



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: COND. 1767 - Dictamen - Extensión de medida de tutela anticipada (art. 44 LDC)

SEÑOR SECRETARIO 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”, ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

LOBJETO

1. Por medio del presente dictamen esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, “CNDC”) propicia la extensión de la medida de tutela anticipada dictada el 14 de mayo de 2021, en los términos del artículo 44 de la Ley N.º 27.442, que fue materializada mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR (en adelante, “SCI”) N.º 492/2021 (RESOL-2021-492-APN-SCI#MDP), con la finalidad de ordenar que tanto WHATSAPP LLC y FACEBOOK INC. (actualmente, y en adelante, META PLATFORMS INC.¹), así como toda otra empresa controlada por esta última que directa o indirectamente participe del negocio de la aplicación de mensajería “WhatsApp Messenger” (en adelante, “GRUPO META”):

(i) Se abstengan de implementar y/o suspendan la actualización de las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad de WhatsApp Messenger, cuya entrada en vigencia se previó para el 15 de mayo de 2021;

(ii) Se abstengan de degradar la calidad del servicio y/o las funcionalidades de WhatsApp Messenger a los usuarios de la aplicación que no hayan aceptado la actualización de las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad en cuestión, incluyendo (pero no limitándose) a la eliminación de mensajes persistentes o cualquier otro tipo de imposibilidad uso habitual de la aplicación;

(iii) Se abstengan de intercambiar los datos, metadatos y todo otro tipo de información proporcionados por los usuarios de WhatsApp Messenger y/o recopilados automáticamente por WHATSAPP LLC, con otras

empresas y/o plataformas del GRUPO META, incluso en el supuesto de aquellos usuarios de la aplicación que ya hubieran aceptado la actualización de las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad.

2. Siguiendo el razonamiento puesto de relieve en la Resolución SCI N.º 492/21, y en honor a la brevedad, deberá considerarse a aquel acto como antecedente y parte integrante del presente, teniendo por reproducidas las consideraciones a las que aquí no se aludan expresamente.

II. ANTECEDENTE

3. El día 13 de mayo de 2021, esta CNDC emitió un dictamen² mediante el cual recomendó a la SCI que dictara una medida en los términos del artículo 44 de la Ley N.º 27.442, para que WHATSAPP LLC, META PLATFORMS INC. y otras empresas del GRUPO META, se abstengan de implementar la actualización de las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad de la aplicación WhatsApp Messenger, cuya entrada en vigencia estaba prevista para el día 15 de mayo de 2021.

4. El día 14 de mayo de 2021, recepiendo en su totalidad la recomendación de esta CNDC, se dictó la Resolución SCI N.º 492/2021, que en su parte resolutive estableció lo siguiente:

“(…) ARTÍCULO 1º. - Ordénase a la filial argentina de FACEBOOK INC. y/o FACEBOOK IRELAND LIMITED y/o WHATSAPP INC. y/o WHATSAPP LCC y/o WHATSAPP IRELAND LIMITED que 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 CIENTO OCHENTA (180) días o hasta la finalización de la investigación que tramita por el presente expediente, lo que suceda primero de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 2º. - Ordénase a la filial argentina de FACEBOOK INC. y/o FACEBOOK IRELAND LIMITED y/o WHATSAPP INC. y/o WHATSAPP LCC y/o WHATSAPP IRELAND LIMITED que se abstenga de intercambiar datos en el sentido establecido en la actualización mencionada en el Artículo 1º de la presente resolución incluso en los casos en los que los usuarios de WhatsApp hubieran aceptado dicha actualización de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 3º. - Ordénase a la filial argentina de FACEBOOK INC. y/o FACEBOOK IRELAND LIMITED y/o WHATSAPP INC. y/o WHATSAPP LCC y/o WHATSAPP IRELAND LIMITED que 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 de la presente de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 4º. -Hágase saber a la 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 inciso d) del Artículo 55 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 5º. - Comuníquese la presente medida a la Dirección Nacional de Protección de Datos

Personales dependiente de la Agencia de Acceso a la Información Pública, organismo descentralizado en el ámbito de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS y al Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), organismo descentralizado en el ámbito de la citada Jefatura.

ARTÍCULO 6°. - Considerase al Dictamen de fecha 13 de mayo de 2021, correspondiente a la “C. 1767 – WHATSAPP INC. S/ INFRACCIÓN LEY N° 27.442” emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, que como Anexo IF-2021-42671970 -APNCNDC# MDP, forma parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 7°. - Notifíquese a las partes interesadas (...).”.

5. Para así decidir, la SCI tuvo en consideración cuestiones que, *prima facie*, dan cuenta de un potencial abuso de posición dominante, en los términos del artículo 1° de la Ley N.º 27.442, entre ellas:

(i) Los antecedentes internacionales de investigaciones vinculadas con potenciales prácticas anticompetitivas de parte de empresas del GRUPO META;

(ii) Los indicios existentes de que en la República Argentina el GRUPO META goza de posición dominante en los mercados de redes sociales y mensajería instantánea móvil, a través de las aplicaciones “Facebook” y “WhatsApp Messenger”, respectivamente; y

(iii) La intención de actualizar las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad de WhatsApp Messenger.

