía, *prima facie*, un abuso de su posición dominante en el mercado, razón por la cual también ordenó una investigación de oficio al respecto.

20. Años antes, las autoridades de competencia de Alemania (*Bundeskartellamt*) e Italia (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) determinaron que el intercambio y utilización con fines comerciales de los datos de los usuarios de WhatsApp en favor de FACEBOOK había violado las leyes de competencia alemanas y de protección del consumidor italiana.

21. La autoridad alemana estableció que FACEBOOK tenía posición dominante en el mercado de redes sociales y le prohibió a la compañía fusionar información de las cuentas de Facebook con datos de las cuentas de los usuarios de otros servicios de FACEBOOK (como Instagram y WhatsApp) sin permiso de los usuarios. En ese sentido, entendió que la conducta de FACEBOOK configuraba tanto un abuso explotativo de posición dominante respecto de sus propios usuarios, como un abuso exclusorio respecto a sus rivales.

22. Finalmente, el 7 de mayo de 2021, EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL, LA SECRETARÍA NACIONAL DEL CONSUMIDOR, EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA y LA AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS, todos ellos organismos del Estado Federal del Brasil emitieron la siguiente Recomendación Conjunta:

a **WHATSAPP INC.:**

“(I) posponer la vigencia de su Política de Privacidad en espera de las recomendaciones sugeridas luego del análisis de los organismos reguladores;”

“(II) abstenerse de restringir el acceso de los usuarios a las funcionalidades de la aplicación, si no se adhieren a la nueva política de privacidad ...”

“(III) adoptar las medidas orientadas a las prácticas de tratamiento de datos personales y transparencia, en los términos de la LGPD ...”

a **FACEBOOK:**

“(I) abstenerme de realizar cualquier tipo de tratamiento o compartir datos recibidos de la recopilación realizada por WhatsApp Inc. con base en cambios a la Política de Privacidad de la aplicación previstos para entrar en vigencia el 15 de mayo de 2021, siempre y cuando no exista posicionamiento de cuerpos reguladores ...”

23. Advierten los Organismos firmantes que, en caso de falta de medidas o respuesta a esta Recomendación, dentro del plazo señalado, el MPF podrá entablar una acción civil pública, con el objetivo de promover judicialmente las medidas descritas anteriormente, sin perjuicio de otras medidas que podrá ser adoptado por SENACON, CADE y por la ANPD.

III. INVESTIGACIÓN DE OFICIO. MEDIDAS PRELIMINARES.

24. El día 13 de mayo de 2021, mediante providencia PV-2021-42476130-APN-SCI#MDP de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, se ordenó la apertura de una investigación de oficio contra WHATSAPP INC. y/o sus controlantes, por una potencial infracción a los artículos 1° y 3° de la Ley N.° 27.442.

25. En razón de lo anterior, esta CNDC, como medida procesal previa al traslado previsto en el artículo 38 de la Ley N.° 27.442, ha incorporado información del sitio web oficial de WHATSAPP, referida a la inminente actualización de los términos de servicio y condiciones de privacidad de la aplicación WhatsApp. A continuación, se detallan las particularidades comunicadas a sus usuarios al respecto.

III.1. Condiciones del servicio de WhatsApp⁶.

26. En las condiciones para la prestación del servicio de la plataforma WhatsApp, correspondiente a la última modificación del día 4 de enero de 2021, WHATSAPP establece de manera preliminar lo siguiente:

“(…) Región europea, WhatsApp Ireland Limited te proporciona WhatsApp de conformidad con estas [otras] Condiciones del servicio y esta [otra] Política de privacidad.

Para proporcionarte nuestros Servicios (como se describen más adelante) mediante nuestras aplicaciones, servicios, funciones, software y sitio web que ponemos a tu disposición, es necesario que aceptes de forma expresa nuestras Condiciones del servicio (“Condiciones”).

WhatsApp LLC (“WhatsApp”, “nuestro[a]/s”, “nosotros” o “nos”) proporciona los servicios descritos a continuación (“Servicios”) a menos que vivas en un país o territorio del Espacio Económico Europeo (incluida la Unión Europea) y en cualquier otro país o territorio incluido (en conjunto, la “Región europea”).

27. En la sección “Acerca de nuestros servicios”, WHATSAPP, especifica lo siguiente:

*“(…) Empresas filiales. Formamos parte de las empresas de Facebook. Como parte de las empresas de Facebook, **WhatsApp recibe información de las empresas de Facebook, y comparte información con ellas, como se describe en la Política de privacidad de WhatsApp**, por ejemplo, para proporcionar integraciones que te permitan conectar tu experiencia de WhatsApp con los otros productos de las empresas de Facebook; para garantizar la seguridad, protección e integridad en todos los productos de las empresas de Facebook; y para mejorar tu experiencia con la publicidad y productos de todos los productos de las empresas de Facebook (...)*” (el destacado es propio).

