



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

5582/2021

FACEBOOK ARGENTINA SRL c/ SECRETARIA DE COMERCIO
INTERIOR MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO
s/APEL RESOL COMISION NAC DEFENSA DE LA COMPET

Buenos Aires, 26 de abril de 2022.- GA

VISTO: la impugnación judicial interpuesta por Facebook Argentina S.R.L. (en adelante, Facebook) 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 07.07.2021; asimismo, la solicitud del dictado de una medida cautelar formulada por Facebook en el marco del referido expediente, replicada por la accionada, también, el día 07.07.2021; 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 solo 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 N° 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 Facebook, cuyos fundamentos obran en la presentación realizada el día 9 de junio de 2021 (archivo agregado en el orden número 15 bajo el IF-2021-51764057-APN-DR#CNDC).

En prieta síntesis, solicita al tribunal competente que deje sin efecto la Resolución SCI N° 492/21 y que hasta tanto recaiga sentencia en las actuaciones, conceda una medida cautelar para que: i) se suspendan los efectos del art. 4° de la Resolución SCI N° 492/21 de



manera tal que la S.C.I. se abstenga de aplicarle sanciones por incumplimiento de la resolución ya mencionada.

Ello así, las quejas de Facebook con relación al dictado de la Resolución SCI N° 492/21 versan, puntualmente, sobre los siguientes puntos:

a. Se agravia por cuanto sostiene que no tiene capacidad legal para cumplir con la Resolución SCI N° 492/21 habida cuenta que, según lo establecido en sus estatutos, no opera ni controla la operación del servicio de WhatsApp ni de ningún otro servicio. En ese sentido, indica que para registrarse en el Servicio de WhatsApp y crear una cuenta, los usuarios que residen en nuestro país deben aceptar los términos y condiciones generando un acuerdo entre cada usuario y WhatsApp LLC. En consecuencia, sostiene que esta última es la única empresa con capacidad legal para cumplir cualquier obligación relacionada con aquella actividad por ser la única entidad responsable del funcionamiento y administración del servicio de mensajería de WhatsApp.

También dice que no es representante, sucursal ni subsidiaria en la República Argentina de ninguna empresa extranjera, incluidas las mencionadas en la resolución o cualquier otra. En consonancia con ello, hace referencia a que Facebook Argentina fue constituida debidamente en el país de conformidad con lo prescripto en la Ley N° 19.550 como Sociedad de Responsabilidad Limitada con personería jurídica y objeto social propio. Sobre esta base, destaca que el hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial no permite que se desestime su personalidad jurídica y se impongan indiscriminadamente obligaciones legales a todas ellas sin prueba alguna.

Así las cosas, arguye que la Resolución fue dirigida de una manera inadmisiblemente vaga a una supuesta “filial argentina” de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

una o varias entidades extranjeras y, en consecuencia, debe ser declarada nula y revocada.

b. También dice que la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, L.D.C.) no otorga a la S.C.I. facultades para dictar medidas cautelares como la contenida en la Resolución SCI N° 492/21. En tal sentido, sostiene que la Secretaría se halla impedida de dictar órdenes de conducta en los términos del art. 44 de la L.D.C. y tampoco puede dictar medidas cautelares de conformidad con lo dispuesto en el art. 30, inciso f) de la mentada norma.

Explica que la L.D.C. contempla dos tipos de medidas provisionales, a saber: i) las reguladas en el art. 44 denominadas “órdenes de conducta” que deben ser dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia; y ii) aquéllas reguladas en el art. 30, inciso f), “medidas cautelares” que deben ser solicitadas a un juez.

Con relación a las primeras, manifiesta que la jurisprudencia, al analizar las disposiciones análogas incluidas en la L.D.C. anterior -Ley N° 25.156-, consideró que las facultades conferidas a la S.C.I., hasta que el Tribunal de Defensa de la Competencia sea creado, no incluyen la facultad de dictar “órdenes de conducta”.

A su vez, expresa que la omisión del Poder Ejecutivo de crear aquel organismo luego de tres años de la sanción de la L.D.C. equivale a una renuncia a ejercer dicha facultad. Alega que la S.C.I. no puede beneficiarse de esta omisión y ejercer una facultad que, por ley y por definición, se encuentra reservada a un órgano independiente e imparcial en línea con el principio de separación de poderes y el derecho al debido proceso establecidos en la Constitución Nacional.

A su vez, refiere que las órdenes de conducta no pueden ser válidamente emitidas con anterioridad a la presentación de las explicaciones del art. 38 de la L.D.C. Destaca que, en esta instancia del procedimiento, pueden dictarse, únicamente, las medidas cautelares



previstas en el art. 30, inc. f) de la L.D.C., las cuales deben ser requeridas a un juez.