III. ANÁLISIS JURÍDICO-ECONÓMICO

III.1. Medida de tutela anticipada (art. 44 de la Ley N.º 27.442)

6. 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 (...).”.*

7. A su vez, el artículo 80 de la referida ley prevé lo siguiente: *“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”.* Consecuentemente,

la SCI, 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.

8. Del texto del artículo 44 transcripto *ut supra*, además, surge el carácter tutelar anticipatorio de las medidas que la Autoridad de Aplicación puede adoptar, 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.

9. En este sentido, 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.

10. Así las cosas, considerando la posición que ostenta WHATSAPP LLC en el mercado de mensajería instantánea móvil, los antecedentes internacionales de investigaciones por abuso de posición dominante y el agravamiento de un daño anticompetitivo derivado de la actualización de las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad de WhatsApp Messenger, esta CNDC entiende que resulta procedente ordenar la extensión de la medida de tutela anticipada objeto del presente, por las razones que se exponen a continuación.

III.2. Posición dominante de “WhatsApp Messenger”

11. La Resolución SCI N.º 492/21 tuvo en consideración el análisis que han hecho otras agencias de competencia que caracterizaron en términos generales los mercados de redes sociales, mensajería instantánea móvil OTT (*Over The Top*) y de publicidad *online*.

12. Si bien en esta instancia del procedimiento no resulta necesario una definición exhaustiva de los mercados involucrados en la investigación, corresponde tener presente que el servicio que se presta a través WhatsApp Messenger:

(i) Constituye un mercado diferente al de redes sociales, porque no reúne su característica distintiva, que es la de funcionar como un “reflejo virtual de la vida real”, dado que (sin un número de contacto) no permite realizar actividades tales como entrar y mantenerse en contacto con amigos familiares o conocidos, encontrar personas que los usuarios solían conocer, compartir contenidos (ya sea generados por la red social o por sitios web de terceros), ni tampoco buscar información sobre eventos, jugar en línea o comprar y vender bienes, como puede hacerse, por ejemplo, a través de Facebook Marketplace; y

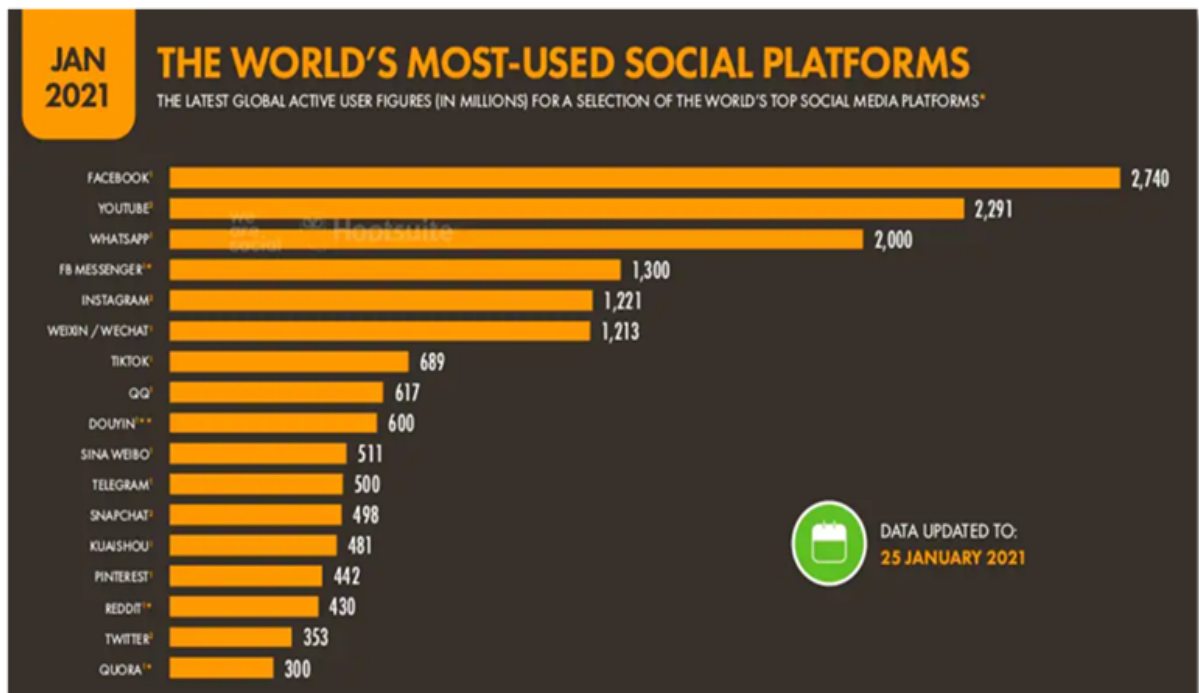
(ii) Se enmarca en lo que se conoce como mercado de mensajería instantánea móvil OTT, también denominado “*Instant Messaging*”, cuya nota distintiva es la participación de agentes que ofrecen un servicio integral de chats, vía mensajes de texto o voz, y llamadas o videollamadas en tiempo real entre dos o más participantes, que pueden compartir archivos de foto, video o audio.

