

Respetado magistrado
Jorge Enrique Ibáñez Najar
Corte Constitucional
E.S.D.

**Asunto: Intervención dentro del proceso D-14516
(eje 3 necesidad de la medida)**

Agradecemos la invitación que nos hicieron para participar de la audiencia pública dentro del proceso por la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 56 (parcial) de la ley 1450 de 2011.

En Karisma creemos que el acceso a internet es un elemento clave para el ejercicio de la libertad de expresión y otros derechos.

En nuestra intervención escrita ante la Corte durante este proceso solicitamos la exequibilidad condicionada del artículo demandado. Creemos que debe ser declarada inconstitucional la posibilidad de los Proveedores de Servicios de Internet de ofrecer planes de acceso a internet móvil que no cuentan contenidos, aplicaciones o servicios específicos contra el plan contratado. Si la Corte declara la constitucionalidad condicionada de la norma demandada impedirá que los operadores ofrezcan contenidos, aplicaciones o servicios específicos en zero rating que es la práctica que impacta negativamente la libertad de expresión.

Para Karisma no todos los planes de zero rating son contrarios al derecho a la libertad de expresión. La exequibilidad condicionada permite ofrecer otro tipo de planes como datos gratis en zonas geográficas u horas específicas.

Esta intervención desarrolla tres puntos que apoyan nuestra posición de exequibilidad condicionada de la norma, en primer lugar confirmar que la norma que tenemos permite prácticas discriminatorias que por tanto viola la libertad de expresión. El segundo punto explica que frente al zero rating en el que los operadores nos ofrecen gratis determinados contenidos, aplicaciones o servicios hay un falso dilema entre libertad de expresión y conectividad, y 3 ese zero rating no ha creado un mercado más competitivo en el sector.

1. La norma demandada permite al menos tres prácticas que son las que afectan gravemente la libertad de expresión: la discriminación de contenidos, aplicaciones y servicios específicos, la integración vertical y los datos patrocinados.

(Primero: Discriminación de contenidos, aplicaciones y servicios)

Cuando un operador ofrece un plan de acceso a internet que permite la discriminación de contenidos, aplicaciones y servicios, el operador elige por las personas, sobre todo por aquellas que deben cuidar cada peso que gastan, es el operador el que define cuáles son las parcelas de internet a las que accederán.

Si yo no tengo sino para pagar un plan de tres megas y el operador me da gratis acceso a cinco aplicaciones son las condiciones del plan las que definen mi consumo y limitan el acceso que tengo a la información. Ese es el caso que tanto se mencionó en la audiencia: en Colombia la mayoría de las personas se conectan con planes prepago, con un gasto entre 10mil y 30mil pesos por mes, lo que significa que las personas que menos recursos económicos tienen son las que se conectan sobre todo a aplicaciones gratis y no a internet

Además estos planes tienen efecto en la competencia, en un país con una brecha digital como la colombiana, ésta práctica permite que las aplicaciones que van gratis tengan ventajas en ese mercado. Estos planes son la regla en Colombia, no la excepción.

(Segundo: Integración vertical)

Cuando un operador incluye en sus planes de acceso a internet contenidos, aplicaciones o servicios propios (de su empresa o de su conglomerado empresarial) que no afectarán el consumo de los datos del plan estamos ante una práctica de integración vertical que además del efecto discriminatorio que impacta en la capacidad de elección y acceso a información de las personas, tiene un propósito de favorecer la competitividad de ese contenido, aplicación y servicio, es decir usa ese plan en beneficio propio.

(Tercero: Datos patrocinados)

La redacción actual de la norma también permite los datos patrocinados, es decir que alguien use esa práctica como ventaja competitiva pagando por ello. Como si para popularizarse en un país una aplicación de streaming, por ejemplo, pague a un operador para que entregue a su clientela su aplicación en zero rating. En Colombia no sabemos si esto sucede pero en principio con la lógica de las ofertas en el mercado la norma tampoco parece prohibirlo. Los efectos de esta práctica son los que ya describí en los dos casos anteriores.

