



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

10026/2021

WHATSAPP LLC c/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE
DESARROLLO PRODUCTIVO COMISION NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA s/APEL RESOL COMISION
NAC DEFENSA DE LA COMPET

Buenos Aires, 26 de abril de 2022.- GA

AUTOS Y VISTOS: la impugnación judicial interpuesta por WhatsApp LLC contra la Resolución-2021-492-APN-SCI#MDP (en adelante, Resolución SCI N° 492) -dictada por la Secretaría de Comercio Interior (en adelante, S.C.I. o la Secretaría) con fecha 14.05.2021 en el expediente administrativo N° EX-2021-42558303-APN-DGD#MDP, caratulado “C. 1767-WHATSAPP INC. S/INFRACCIÓN LEY N° 27.442”-, cuyo traslado fuera contestado por el Estado Nacional mediante la presentación digital del día 25.10.2021; y

CONSIDERANDO:

I. Que el 13 de mayo de 2021, mediante la providencia PV-2021-42476130-APN-SCI#MDP, la S.C.I. del Ministerio de Desarrollo Productivo instruyó a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, C.N.D.C. o la Comisión) -organismo desconcentrado en la órbita de la referida Secretaría- a fin de que proceda a la apertura de una investigación de oficio con el objeto de analizar las nuevas condiciones de servicio impuestas a los usuarios por parte de Whatsapp Inc. y/o sus controlantes, las cuales, junto a otras prácticas de empresas del mismo grupo económico, podrían configurar una conducta anticompetitiva de abuso de posición dominante en los términos de lo dispuesto en los artículos 1° y 3° de la Ley N° 27.442.



En razón de ello, la C.N.D.C., como medida previa al traslado previsto en el art. 38 de la mencionada norma, en cumplimiento con lo requerido, incorporó información obtenida del sitio web de Whatsapp Inc. Secciones tituladas “Otras disposiciones”, “Política de privacidad de la plataforma”, “Información legal de WhatsApp”, “Información que recopilamos”, “Información que tú y nosotros compartimos” y “Cómo trabajamos en conjunto con otras empresas de Facebook”. Todo ello referido a la inminente actualización de los términos de servicio y condiciones de privacidad de la aplicación en cuestión.

Conforme surge de aquellos documentos, resultó que la actualización mencionada implicaba la posibilidad de que las empresas hicieran uso de Facebook como proveedor de tecnología para administrar respuestas en su nombre en el marco de interacciones o mensajes que se mantenían con usuarios de WhatsApp lo cual suponía la posibilidad de Facebook Inc. de procesar esa información.

Asimismo, se indicó que para proporcionar los servicios ofrecidos por la plataforma en determinadas regiones mediante aplicaciones, funciones, software y sitio web, era necesario que los usuarios aceptaran de forma expresa las “Condiciones del servicio”.

La Comisión también refirió que, si bien la actualización podía ser aceptada con posterioridad al 15 de mayo de 2021, a partir de aquel día los usuarios no solo recibirían un “recordatorio persistente” hasta aceptarla, sino que sufrirían limitaciones en la funcionalidad de la aplicación. En tal sentido, no podrían acceder a su lista de chats y sólo se les permitiría responder llamadas y videollamadas, para finalmente, verse imposibilitados de utilizar el servicio.

Seguidamente, y a partir de la información recopilada, la C.N.D.C. expresó que la firma Whatsapp Inc. dejó entrever que, como alternativa a la no aceptación de la actualización, los usuarios podrían eliminar su cuenta lo cual implicaría el borrado del historial de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

mensajes, la eliminación del usuario de todos los grupos de WhatsApp y, también, el borrado de las copias de seguridad.

Además, ponderó que en el mercado de dos o más lados en donde participan Facebook y sus controladas, particularmente aquellas que prestan el servicio de redes sociales, no tiene lugar una transacción directa entre los grupos de usuarios de la plataforma, sino que se atraen usuarios generando incentivos para que los anunciantes paguen por espacios de publicidad.

Ello así, sostuvo que debido a la alta penetración de la utilización del servicio de mensajería instantánea en los usuarios en Argentina, existen indicios preliminares de que Facebook goza de una posición dominante en aquellos mercados.

Luego, realizó una serie de consideraciones a fin de explicitar los potenciales problemas de competencia con relación a la recopilación y al intercambio excesivo e irrazonable de datos. Seguidamente, destacó por qué su accionar podría considerarse como un abuso de posición dominante explotativo y exclusorio y, finalmente, describió en qué consistía la inminencia del daño al interés económico general.

Sobre tales bases, y teniendo en cuenta que de las investigaciones realizadas por las respectivas oficinas de defensa de la competencia con sede en Turquía, la República de la India, Alemania, Italia y Brasil, se desprende que la actualización de los términos de servicio y condiciones de privacidad de la aplicación WhatsApp implica una modificación de las reglas de intercambio de los datos de los usuarios de dicha aplicación, y su operatividad supone el ejercicio de un mayor poder de mercado por parte de la firma Facebook Inc. para procesar información de los usuarios de WhatsApp, la C.N.D.C. consideró necesario que la S.C.I. dictara una medida de tutela anticipada en los términos de lo dispuesto por el art. 44 de la Ley Nº 27.442.



En ese orden de cosas y para así dictaminar, sostuvo que del mencionado artículo 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 sea más apto para evitar o disminuir una lesión al régimen de la competencia y hacer efectiva la manda del artículo 42 de la Constitución Nacional (en adelante, C.N.).

II. Así las cosas, el día 14 de mayo de 2021, la S.C.I. compartiendo los términos de la recomendación formulada por la Comisión (a la cual se remitió en honor a la brevedad, considerando que formaba parte integrante de la resolución), habiendo dado la correspondiente intervención a la Dirección General de Asuntos Jurídicos, dictó la Resolución SCI N° 492/21 que, en lo que aquí nos interesa, resolvió:

“Artículo 1° Ordénase a la filial argentina de Facebook Inc. y/o Facebook Ireland Limited y/o Whatsapp Inc. y/o Whatsapp LLC. y/o Whatsapp Ireland Limited que se abstenga de implementar y/o suspender la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de la aplicación WhatsApp en la Argentina, por el término de 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 2° Ordénase a la filial argentina de Facebook Inc. y/o Facebook Ireland Limited y/o Whatsapp Inc. y/o Whatsapp LLC. y/o Whatsapp Ireland Limited que se abstenga de intercambiar datos en el sentido establecido en la actualización mencionada en el Artículo 1° 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 3° Ordénase a la filial argentina de Facebook Inc. y/o Facebook Ireland Limited y/o Whatsapp Inc. y/o Whatsapp LLC. y/o





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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 4° Hágase saber a la filial argentina de Facebook Inc. y/o Facebook Ireland Limited y/o Whatsapp Inc. y/o Whatsapp LLC. 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 5° 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° Considérase 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-APN-CNDC#MDP, forma parte integrante de la presente medida”.