13. En cuanto a la posición dominante, hay evidencia empírica de que la demanda a nivel mundial³ de la aplicación WhatsApp Messenger, con más de dos mil millones de usuarios, supera ampliamente a

plataformas tales como la de Telegram (Gráfico N.º 1). En particular de la información gráfica que se expone a continuación surge que no existiría en la República Argentina una plataforma de mensajería instantánea con capacidad penetración equivalente en la población.

14. Como fue considerado en la Resolución SCI N.º 492/21, también hay estudios a nivel regional⁴ (Gráfico N.º 2) que muestran que, por ejemplo, en el año 2018 WhatsApp Messenger tenía un nivel de penetración del 76% en la República Argentina, mientras que otros estudios a nivel nacional para el año 2020 revelan que la aplicación ha tenido un alto grado de penetración en nuestro país, tanto si se subdivide a la población en función de las distintas generaciones que la integran (Gráfico N.º 3), como si se considera a toda la población en forma agregada y sin distinciones generacionales⁵ (Gráfico N.º 4). En el mismo sentido, las investigaciones más recientes⁶ (2021) indican que WhatsApp Messenger tiene una penetración cercana al 93% en la República Argentina (Gráfico N.º 5).

Gráfico N.º 1: Plataformas digitales más usadas a nivel mundial (2020)



Fuente: Digital 2021 Global Overview Report. Informe global.

Gráfico N.º 2: Popularidad de WhatsApp en Latinoamérica (2018)

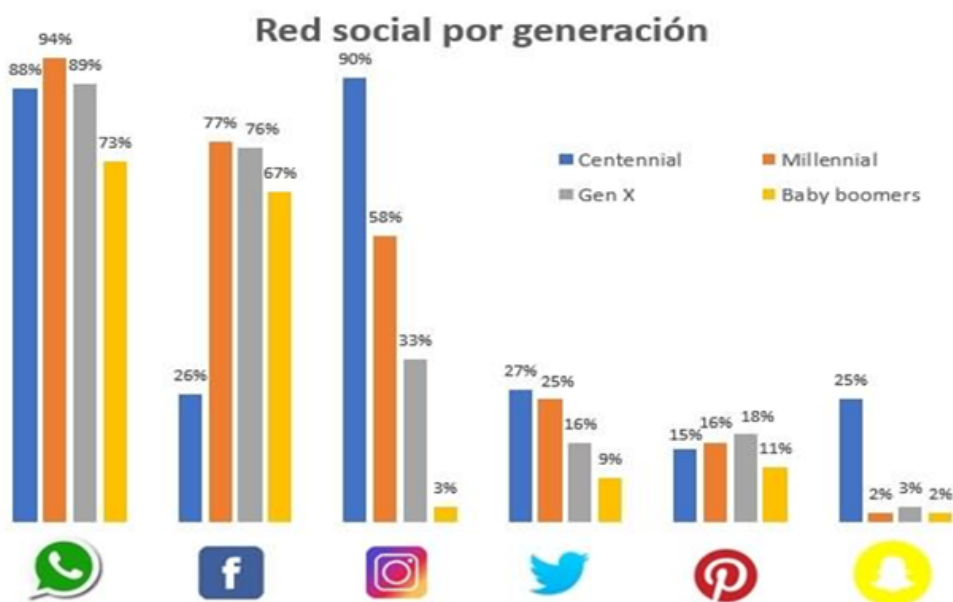
¿Qué tan popular es WhatsApp en Latinoamérica?

Penetración de WhatsApp en países seleccionados de América Latina*



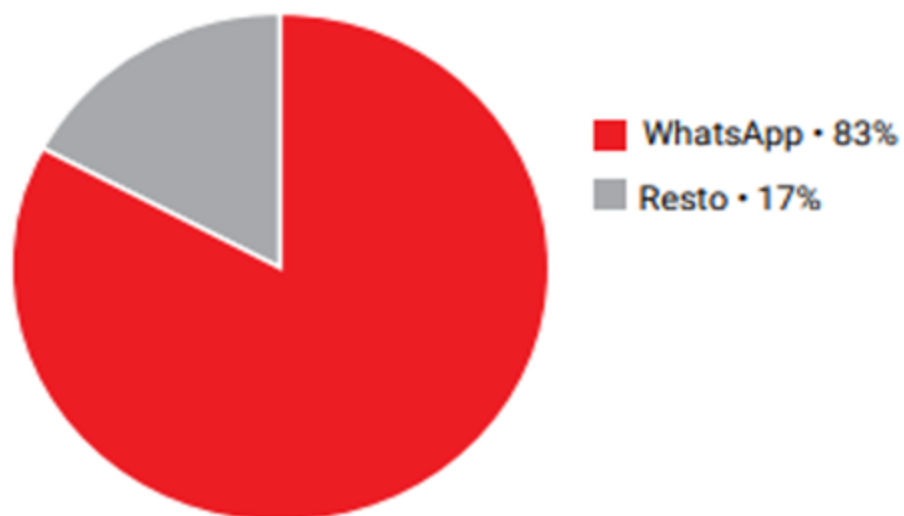
Fuente: Fuente: Corporación Latinobarómetro.