28. En la sección “Otras disposiciones”, WHATSAPP establece lo siguiente:

*“(…) Podemos modificar o actualizar estas Condiciones. Te avisaremos de las modificaciones materiales a nuestras Condiciones, según sea apropiado, y actualizaremos la fecha de “Última modificación” en la parte superior de nuestras Condiciones. **Al continuar tu uso de nuestros Servicios, confirmas tu aceptación de nuestras Condiciones, con cualquier modificación. Esperamos que sigas usando nuestros Servicios. No obstante, si no aceptas nuestras Condiciones y las modificaciones que se realicen en ellas, tendrás que eliminar tu cuenta para dejar de usar nuestros Servicios.***

Todos nuestros derechos y obligaciones en nuestras Condiciones podrán ser objeto de cesión libremente por

nosotros a cualquiera de nuestras afiliadas, en relación con una fusión, adquisición, restructuración o venta de activos, o por operación prevista en la ley o de otro modo, y podemos transferir tu información a cualquiera de nuestras afiliadas, entidades sucesoras o nuevos propietarios. En el caso de que se lleve a cabo dicha cesión, estas Condiciones seguirían rigiendo tu relación con el tercero que recibiese nuestros derechos y obligaciones. **Esperamos que sigas usando nuestros Servicios. No obstante, si no aceptas esta cesión, debes dejar de usar nuestros Servicios y eliminar tu cuenta tras haber sido notificado acerca de la cesión (...)**” (el destacado es propio).

III.2. Política de privacidad de WhatsApp⁷.

29. En la política de privacidad de la plataforma WhatsApp, correspondiente a la última modificación del día 4 de enero de 2021, en la sección “*Información legal de WhatsApp*”, preliminarmente se especifica lo siguiente:

“(...) Si resides fuera de la Región europea, los Servicios serán proporcionados por WhatsApp LLC (“WhatsApp”, “nuestro/a[s]”, “nosotros” o “nos”) de conformidad con estas [otras] Condiciones del servicio y la [otra] Política de privacidad.

En nuestra Política de privacidad (“Política de privacidad”), explicamos las prácticas que llevamos a cabo con los datos, incluida la información que tratamos para proporcionar nuestros Servicios.

Por ejemplo, en nuestra Política de privacidad hablamos sobre la información que recopilamos y qué implicaciones tiene para ti. También explicamos las medidas que tomamos para proteger tu privacidad, como diseñar nuestros Servicios de modo que no almacenemos los mensajes entregados y proporcionarte el control para elegir con quién te comunicas en nuestros Servicios.

Somos una de las empresas de Facebook. A continuación, dentro de esta Política de privacidad, puedes obtener más información sobre las formas en las que compartimos información con toda la familia de empresas (...)” (el destacado es propio).

30. En la sección “*Información que recopilamos*”, WHATSAPP aclara lo siguiente:

“(...) WhatsApp debe recibir o recopilar información para operar, proporcionar, mejorar, entender, personalizar, respaldar y promocionar nuestros Servicios, como cuando usas o instalas nuestros Servicios, o accedes a ellos.

El tipo de información que recibimos y recopilamos depende de la forma en la que usas nuestros Servicios. Requerimos información determinada para proporcionar nuestros Servicios y si no la recopilamos, no podremos proveerlos. Por ejemplo, debes proporcionar tu número de teléfono móvil para crear una cuenta con el fin de usar nuestros Servicios.

En nuestros Servicios, incluimos funcionalidades opcionales que, si las eliges, tendremos que recopilar información adicional para proporcionarte dichas funcionalidades. Si corresponde, te notificaremos sobre la recopilación de información. Si decides no proporcionar la información requerida para una función, no podrás utilizarla. Por ejemplo, no puedes compartir tu ubicación con tus contactos si no nos permites recopilar tus datos de ubicación desde tu dispositivo. Puedes administrar los permisos a través del menú de ajustes tanto en dispositivos con Android como en los dispositivos iOS (...)”

31. En esta misma sección, WHATSAPP distingue entre: (1) **información proporcionada por el usuario** (información de cuenta, mensajes, conexiones, información sobre estados, datos de pago y transacciones, soporte técnico y otro tipo de comunicación); y (2) **información recopilada automáticamente** (información sobre uso y registros, información sobre el dispositivo y la conexión, información de la ubicación del usuario y cookies).

