La hora de las plataformas

DAMIÁN LORETI :: 16/12/2020

Las prácticas monopólicas de Facebook y la necesidad de regular a los gigantes del mundo digital

En estos años hemos sabido cada vez más sobre Facebook. La ligazón con el caso "Cambridge Analytics" y la desinformación electoral; las quejas por promoción de discurso discriminatorio; los reclamos por levantamiento de contenidos, incluidos algunos producidos por los estados para cuestiones históricas; la creación de su junta de supervisión; sus planteos sobre si son o no editores de contenidos y las tentativas del presidente Donald Trump para cambiar las reglas de la Sección 230 de la Ley de Comunicaciones sobre responsabilidad de los intermediarios y plataformas, en la medida en que el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de EEUU le fueron habilitando procesos de compra de sus propios competidores.

Este último punto estalló públicamente el año pasado, en plenas primarias del partido Demócrata, cuando la senadora y precandidata presidencial Elizabeth Warren caracterizó a la empresa como una "máquina de desinformar con fines de lucro"y advirtió sobre la necesidad de obligar al conglomerado a desandar sus procesos de concentración. Pues bien, el anuncio de Warren parece empezar a hacerse realidad de la mano del cambio de contexto político en EEUU.

La Comisión Federal de Comercio y una coalición de fiscales y procuradores generales de 48 estados más el Distrito de Columbia, encabezada por la procuradora general del Estado de Nueva York, presentaron dos demandas antimonopolio separadas contra Facebook el miércoles 9 de diciembre de 2020. La fecha es para marcar en el almanaque.

Las demandas apuntan fundamentalmente a dos de las principales adquisiciones de la empresa: Instagram y WhatsApp, y buscan solucionar la denunciada conducta anticompetitiva que podría resultar en que Facebook desinvierta en ambas aplicaciones. Las acciones de la compañía cayeron casi un 2% al cierre del mercado del miércoles.

Facebook opinó –por supuesto– en contra de las demandas, a las que describió como un ejercicio de "revisionismo histórico", en la medida en que las operaciones cuestionadas fueron aprobadas por el gobierno de EEUU hace varios años. Este argumento permite prever invocaciones de derechos adquiridos ante la posible vuelta atrás de decisiones ya consolidadas.

En la exposición de ambas presentaciones se recogen acusaciones por comprar de forma hostil a sus competidores, afectar las condiciones de competencia de quienes no se dejaban comprar, al mismo tiempo que dejaba deteriorar las condiciones de servicio de su propia plataforma, en particular la protección de las reglas y prácticas de seguridad de los datos y la privacidad. No se puede pasar por alto el hecho de que estas presentaciones se realizan una semana después de que el Departamento de Justicia iniciara otra acción fundada en la idea de que Google mantiene ilegalmente un monopolio en su negocio de búsqueda.

Del enfoque en la privacidad a la vigilancia masiva

Es interesante la apertura de la nota de la revista *Wired* al tratar la noticia: “Imagina una red social popular que se toma la privacidad súper en serio. Por defecto, sus mensajes son visibles sólo para la gente en su comunidad de la vida real. La compañía no sólo no utiliza *cookies* de rastreo sino que promete que nunca lo hará. Incluso anuncia que los futuros cambios en la política de privacidad se someterán a votación de los usuarios antes de su implementación. Es difícil de imaginar ahora, pero tal red social existió una vez. Se llamaba Facebook”.

En las extensas demandas se relata cómo Facebook fue adquiriendo diversas empresas como WhatsApp, ONAVO, Glancee, Instagram, EyeGroove, Friend Feed por el solo hecho de que podrían competir o adelantarse a sus propias creaciones, o porque otras plataformas podrían verse interesadas en ellas. La Comisión Federal de Comercio (FTC por su sigla en inglés) alega que Facebook se involucró en una estrategia sistemática para eliminar las amenazas a su monopolio, incluyendo las adquisiciones de Instagram y WhatsApp en 2012 y 2014 respectivamente, que autorizó previamente el mismo organismo que hoy demanda.

Facebook adquirió Instagram por 1.000 millones de dólares y WhatsApp por 19.000 millones de dólares. Ahora la FTC pretende buscar una orden de restricción judicial permanente que podría resultar en la “desinversión” en ambas compañías y la prohibición a Facebook para imponer condiciones anticompetitivas contra terceros desarrolladores de software. La demanda también señala que la empresa intentó y fracasó en la compra de los rivales Twitter y Snapchat.

Por su parte, la demanda presentada por la coalición de procuradores y procuradoras cita correos internos de Facebook que dan cuenta de la voluntad de dañar a la competencia y del creciente desinterés en la protección de la privacidad de los datos de los usuarios. Los procuradores y la FTC hacen otras afirmaciones sobre el daño causado por las prácticas monopolísticas en materia de innovación. Esta es una cuestión difícil de dirimir. Es verdad que cuando se devora a la competencia se achica la capacidad de creación en un mercado como el de las plataformas, pero de allí a poder certificar un daño concreto hay un paso muy largo.

En el mundo de las organizaciones de derechos digitales es un dato cierto que se ha deteriorado la calidad de la protección de los datos. En la medida en que el modelo de negocios de las plataformas no se basa en una relación de precio con los usuarios (distinto es el caso para el análisis de la inserción de publicidad) el deterioro de los derechos de los usuarios es un elemento que tendrá su peso en el análisis del caso para medir los eventuales (o seguros) daños emergentes de la monopolización. La interoperabilidad de los datos de WhatsApp con los de Facebook cuando la compañía de Zuckerberg deglutió a la primera es una muestra de lo dicho y de la consecuente caída de las reglas de protección preexistentes.