Gráfico N.º 3: Porcentaje de uso de redes sociales por generación en Argentina (2020)



Fuente: Carrier y Asociados.

Gráfico N.º 4: Porcentaje de utilización de WhatsApp en la Argentina (2020)

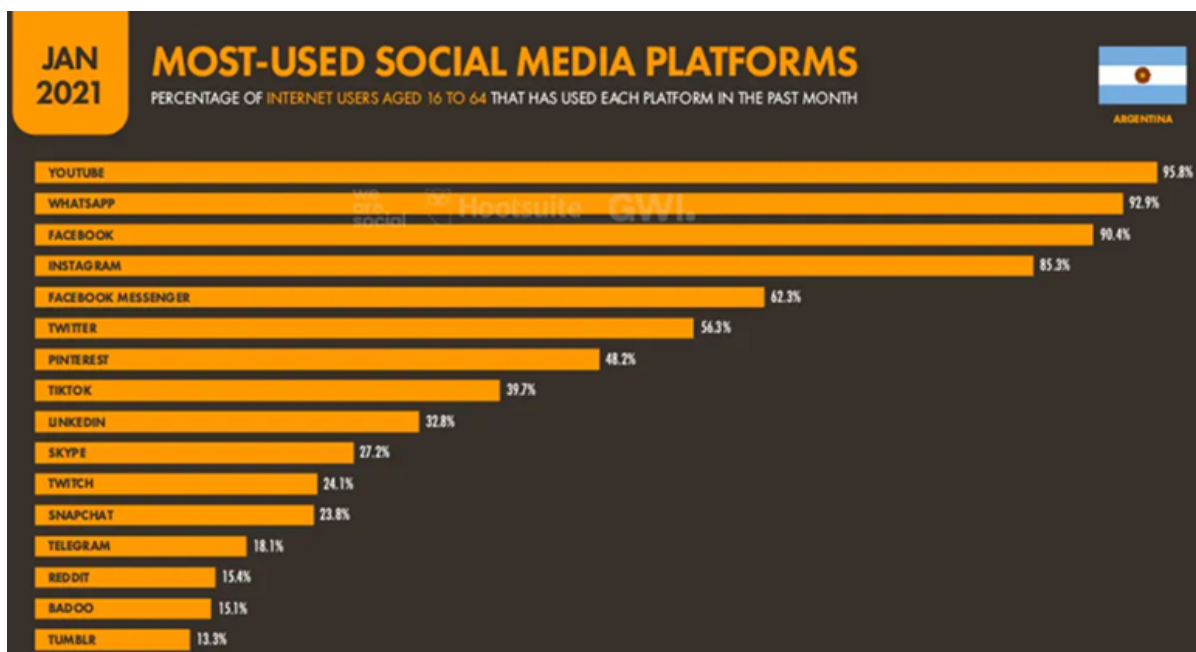


TOP SOCIAL MEDIA AND MESSAGING

Rank	Brand	For News	For All	Rank	Brand	For News	For All
1	Facebook	65% (+2)	82%	4	Instagram	23% (+5)	55%
2	WhatsApp	38% (-1)	83%	5	Twitter	14% (-1)	22%
3	YouTube	26% (+1)	71%	6	Facebook Messenger	10% (-1)	38%

Fuente: Digital News Report.

Gráfico N.º 5: Plataformas digitales más usadas en la Argentina (2021)



Fuente: Digital 2021 Global Overview Report. Informe para Argentina.

15. Como dato adicional, según el “*Digital 2021 Global Overview Report*”, en la República Argentina, WhatsApp Messenger es la aplicación número uno en teléfonos móviles, medida en cantidad de usuarios mensualmente activos (Gráfico N.º 6) y la aplicación a la que los usuarios de teléfonos móviles, con sistema operativo Android, le dedican mayor cantidad de tiempo, teniendo en cuenta el acumulado durante el año 2020 (Gráfico N.º 7).

Gráfico N.º 6: Aplicaciones móviles más usadas mensualmente en la Argentina

RANKING OF MOBILE APPS BY MONTHLY ACTIVE USERS			RANKING OF MOBILE GAMES BY MONTHLY ACTIVE USERS		
#	APP NAME	PARENT COMPANY	#	GAME NAME	PARENT COMPANY
01	WHATSAPP	FACEBOOK	01	AMONG US	INNERSLOTH
02	FACEBOOK	FACEBOOK	02	FREE FIRE	SEA
03	INSTAGRAM	FACEBOOK	03	CANDY CRUSH SAGA	TENCENT; ACTIVISION BUZZARD
04	FACEBOOK MESSENGER	FACEBOOK	04	POKÉMON GO	NIANTIC
05	MERCADOLIBRE	MERCADOLIBRE	05	CLASH ROYALE	SUPERCELL
06	MERCADO PAGO	MERCADOLIBRE	06	CALL OF DUTY: MOBILE	TENCENT; SEA; VNG; ACTIVISION BUZZARD
07	NETFLIX	NETFLIX	07	TRUCO BLYTS	BLYTS
08	SPOTIFY	SPOTIFY	08	BRAWL STARS	SUPERCELL
09	TWITTER	TWITTER	09	ROBLOX	ROBLOX
10	CUIDAR COVID-19 ARGENTINA	PRESIDENCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA	10	MINECRAFT POCKET EDITION	NETEASE; MICROSOFT

Fuente: Digital 2021 Global Overview Report. Informe para Argentina.