En ese orden de cosas, considera que la resolución impugnada resulta violatoria de los artículos 7, inciso a) y 14, inciso b) de la Ley N° 19.549 y, por ende, debe ser declarada nula, de nulidad absoluta e insanable.

c. Asimismo, expresa que la Resolución SCI N° 492/21 no se ajusta a derecho por no reunir los presupuestos propios de las medidas cautelares administrativas.

c.1. Con relación al recaudo de verosimilitud en el derecho dice que, por un lado, la resolución impugnada se basa en supuestos fácticos erróneos motivo por el cual carece de fundamento. Sobre tales bases, sostiene que WhatsApp LLC. declaró e informó públicamente a sus usuarios que la actualización en debate no amplía ni ampliará la capacidad de WhatsApp LLC. para compartir datos con empresas del grupo Facebook y que los cambios se encuentran vinculados con funciones comerciales opcionales que brindan mayor transparencia sobre cómo se recopilan y usan los datos. También destaca que WhatsApp LLC. informó a sus usuarios que no se eliminarán sus cuentas ni se perderá ninguna funcionalidad.

Por otro lado, refiere que la S.C.I. sólo afirma genéricamente que en virtud de la actualización, “las empresas del grupo Facebook” podrían abusar de su posición de dominio a través de la adopción de conductas explotativas y exclusorias contrarias a la referida norma. En tal orden de ideas, señala que la Secretaría no explica detalladamente cuál es la relación que podría tener Facebook Argentina con esa exclusión ni de qué modo la “actualización” podría darle a su mandante una ventaja competitiva que otros jugadores no puedan replicar. Si bien la resolución hace referencia a un supuesto abuso de posición dominante, en definitiva, no analiza si su mandante tiene esa posición o en qué mercado podría tenerla.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Por último, sostiene que la autoridad administrativa tampoco explica por qué o de qué manera la “actualización” podría afectar el interés económico general.

c.2. En otro orden de cosas, niega que se encuentre configurado el recaudo del peligro en la demora, ya que la S.C.I. no ha demostrado que exista un daño irreparable que el dictado de la mentada Resolución pueda evitar. Explica que no existe daño derivado de un “*intercambio de datos de los usuarios*” porque la “actualización” no amplía la capacidad de WhatsApp LLC. para compartir datos con empresas del grupo Facebook.

Por otro lado, en la misma presentación, como ya se indicó en el primer párrafo del presente Considerando, Facebook Argentina S.R.L. requiere el dictado de una medida cautelar a fin de que se suspendan los efectos de la disposición contenida en el artículo 4º de la Resolución SCI N° 492/21.

Con ese objeto, sostiene que:

a. El derecho invocado por Facebook luce verosímil por cuanto la Resolución es manifiestamente nula de nulidad absoluta e insanable y, por ende, no puede obligarse a su mandante a cumplirla.

b. Pone de resalto que Facebook Argentina S.R.L. sufrirá un daño irreparable si no se otorga la medida cautelar solicitada por cuanto se le podría imponer una sanción que ascendería al monto de \$41.467.500 diarios, circunstancia que obstaculizaría el desarrollo del negocio de su mandante.

c. Finalmente, sostiene que la medida precautoria requerida no afectará el interés público ya que lo solicitado es que la S.C.I. no sancione a su mandante mientras se considera la apelación y se dicta sentencia.

Ahora bien, presentado el citado recurso de apelación, el día 23 de junio de 2021, la S.C.I. mediante la RESOL-2021-655-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 07.07.2021.

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 Facebook. Sustancialmente, sostuvo que el acto administrativo cuestionado se encuentra debidamente fundado y confluyen en él la totalidad de los requisitos que establece la Ley de Procedimientos Administrativos para reputarlo válido.

Dijo que la apelante, al señalar que no tiene capacidad legal para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución impugnada, interpuso una suerte de excepción de falta de legitimación pasiva pretendiendo que se declare su incapacidad como titular pasivo de la relación jurídica sustancial. En tal orden de cosas, destacó que de las propias manifestaciones de Facebook Argentina surge que tiene como socias a Facebook Argentina Global Holdings I LLC. y Facebook Global Holdings II LLC. A su vez, explicó que Facebook Global Holding II tiene como única socia a Facebook Inc. quien incluyó a Whatsapp Inc. como una de sus subsidiarias. Así, sostuvo que como parte del grupo Facebook, tanto Facebook Argentina como Facebook Global Holding II LLC., Whatsapp Inc. y Whatsapp LLC. son controladas por Facebook Inc.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Por otra parte, con relación a la pretendida incompetencia de la S.C.I. para dictar la resolución objeto de impugnación, expresó que en el marco del régimen de transitoriedad previsto en el artículo 80 de la L.D.C., la S.C.I. se encuentra facultada para dictar las medidas previstas en el art. 44 de la L.D.C. por resultar medidas necesarias para evitar un grave perjuicio al interés económico general.

Seguidamente, en lo atinente a la supuesta falta de cumplimiento de los requisitos necesarios para el dictado de una medida de tutela anticipada, esgrimió que son numerosos los antecedentes internacionales de público conocimiento que dan cuenta de investigaciones y sanciones vinculadas con prácticas anticompetitivas por parte de compañías vinculadas con Facebook Inc. A su vez, expresó que existen gran cantidad de indicios de que, en Argentina, las compañías del grupo Facebook tienen posición dominante en los mercados de redes sociales y mensajería instantánea móvil. En ese sentido, manifestó que la actualización de las “Condiciones de Servicio” y “Política de Privacidad de WhatsApp” podría ser parte de una conducta destinada a explotar a los usuarios de las plataformas y consolidar una práctica de fusión de datos que genera barreras en el mercado de publicidad *on line*.