32. En la sección “*Información que tú y nosotros compartimos*”, WHATSAPP especifica lo siguiente:

“(…) *Tú compartes tu información mientras usas nuestros Servicios y te comunicas por medio de ellos, y nosotros la compartimos para operar, proporcionar, mejorar, entender, personalizar, respaldar y promocionar nuestros Servicios.*

- ***Enviar tu información a aquellos que eliges para comunicarte.*** Tú compartes tu información (incluidos mensajes) mientras usas nuestros Servicios y te comunicas por medio de ellos.
- ***Información asociada a tu cuenta.*** Tu número de teléfono, nombre y foto del perfil, la información sobre ti, tu última conexión y las confirmaciones de lectura están a disposición de cualquiera que use nuestros Servicios. No obstante, puedes cambiar los ajustes de dichos Servicios para administrar determinada información disponible para otros usuarios, incluidas las empresas, con los que te comunicas.
- ***Tus contactos y otros.*** Los usuarios, incluidas las empresas, con los que te comunicas pueden almacenar o volver a compartir tu información (incluidos tu número de teléfono o tus mensajes) con otras personas tanto dentro como fuera de nuestros Servicios. Mediante los ajustes y la opción de “bloqueo” de nuestros Servicios, puedes administrar con quién te comunicas en nuestros Servicios y determinada información que compartes.
- ***Empresas en WhatsApp. Ofrecemos servicios específicos a empresas, como proporcionarles estadísticas con respecto al uso de nuestros Servicios.***
- ***Proveedores de servicios de terceros. Trabajamos con proveedores de servicios de terceros y otras empresas de Facebook para que nos ayuden a operar, proporcionar, mejorar, entender, personalizar, respaldar y promocionar nuestros Servicios.*** Trabajamos con estas empresas para respaldar nuestros Servicios, a través de la provisión de sistemas de infraestructura técnica, de entrega y otros, la promoción de nuestros Servicios, la realización de encuestas e investigación para nosotros, la garantía de protección, seguridad e integridad de los usuarios y otros, así como la asistencia a través del servicio de atención al cliente. Cuando compartimos información con proveedores de servicios de terceros y otras empresas de Facebook que actúan como tales, les exigimos que respeten nuestras instrucciones y cumplan con nuestras condiciones en el momento de usar tu información en nuestro nombre.
- ***Servicios de terceros.*** Cuando tú u otros usan servicios de terceros u otros productos de las empresas de Facebook integrados con nuestros Servicios, es posible que dichos servicios de terceros reciban información sobre el contenido que tú u otros comparten con ellos. Por ejemplo, si usas un servicio de copia de seguridad de datos integrado con nuestros Servicios (como iCloud o Google Drive), este recibirá la información que le hayas compartido, como tus mensajes de WhatsApp. ***Si interactúas con un servicio de terceros o con otro producto de una empresa de Facebook vinculado a través de nuestros Servicios, como cuando usas el reproductor en la aplicación para reproducir contenido de una plataforma de terceros, es posible que dicho tercero o producto de una empresa de Facebook reciba información sobre ti, como tu dirección IP y el hecho de que eres usuario de WhatsApp.*** Ten en cuenta que, cuando uses los servicios de terceros u otros productos de las empresas de Facebook, el uso que hagas de ellos se registrará según sus propias condiciones y políticas de privacidad (…)” (el destacado es propio).

33. En la sección “*Cómo trabajamos en conjunto con otras empresas de Facebook*”, WHATSAPP aclara lo siguiente:

“(…) ***Como parte de las empresas de Facebook, WhatsApp recibe información de las otras empresas de Facebook, así como también comparte información con ellas*** (...) ***Ambas partes podemos usar la información que recibimos para operar, proporcionar, mejorar, entender, personalizar, respaldar y promocionar nuestros Servicios y sus ofertas, incluidos los productos de las empresas de Facebook.*** Esto incluye lo siguiente:

- Ayudar a mejorar la infraestructura y los sistemas de entrega.
- Entender cómo se usan nuestros Servicios o los de ellas.
- Promover la seguridad, protección e integridad a través de los productos de las empresas de Facebook, por ejemplo, sistemas de seguridad y de lucha contra spam, amenazas, abuso o actividades que infrinjan las leyes.