Para arribar a tal decisión, la Secretaría señaló que:

a. La firma Facebook Inc. 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. Asimismo, hizo hincapié en que también proporciona espacio publicitario *on line* y ofrece la plataforma de red social “Facebook”, las aplicaciones de comunicaciones “Facebook



Messenger” y la plataforma para compartir fotos y videos “Instagram”.

b. Con relación a la firma Whatsapp Inc. consideró que es un proveedor de servicios de comunicaciones para consumidores a través de la aplicación móvil homónima.

c. Ponderó los antecedentes internacionales de investigaciones y sanciones vinculados con prácticas anticompetitivas de parte de compañías directa e indirectamente vinculadas con Facebook Inc.

d. Destacó que, debido a la alta cantidad de usuarios en la República Argentina, existen indicios preliminares de que Facebook goza de una posición dominante en los mercados de redes sociales -a través de Facebook e Instagram-, y de mensajería instantánea -a través de la plataforma de mensajería de WhatsApp-.

e. También, expresó que en los mercados de plataformas digitales, la obtención, recopilación, tratamiento e intercambio de datos no razonables pueden resultar en efectos de explotación de usuarios y exclusión de competidores, derivando en prácticas con potencialidad de afectar el interés económico general, en los términos de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley N° 27.442.

En este orden de cosas, consideró explotativa: i) la irrazonable y excesiva recopilación de información de los usuarios de estas plataformas; ii) la ausencia de opciones reales 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.

Entonces, estimó que podría verificarse un abuso de posición dominante exclusorio de competidores de Facebook Inc. y sus controladas en virtud de un abuso por el tratamiento, entrecruzamiento y consolidación de la información obtenida de los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

usuarios de todas sus plataformas. Esta práctica le proporcionaría al grupo Facebook una ventaja competitiva difícilmente reproducible por sus competidores en el mercado de publicidad *on line* y le permitiría el tratamiento de una nueva categoría de datos en el marco de aquella plataforma, lo cual contribuiría a generar barreras para el acceso a nuevos competidores.

f. En lo atinente al daño al interés general, hizo hincapié en la importancia de prevenir que el usuario se vea ante la disyuntiva de aceptar las “Condiciones de servicio” impuestas por WhatsApp o sufrir la degradación de las funcionalidades y posterior bloqueo de la aplicación. Ello sumado a la pérdida de los contactos, mensajes y variada información valiosa de propiedad de los usuarios.

En consonancia con ello, hizo mérito de la asimetría de información que existe en el contrato entre los usuarios y la aplicación por cuanto aquéllos 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 esos datos.

Finalmente, expuso que, en la mayoría de los países, WhatsApp y/o Facebook son las únicas aplicaciones patrocinadas con “*zero rating*”, lo que implica que el usuario puede navegar en ellas sin consumir datos.

III. Contra la referida decisión de la Secretaría de Comercio Interior, se alzó, por recurso directo WhatsApp LLC, cuyos fundamentos obran en la presentación realizada el día 1 de septiembre de 2021 (archivo agregado en el orden número 62 bajo el IF-2021-81513838-APN-DR#CNDC).

En prieta síntesis, solicita al tribunal competente que revoque el acto antes mencionado por ser manifiestamente nulo, de nulidad absoluta e insanable, particularmente, por no cumplir con los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora.



Ello así, los agravios de WhatsApp LLC con respecto al dictado de la Resolución SCI N° 492/21 versan, puntualmente, sobre los siguientes puntos:

3.1. Con relación al recaudo de verosimilitud en el derecho:

a. Refiere que la S.C.I. no determina ninguna conducta abusiva por parte de WhatsApp que infrinja la L.D.C. En tal sentido, dice que el abuso de posición dominante debe afectar negativamente la competencia y perjudicar el interés económico general.

b. Seguidamente, sostiene que la Resolución SCI N° 492/21 se basa en supuestos fácticos erróneos tanto para considerar la existencia de un abuso de posición dominante explotativo de usuarios como exclusorio de competidores.

Así pues, relata que la actualización no incrementa la capacidad de WhatsApp LLC para recolectar información o para compartirla con empresas del grupo Facebook. Por el contrario, expresa que los cambios propuestos brindan mayor transparencia y tienden a mejorar la comprensión del usuario modificando el formato de algunas secciones, mejorando su legibilidad y agregando enlaces a las preguntas frecuentes. Asimismo, dice que resulta equivocado caracterizar a la información recolectada como irrazonable y excesiva. A todo evento, enfatiza que recolectar o compartir información no puede ser equiparado a una conducta abusiva ni exclusoria ni explotativa.

También, destaca que WhatsApp LLC informó a sus usuarios que la actualización no buscaba degradar las funcionalidades del servicio de WhatsApp o cancelar las cuentas de los usuarios que no la aceptaran.

c. Seguidamente, se agravia por cuanto manifiesta que la resolución impugnada no define cuáles son los mercados relevantes ni siquiera en forma preliminar, y tampoco indica cuál sería la posición de WhatsApp LLC en aquéllos.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Desde este atalaya, expresa que tanto si se considera un mercado global como uno más acotado, en ambos supuestos, WhatsApp enfrenta una competencia intensa y significativa con una amplia gama de jugadores que brindan servicios y funciones en línea valiosos para los usuarios.

Por otro lado, alega que su mandante no ofrece publicidad en línea por lo que no podría competir en un mercado de este tipo. A todo evento, señala que la competencia en el mercado de la publicidad *on line* también resulta intensa e incluye competidores diversos.

d. Por último, resalta que en la mentada resolución no se explica cómo la actualización podría afectar el interés económico general. En ese orden de ideas, señala que las asimetrías de información no son un problema de defensa de la competencia.