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.

A continuación, replicó lo relativo a la solicitud del dictado de una medida cautelar. En tal orden de cosas, fundamentalmente, explicó los motivos por los cuales, a su entender, no resulta procedente tal pretensión.



V. Ello así, como punto de partida, de acuerdo con los fundamentos expuestos por el señor Fiscal General en el dictamen del día 27.12.2021 -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 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

formal de la impugnación judicial intentada contra el acto administrativo -ya sea, para concederlo o denegarlo-, nos lleva a concluir que somos 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 trascendental 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 alcuña 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 a la privación de toda tutela judicial en casos en los que se exponen 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.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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.

Ello así, este Tribunal se abocará al tratamiento de los agravios intentados por la apelante para luego, adentrarse, en caso de ser procedente, en el estudio de la solicitud de la medida precautoria requerida en el punto VI del escrito presentado el día 09.06.2021.

Así pues, corresponde, en primer término, señalar que el *thema decidendum* de esta Alzada ha quedado circunscripto a determinar, por un lado, si la S.C.I. cuenta con las facultades necesarias para emitir la medida precautoria que aquí se impugna (Resolución SCI N° 492/21) y, en tal caso, si procede su dictado contra Facebook Argentina S.R.L. Ello, para meritar 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. En primer término, un orden secuencial adecuado nos lleva a señalar que este Tribunal no comparte la afirmación formulada por la recurrente al sostener que la S.C.I. resulta incompetente para el dictado de una medida preliminar en los términos de lo prescripto por el artículo 44 de la Ley N° 27.442.

Cabe destacar que el art. 18 de la L.D.C. dispuso la creación de la “... *la Autoridad Nacional de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de esta ley*”. Seguidamente, estableció que “*Dentro de la Autoridad Nacional de la Competencia, funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas*”.

A su turno, en el artículo 80 de la norma referida se derogaron las Leyes N° 22.262, 25.156 y los artículos 65 al 69 del título IV de la



Ley N° 26.993, no obstante lo cual se estableció que “... *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*”.

En igual sentido, a través del artículo 5° del Decreto reglamentario N° 480/2018, el Poder Ejecutivo Nacional determinó que sea la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción quien ejerza “... *las funciones de Autoridad de Aplicación, con todas las facultades y atribuciones que la Ley N° 27.442 y la presente Reglamentación le otorgan a la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA, hasta su constitución y puesta en funcionamiento*”.

Conforme con ello, la facultad conferida al T.N.D.C. -que nunca llegó a constituirse- por el artículo 44 de la L.D.C. debe entenderse en la actualidad referida a la autoridad de aplicación instituida en el funcionario que dictó la resolución aquí impugnada. La mentada norma dispone que dicha autoridad podrá imponer el cumplimiento de condiciones u ordenar el cese o la abstención de una conducta en cualquier estado del procedimiento. Ahora bien, el dictado de tales medidas preventivas debe encontrarse justificado en una grave lesión al régimen de competencia, pudiendo el funcionario competente dictar las que considere más aptas con el objeto de prevenir aquella lesión.

Asimismo, cabe señalar que las medidas preventivas del artículo 44 no deben confundirse con las previstas en el art. 30, inc. f) de la norma citada, que exige la intervención judicial al momento de disponer medidas cautelares. En efecto, mientras que el objetivo de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

las primeras es obtener el cese o abstención de una conducta presumiblemente lesiva al interés económico general, las segundas, por su naturaleza, escapan a la competencia de las autoridades administrativas y deben ser resueltas por un tribunal judicial.

El órgano administrativo tiene atribuciones para el dictado de aquellas medidas cautelares que sean necesarias para evitar un grave perjuicio al interés económico general, conforme el artículo 44. En cambio, lo dispuesto en el artículo 30 se refiere a poderes propios de la jurisdicción judicial que no pueden ser delegados, a la que la autoridad de aplicación debería requerir su intervención por tratarse del ejercicio de la fuerza coactiva contra los bienes o la intimidad del exigido (conf. arg. arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional; TOIA, Bruno, “Consideraciones sobre la ley de defensa de la competencia”, en La Ley 2007-D, 1183; GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián, “Defensa de la competencia: medidas cautelares de la autoridad de aplicación y en su contra. Breve revisión de fallos recientes” en La Ley 2010-B, 541, comentario crítico a la anterior postura mayoritaria de esta Sala expuesta en las causas: “Direct TV Argentina S.A.” fallo del 25.02.2010 y “Cablevisión S.A.”, pronunciamiento del 19.02.2010).