Gráfico N.º 7: Aplicaciones móviles más usadas (medida en tiempo de uso) en la Argentina



Fuente: Digital 2021 Global Overview Report. Informe para Argentina.

16. Si bien la elevada participación de mercado que tiene WhatsApp Messenger a nivel mundial, regional y nacional ya es un dato relevante por sí mismo, también se debe tener en cuenta que la política de “zero rating” o “special pricing” con las que se ven beneficiados los usuarios de planes de telefonía móvil que usan WhatsApp Messenger influye en la desafiabilidad que puede tener la aplicación por parte de otras plataformas similares que no están alcanzadas por dichas políticas comerciales. En este sentido, esta decisión de las empresas TELECOM ARGENTINA S.A. y AMX ARGENTINA S.A. revela otro indicio más de posición dominante, esto es, la preferencia de los consumidores de sus servicios por WhatsApp Messenger por sobre otras plataformas potencialmente similares.

III.3. Potenciales problemas de competencia. Verosimilitud en el derecho.

17. La verosimilitud del derecho de la medida propiciada surge de las circunstancias fácticas y fundamentos oportunamente expuestos en la Resolución SCI N.º 492/2021. En efecto, los hechos replicados a nivel mundial y las particularidades del mercado argentino que fueron considerados en el mencionado acto reúnen, y actualmente mantienen, la apariencia de buen derecho, en el sentido que *prima facie* revelan un potencial abuso de posición dominante (explotativo y exclusorio), puesto que:

(i) Habría una recopilación excesiva o injustificada de datos personales de los usuarios de WhatsApp Messenger, que podría remontarse al menos hasta el año 2016, y que se vería potenciada con la actualización de sus Condiciones de Servicio y Política de Privacidad;

(ii) La recopilación excesiva o injustificada de datos también estaría potenciada por las asimetrías de información que serían aprovechadas por WHATSAPP LLC al momento de informar a los usuarios de WhatsApp Messenger sus Condiciones de Servicio y Política de Privacidad, entre otras cosas, por el

empleo de términos genéricos y vagos, ejemplos limitados y falta de taxatividad acerca de todos y cada uno de los datos que recopila y el uso específico que se hace de ellos;

(iii) Los usuarios de WhatsApp Messenger verían conculcado su derecho a la autodeterminación informativa por no tener opciones reales de autoexcluirse de la mencionada actualización, de la recolección excesiva de sus datos, de su procesamiento y/o de que esos datos sean compartidos con otras empresas, ni tendrían opciones reales para limitar otras condiciones abusivas impuestas por WHATSAPP LLC;

(iv) WHATSAPP LLC se aseguraría la recopilación excesiva o injustificada de datos personales a partir de mecanismos coactivos, como la política de “tómalo o déjalo”, práctica que se ha manifestado como la posibilidad de degradar las funcionalidades de la aplicación de mensajería y hasta de hacer perder la operatividad de la cuenta a aquellos usuarios que no aceptaren la actualización en cuestión;

(v) La explotación de los usuarios de WhatsApp Messenger, formaría parte de una práctica sistemática que también tendría como objetivo la generación de metadatos para perfilar usuarios/compradores, es decir, para generar un activo difícilmente replicable por competidores potenciales o, en otras palabras, para generar barreras de entrada en el mercado de publicidad *online*; todo ello en probable violación al régimen de defensa de la competencia.

18. En ese sentido, también cabe tener presente que:

(i) A nivel internacional existe evidencia de que META PLATFORMS INC. (controlante de WHATSAPP LLC) recopila en exceso datos personales de los usuarios de la plataforma Facebook y de que los trata y consolida con la información extraída de otras plataformas del GRUPO META, generando barreras en el mercado de publicidad *online*. De hecho, en 2019 la Autoridad de Competencia de la República Federal de Alemania impuso restricciones por este motivo a FACEBOOK INC. y FACEBOOK IRELAND LIMITED;

(ii) Existen también antecedentes internacionales de investigaciones de autoridades de competencia que han impuesto restricciones y dictado medidas preventivas vinculadas con prácticas anticompetitivas de similar envergadura a las tenidas en cuenta en la República Argentina, por ejemplo, las órdenes de cese dictadas en el 2021 contra FACEBOOK INC. y WHATSAPP LLC por las Autoridades de Competencia de la República de Turquía, la República de la India y la República Federativa de Brasil;

(iii) Hay sólidos indicios de que en la República Argentina las plataformas del GRUPO META tienen posición dominante en los mercados de redes sociales (con la aplicación Facebook) y mensajería instantánea móvil (con aplicación WhatsApp Messenger).

(iv) Como parte del GRUPO META, se vislumbra que WHATSAPP LLC sigue la misma política de su controlante y no se descarta que las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad de WhatsApp Messenger agraven una explotación a sus usuarios que podría remontarse cuando menos hasta 2016.