Esto es lo que consideramos perverso en los planes de zero rating, que la elección de los contenidos, aplicaciones y servicios sea del operador y no de la persona. Mientras esa discriminación sea posible afecta la libertad de expresión. Insistimos que hay planes de zero rating que son diferentes, como que el operador dijera que el consumo de datos entre la 1am y las 5am (horas de baja demanda) en x plan serán gratis, puede ser un plan que busque una ventaja competitiva para el operador y sin que la ventaja que le da a su cliente afecte su capacidad de elección, simplemente afecta su sueño.

2. Se ha dicho que eliminar los planes de zero rating puede resultar en un daño para las personas más vulnerables. Aunque la preocupación por el acceso a internet de las personas más vulnerables es legítima, hay que recordar que el zero rating no es una política pública de acceso a internet y reducción de la brecha digital.

Por el contrario, las personas con experiencia en este tema coinciden en que entre peores sean las condiciones de acceso a internet, más lesivo es el zero rating para la libertad de expresión y la libertad de elección de las personas.

Es decir, cuando los planes de datos no son asequibles, el zero rating pesa más sobre la elección de las personas. Cuando cada peso cuenta, las personas van a preferir los

contenidos, aplicaciones o servicios que puedan obtener al menor precio o gratis. En cambio, cuando los planes son asequibles, las personas deciden no solo el operador sino el plan que quieren y lo harán de acuerdo con otros factores como la velocidad de conexión o la cobertura, pero no tienen que elegir entre trozos de internet.

Entonces no es cierto que incluso si la norma fuera inexecutable en su totalidad se vaya a incrementar la brecha digital. Es precisamente por la situación de inequidad que el zero rating tiene alto impacto en el acceso a internet de las personas más vulnerables. El zero rating, antes que aliviar el impacto de la brecha, lo incrementa, porque sólo las personas más sensibles al precio de los planes tienen un incentivo para elegir los contenidos, aplicaciones o servicios que los operadores ofrecen gratis.

El zero rating no es una política de reducción de la brecha digital porque no hace internet más asequible ni incrementa su cobertura, por eso en Karisma creemos que si estamos hablando del zero rating que permite al operador discriminar contenidos, aplicaciones o servicios se está planteando un falso dilema entre proteger la libertad de expresión o aceptar una medida válida de apoyo a la conectividad, estos planes no apoyan la conectividad.

3. El zero rating debía permitir a los operadores diferenciarse en el mercado pero, la práctica que se popularizó en Colombia terminó creando una situación mínima de planes que todos los operadores ofrecen. Ya no hay competencia.

De acuerdo con las lógicas del mercado los operadores podrían explotar sus ventajas competitivas y captar sectores de la población para quienes ciertos planes resultarían más atractivos.

Sin embargo, en Colombia hoy prácticamente todos los operadores ofrecen los mismos planes en zero rating, lo que sugiere que la mayoría de personas esperan ciertas aplicaciones en zero rating sin importar el prestador, porque los planes que se han generalizado son los que discriminan contenidos, aplicaciones y servicios incluyendo prácticas de integración vertical. Esto es tan cierto que la propia CRC informó hoy que hasta los planes postpago se clasifican con o sin zero rating y la gran mayoría incluyen zero rating a pesar de que el atractivo de esos planes es que no tienen límite de datos, pero seguramente la gente ya asocia sus ofertas a esas aplicaciones así que no pueden dejar de anunciarlas como gratis aunque en ese plan sea totalmente inocuo..

Es que en la situación actual los operadores ya no pueden dejar de ofrecer las aplicaciones que se han popularizado gratis porque perderían su clientela. El zero rating que tenemos hoy en Colombia no permite que los operadores se diferencien en el mercado sino que es la condición mínima requerida para que compitan en internet móvil.

Para Karisma un internet móvil sin zero rating funcionará de forma similar al internet fijo. Cuando cualquiera de nosotras elige una conexión de internet fija, pensamos en el costo del plan, en la velocidad y en la calidad de la cobertura. Hay prestadores que ofrecen fibra óptica en unas zonas mientras que otros ofrecen planes más baratos pero de menor velocidad, pero todas las personas que tienen internet fijo tienen acceso a toda internet.

Cuando las personas eligen un proveedor de internet fijo, no están eligiendo al mismo tiempo los contenidos a los que pueden acceder ya que todos cuestan lo mismo.

Mientras la demanda pide que la Corte ponga a Colombia entre los países que prohíben toda modalidad de oferta de zero rating, Karisma considera que lo que debe hacerse es permitir el zero rating que no afecta la libertad de expresión.