También, sostiene que su mandante no tiene injerencia o vinculación alguna con las decisiones acerca del “*zero rating*” que utilizan las empresas de telecomunicaciones. En tal sentido, esgrime que la única explicación razonable del éxito de la aplicación WhatsApp es que ofrece un servicio superior con respecto a sus competidores.

e. También se queja de que se haya considerado que la información resultaba equiparable a una moneda. En ese sentido, refiere que los datos personales o cualquier información obtenida de los usuarios no resulta análoga ni equiparable a una moneda ya que no es inherente ni consistentemente valiosa.

Asimismo, destaca que la información no es escasa y su uso se caracteriza por la no rivalidad y la no exclusividad. De aquel modo, señala que cualquier empresa puede obtener y replicar los datos de los usuarios por lo que no es factible excluir rivales del mercado a través de la recolección de información.



Por último, expresa que la resolución impugnada no analizó el impacto que tienen los beneficios de las prácticas de recolección de la información en el régimen de la competencia.

3.2. En otro orden de ideas, niega que se encuentre configurado el recaudo del peligro en la demora. Expresa que no existe riesgo de daño derivado de un intercambio de datos de los usuarios porque la Actualización no amplía la capacidad de WhatsApp para recolectar y/o compartir información con las compañías de Facebook.

Asimismo, expresa que no hay peligro inminente en la demora debido al tiempo transcurrido desde el dictado de la Resolución SCI N° 492/21 hasta la notificación de aquel acto a su parte.

Ahora bien, presentado el citado recurso de apelación, el día 5 de octubre de 2021, la S.C.I. mediante la RESOL-2021-1032-APN-SCI#MDP, luego de haberle dado intervención a la Asesoría Legal de la Dirección de Asuntos Legales de Comercio y Minería, resolvió conceder con efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto y girar los actuados a la Dirección de Gestión y Control de Asuntos Contenciosos de Industria, Pyme, Comercio y Minería, dependiente de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gestión Administrativa del Ministerio de Desarrollo Productivo a los fines de su elevación a esta Cámara.

IV. Corrido el pertinente traslado, el Estado Nacional lo replicó de conformidad con los argumentos expuestos en la presentación digital del día 25.10.2021.

Luego de realizar una descripción de los antecedentes del caso, el recurrido invocó la deserción del recurso deducido y afirmó que la recurrente formuló una exposición de agravios difusa y genérica.

En subsidio de ese planteo, replicó las quejas propuestas por WhatsApp LLC. Sustancialmente, sostuvo que el acto administrativo cuestionado se encuentra debidamente fundado y confluyen en él la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

totalidad de los requisitos que establece la Ley de Procedimientos Administrativos para reputarlo válido.

En lo atinente a la supuesta falta de cumplimiento de los requisitos necesarios para el dictado de una medida de tutela anticipada, esgrimió que habría un abuso de posición dominante por parte de la quejosa a partir de la imposición de una actualización basada en la recopilación excesiva de datos personales de los usuarios. En tal sentido, expresó que son numerosos los antecedentes internacionales de público conocimiento que dan cuenta de investigaciones y sanciones relativas a prácticas anticompetitivas por parte de compañías vinculadas con Facebook Inc. (controlante de WhatsApp LLC) con relación a la información que intercambian.

A su vez, sostuvo que en nada afecta la procedencia de la medida de tutela anticipada el hecho de que la autoridad administrativa no haya definido en forma exhaustiva los mercados relevantes involucrados. Ello, por cuanto tal definición no puede ser requerida en una instancia preliminar.

Por otra parte, dijo que existen gran cantidad de indicios de que en Argentina la empresa ostenta una posición dominante. En efecto, refirió que la aplicación WhatsApp es utilizada por más de dos millones de personas superando ampliamente a sus sustitutas, por ejemplo, a Telegram. Asimismo, destacó que su contraria no explica de qué modo las plataformas de *streaming* o de música serían sustitutos de WhatsApp o competirían con él con relación a un usuario cuya necesidad principal es la de comunicación instantánea.

En lo relativo a la política de las empresas de telecomunicaciones que permiten la utilización del servicio de WhatsApp con “zero rating” refirió que la fuerte preferencia de los consumidores y la gran cantidad de usuarios hacen posible que se brinde el servicio con aquel beneficio.



Por otro lado, señaló que el nivel de degradación del sistema de mensajería es sinónimo de exclusión del usuario de la aplicación y el supuesto cambio de parecer de WhatsApp LLC. no es más que una mera “declaración” que no impide que en el futuro la compañía, nuevamente, pretenda ejercer su poder de mercado obteniendo una mayor cantidad de información de los usuarios de la plataforma.

En otro orden de ideas, hizo hincapié en que el derecho de autodeterminación informativa resulta relevante desde la perspectiva de la competencia. Ello, por cuanto el control sobre los datos le permite a los usuarios expresar sus preferencias con precisión y evitar que aquéllas se desvíen y existan condiciones de procesamiento de datos injustas para los usuarios de WhatsApp.

Finalmente, sostuvo que el espíritu de la medida cautelar es claro y apunta a salvaguardar el derecho de autodeterminación informativa de los usuarios de WhatsApp.

V. Ello así, como punto de partida, de acuerdo con los fundamentos expuestos por el señor Fiscal General en el dictamen del día 08.02.2022 -que este Tribunal comparte, siendo procedente remitir a lo expuesto en esa pieza a fin de evitar reiteraciones innecesarias-, debe declararse formalmente admisible el recurso interpuesto y, por consiguiente, abocarse sin más trámite a su examen.

Asimismo, dado lo acontecido en otras causas con este mismo organismo (conf., esta Sala, causa 3473/19 del 23.09.19, causa 3123/2019 del 09.08.19, entre otras), este Tribunal considera necesario reiterar la advertencia ya efectuada a las autoridades de la anterior gestión respecto de su ausencia de facultades para pronunciarse en torno a la admisibilidad formal de una impugnación judicial. El artículo 67 de la Ley N° 27.442, en su párrafo primero, dispone que ***“El recurso de apelación deberá interponerse y fundarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia dentro de los quince (15) días hábiles de notificada la resolución. El Tribunal***





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

de Defensa de la Competencia deberá elevar el recurso con su contestación ante el juez competente, en un plazo de diez (10) días de interpuesto, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido” (el subrayado no corresponde al texto original).