Abuso de posición dominante explotativo

19. Esta CNDC entiende que podría verosíblemente verificarse una explotación de los usuarios de WhatsApp Messenger. En este sentido, a primera vista, se considera explotativa:

(i) La excesiva o injustificada recopilación de datos, metadatos y/o información requerida o automáticamente recopilada de los usuarios de WhatsApp Messenger. Esto se traduce como una manifestación del ejercicio de poder de mercado, en detrimento de la variable de competencia privacidad, lo que supone una disminución significativa y no transitoria de la calidad del servicio de mensajería;

(ii) La ausencia de opciones reales para que los usuarios de WhatsApp Messenger limiten la recopilación de sus datos y/o metadatos, así como su tratamiento y uso por fuera de la plataforma mensajería, todo ello en afectación al derecho de autodeterminación informativa. Esto, sumado a la ausencia de información cierta y acabada acerca de la todos y cada uno de los datos que WHATSAPP LLC recopila y comparte con otras empresas del GRUPO META (por ejemplo, aquellos que se emplean con fines publicitarios), se vislumbra como un menoscabo a la variable de competencia por privacidad y opciones de los consumidores, lo que supone una disminución significativa y no transitoria de la calidad del servicio de mensajería;

(iii) La subordinación de la prestación del servicio de WhatsApp Messenger a la aceptación de la actualización de sus Condiciones de Servicio y Política de Privacidad bajo la modalidad coactiva de “tómalo o déjalo”, aunque fuera transitoria, luce como manifestación del ejercicio de poder de mercado en detrimento del derecho de autodeterminación informativa.

20. En esta línea, habrá de tenerse en consideración que el derecho de autodeterminación informativa es muy relevante desde la perspectiva de la competencia, ya que el control sobre los datos les permite a los usuarios expresar sus preferencias con precisión.

21. En este mismo sentido, el derecho a la privacidad posee un valor fundamental para los consumidores, y más allá de que pudiera existir alguna dificultad para medir su valor en términos monetarios, resulta ser un elemento esencial de protección del bienestar de aquellos. Por lo tanto, se encuentra incluido dentro del mandato legal del artículo 1° de la Ley N.° 27.442.

22. En todos estos casos, además, se ha tenido en cuenta que la supuesta gratuidad de los servicios ofrecidos por el GRUPO META no es tal, en la medida que el activo esencial que representa la información de los usuarios de WhatsApp Messenger tiene su correlato en términos monetarios en el mercado de la publicidad *online*.

Abuso de posición dominante exclusorio

23. Esta CNDC también entiende que podría verosíblemente verificarse la exclusión de potenciales competidores del GRUPO META en el mercado de la publicidad *online*, a través de la creación o reforzamiento de barreras de acceso al mercado. En este sentido, se estima que los datos y/o metadatos obtenidos de los usuarios de WhatsApp Messenger constituyen activos difícilmente replicables por competidores potenciales.

24. Las barreras de acceso al mercado de publicidad *online* que WHATSAPP LLC coadyuvaría a generar

aportando datos y/o metadatos de los usuarios de WhatsApp Messenger, consolidaría una práctica sistemática del GRUPO META, al aumentar su capacidad de personalización de la publicidad (*targetability*).

25. Finalmente, la actualización de las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad de WhatsApp Messenger vendría a reforzar la posición del GRUPO META en el mercado de publicidad *online*, posibilitando la obtención de nuevos datos (como el nivel de carga de batería, la potencia de la señal o la versión de la aplicación del dispositivo) o, cuando menos, a mantener un nivel de recopilación excesivo o injustificado, práctica que podría remontarse al año 2016.

III.4. Potenciales problemas de competencia. Inminencia del daño al interés económico general

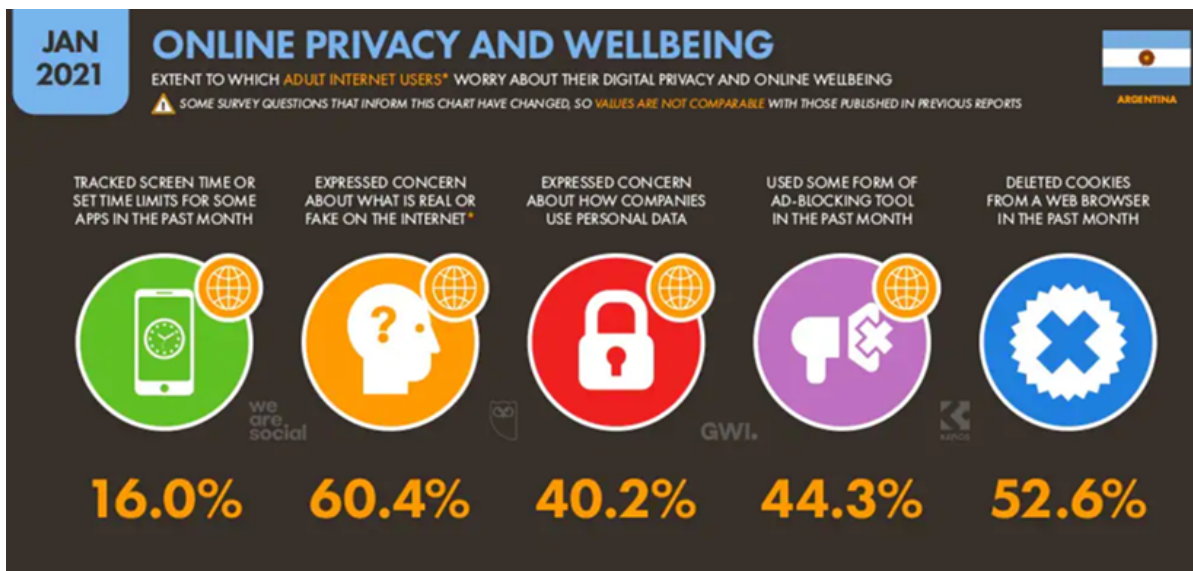
26. Es práctica inveterada de la autoridad de competencia evaluar la afectación del interés económico general en términos de captura del excedente de los consumidores. Al respecto, cabe recordar que la idea en la cual se basa la definición del excedente del consumidor es que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Tales funciones de demanda son relaciones que se establecen entre cantidades que el consumidor demanda y precios que enfrenta en el mercado, pero sirven también para medir hasta cuánto estaría dispuesto a pagar por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que verdaderamente eroga es un excedente que el consumidor se lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión⁷.