- Mejorar sus servicios y tus experiencias al usarlos, como hacer sugerencias para ti (por ejemplo, de conexiones de amigos o grupos o de contenido interesante), personalizar funciones y contenido, ayudarte a completar compras y transacciones, y mostrarte publicidad y ofertas relevantes a través de los productos de las empresas de Facebook.
- *Proporcionar integraciones que te permitan conectar tus experiencias de WhatsApp con otros productos de las empresas de Facebook. Por ejemplo, permitirte conectarte con tu cuenta de Facebook Pay para pagar productos o servicios en WhatsApp o permitirte chatear con tus amigos a través de otros productos de las empresas de Facebook, como Portal, mediante tu cuenta de WhatsApp (...)* (el destacado es propio).

III.3. Información que WhatsApp comparte con las empresas de Facebook⁸.

34. Complementariamente a lo informado en la política de privacidad de WHATSAPP, la compañía informa en otra sección de su sitio web qué información comparte WhatsApp con las empresas de Facebook. En este sentido, se especifica que:

*“(...) Actualmente, WhatsApp solo comparte ciertos tipos de información con las empresas de Facebook. **Entre los datos que compartimos con las demás empresas de Facebook se incluyen la información de registro de tu cuenta (como tu número de teléfono), datos de operaciones (por ejemplo, si usas Facebook Pay o Tiendas en WhatsApp), información relacionada con el servicio, información sobre cómo interactúas con las empresas cuando usas nuestros Servicios, información sobre tu dispositivo móvil y la dirección IP; además, es posible que compartamos otros datos según se describe en la sección “Información que recopilamos” de la Política de privacidad, así como la información que obtengamos con tu consentimiento o mediante previo aviso (...)**”*

III.4. Actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de WhatsApp⁹ y los efectos de su entrada en vigencia¹⁰.

35. De acuerdo con la descripción efectuada en el sitio web oficial de WHATSAPP, la actualización de los términos de servicios y política de privacidad implica la posibilidad de que las empresas hagan uso de FACEBOOK como proveedor de tecnología, para administrar respuestas en su nombre, en el marco de interacciones o comunicaciones (mensajes) que mantengan con usuarios de WhatsApp, lo cual supone la posibilidad de FACEBOOK de procesar esa información conforme las particularidades antes reseñadas.

36. La actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de WhatsApp podrán ser aceptadas con posterioridad al 15 de mayo de 2021. No obstante, a partir de entonces, los usuarios que reciban un “recordatorio persistente” (hasta que acepten la actualización) experimentarán limitaciones en la funcionalidad de la aplicación.

37. En primer término, estos usuarios no podrán acceder a su lista de chats, pudiendo solo responder llamadas y videollamadas. Si tienen activadas las notificaciones, podrán tocarlas para leer o responder mensajes, así como para devolver llamadas o videollamadas perdidas.

38. Al cabo de unas pocas semanas de funcionalidad limitada, los usuarios que no acepten la actualización no podrán recibir llamadas ni notificaciones, y WhatsApp dejará de enviarles mensajes y llamadas al teléfono.

39. Al respecto, WHATSAPP deja entrever que, como alternativa a la no aceptación de la actualización, los usuarios pueden eliminar su cuenta, acción que aclaran que no pueden revertir, y que implica el borrado del historial de mensajes, la eliminación del usuario de todos los grupos de WhatsApp y también el borrado de las copias de seguridad.

IV. MEDIDA DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY N.º 27.442.

40. El artículo 44 de la Ley N.º 27.442 prevé que: “*En cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos (...)*”.

41. El artículo 80 de la referida ley, dispone: “*Deróguense las leyes 22.262, 25.156 y los artículos 65 al 69 del título IV de la ley 26.993. Elimínense las referencias a la ley 25.156 dispuestas bajo los artículos 45 y 51 de la ley 26.993. No obstante ello, la autoridad de aplicación de dichas normas subsistirá, con todas las facultades y atribuciones, incluso las sancionatorias, que la presente ley otorga a la Autoridad Nacional de la Competencia, y continuará tramitando las causas y trámites que estuvieren abiertos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hasta la constitución y puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia. Constituida y puesta en funcionamiento la Autoridad Nacional de la Competencia, las causas continuarán su trámite ante ésta*”.

42. Consecuentemente, la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley N.º 27.442, es la autoridad competente para el dictado de las medidas bajo análisis.

43. Del texto del artículo 44 transcrito *ut supra*, surge palmariamente el carácter tutelar anticipatorio de las medidas que la Autoridad de Aplicación puede adoptar, el que le confiere la potestad de ordenar aquello que, según el caso, sea más apto para evitar o disminuir una lesión al régimen de la competencia, como un modo de hacer efectiva la manda del artículo 42 de la Constitución Nacional de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados.