En los precedentes citados, se ponderó que aun cuando la experiencia demuestra que ese plazo no es observado por la C.N.D.C. -y este expediente no es la excepción- de la lectura de la referida norma no se infiere que el legislador le haya atribuido competencia alguna para el dictado de una resolución tanto sea concediendo o denegando el recurso deducido, en la medida que únicamente previó que es en el organismo administrativo donde se debe presentar el recurso, siendo éste el encargado de elevarlo junto con su contestación ante el Juez competente. La ausencia de todo tipo de referencia normativa con relación a la potestad de examinar la procedencia formal de la impugnación judicial intentada contra el acto administrativo -ya sea para concederlo o denegarlo-, lleva a concluir que son los jueces los encargados de tal revisión.

La conclusión arribada es la que concilia con el principio de celeridad judicial y, además, es la más imparcial y prolija, pues ni la actual C.N.D.C. o S.C.I. ni el futuro Tribunal de Defensa de la Competencia pueden hacer las veces de una suerte de primera instancia judicial para llevar a cabo un test de admisibilidad formal de los “recursos judiciales” que se le presenten (conf. en general respecto a los llamados recursos judiciales directos, MURATORIO, Jorge Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo, en A.A.V.N. Juan Carlos CASSAGNE director, Tratado de Derecho Procesal Administrativo T. II, p. 639, Ed. L.L. 2007). De otro modo, el mismo órgano administrativo cuyo acto se impugna sería el habilitado para decidir si procede formalmente o no la impugnación



contra lo que resolvió. Dicha conclusión, además de ser lesiva a los términos de la ley aplicable, se encuentra condenada por su desatino.

Lo hasta aquí expuesto, reviste transcendental importancia, si se repara, como se viene diciendo, que la facultad apuntada en la mencionada resolución podría redundar, incluso, en un cercenamiento de la revisión judicial de la decisión administrativa, a la que, por imperativo constitucional, los distintos jugadores del mercado deben tener acceso (arg. arts. 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional, complementados con los compromisos internacionales asumidos por la República que garantizan el llamado derecho a la tutela judicial efectiva, que porta alcurnia constitucional conforme el art. 75 inc. 22).

VI. Con relación a la petición de la representación estatal tendiente a que se declare desierto el recurso interpuesto ante la falta de crítica concreta y razonada de la resolución impugnada, es preciso señalar que la impugnación judicial efectuada en esta causa cuenta con fundamentos suficientes a fin de ser examinados en esta instancia. Lo expresado es así, aún más, si se tiene en cuenta el criterio amplio que propicia esta Sala para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios por estimar que es el que mejor se adecua a un cuidadoso respeto del derecho constitucional de la defensa en juicio (arg. art. 18 de la Constitución Nacional).

Asimismo, debe recordarse que esta es la única instancia judicial de revisión de la actividad administrativa y la validez de todo el sistema instaurado en ese ámbito descansa, precisamente, en la existencia de un control suficiente por parte de un tribunal de justicia. Esto impide, como ya lo ha decidido en diversas oportunidades esta Sala, aplicar sin más las reglas procesales previstas para el recurso de apelación -salvo, claro está, en materia de plazos y condiciones de admisibilidad- porque la Secretaría de Comercio no hace las veces de una suerte de primera instancia judicial. Lo contrario conllevaría la privación de toda tutela judicial en casos en los que se exponen





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

argumentos que, si bien pueden presentar deficiencias técnicas o no, están correctamente articulados y ameritan que sean considerados por un juez de la Nación (conf., esta Sala, causa n° 8439/19 del 9.12.2019 y sus citas, entre muchas otras).

Por estas razones, corresponde desestimar lo pretendido.

VII. A continuación, antes de que esta Sala comience a analizar la procedencia de los diferentes agravios esgrimidos por la recurrente, es imprescindible destacar que muchos de los argumentos expuestos por ésta se vinculan con aspectos sustanciales de la investigación administrativa que se está llevando adelante en virtud de las supuestas infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia; cuestiones que aún no han sido consideradas y resueltas por la autoridad administrativa o, al menos, no se informó a este Tribunal una situación distinta.

En tales términos, por resultar ajenos a la impugnación judicial de la medida preventiva que se ventila en esta instancia, no es posible que sean considerados, al menos, claro está, por el momento.

Así pues, corresponde, en primer término, señalar que el *thema decidendum* de esta Alzada ha quedado circunscripto a determinar si el temperamento provisorio realizado en los términos de lo dispuesto por el art. 44 de la L.D.C. para evitar potenciales e hipotéticos perjuicios al interés económico general, resulta justificado.

VIII. A continuación, corresponde ingresar de plano en la sustancia del asunto.

Para ello, conviene recordar que las medidas previstas en el art. 44 de la L.D.C. tienen, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, carácter típicamente cautelar y, como tales, deben reunir los recaudos clásicos de procedencia que, para el presente caso, son la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora (conf., MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Control de los monopolios y defensa de la competencia”, Depalma, 2002, págs. 205/206;



CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Heliasta, 2005, T. 2, págs. 365/366; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, “Defensa de la competencia: medidas cautelares de la autoridad de aplicación y en su contra. Breve revisión de fallos recientes”, La Ley, 31.03.10; DE LA RIVA, Ignacio, “Medidas cautelares en materia de defensa de la competencia”, El Derecho Administrativo, 2005, pág. 393/399). Así también lo han entendido las tres salas de esta Cámara al ejercer la jurisdicción apelada que le reconoce la L.D.C. y su decreto reglamentario (conf., Sala I *in re* “Cooperativa Villa Urquiza y otros”, nro. 9601/02 del 20.03.03; esta Sala, *in re* “Cablevisión S.A. y otros”, del 21.09.11; Sala III, *in re* “Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A.”, nro. 11.344/06 del 21.03.07, entre otras).

Asimismo, en orden a los recaudos formales de procedencia de las medidas preventivas debe tenerse presente que el objetivo del régimen argentino sobre defensa de la competencia es la tutela del interés económico general, el correcto funcionamiento de los mercados y el beneficio de la comunidad. Por lo tanto, la interpretación de la Ley N° 27.442 debe realizarse del modo que mejor contribuya a la consecución de esos fines, que cuentan con expreso respaldo constitucional (arg. art. 42 de la Constitución Nacional; art. 1° de la L.D.C.; ver en este sentido: Fallos: 330:1610).