En tal inteligencia, la medida dispuesta por la Secretaría de Comercio Interior en la Resolución SCI N° 492, mediante la cual ordenó “(...) 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 (...); que se abstenga de intercambiar datos en el sentido establecido en la actualización mencionada, incluso en los casos en los que los usuarios de WhatsApp hubieran aceptado dicha actualización; 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 (...). [Y, dispuso] 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”; luce como una medida preventiva enmarcada dentro de lo preceptuado por el artículo 44 de la L.D.C., cuya actividad resolutive se encuentra a cargo de la Secretaría de Comercio Interior.

Frente a ello, la decisión impugnada no se encuentra afectada por el vicio de incompetencia invocado, circunstancia que justifica el rechazo del planteo articulado por la quejosa en tal sentido.

Por lo demás, debe destacarse que tampoco asiste razón a la recurrente en cuanto expresa que la omisión del Poder Ejecutivo en crear el Tribunal de Defensa de la Competencia luego de cuatro años de la sanción de la L.D.C. equivale a una renuncia a ejercer aquellas facultades. En este sentido, cuadra agregar que no escapa a este Tribunal que la mora en instalar el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia resulta completamente disfuncional debido a su falta de constitución; mas esta circunstancia no puede redundar en una desprotección a los mercados -y, ante todo, de los consumidores- de posibles abusos, ni prescindir del texto legal aplicable. Resulta imperioso, entonces, que las autoridades administrativas -en este caso, la S.C.I.- actúen con la urgencia que demanda la dinámica del mercado frente a la posible existencia de prácticas que podrían afectar irremediabilmente la libre competencia y lesionar intereses especialmente sensibles (conf., GUSMAN, Alfredo Silverio, “Medidas preventivas en defensa de la competencia”, La Ley 2014-C-720).

Ello, claro está, sin perjuicio, de que las decisiones a las que arriban las autoridades administrativas especializadas -quienes se encuentran en mejores condiciones para valorar el interés económico general que se discierne- se encuentren supeditadas a la revisión





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

judicial posterior, es decir, a un control judicial suficiente (conf., CASSAGNE, Bernardo, “Derecho Administrativo de la defensa de la competencia ¿aplicación administrativa o judicial de la ley 25.156? Interrogantes y planteamientos”, pub. en El Derecho, Suplemento Derecho Administrativo T. 2003, pág. 281 y Fallos: 247:646).

En este mismo orden de cosas, cabe señalar que la circunstancia de que la autoridad de aplicación se encuentre dentro del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, involucrando a órganos administrativos no descentralizados, vinculados entre sí por el principio de jerarquía, justifica la adopción de un escrutinio judicial más estricto con relación a las decisiones que adopten (conf. esta Sala, doctrina causas nros. 10.178/17 del 22/11/18, 1560/09 del 23.6.09; 252/10 del 19.2.10 y 341/10 del 25.2.10; entre otras).

IX. A continuación, en lo atinente a la oportunidad en la que fue dictada la medida preliminar, es dable destacar que la recurrente considera que las órdenes de conducta no pueden ser válidamente emitidas con anterioridad a la presentación de las explicaciones establecidas en el art. 38 de la L.D.C. Ello, por cuanto no ha tenido ocasión de ejercer su derecho de defensa.

Ahora bien, sin perjuicio de que inicialmente asiste razón a la quejosa en cuanto a que la medida precautoria fue dictada por parte de la Autoridad Administrativa con anterioridad a correr el traslado previsto en el art. 38 de la L.D.C. -para lo cual basta la mera lectura del expediente administrativo respectivo-, ello no implica que la queja formulada resulte atendible. Por el contrario, el Tribunal juzga adecuada la oportunidad en que la medida preliminar fue emitida, más allá de su procedencia, lo cual será objeto de análisis en los siguientes acápite.

Para afirmar este extremo, dos son las consideraciones a tener en cuenta.



En primer término, el régimen de defensa de la competencia -que constituye un bien colectivo expresamente reconocido en el art. 42 de la C.N.- se ubica en un plano de protección superlativo con relación a otros bienes tutelados por el ordenamiento jurídico nacional. A su vez, este régimen tiene como finalidad la consecución del interés público mediante el control, supervisión y dirección del comportamiento de los agentes económicos en el mercado de modo tal de asegurar un régimen de competencia adecuado (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).

En tal orden de cosas, ante la amenaza de ocurrencia o ante la realización de actos, prácticas o acuerdos que infrinjan la L.D.C., parece razonable que la autoridad de aplicación cumpla con las funciones que le han sido institucionalmente asignadas no solamente detectando, investigando y sancionando disuasivamente estos comportamientos, sino también evitando su producción o su continuidad, restableciendo la legalidad quebrantada, eliminando o corrigiendo sus efectos negativos, evitando la producción de daños o impidiendo su agravamiento. Y para ello debe tutelar este derecho en forma efectiva, lo que torna indispensable que su intervención también sea **oportuna** (conf., MARIÑO Y BUSQUET, Teresa M., “La tutela anticipada en Derecho de Defensa de la Competencia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 215, el destacado no pertenece al original). Extremo que la faculta a actuar en el momento en el que lo estime conveniente.