27. Sin embargo, la función de demanda no solo es una relación establecida entre precio y cantidad. Si nos apartamos del análisis simplificado de los modelos clásicos que explican el comportamiento de los consumidores y tomamos en consideración otros aspectos que son tenidos en cuenta al momento de decidir acerca de la adquisición de un bien o servicio, resulta necesario tener en cuenta la calidad, variables coyunturales como el clima o el horario al momento del consumo, los precios relativos de los bienes o servicios sustitutos, la restricción presupuestaria del agente y, como en este caso, la preservación de derechos básicos como puede ser el derecho a la privacidad.

28. En este caso, el excedente que los usuarios de WhatsApp Messenger deberían obtener es resultado de la diferencia entre la disposición que tienen para entregar sus datos personales a dicha plataforma y lo que verdaderamente terminan cediendo para utilizar la aplicación. Este beneficio, en otras palabras, puede entenderse (en términos de protección a su privacidad) como aquel que hubiera tenido en ausencia de un abuso de poder de mercado por parte de WHATSAPP LLC.

29. De acuerdo con el “*Digital 2021 Global Overview Report*”⁸, el 40,2% de los argentinos expresó su preocupación sobre cómo las compañías utilizan su información personal, mientras que el 52,6% afirmaba borrar cookies (Gráfico N.º 8).

Gráfico N.º 8: Preocupación de los usuarios argentinos por la privacidad de sus datos (2021)



Fuente: Digital 2021 Global Overview Report. Informe para Argentina.

30. Así las cosas, el parámetro de explotación está dado por la cantidad de datos básicos que son necesarios para el funcionamiento de WhatsApp Messenger vs. la cantidad que exceden ese propósito y son obtenidos injustificadamente o sin una opción real para que los usuarios hagan uso de su derecho de autodeterminación informativa. Todo ello repercute en una degradación significativa y no transitoria de la calidad del servicio de mensajería.

31. La hipótesis de abuso exclusorio de posición dominante, por otra parte, se basa en el potencial deterioro de las condiciones de competencia al generarse barreras a la entrada de nuevos competidores en el mercado de publicidad *online*, así como el debilitamiento de los competidores existentes que carecen de una base de datos de usuarios con un nivel de extensión y detalle equivalentes a la que poseería WHATSAPP LLC conjuntamente con las demás firmas integrantes del GRUPO META.

32. Respecto a la inminencia del daño, no cabe más que recordar lo que las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad de WhatsApp Messenger fue impuesta a los usuarios de la aplicación bajo la advertencia de que el servicio se vería degradado en sus aspectos funcionales después del 15 de mayo de 2021. De hecho, su “Centro de Ayuda”, bajo el título “¿Qué sucederá en la fecha de entrada en vigor?”, WHATSAPP LLC informó lo siguiente:

*“(...) Durante las últimas semanas, hemos estado mostrando una notificación en WhatsApp donde se proporciona más información acerca de la actualización. Luego de haberles brindado más tiempo a todos para revisar esta información, seguimos recordándoles a aquellas personas que todavía no tuvieron la oportunidad de hacerlo para que la revisen y acepten los cambios. **Después de varias semanas, el recordatorio pasará a ser persistente.***

¿Qué ocurrirá si recibo un recordatorio persistente?

A partir de ese momento, tendrás acceso limitado a las funciones de WhatsApp hasta que aceptes las actualizaciones. Esto no les sucederá a todos los usuarios al mismo tiempo.

No podrás acceder a tu lista de chats, pero podrás responder llamadas y videollamadas. Si tienes activadas las notificaciones, podrás tocarlas para leer o responder mensajes, así como para devolver llamadas o videollamadas perdidas.

Después de unas pocas semanas de funcionalidad limitada, no podrás recibir llamadas ni notificaciones, y WhatsApp dejará de enviar mensajes y llamadas a tu teléfono (...)