De ahí, pues, que para mantener la cautelar impuesta en sede administrativa, además de acreditar *prima facie* la existencia de la conducta que se investiga, ésta debe implicar una violación actual o potencial del interés económico general (conf., art. 2 de la L.D.C.).

Sobre tales bases, debe entonces constatarse si en autos se encuentran reunidos los presupuestos requeridos en el art. 44 de la L.D.C. para disponer una medida como la impuesta por la Secretaría de Comercio Interior en la Resolución SCI N° 492/21.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

8.1. Para empezar, en cuanto al examen del primero de estos recaudos, reiteradamente se ha expresado que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino del análisis de su mera probabilidad acerca de la existencia del derecho invocado. Ello permite que el Juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias de la relación jurídica involucrada (conf., C.S.J.N., Fallos: 314:711).

Así pues, cabe destacar que -sin que ello implique realizar afirmaciones de contenido sustancial que son propias de la sentencia definitiva-, en este estado liminar del proceso, al contrario de lo que esgrime la quejosa, se encuentra acreditado el recaudo de la verosimilitud en el derecho.

Efectivamente, más allá de los esfuerzos argumentativos formulados por la recurrente en lo relativo a la ausencia de identificación de las conductas que pueden resultar contrarias a lo establecido en la L.D.C. lo cierto es en el *sub lite*, la S.C.I. se ha referido puntualmente a la inminente modificación de las “Condiciones” y de la “Política de Privacidad” del servicio de WhatsApp lo que implicaría un intercambio de información y de datos que podría llegar a impresionar como excesivo e irrazonable. Esto, a su vez, podría producir –a través de conductas exclusorias de competidores y explotativas de usuarios- una afectación al interés económico general. Ello, teniendo en consideración los indicios con los que se cuenta hasta el momento con relación a la posición dominante que ostenta la empresa en el mercado de las redes sociales, de mensajería instantánea y de publicidad *on line*.

Puede advertirse, entonces, a partir de lo reseñado, que la S.C.I. ha indicado que el obrar de la empresa relativo al intercambio y tratamiento de la información recolectada y utilizada para vender



publicidad a anunciantes podría, razonablemente, implicar dos conductas anticompetitivas identificadas: i) un abuso de posición dominante exclusorio ya que por el tratamiento e intercambio de la información obtenida de los usuarios de todas sus plataformas, Facebook y WhatsApp LLC obtendrían una ventaja competitiva de difícil reproducción por sus competidores en el mercado de la publicidad *on line*, de mensajería instantánea y de redes sociales; y ii) un abuso de posición dominante explotativo de los usuarios de las plataformas de Facebook y WhatsApp a través de la obtención y tratamiento de sus datos mediante las aplicaciones Facebook, Instagram y WhatsApp. Ello, sin posibilidad real de limitar el tratamiento de esa información.

De este modo y, más allá de que no escapa a este Tribunal que la referencia a las conductas que podrían resultar perjudiciales al régimen de la competencia parecen, *ab initio*, un tanto genéricas, lo cierto es que para la imposición de una medida preliminar como la aquí analizada no resulta necesario que la calificación y encuadre jurídico de la/s conducta/s que se investiga/n sea efectuado con cabal precisión al tiempo de adoptarla. En efecto, en el régimen de defensa de la competencia una medida preventiva en sentido estricto, sólo será aquella que procede y precede ante acciones u omisiones no consumadas -no actuales- pero que se presentan como una amenaza para la competencia (conf., MARIÑO Y BUSQUET, Teresa M., ob. cit.). No se trata del análisis de un temperamento sancionador, en el que sí podría exigirse un grado de mayor precisión respecto a los comportamientos que podrían considerarse infracciones.

8.2. Por otra parte, en cuanto a las manifestaciones formuladas en torno a que la Resolución SCI N° 491/21 parte de supuestos fácticos erróneos que no permiten considerar la existencia de un abuso de posición dominante explotativo ni exclusorio, corresponde señalar que, pese a lo esgrimido por la recurrente, existe una amenaza de que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

la puesta en marcha de las nuevas “Condiciones” y de la “Política de Privacidad” de WhatsApp conlleven, como ya se refirió, un comportamiento que puede resultar lesivo de la competencia. En efecto, una serie de declaraciones realizadas por la quejosa anunciaban la inminencia de la referida acción, que de llevarse a cabo, incluye puntos referidos exclusivamente a la forma en que se recolecta y utiliza una excesiva e irrazonable cantidad de datos personales de los usuarios a través del servicio de WhatsApp.

Si bien alega la empresa que ha informado públicamente que la actualización no amplía ni ampliará la capacidad de WhatsApp LLC para compartir datos con empresas del grupo Facebook, lo cierto es que en la lectura de las nuevas “Condiciones”, el Tribunal detecta la posibilidad de cesión y transferencia de la información de los usuarios a cualquiera de las afiliadas, entidades sucesoras o incluso nuevos propietarios (v. condiciones del servicio de WhatsApp/Otras disposiciones).

Nótese, además, que WhatsApp como empresa integrada a Facebook, también, recibiría información de las empresas de Facebook y la compartiría con ellas con el objeto de *“proporcionar integraciones que (...) permiten conectar [la] experiencia de WhatsApp con los otros productos de las empresas de Facebook (...) y para mejorar [la] experiencia con la publicidad y productos de todos los productos de las empresas de Facebook”* (conf., Condiciones del Servicio de WhatsApp/Acerca de nuestros servicios).

Más todavía, en la “Política de Privacidad” al detallar qué hace WhatsApp con los datos de los usuarios, agrega que, en caso de las funcionalidades opcionales, si el usuario las elige, la compañía recopilará información adicional para proporcionar esas funcionalidades. Hasta las empresas pueden utilizar la información que reciben para, entre otras cosas, promocionar los servicios y ofertas, lo que incluye mostrar publicidad y ofertas relevantes.



Entonces, la aplicación de WhatsApp comenzaría a compartir los datos de sus usuarios con Facebook para ofrecer mejores integraciones en los productos de las empresas de Facebook.