En segundo término, cabe tener en cuenta lo dispuesto expresamente en el art. 44 de la L.D.C., que en lo que aquí interesa, prescribe que *“En cualquier estado del procedimiento, (...) 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,*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

a los fines de evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento (...)” -el destacado no pertenece al original-.

Sobre tales bases, una razonable interpretación de los términos utilizados en la norma aquí transcripta en consonancia con la importancia que reviste el régimen de competencia amparado constitucionalmente, conduce a admitir, sin más, el dictado de órdenes preliminares en la oportunidad en la que lo dispuso la S.C.I. Ello, por cuanto la autoridad administrativa -que tiene la exclusiva misión de evitar la distorsión de la competencia en los mercados y de protegerlos contra posibles prácticas hegemónicas- ponderó discrecionalmente que en el *sub lite* la evidencia de la infracción y la inminencia de la entrada en vigencia de las modificaciones en las “Condiciones” y en la “Política de Privacidad” del servicio de WhastApp, ameritaban el dictado de la medida cautelar en forma previa a disponer el traslado del art. 38 de la L.D.C. Por lo demás, no debe soslayarse que el transcurso del tiempo diluye o cuanto menos, puede tornar estéril la efectividad de la tutela pretendida en caso de no intervenir en forma oportuna, sobre todo en la actuación estatal en su faz preventiva.

Por lo demás, parece poco plausible argüir la afectación del derecho de defensa de la recurrente ya que ante la resolución emitida por la autoridad de aplicación, la empresa agraviada pudo interponer una impugnación judicial -recurso de apelación- en los términos del art. 66, inc. f) y 67 de la L.D.C. y exponer fundadamente los motivos por los cuales, a su entender, la resolución resulta improcedente. Ello, a fin de que esta Sala, teniendo habilitada la jurisdicción, pueda efectuar el control judicial asignado legalmente que aquí se realizará. Es más, en esa impugnación también requirió una tutela cautelar cuya procedencia el Tribunal aquí analiza.



En consecuencia, corresponde por estos argumentos desestimar la queja formulada por Facebook Argentina S.R.L. con relación a la aducida violación de su garantía de defensa.

X. Sentado lo que antecede es menester analizar, en este Considerando, si resulta procedente el dictado de la Resolución SCI N° 492/21 poniendo en cabeza de la filial argentina de Facebook Inc., Facebook Ireland Limited, WhatsApp Inc., WhatsApp LLC. y WhatsApp Ireland limited las conductas allí ordenadas.

Para ello, es necesario recordar que en el marco del expediente administrativo en el que se dictó la medida preliminar objeto de análisis, se investiga cómo y en qué extensión puede Facebook recolectar, utilizar y procesar cierta información (datos) de los usuarios a través de la plataforma de WhatsApp con fines comerciales. Además, en qué medida las modificaciones en las “Condiciones” y “Política de Privacidad” que facultan a Facebook Inc. -sociedad controlante de WhatsApp LLC. y WhatsApp Inc.- a procesar y utilizar aquellos datos, puede llegar a configurar conductas anticompetitivas de abuso de posición dominante en los términos de lo prescripto por los artículos 1 y 3 de la L.D.C.

En este marco, la autoridad administrativa, teniendo en consideración la inminente entrada en vigencia de las nuevas condiciones del servicio, circunstancia prevista para el día 15.05.2021, dictó la medida preliminar impugnada y puso en cabeza de distintas entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial las obligaciones allí impuestas.

Pues bien, según alega la recurrente, no podría dar cumplimiento a lo ordenado en la mentada resolución por cuanto no opera ni controla el servicio de WhatsApp, es decir, no tendría el carácter de titular pasivo de la acción. Para fundar su postura, aduce que los términos y condiciones de servicio de WhatsApp establecen que es WhatsApp LLC. la compañía que presta aquel servicio en





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Argentina y no Facebook Argentina S.R.L. Se autopercebe como una empresa distinta constituida legalmente en Argentina -con un objeto social propio y determinado-, a diferencia de WhatsApp LLC., radicada en el extranjero, más precisamente, en Estados Unidos. En ese orden de cosas, expresa que el hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial no permite que se desestime su personalidad jurídica y se impongan indistintamente obligaciones legales a todas ellas.

No obstante los esfuerzos argumentales desplegados en el memorial de agravios, las manifestaciones formuladas no son novedosas y ya fueron expuestas ante distintos tribunales nacionales que las desestimaron. Si bien la apelante realiza una detallada crítica frente a lo dispuesto por la S.C.I., de ella no se deriva que Facebook Argentina S.R.L. pueda desentenderse de observar la medida preventiva ordenada por la autoridad administrativa de aplicación.

En efecto, de la constancia de inscripción ante la Inspección General de Justicia, que ha sido adjuntada por la quejosa en su presentación del día 09.06.2021, se desprende que Facebook Argentina tiene como socias a Facebook Argentina Global Holdings I LLC. y Facebook Global Holdings II LLC. A su vez, Facebook Global Holdings II LLC. tiene como única socia a Facebook Inc. quien incluye a WhatsApp Inc. como una de sus empresas subsidiarias (v. constancias obrantes en el expediente administrativo IF-2021-47062125-APN-DR#CNDC y, también, PV-2021-54493760-APN-DNCA#CNDC).