33. Ese nivel de degradación del sistema de mensajería es sinónimo de exclusión del usuario de la aplicación y si bien con posterioridad al dictado de la Resolución SCI N.º 492/21, según manifestó WHATSAPP LLC, se dio marcha atrás con la degradación de las funcionalidades de la aplicación, sus Condiciones de Servicio y Política de Privacidad no descartan que ese temperamento sea recurrente. En efecto, la mera declaración de la empresa no impide que en el futuro (con esta o posteriores actualizaciones) nuevamente pretenda volver a implementar la política del “tómalo o déjalo” a los usuarios de WhatsApp Messenger.

34. Actualmente no se descarta lo señalado, dado que WHATSAPP LLC informa en su “Centro de Ayuda”^[9]: “(...) La mayoría de los usuarios que vieron la actualización la aceptaron. Para aquellos que aún no lo hayan hecho, seguiremos mostrando una notificación en WhatsApp en la que ofrecemos más información al respecto y les recordamos que la revisen y acepten. **En este momento, no planeamos hacer que estos recordatorios sean persistentes ni limitar la funcionalidad de la aplicación (...)**”.

IV.NECESIDAD DE EXTENSIÓN DE LA MEDIDA

35. Tal como fuera dicho a lo largo del presente dictamen, la medida tomada el 14 de mayo de 2021 a través de la Resolución SCI N.º 492/2021 tuvo como objetivos evitar el agravamiento de un daño, a fin de poder llevar adelante una investigación adecuada de los hechos e impedir a las firmas utilizar los datos indebidamente, en detrimento de los usuarios y de las condiciones de competencia.

36. En este punto la necesidad de extensión de la medida se funda en: (i) la subsistencia de las circunstancias fácticas que hacen a la verosimilitud y a la actualidad del agravamiento de un daño antes explicadas; y 2) la inminencia del vencimiento del plazo de vigencia previsto en la Resolución SCI N.º 492/21.

V.CONCLUSIÓN

37. En virtud de las consideraciones precedentes, se aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR DEL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO que: (1) extienda, hasta la finalización de la investigación en curso, la medida de tutela anticipada dictada en los términos del artículo 44 de la Ley N.º 27.442, de fecha 14 de mayo de 2021, para que WHATSAPP LLC y META PLATFORMS INC., así como toda otra empresa controlada por esta última, que directa o indirectamente participen del negocio de la aplicación de mensajería WhatsApp Messenger: (i) se abstengan de implementar y/o suspendan la actualización de las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad de WhatsApp Messenger, cuya entrada en vigencia se previó para el 15 de mayo de 2021; (ii) se abstengan de degradar la calidad del servicio y/o las funcionalidades de WhatsApp Messenger a los usuarios de la

aplicación que no hubieran aceptado las Condiciones de Servicio y Política de Privacidad en cuestión, incluyendo (pero no limitándose) a la eliminación de mensajes persistentes o cualquier otro tipo de imposibilidad uso habitual de la aplicación; (iii) se abstengan de intercambiar los datos, metadatos y todo otro tipo de información proporcionados por los usuarios de WhatsApp Messenger y/o recopilados automáticamente por WHATSAPP LLC, con otras empresas y/o plataformas controladas por META PLATFORMS INC., incluso en los casos de usuarios que hubieran aceptado la actualización; (iv) comuniquen a los usuarios de WhatsApp Messenger, a través de la aplicación o mediante el sitio web oficial, el texto completo de la decisión a adoptarse en virtud del presente; (2) haga saber a WHATSAPP LLC y META PLATFORMS INC., 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 su comunicación a la DIRECCIÓN NACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES y al ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES.

El Vocal de esta Comisión Nacional, Lic. Guillermo Perez Vachinni no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia según nota NO-2022-04971147-APN-CNDC#MDP.

[1] Es una sociedad constituida conforme las leyes del Estado de Delaware, de los Estados Unidos de América. El cambio de denominación de FACEBOOK INC. por la actual META PLATFORMS INC. se registró el 28 de octubre de 2021.

[2] Dictamen de fecha 13 de mayo de 2021 (IF-2021-42671970-APN-CNDC#MDP).

[3] We Are Social y Hootsuite. Digital 2021 Global Overview Report. Informe a nivel global disponible en: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report>

[4] Corporación Latinobarómetro. Informe 2018. Disponible en: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>

[5] Digital News Report, de Reuters Institute y la Universidad de Oxford. Disponible en: <https://cip.org.ar/reuters-institute-digital-news-report-2020/>

[6] We Are Social y Hootsuite. Digital 2021 Global Overview Report. Informe para la Argentina disponible en: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-argentina>

[7] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. “Breve análisis de económico de la ley argentina de defensa de la competencia” (1997). Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/nota220116.pdf>

[8] We Are Social y Hootsuite. Digital 2021 Global Overview Report. Informe para la Argentina disponible en: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-argentina>

[9] IF-2021-51764057-APN-DR#CNDC (página 144). Información también disponible en: <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/what-happens-when-our-terms-and-privacy-policy-updates-take-effect>