44. La misión de la Autoridad de Aplicación, no se materializa únicamente sancionando disuasivamente las conductas anticompetitivas, sino también evitando o disminuyendo, anticipadamente, los daños y el agravamiento o continuidad del daño que dichas conductas puedan provocar al interés económico general, resultando la actividad de prevención propia de la actividad administrativa.

45. Así las cosas, considerando la posición de FACEBOOK y sus controladas (en adelante también “grupo FACEBOOK”), los antecedentes internacionales de investigaciones por abuso de posición dominante y la inminencia de la entrada en vigencia de las nuevas condiciones de servicio y política de privacidad de WHATSAPP en la Argentina, esta CNDC entiende que resulta precedente el dictado de una medida de tutela anticipada, por las razones que se exponen a continuación.

IV.1. Mercados de plataformas digitales. Posición dominante del grupo FACEBOOK.

46. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha definido¹¹ el término de economía digital como la economía integrada por los mercados basados en tecnologías digitales que facilitan el comercio de bienes y servicios a través del comercio electrónico (*e-commerce*) que opera con base en capas, con segmentos separados para el transporte de datos y aplicaciones.

47. Dentro de la economía digital, se encuentran estructuras de mercado que se caracterizan por la presencia de plataformas en línea de dos o más lados; es decir, de plataformas que coordinan la demanda interdependiente de dos o más grupos de usuarios. Estas estructuras se financian, por lo general, a través de publicidad y abarcan, por ejemplo, los motores de búsqueda, las redes sociales, los portales de comercio, los servicios de contenido audiovisuales, entre otras plataformas.

48. En este contexto, los denominados mercados de dos o más lados, a diferencia de los mercados de un solo lado en los que el consumidor final y el proveedor de bienes y servicios interactúan mutuamente en una relación directa, presentan

tres características distintivas, a saber: (i) hay dos o más grupos de usuarios que utilizan la plataforma; (ii) existen externalidades de red indirectas que se presentan cuando la utilidad de la plataforma para el usuario de un lado del mercado aumenta cuando se incrementa el número de usuarios, las cantidades transadas o la calidad de los usuarios del otro lado del mercado. Por ejemplo, cuanto mayor sea la cantidad de usuarios o cuota de mercado de una red social, más valor tendrá para cualquier anunciante; y (iii) existe un intermediario o plataforma necesario para internalizar las externalidades creadas por el grupo de consumidores del mercado.

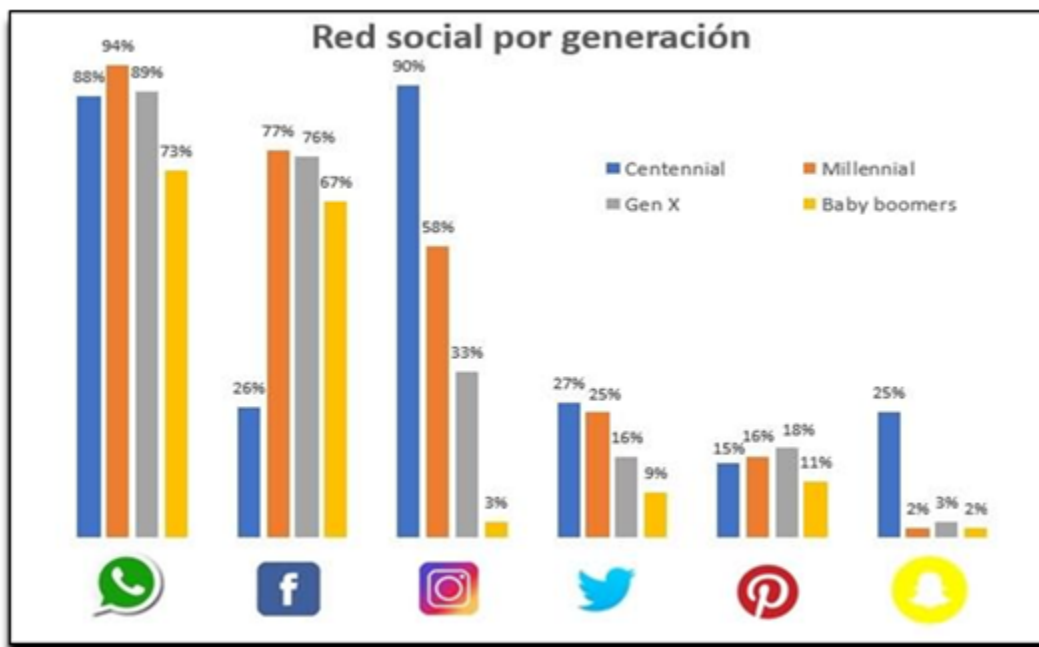
49. Las plataformas también pueden gozar de economías de red directas (para un usuario, una red es más valiosa cuantos más usuarios del mismo grupo esta tenga); de economías de alcance, cuando varias plataformas se encuentran bajo el control de un mismo actor económico; y de economías de escala.