Tampoco puede obviarse que, conforme surge de lo informado en el “Centro de Ayuda” del sitio web de WhatsApp *“además de los servicios que ofrecen Facebook Inc. y Facebook Ireland Ltd., Facebook es propietario y administra WhatsApp Inc., WhatsApp LLC. y WhatsApp LTD”*. Por cierto, es WhatsApp LLC. la compañía que presta el servicio de mensajería instantánea.



En consonancia con ello, no debe perderse de vista que de la copia de los estatutos de Facebook Argentina, surge que su objeto social consiste en *“brindar y comercializar servicios relacionados con: i) el apoyo a las ventas, marketing y relaciones públicas; ii) productos relacionados con la publicidad vinculados con las redes sociales; e iii) interconexión de relaciones públicas y sociales. Asimismo, la Sociedad podrá brindar servicios de consultoría, otorgar herramientas de asesoramiento de marketing digital, visibilidad social e institucional y posicionamiento de las empresas a fin de obtener beneficios comerciales de sus clientes, así como también podrá brindar servicios de entrenamiento y asistencia a clientes.”*.

Ahora bien, en lo que aquí nos interesa, cuadra referir que en la última actualización del servicio de WhatsApp se incluían diversas modificaciones en la “Política de Privacidad” de la plataforma previendo la posibilidad de cesión y transferencia de la información o datos personales del usuario a cualquiera de sus afiliadas con fines, aparentemente, comerciales.

Ello así, se informó que WhatsApp como empresa integrada a Facebook, recibiría información de las empresas de Facebook y la compartiría con ellas, de acuerdo con la “Política de Privacidad” de WhatsApp *“para proporcionar integraciones que (...) permitan conectar [la] experiencia de WhatsApp con los otros productos de las empresas de Facebook (...)”* (v. términos legales, punto “empresas filiales”).

Por otra parte, aclara que si el usuario interactúa con un servicio de terceros o con otro producto de una empresa de Facebook vinculado por medio del servicio de WhatsApp, es posible que aquel tercero o producto de una empresa de Facebook reciba información (v. “Condiciones” y “Política de Privacidad”).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

A su vez, más precisamente del apartado “Cómo trabajamos en conjunto con otras empresas de Facebook” se explicita que “*WhatsApp recibe información de otras empresas de Facebook, así como también [que] comparte información con ellas (...)*”. Asimismo, en el apartado “Empresas en WhatsApp” expresa que “*es posible que las empresas con las que interactúas por medio de nuestros Servicios nos brinden información sobre las interacciones que mantienen contigo (...). Además, algunas empresas pueden trabajar con proveedores de servicios de terceros (que pueden incluir Facebook) para administrar mejor la comunicación con sus clientes*” (v. condiciones de privacidad de WhatsApp).

En definitiva, sin perder de vista el complejo funcionamiento de las redes sociales en el mercado digital, teniendo en cuenta el objeto social transcripto, la constancia de inscripción ante la I.G.J., las “Condiciones” y la “Política de Privacidad” del servicio de WhatsApp, y sin desmedro del esmerado esfuerzo argumental de la representación de la parte actora, lo cierto es que Facebook toma determinados tipos de datos de los usuarios, los procesa para distintas finalidades y algunos, finalmente, los intercambia con WhatsApp o con otras empresas del mismo grupo. En ese escenario, *prima facie*, al Tribunal no lo convence la pretendida tesis de una desvinculación absoluta de las empresas del grupo Facebook y su aducida incapacidad legal para obrar, en lo atinente al funcionamiento y administración del servicio de WhatsApp. En cambio, advierte una estrecha vinculación entre las empresas en lo relativo al intercambio de datos de los usuarios obtenidos a través de la plataforma de mensajería instantánea.

A esta altura, no está demás recordar que, más allá de las estructuras de representación y formas sociales adoptadas por la empresa para cada país, la quejosa se encuentra constituida comercialmente en Argentina como Facebook Argentina S.R.L. En



consecuencia, se encuentra sometida a la legislación de nuestro país y debe dar cumplimiento a las obligaciones que aquí se le imponen tanto en el ámbito administrativo como en el judicial.

Por todo lo expuesto, este Tribunal concluye que Facebook Argentina S.R.L. no puede eludir las mandas impuestas alegando que carece de facultades para ello, por lo que la firma debe cumplir las resoluciones que la tengan como sujeto pasivo. En otros términos, acoger una interpretación como la propiciada por la quejosa constituiría un obstáculo para garantizar la efectividad de los derechos tutelados por la Constitución Nacional en lo relativo al régimen de defensa de la competencia, amparado en el art. 42 de la Ley Fundamental.

Con base en estas consideraciones, corresponde desestimar este agravio.