Una coalición amplia

Existía, según el derecho estadounidense, la opción de que la FTC iniciara una acción administrativa en lugar de recurrir a un juez federal. El directorio de la FTC está conformado por cinco miembros, quienes votaron para presentar la denuncia en la justicia

con un resultado de 3-2. Los comisionados republicanos Noah Phillips y Christine Wilson disintieron mientras que el presidente del organismo, el también republicano Joe Simons, se unió a sus dos colegas demócratas Rohit Chopra y Rebecca Kelly Slaughter en la mayoría. Nuevos vientos, podría suponerse.

La coincidencia en el momento de la presentación no es una mera casualidad. Los procuradores y procuradoras habían trabajado con la FTC en la preparación del caso. Pero reivindicaron la condición de representantes de los pueblos de los estados, liderados por la fiscal general de Nueva York, Letitia James. La coalición de estados que demanda a Facebook es mucho más amplia que la que se unió inicialmente al Departamento de Justicia en su demanda contra Google. Incluye una amplia gama de antecedentes e incorpora tanto estados demócratas como republicanos: Nueva York, California, Colorado, Florida, Iowa, Nebraska, North Carolina, Ohio, Tennessee, el Distrito de Columbia, Alaska, Arizona, Arkansas, Connecticut, Delaware, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Dakota, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming, y el territorio de Guam.

La demanda centra la atención en el papel que la recopilación de datos por parte de Facebook desempeña en el supuesto mantenimiento de su poder de monopolio y describe cómo ese poder le habilita una discrecionalidad amplia para definir los términos en los que puede reunir y utilizar la información de sus usuarios. Los estados alegan que Facebook puede hacer lo que le plazca con los datos para servir a sus propios intereses comerciales porque los usuarios no tienen alternativas a las que recurrir, aunque prefieran otras prácticas de seguridad.

Así, sostienen los demandantes, Facebook perjudica a los consumidores, anunciantes y empresas competidoras a través de sus prácticas. Los anunciantes, por ejemplo, se ven perjudicados por la escasa transparencia en cuanto al valor que reciben de sus anuncios así como por el daño a la marca que resulta del “contenido ofensivo de los servicios de Facebook”.

Monopolios y libertad de expresión

Los estados solicitan al tribunal una variedad de remedios. Entre ellos, evitar que Facebook realice más adquisiciones que superen los 10 millones de dólares sin notificar primero a los estados denunciantes; considerar que sus adquisiciones de Instagram y WhatsApp violan la Ley Clayton e imponer otras condiciones para evitar posibles violaciones futuras, las cuales podrían incluir la desinversión en esas dos aplicaciones.

Las demandas se basan en leyes de larga tradición de exigibilidad en la justicia estadounidense referidas a la libertad de comercio y la prohibición de constituir monopolios: la *Clayton Act* y la *Sherman Act*.
Además parten de la concepción de que entre usuarios y plataformas hay un contrato de derecho privado envuelto en los “Términos y Condiciones”. Es que en la jurisprudencia de los tribunales federales de EEUU, Corte Suprema incluida, los reclamos que pretenden que las plataformas o sus operadores forman parte de la lista de medios de comunicación social,

con las consecuentes obligaciones de servir a sus “usuarios” o “público” o “audiencias” basados en la regla constitucional de la Primera Enmienda de libertad de expresión, han fracasado rotundamente.

Casos recientes como aquel que planteaba si Trump podía bloquear a periodistas en Twitter se resolvieron en la justicia teniendo en cuenta que la cuenta de Trump era “oficial”.

Como dijimos, los derechos de libertad de expresión sólo son exigibles a los funcionarios estatales. Esto amagó a ponerse en debate cuando las estaciones de TV resolvieron no difundir el discurso de Trump sobre las elecciones una vez finalizadas, pero no ha avanzado mucho más. A la vez, con la nueva composición de la Corte de EEUU que consagró una mayoría conservadora de 6 a 3 por primera vez en décadas, el futuro de la acción judicial es incierto.

Más allá de cuál sea el resultado de las causas, reaparecen de la mano de estas demandas algunas cuestiones que venimos planteando en este y otros espacios respecto a la “naturaleza” de la relación de las plataformas con los “usuarios”. La primera es que cuando firmamos los términos y condiciones admitimos la jurisdicción y la legislación de lugares que ni imaginamos. La segunda es si no cabe pensar que estas nuevas plazas públicas deberían tener algunas normas que las consideren como algo más que prestadores privados de servicios. Porque si se arrogan tal condición, las plazas públicas tienen reglas distintas que las de “la casa se reserva el derecho de admisión”. Por empezar, transparencia y datos abiertos. Como ocurre con los estados, dueños de las plazas públicas viejas o analógicas. En Europa ya tomaron nota y avanzan con regulaciones sobre Servicios Digitales y Mercados Digitales destinadas a fijar reglas claras de funcionamiento y límites a la concentración.

Va siendo hora de que las empresas en general –y las plataformas en particular– se avengan a asumir que también deben respetar los derechos humanos de las personas. Para no abundar, les invito a revisar lo que opinan al respecto Naciones Unidas y los relatores de libertad de expresión de los distintos sistemas de protección de derechos humanos.

La protección de la privacidad, el no sufrir trato discriminatorio y el derecho a recibir, difundir e investigar informaciones, opiniones e ideas, son derechos humanos de reconocimiento universal. La antigua concepción según la cual el Estado era el único actor capaz de violar estos derechos hoy cede ante la realidad y se amplía a estos actores privados cuyo poder económico supera por lejos el PIB de la mayoría de los países del mundo.

www.elcohetealaluna.com

---

https://www.lahaine.org/mm_ss_mundo.php/la-hora-de-las-plataformas