50. El mercado de dos o más lados en los que participa FACEBOOK y sus controladas, particularmente aquellas que prestan el servicio de redes sociales, se enmarca en lo que se conoce como mercado de dos lados no transaccionales (o plataforma de publicidad). A diferencia de las plataformas comerciales, en esta no se da una transacción directa entre los grupos de usuarios de la plataforma, porque el modelo de negocio consiste en atraer usuarios a la plataforma, generando incentivos para que los anunciantes paguen por espacios de publicidad en dicha plataforma.

51. A criterio de esta CNDC, dada la alta penetración en los usuarios en Argentina, existen indicios preliminares que FACEBOOK goza de una posición dominante en dichos mercados, a través de sus redes sociales Facebook e Instagram, así como la plataforma de mensajería de WhatsApp.

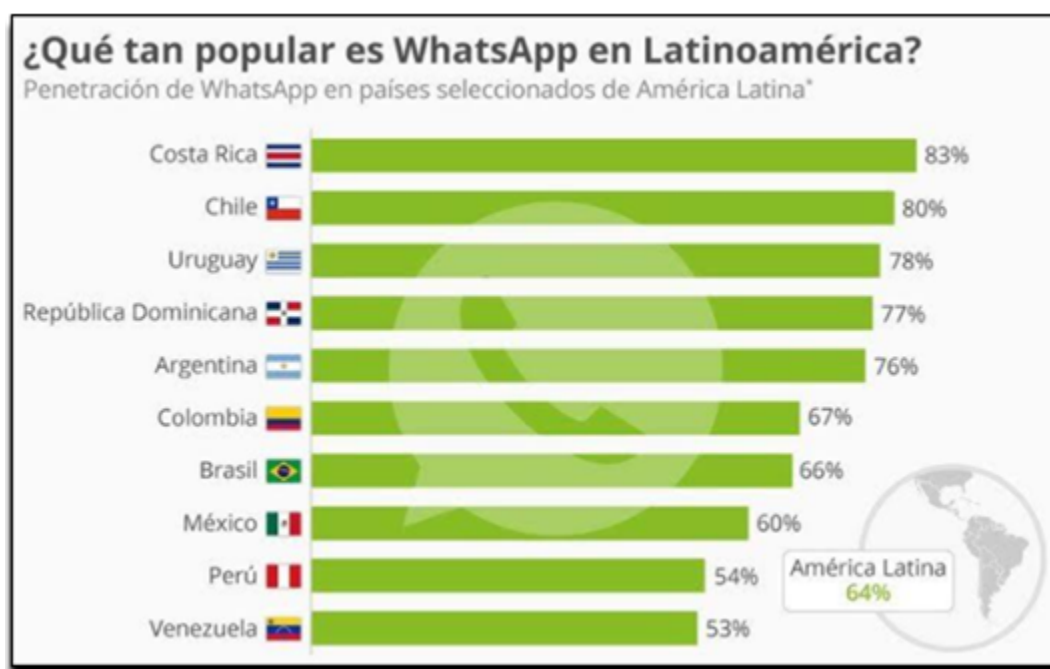
52. Cabe destacar que de verificarse el intercambio de información de los usuarios establecida para el 15 de mayo de 2021 se estaría conformando una base de datos de usuarios con un nivel de detalle no replicable por otras empresas, dando lugar a potenciales conductas exclusorias y explotativas que se detallaran posteriormente.

Gráfico N.º 1: Porcentaje de uso de redes sociales por generación en Argentina



Fuente: Carrier y Asociados (2020)

Gráfico N.º 2: Popularidad de WhatsApp en Latinoamérica



Fuente: Corporación Latirobarómetro (2018)

IV.2. Potenciales problemas de competencia.

53. En los mercados de plataformas digitales, la recopilación y el intercambio de datos no razonables puede otorgar una ventaja competitiva a los actores dominantes y resultar en efectos de explotación de usuarios y exclusión de competidores, es decir, que se trata de prácticas con potencialidad de afectar el interés económico general, en los términos del artículo 1º de la Ley N.º 27.442.