XI. Despejadas así las cuestiones vinculadas a la competencia de la S.C.I. para el dictado de la Resolución SCI N° 492/21 y lo relativo a la legitimación pasiva de la apelante, 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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 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.

11.1. 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., 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 tiene 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 obtendría una ventaja competitiva de difícil reproducción por sus competidores en el mercado de la publicidad *on line* y de redes sociales; y ii) un abuso de posición dominante explotativo de los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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.

11.2. Por otra parte, en cuanto a las manifestaciones formuladas en torno a que la Resolución SCI N° 491/21 parte de supuestos fácticos erróneos, corresponde señalar que, pese a lo esgrimido por la recurrente, existe una amenaza de que la puesta en marcha de las nuevas “Condiciones” y de la “Política de Privacidad” de WhatsApp conlleven, como ya se refirió, a 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”* (v. memorial de agravios), 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.

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, ampliar la información compartida entre Facebook y WhatsApp mediante una integración forzada de datos. Con esto podría conformarse una base





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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.

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

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. Conforme se ha referido *ut supra*, lo medular en este caso -y lo que así ha interpretado la Comisión y la Secretaría, al menos por el modo en el que se encuentra el planteado-, es que las modificaciones introducidas por la apelante conllevan un intercambio importante de datos, extremo que de por sí podría constituir una conducta anticompetitiva. En sustancia, es lo que, centralmente, parece haber sido tenido en cuenta para el dictado de la medida preliminar impugnada.

Sin perjuicio de ello, la alegada declaración y sus implicancias en el *sub lite* deberán ser evaluadas y ponderadas en el marco del procedimiento administrativo por parte de la autoridad competente.



11.3. Seguidamente, 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 la acreditación en forma liminar de 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, así como también, lo que se desprende del 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 aquélla tiene en el mercado; así como también la irreversibilidad de la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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, acarreado, 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 es 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.



11.4. Tampoco puede prosperar la queja formulada en torno a que la Resolución impugnada no analiza si Facebook tiene efectivamente posición dominante en el mercado.

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 y de mensajería instantánea, 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 la *Millennials* -nacidos entre 1981 y 1996-, el 89% de la Generación X -nacidos entre 1965 y 1980-, el 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).

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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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 (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 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. Y este eventual abuso de posición dominante podría afectar el interés económico general, lo que justifica el dictado de la medida precautoria que se impugna.

11.5. En este escenario, además, es dable agregar que los dichos de la recurrente en el sentido de que la S.C.I. no explicó cuál es la ventaja competitiva que le brindaría la actualización, debe señalarse que 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 el efecto neto en el mercado integrado de la conducta pretendida, resulta vasto el conjunto normativo, las cuestiones fácticas y los aspectos técnicos que deben analizarse a fin de determinar si aquélla resulta beneficiosa y brinda algún tipo de ventaja competitiva para la quejosa.

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

Ello así, el Tribunal considera 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 al régimen de la competencia por cuanto se ampliaría la información compartida entre Facebook y WhatsApp mediante una integración forzada de datos que puedan 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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

11.7. En este contexto, 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”-.

XII. En atención a lo resulto *ut supra*, en este punto, corresponde abordar el tratamiento de la medida cautelar requerida por Facebook Argentina S.R.L. en el punto VI del escrito presentado el 09.06.2021 ante la S.C.I.

Así pues, es dable recordar que la empresa solicitó el dictado de una medida precautoria con el objeto de que se suspendan los efectos del art. 4° de la Resolución SCI N° 492/21 de manera que la Secretaría de Comercio Interior se abstenga de aplicarle sanciones por el incumplimiento de la resolución mencionada.

Para ello, funda su pretensión en los siguientes argumentos:

a. El derecho invocado por Facebook Argentina luce verosímil por cuanto la Resolución es manifiestamente nula de nulidad absoluta e insanable y, por ende, no puede solicitarse razonablemente que su mandante la pueda cumplir.

b. Pone de resalto que Facebook Argentina S.R.L. sufrirá un daño irreparable si no se otorga la medida cautelar solicitada por



cuanto se le podrá imponer una sanción cuyo monto ascendería a la suma de \$41.467.500 diarios, lo que provocaría que el negocio de su mandante se viera obstaculizado.

c. Finalmente, sostiene que la medida precautoria requerida no afectará el interés público ya que lo solicitado es que la S.C.I. no sancione a su mandante mientras se considera la apelación y se dicta sentencia en estos obrados.

Ahora bien, la representación estatal, al contestar el traslado del recurso de apelación deducido por Facebook Argentina S.R.L. el día 07.07.2021, en el punto VI, replicó los motivos por los cuales, a su entender, no resulta procedente tal pretensión.

En tal sentido, expresó que la medida cautelar solicitada resulta improcedente habida cuenta de que se plantea en abstracto y carece de finalidad práctica. Además, alegó que ante una eventual multa por incumplimiento, Facebook Argentina S.R.L. puede interponer un recurso de apelación con efecto suspensivo en los términos de los artículos 66 y 67 de la L.D.C.