Por cierto, esta Sala no llega a comprender el motivo por el que la quejosa informa a sus usuarios que sus datos personales pueden ser utilizados con fines publicitarios (promocionar servicios y ofertas y mostrar publicidad) si, como ha manifestado en su memorial de agravios, la información compartida por WhatsApp con Facebook resulta irrelevante para determinar los intereses de los usuarios con el objeto de ofrecer publicidad.

En resumidas cuentas, en las condiciones descriptas y en el estado actual del procedimiento, el Tribunal tiene para sí que las modificaciones introducidas podrían importar, en los hechos, una ampliación de la información compartida entre Facebook y WhatsApp mediante una integración forzada de datos. Con esto podría conformarse una base de datos de usuarios con un nivel de detalle que no sería replicable por otras empresas que compitan en el mismo segmento restringiendo el acceso de nuevos competidores. Esta circunstancia también podría implicar la obtención de una cuantía significativa de beneficio económico por vía de la monetización de los datos de los usuarios de forma masiva. A su vez, podría dar lugar a la obtención de información excesiva de los usuarios de todas las plataformas -tanto de redes sociales como de mensajería instantánea- sin que aquéllos puedan limitar el tratamiento de la información que brindan. En efecto, no queda claro, en este marco preliminar, cuáles son las opciones reales que tendrían los usuarios de las plataformas para limitar el tratamiento de sus datos personales por fuera de la aplicación de mensajería instantánea.

Conforme a lo expuesto, debe destacarse que las conductas que se investigan en el marco del expediente administrativo pueden llegar a constituir prácticas que resulten potencialmente lesivas al régimen





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

de la competencia, con potencial aptitud para generar un daño al interés económico general. Las circunstancias apuntadas, si bien, claro está, deberán ser evaluadas y analizadas debidamente por la Comisión en el trámite de la causa, impiden descalificar a la medida preventiva dictada por la autoridad administrativa.

Es necesario puntualizar que no resultan atendibles, con el objeto de modificar el temperamento adoptado por la S.C.I., las alegaciones formuladas en torno a la finalidad que tiene la recolección de la información, o que tal recolección y su procesamiento resultan ser prácticas estándar en la economía digital, incluso entre proveedores más pequeños. Como puede apreciarse, la quejosa no ha arrimado medios de prueba idóneos o herramientas que den cuenta de tales extremos. En efecto, nada ha señalado ni agregado para desvirtuar las conclusiones y fundamentos establecidos en la resolución impugnada. La lectura de la documentación aportada hasta este momento a la causa no permite llegar a una conclusión distinta a la arribada por la Secretaría de Comercio Interior con el dictado de la medida preliminar.

A su vez, tampoco conmueve lo resuelto que se haya declarado públicamente que si el usuario no acepta las nuevas “Condiciones” o “Política de Privacidad”, por el momento, va a continuar con la funcionalidad de la aplicación. Ello, por cuanto conforme se ha referido *ut supra*, lo medular en este pleito -y lo que así ha interpretado la Comisión y la Secretaría, al menos por el modo en el que se encuentra planteado-, es que las modificaciones introducidas por la apelante conllevan un intercambio importante de datos -no demostrándose hasta el momento en qué casos específicos las cesiones de información entre las empresas son necesarias-, extremo que de por sí podría constituir una conducta anticompetitiva. En sustancia, tal es lo que, centralmente, parece haber sido tenido en cuenta para el dictado de la medida preliminar impugnada.



Sin perjuicio de ello, la finalidad con que la empresa recopila la información y sus implicancias en el *sub lite*, así como también la alegada declaración, deberán ser evaluadas y ponderadas en el marco del procedimiento administrativo por parte de la autoridad competente.

8.3. A continuación corresponde analizar el agravio relativo a que la S.C.I. no definió, siquiera en forma preliminar, cuál es el mercado relevante afectado en concreto.

En este punto, es dable recordar que adoptar “*una definición demasiado amplia del mercado relevante arrojará muy probablemente la no punibilidad de un acto; otra definición demasiado restringida del mercado relevante resultará, por el contrario, en una segura punición de prácticas consideradas (...) anticompetitivas*”. De allí que, dependiendo de cómo se defina el mercado relevante, una empresa podría tener o no una posición dominante que puede servir de base a la tipificación posterior de un acto como abusivo (conf., CERVIO, Guillermo J. y ROPOLO, Estaban, “Defensa de la Competencia, comentada y anotada”, Buenos Aires, La Ley, 2010, pág. 76 y ss.).

Formulada esta aclaración, cabe señalar que de la lectura de la resolución impugnada se advierte que la S.C.I. se ha referido en forma clara a los tipos de mercados que considera afectados. En efecto, menciona los mercados de redes sociales, mensajería instantánea y publicidad *on line* dando así cumplimiento con el principio básico de que la definición del mercado relevante constituye la base de cualquier investigación *antitrust* (conf., CERVIO, Guillermo J. y ROPOLO, Estaban, “Defensa de la Competencia, comentada y anotada”, ya citado).

No obstante, no escapa a este Tribunal que los mercados referidos pueden resultar diversos en cuanto a su específica función y desarrollo, mas en todos los casos, en definitiva, se trata de mercados





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

digitales en donde se desempeñan como jugadores tanto Facebook como Whatsapp brindando servicios en línea que satisfacen distintas necesidades de los usuarios. Además, no debe soslayarse que estas empresas ostentan una posición que, en principio, como ya se refirió a lo largo de esta resolución, puede ser dominante. Esta afirmación no es antojadiza sino que encuentra respaldo en las constancias agregadas por el Estado Nacional al expediente administrativo. En efecto, del informe realizado por *Digital 2021 Global Overview Resport, Informe Global*, puede observarse que la plataforma Facebook, en el año 2020 fue la más utilizada a nivel mundial con un total de 2,740 millones de usuarios, seguida de YouTube con 2,291 millones de suscriptores y, luego, por WhatsApp con un total de 2,00 millones de usuarios (v. documentación del expediente administrativo).

Por otra parte, cuadra señalar que no pueden ser admitidas, las alegaciones formuladas en torno a que la empresa enfrenta una competencia extensa y significativa tanto en un mercado global como en uno acotado. Es que mediante las manifestaciones efectuadas en pos de acreditar aquellos extremos no se aportan elementos de juicio suficientes que permitan su análisis, al menos liminarmente.