54. Considerando (i) la posición dominante que, *prima facie*, puede atribuírsele FACEBOOK y sus controladas en el mercado de redes sociales; (ii) las particularidades que se desprenden de los antecedentes internacionales que van en ese sentido; y (iii) la inminente actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de la plataforma WhatsApp; esta CNDC entiende que en la Argentina podrían configurarse los potenciales problemas de competencia que se describen a continuación.

Abuso de posición dominante explotativo.

55. Podría verosímilmente verificarse una explotación de los usuarios de las plataformas de FACEBOOK y sus controladas, particularmente en referencia a la obtención y/o tratamiento de sus datos (internamente) mediante las aplicaciones de Facebook, Instagram y WhatsApp; y (externamente) a través de la creación y/o distribución de interfaces o complementos tecnológicos a terceras empresas (botones “Me gusta”, “Compartir”, APIs¹², etc.).

56. En este sentido, a primera vista, se considera explotativa: (i) la irrazonable y excesiva recopilación de información (requerida u obtenida) de los usuarios de estas plataformas; (ii) la ausencia de opciones reales para los usuarios de estas plataformas para limitar el tratamiento de su información por fuera de la plataforma en la que fue requerida u obtenida; y (iii) la subordinación de la prestación del servicio de mensajería de WhatsApp a la aceptación de la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de la compañía.

57. En todos estos casos, se ha tenido en cuenta que la supuesta gratuidad de los servicios ofrecidos por el grupo FACEBOOK en realidad no existe, en la medida que el activo esencial que representa la información de los usuarios de las plataformas se traduce en términos monetarios, de ahí la posibilidad de medir el parámetro de explotación de usuarios que entregar más información que la estrictamente necesaria. De hecho, la monetización de este activo se refleja en los ingresos obtenidos en las campañas de publicidad de FACEBOOK y sus controlantes.

Abuso de posición dominante exclusorio.

58. Podría verosímilmente verificarse la exclusión de competidores de FACEBOOK y sus controladas, en virtud de un abuso por el tratamiento, entrecruzamiento y consolidación de la información de obtenida de los usuarios de todas sus plataformas, práctica que proporcionaría al grupo FACEBOOK una ventaja competitiva difícilmente reproducible por sus competidores en el mercado de publicidad *online*.

59. El poder de mercado del grupo FACEBOOK en el mercado de publicidad *online*, se verían reforzado a partir de las modificaciones de las condiciones de servicio y política de privacidad de la aplicación WhatsApp, pues le permite el tratamiento de una nueva categoría de datos en el marco de dicha plataforma. Esto, a criterio de la CNDC, contribuye a generar barreras para el acceso de nuevos competidores.

60. Al respecto y en relación con el abuso de posición dominante, es importante destacar que si bien constituye una conducta prohibida por la legislación de defensa de la competencia, también es una forma de ejercicio abusivo de los derechos previsto en el ordenamiento civil y comercial de nuestro país.

61. En efecto, en el capítulo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación –Ejercicio de los derechos- se prevé en el artículo 9° que: “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”, en tanto que el artículo 10° dispone: “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (...)*”.

62. Por su parte, en el artículo 11 –Abuso de posición dominante–, dispone: “*Lo dispuesto en los artículos 9° y 10° se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales*”.

63. Todo ello resuelta coherente con la necesidad de un diálogo de fuentes que se ha receptado en el artículo 2 de dicho cuerpo normativo al establecer que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

64. De esta forma se aprecia en nuestro sistema jurídico actual un paradigma protectorio de los sujetos con el principio constitucional que busca el reconocimiento de la igualdad real y concreta y que se plasma en distintas disposiciones tales como las anteriormente citadas.

IV.3. Inminencia del daño al Interés Económico General.

65. De todos los antecedentes internacionales analizados por esta CNDC surge claramente la importancia de prevenir que el usuario se vea en la disyuntiva de aceptar las condiciones de servicio y política de privacidad impuestas por WhatsApp o sufrir la degradación de las funcionalidades y posterior bloqueo de la aplicación, todo ello sumado a la pérdida de los contactos, mensajes y mucha otra información valiosa de propiedad de los usuarios.

66. También se hace hincapié en la asimetría de información que existe en el contrato entre el usuario y la aplicación. Los usuarios rara vez leen los términos y condiciones fijados por las aplicaciones, y mucho menos pueden dimensionar el alcance de los datos personales que están obligándose a entregar y el uso que empresas como FACEBOOK pueden hacer de estos.

67. Asimismo, se pondera la elevada dependencia que tiene el usuario de una aplicación que, dada la penetración que tiene WhatsApp, resulta indispensable para comunicarse en forma eficiente con la mayoría de sus contactos (economías de red directas).