Por otra parte, destacó que la solicitud de la medida precautoria no cumple los requisitos previstos en la Ley N° 26.854 por cuanto se verifica una ausencia de verosimilitud en el derecho invocado. Tampoco existe peligro en la demora habida cuenta de que la entidad recurrente no sufrirá ningún daño irreparable ya que una sanción monetaria difícilmente pueda calificarse de tal forma tratándose de una compañía valuada en millones de dólares. Finalmente, la medida cautelar requerida tiene potencialidad suficiente de afectar el interés económico general ya que evitaría el cobro de la multa por incumplimiento, cercenando un elemento disuasivo fundamental para que las medidas dictadas en el marco de lo previsto por el art. 44 de la L.D.C. tengan efectividad.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

12.1. Ello sentado, corresponde analizar si en el *sub lite* se presentan los recaudos rituales previstos para el otorgamiento de la medida pretendida.

Para ello, cabe recordar que para el dictado de cualquier medida precautoria el interesado debe acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora ya que resulta exigible que se evidencien las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (conf., C.S.J.N., Fallos: 323:337 y 1849, entre muchos otros). La apreciación de esos recaudos debe realizarse con carácter estricto en los supuestos en que se peticiona la suspensión de los efectos de actos estatales habida cuenta de la presunción de validez que presentan (v. C.S.J.N., Fallos: 245:522, 249:221 y 314:1202, entre otros).

12.2. En particular, la suspensión de los efectos de un acto administrativo requiere, como primera medida, que el interesado acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior (conf., art. 13.a. de la Ley N° 26.854). La norma alude, bien que con una terminología diferente, al tradicional requisito del peligro en la demora previsto en el ordenamiento ritual (art. 230 del CPCCN). De modo tal que, a los efectos de ponderar la concurrencia del recaudo, mantienen actualidad los criterios jurisprudenciales plasmados al tiempo de la sanción del nuevo ordenamiento sobre medidas cautelares contra el Estado, en casos de suspensión de los efectos de un acto estatal.

En ese orden de ideas, el examen del peligro en la demora exige a este Tribunal una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los efectos de la medida cautelar pueden implicar un daño irreparable en la solicitante. Según la Corte Suprema, ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos



que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos, su gravitación económica (conf., Fallos: 312:1312; 318:30; 325:388, entre otros).

12.3. Así pues, partiendo de estos principios, la Sala estima que la argumentación de la peticionaria sustentada en la aplicación de una multa diaria ante el eventual incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución SCI N° 492/21 que resultaría perjudicial a sus intereses no traspasa el umbral de lo hipotético y conjetural. Es que mediante las alegaciones efectuadas en pos de acreditar la configuración del requisito atinente al “peligro en la demora” no se aportan elementos de juicio suficientes que permitan realizar el forzoso análisis liminar pertinente.

Nótese que la peticionaria no demuestra que la eventual ejecución o satisfacción de una multa impuesta -aunque, en el presente, de aplicación conjetural- pudiere significar un importante desapoderamiento de sus bienes o le vaya a irrogar un daño en su patrimonio que, por su magnitud, no pueda ser reparado frente a una hipotética anulación de la sanción, por medio de la repetición que así quedaría habilitada.

Asimismo, es menester destacar que la autoridad de aplicación de la L.D.C. en su decisión se limitó a ordenar una serie de medidas e imponer, para el caso de incumplimiento por parte de las empresas obligadas a llevar adelante lo allí requerido, una multa. Vale decir, no resolvió en modo alguno el fondo de la cuestión analizada en el expediente administrativo, no adoptó temperamentos sancionadores ni menos aun dio inicio al cobro de monto alguno en concepto de multa por incumplimiento.

No se advierte, entonces, la existencia de un gravamen de difícil reparación ulterior o de un peligro en la demora que justifique despachar la cautelar pretendida puesto que el gravamen invocado parte de una hipótesis que, por el momento, no se ha verificado ni hay





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

indicios serios de que pueda concretarse. Esto resulta suficiente, a juicio de esta Sala, para rechazar la petición, sobre todo si se pondera que el recaudo en cuestión es el que hace a la esencialidad del instituto (conf., LUQUI, Roberto, “Revisión Judicial de la actividad administrativa” Astrea, 2005, T. 2, pág. 363).

12.4. En suma, esta Sala estima que, por el momento, el gravamen invocado no pasa la mera conjetura. Y ello torna estéril el examen de la verosimilitud en el derecho invocado, pues si bien es cierto que existe una estrecha conexión entre ese recaudo y el peligro en la demora, ambos debe estar presentes en alguna medida. Por cierto, conforme con lo desarrollado en anteriores considerandos, este recaudo también dista de haberse satisfecho.

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 Facebook Argentina S.R.L. 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. Desestimar la medida cautelar solicitada por Facebook Argentina S.R.L. en el punto VI de su presentación del día 9 de junio de 2021.

IV. En atención a la complejidad del asunto, las costas se distribuyen en el orden causado (art. 68, 2da. parte C.P.C.C.N.).

Regístrese y notifíquese.