Nótese que la recurrente, en lo atinente al primer tipo de mercado, más allá de mencionar que brinda un servicio en un mercado global -en el que, a su entender, la competencia es vigorosa y fluida- sólo enumera distintos actores que proporcionan servicios en línea; mas no explica siquiera tangencialmente cómo las plataformas individualizadas podrían brindar servicios sustitutos cercanos a la hora de satisfacer la necesidad de comunicación instantánea entre dos o más personas, la que se satisface a través de su aplicación de mensajería instantánea.

Igual suerte correrá el planteo formulado con relación a que enfrenta a una importante competencia en un mercado acotado. Ello, por cuanto no se advierte cómo las aplicaciones que brindan servicios



con funcionalidades específicas distintas a las proveídas por WhatsApp LLC, en distintos segmentos dentro del mercado, pueden representar una competencia intensa para la quejosa, al menos, con las constancias arrimadas hasta el presente.

Resta formular una última consideración. La quejosa sostiene que, a diferencia de lo que indica la resolución impugnada, no ofrece publicidad *on line*, encontrándose, en consecuencia, impedida de competir en un mercado de ese tipo. Si bien esta afirmación deberá ser objeto de prueba en el marco de la investigación administrativa que se lleva adelante, de ser como lo plantea el recurrente, el Tribunal no advierte un gravamen que pueda por sí mismo justificar revertir la decisión tomada por la autoridad administrativa competente.

8.4. Tampoco puede prosperar la queja formulada en torno a que la Resolución impugnada no analiza si Facebook y WhatsApp LLC ostentan efectivamente posición dominante en el mercado digital de redes sociales, mensajería instantánea y publicidad *on line*.

Sin perjuicio de reiterar que en el marco de las medidas preliminares no se exige un examen exhaustivo, acabado y completo de las circunstancias de la relación jurídica involucrada, lo cierto es que la prueba obrante en el expediente administrativo tendiente a llevar convicción sobre que la empresa goza de una posición de dominio en el mercado digital de redes sociales, de mensajería instantánea y de publicidad *on line*, no resulta apta para contradecir los extremos que han sido puestos de manifiesto por la Secretaría en la Resolución SCI N° 492/21.

Repasémosla. Según surge de las constancias incorporadas en el expediente administrativo por el Estado Nacional -a partir de los informes realizados por *Digital News Report* y *Digital 2021 Global Overview Report*-, en el caso puntual de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp el 94% de los *Millennials* -nacidos entre 1981 y 1996-, el 89% de la Generación X -nacidos entre 1965 y 1980-, el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

88% de la Generación *Centennial* -nacidos entre 1996 y 2012- y el 73% de los *baby boomers* -nacidos entre 1946 y 1964- la utilizan. Con relación a la aplicación Facebook, la utilizan el 77% de los *Millennials*, el 76% de la Generación X, el 67% de los *baby boomers* y el 26% de la Generación *Centennial*. Por su parte, con respecto a la aplicación Instagram, la utiliza el 90% de la Generación *Centennial*, el 58% de los *Millennials*, el 33% de la Generación X y el 3% de los *baby boomers* (v. constancias agregadas en el expediente administrativo).

Asimismo, el hecho de que las empresas de telecomunicaciones brinden el servicio de WhatsApp con “zero rating” y más allá de que, según lo alegado por la recurrente, no sea una decisión en la que pueda intervenir, lo cierto es que en este estado embrionario de las actuaciones no puede descartarse que tal extremo sea un indicio de la posición dominante que ostenta WhatsApp en los mercados referidos habida cuenta que las empresas pueden adoptar dicha medida teniendo en consideración factores tales como la gran cantidad de usuarios y la penetración en el mercado del servicio de la plataforma de mensajería instantánea.

A ello debe agregarse que los principios generales establecidos en las “Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio”, elaboradas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, señalan que se puede descartar la existencia de posición dominante cuando la empresa investigada tiene una cuota de mercado inferior a la de otros competidores que operan en el mismo mercado; y cuando la empresa investigada tiene una cuota menor de 40% del mercado relevante, extremos que no se observan en autos a la luz de lo expuesto precedentemente (v. “Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio”, Buenos Aires, 2009, sitio:



https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf).

En efecto, parece, al menos preliminarmente, que debido a la alta cantidad de usuarios del servicio en Argentina, existen ciertos indicios de que las empresas del grupo Facebook ostentan una posición de dominio en el mercado digital de redes sociales, de mensajería instantánea y de publicidad *on line*. Posición de la que podrían abusar ejerciendo un poder de mercado tanto sea para excluir competidores -por medio de una base de datos no replicable-; o bien por la obtención excesiva de información de los usuarios a partir de todas sus plataformas. Este eventual abuso de posición dominante podría afectar el interés económico general lo que justifica el dictado de la medida precautoria que se impugna.

8.5. En su presentación, la quejosa sostiene que la Resolución impugnada no explica por qué o cómo la actualización podría afectar el interés económico general.

En este punto, debe tenerse en consideración que no es necesaria la cuantificación de la afectación al interés económico general, sino únicamente acreditar en forma liminar que la conducta que se analizará en el marco del procedimiento administrativo tiene la potencialidad de generar aquel perjuicio. En efecto, no resulta una condición *sine qua non* que la Comisión -en su dictamen- o la Secretaría -en la resolución impugnada- midan de un modo exhaustivo, acabado y completo todos y cada uno de los efectos negativos de la conducta desplegada en el proceso competitivo (conf., art. 42 de la C.N.), sobre todo teniendo en cuenta la etapa larval de las actuaciones labradas por la autoridad administrativa y que la medida preventiva resuelta, por sí misma, carece de contenido sancionador.

En esa inteligencia, debe señalarse que este agravio tampoco puede prosperar. Adviértase que de los fundamentos expuestos por la Secretaría al tiempo de resolver del modo en el que lo hizo y del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

dictamen de la Comisión -considerado parte integrante de la Resolución que se analiza-, surgen en forma detallada cuáles son los extremos que, a juicio de la autoridad administrativa, implican un daño potencial al interés económico general.

En tal sentido, en lo que aquí interesa, resulta destacable lo señalado en cuanto a que 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 éstos*”. A su vez, se destaca la elevada dependencia que posee el usuario con respecto a la aplicación debido a la penetración que aquella tiene en el mercado; así como también la irreversibilidad de la conducta desplegada por la recurrente en torno al intercambio de datos.