68. Finalmente, en la mayoría de los países, y Argentina no es la excepción, WhatsApp y/o Facebook son las únicas aplicaciones patrocinadas o con "zero rating". Calificación que implica que el usuario puede navegar en ellas sin consumir datos.

69. Todo lo mencionado lleva a esta CNDC a inferir que el usuario verá comprometida su libertad de elección a la hora de aceptar o rechazar las nuevas Condiciones de Servicio de WhatsApp.

70. Por lo tanto, sea que el usuario acepte las condiciones o se avenga al bloqueo de la aplicación, con la pérdida de sus datos, se advierte la irreversibilidad de los efectos de la conducta de la firma.

71. En estas circunstancias, se considera indispensable para evitar los potenciales problemas de competencia detectados (y de la afectación al interés económico general), que la operatividad de la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad antes mencionada se suspenda en la Argentina por el término de 180 (ciento ochenta) días o hasta la finalización de la presente investigación, lo que suceda primero. Asimismo, la suspensión deberá hacerse extensiva incluso en aquellos casos en los que los usuarios hubieran aceptado la actualización en cuestión.

V. CONCLUSIÓN.

72. En virtud de las consideraciones precedentes, se aconseja a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR DEL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO que: (1) Dikte una medida en los términos del artículo 44 de la Ley N.º 27.442, para que la filial argentina de FACEBOOK INC. y/o FACEBOOK IRELAND LIMITED y/o WHATSAPP INC. y/o WHATSAPP LCC y/o WHATSAPP IRELAND LIMITED, (i) se abstenga de implementar y/o suspenda la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de la aplicación WhatsApp en la Argentina, por el término de 180 (ciento ochenta) días o hasta la finalización de la presente investigación, lo que suceda primero; (ii) se abstenga de intercambiar datos en el sentido establecido en la actualización antes mencionada, incluso en

los casos en los que los usuarios de WhatsApp hubieran aceptado dicha actualización; y (iii) comunique a sus usuarios, a través de la aplicación WhatsApp o mediante el sitio web oficial de la compañía el texto completo de la decisión a adoptarse en virtud del presente; (2) Haga saber a filial argentina de FACEBOOK INC. y/o FACEBOOK IRELAND LIMITED y/o WHATSAPP INC. y/o WHATSAPP LCC y/o WHATSAPP IRELAND LIMITED, que el incumplimiento de lo ordenado en los apartados precedentes podrá ser sancionado de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 55, inc. d), de la Ley N.º 27.442; y (3) Ordene la publicación de la medida antes mencionada en el Boletín Oficial de República Argentina y la comunicación de la misma a la DIRECCIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES y al ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES.

1]Según corresponda, también en referencia a Facebook Ireland Limited.

2 Según corresponda, también en referencia a WhatsApp LLC y WhatsApp Ireland Limited.

3 Recuérdese que, en su política de privacidad más reciente de fecha 7 de julio de 2012, WhatsApp hace varias declaraciones sobre los tipos de datos que recopila. Afirma que "WhatsApp no recopila nombres, correos electrónicos, direcciones u otra información de contacto de la libreta de direcciones móvil de sus usuarios o listas de contactos diferentes que los números del teléfono móvil ... ", que "No recopilamos información de ubicación " y que "el contenido de los mensajes entregados por el Servicio de WhatsApp no es copiado, guardado o archivado". La política también establece que "No usamos su número de teléfono u otra información de identificación personal para enviar información comercial o de marketing mensajes sin su consentimiento. ... " De manera similar, establece que "No vendemos ni compartimos su Información de identificación personal (como el número de teléfono móvil) con otras terceras empresas para su uso comercial o de marketing sin su consentimiento ".

4 https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwh_atapltr.pdf

5 Case M.7217 – Facebook/ WhatsApp. Decisión del 3/10/14. Versión pública de la decisión disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf

6 <https://www.whatsapp.com/legal/updates/terms-of-service> (al 4 de enero de 2021).

7 <https://www.whatsapp.com/legal/updates/privacy-policy/?lang=es> (al 4 de enero de 2021).

8 <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/what-information-does-whatsapp-share-with-the-facebook-companies/>

9 <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/were-updating-our-terms-and-privacy-policy/>

10 <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/what-happens-when-our-terms-and-privacy-policy-updates-take-effect/>

11 The Digital Economy. Directorate for financial and enterprise affairs competition committee (2012).

12 *Application Programming Interfaces* (interfaz de programación de aplicaciones)