También se señala que el hecho de que se forme una base de datos no replicable podría impedir o limitar el acceso de otros competidores, al tiempo que le facilitaría el manejo de una nueva categoría de datos en el marco de dicha plataforma, funcionando como una barrera de entrada al mercado, lo que podría generar un impacto de envergadura en el interés económico general, acarreando, en consecuencia, una lesión grave en el bien jurídico tutelado por la L.D.C.

Puede advertirse, entonces, a partir de lo analizado que no le asiste razón a la apelante ya que los extremos descriptos fueron considerados como potencialmente perjudiciales para el interés económico general. No debe olvidarse que es la autoridad administrativa quien debería hallarse en mejores condiciones para valorar el interés económico general que podría resultar vulnerado (conf., CASSAGNE, Bernardo, “Derecho Administrativo de la defensa de la competencia ¿aplicación administrativa o judicial de la ley 25.156? Interrogantes y planteamientos”, ya citado). Las redes



sociales, así como otras formas de comunicaciones electrónicas y tratamientos de datos a través de Internet, constituyen un marco complejo también en materia de defensa de la competencia, con aristas que exceden lo puramente jurídico. Si bien esta situación no es impedimento absoluto para que los magistrados puedan responder ante el planteo en un caso concreto y someter la medida preventiva dispuesta en sede administrativa a un escrutinio de juridicidad y racionalidad, en este estadio de las actuaciones no se logra verificar que la decisión preventiva impugnada colisione con la regla de la razonabilidad.

Por ello, corresponde desestimar el presente agravio.

8.6. Por lo demás, cuadra agregar que los extremos relativos a que la información que recolecta WhatsApp no es valiosa y por ende, es un error asimilarla a una moneda; así como también lo referido a que deben ponderarse los beneficios de las prácticas de recolección de información en el régimen de la competencia, si bien merecen ser atendidos, se enmarcan dentro de un complejo análisis jurídico que no cabe dilucidar en el estrecho marco cognoscitivo del proceso cautelar. Ello así, pues para evaluar aquellas alegaciones, resulta vasto el conjunto normativo, las cuestiones fácticas y los aspectos técnicos que deben analizarse a fin de determinar si la información o los datos personales recopilados por la quejosa representan algún beneficio al usuario; o bien, si aquellos datos tienen, en sí mismos, valor alguno que los haga equiparables a una moneda.

8.7. En cuanto al recaudo del peligro en la demora, debe recordarse que el riesgo de la lesión “grave” (según acentúa el propio art. 44 de la L.D.C.) no es el que corre el peticionario de la medida preventiva o el denunciante en sede administrativa, sino el interés público económico (conf., FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, “Competencia en España. Medidas cautelares”, en la obra colectiva “La modernización del derecho de la competencia en España y en la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Unión Europea”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2005).

El Tribunal también verifica el extremo expuesto por la quejosa en torno al plazo transcurrido entre el dictado de la medida preliminar que se impugna y la efectiva fecha de notificación a su parte. Pero al margen de eso, tal ineficiencia administrativa no es apta, al menos en este estado de la investigación, para mejorar la situación jurídica de la recurrente. Sucede que, de manera objetiva, el riesgo se encuentra configurado desde que con las nuevas “Condiciones” y “Política de Privacidad” impuestas a los usuarios del servicio de mensajería instantánea, se obligaría a todo un universo de usuarios de las plataformas digitales -tanto de redes sociales como de mensajería instantánea- y del mercado digital, a entregar una cantidad excesiva e irrazonable de datos personales que serían intercambiados entre las distintas empresas del grupo Facebook y terceros con fines comerciales. Ello, además, sin posibilidades reales de limitar el tratamiento de esa información.

Esta circunstancia, al menos con lo visto en la etapa inaugural de las actuaciones, podría llegar a afectar el régimen de la competencia por cuanto se ampliaría la información compartida entre Facebook y WhatsApp mediante una integración forzada de datos que pueden conllevar conductas anticompetitivas.

En otros términos: a partir de estas modificaciones podría tener lugar una práctica anticompetitiva susceptible de causar un daño que, por su naturaleza, sería de imposible o difícil reparación ulterior y además, afectaría irremediablemente a los consumidores que brindaron sus datos personales sin limitación alguna.

Por lo demás, este Tribunal no advierte, por el momento, que la carga impuesta a la recurrente implique un sacrificio excesivo limitándose a lo estrictamente necesario a fin de atender al objetivo



perseguido por la decisión administrativa dictada, que es proteger el mercado y a los consumidores.

8.8. En resumidas cuentas, la medida preventiva dispuesta por la S.C.I. (Resolución SCI N° 492/21) importa ampliar las alternativas disponibles para los usuarios, consumidores y eventuales competidores. Asimismo, procura preservar sus derechos durante la tramitación de la causa, así como también, tiende a evitar que la consumación de una posible conducta ilegítima -o anticompetitiva- le quite eficacia a la actuación estatal, sobre todo en su faz preventiva.

En suma, el Tribunal estima que el obrar de la quejosa podría incidir en el bien jurídico tutelado por la L.D.C. y, por ello, debe confirmarse la Resolución-2021-492-APN-SCI#MDP -dictada por la Secretaría de Comercio Interior con fecha 14.05.2021 en el expte. N° EX-2021-42558303-APN-DGD#MDP, caratulado “C. 1767–WHATSAPP INC. S/INFRACCIÓN LEY N° 27.442”-.

Por todo lo expuesto, este Tribunal **RESUELVE:**

I. Hacer saber a la C.N.D.C. y a la S.C.I. que deberán abstenerse, en lo sucesivo de examinar y/o expedirse sobre la procedencia o no de la impugnación judicial planteada contra un acto administrativo, conforme lo tratado en los considerandos precedentes.

II. Desestimar la impugnación judicial interpuesta por WhatsApp LLC contra la Resolución-2021-492-APN-SCI#MDP -dictada por la Secretaría de Comercio Interior con fecha 14.05.2021 en el expediente N° EX-2021-42558303-APN-DGD#MDP, caratulado “C. 1767–WHATSAPP INC. S/INFRACCIÓN LEY N° 27.442”-.

III. En atención a la complejidad del asunto se justifica que las costas sean distribuidas en el orden causado (art. 68, 2da. parte C.P.C.C.N.).

Regístrese y notifíquese.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