Para Karisma la norma colombiana de neutralidad de la red necesita ser interpretada de modo que autoriza el zero rating pero prohibiendo la práctica de discriminación por origen o propiedad del tráfico. Esto significa que debe entenderse que esos planes no pueden discriminar por contenido, aplicación o servicio que es lo que afecta gravemente la libertad de expresión y de información en su dimensión de pluralidad informativa.

Con base en este marco descrito en la intervención haremos llegar a la Corte un escrito en el que intentamos responder las preguntas formuladas. Gracias.

Preguntas del eje 3: Necesidad de la medida

En 2017 Karisma analizó el tema de la neutralidad de la red¹ en el informe titulado “Neutralidad de la red y ofertas comerciales en Colombia, Análisis de la regulación” en el que reconocemos que aunque el problema tiene un componente esencialmente económico y que son las empresas las que en su posición de intermediarias entre las personas y el acceso a internet, a la información, son las obligadas a ser neutras, el reto es “darle el control sobre internet a las personas” y por tanto hacer que las empresas -que son los puentes- no sean las que deciden arbitrariamente a quién o qué permiten que pase por su infraestructura. Ese informe es central para nuestras respuestas.

1. ¿Por qué en Colombia no se han aplicado esquemas Zero Rating del tipo application agnostic (neutro en cuanto a la aplicación)? ¿Qué posibilidades habría para implementarlos?

En el estudio de 2017² Karima afirmó que si la norma de neutralidad de la red que tenemos prohíbe la discriminación por origen o propiedad del tráfico, esta prohibición no se cumple por los operadores en Colombia pues ofrecen planes que discriminan contenidos específicos y no tipos genéricos. Lo que hace falta es que se indique cuáles son las acciones que proceden para cumplir la regulación.

En Colombia los planes de zero rating que se han desarrollado son los que atentan contra la no discriminación, sin embargo, recientemente Movistar ofrece un plan que permite elegir

1

<https://web.karisma.org.co/fundacion-karisma-publica-informe-sobre-neutralidad-de-la-red-en-colombia/>

2

https://twitter.com/movistarco/status/1580967223933505536?s=46&t=37A3btS_HcXjJX5T0RuJlw

aplicaciones o servicios que irán gratis en el plan, es decir ha empezado la oferta de un zero rating que le da más control a la persona³.

La Corte puede cambiar este panorama, que no dependa de la voluntad de los operadores, sino que sea su obligación. La Corte puede declarar la norma constitucional condicionada de modo que las ofertas de zero rating deban cumplir con los principios de libre elección de los usuarios, información, transparencia y no discriminación arbitraria en cuanto a contenidos, aplicaciones o servicios (CAS). De este modo protegerá efectivamente el principio de no discriminación, evita la definición arbitraria que da todas las garantías a los operadores y ninguna a las personas usuarias.

El condicionamiento de las ofertas de zero rating debe estar vinculado con que: i) no haya acuerdos de exclusividad, ii) no incluya contenido pagado o “sponsored data”, iii) no incluya contenido propio del prestador de servicios, prohibiendo la integración vertical.

2. ¿Cuál es el impacto real de la implementación de ofertas Zero Rating en la inversión en infraestructura por parte de los PSI? Aporte evidencia sobre las variaciones en la inversión, la relación de causalidad entre las ofertas y las variaciones y, de ser posible, estime cuál sería el impacto de modificar las ofertas o eliminarlas.

Esta pregunta se respondió en el punto 2 de la intervención, creemos que hay un falso dilema pues la pregunta no el tipo de zero rating que existe en la práctica en Colombia aporta a la conectividad en entornos de brecha digital, sino cómo esos planes afectan e incrementan la brecha digital.

Pero, hay que complejizar esto pues en Karisma sí creemos que en sociedades con brecha digital importante como la colombiana, los operadores pueden tener ofertas de zero rating que apoyen la conectividad de determinadas poblaciones sin afectar su capacidad de elección y acceso a la información. Este tipo de planes no existen en Colombia por tanto no hay evidencias que puedan responder la pregunta de la Corte.

3. ¿Cuál es la frecuencia con la que se miden las preferencias de los diferentes segmentos del mercado para ajustar la oferta de planes zero rating? ¿Cómo se evalúa la incorporación o exclusión de páginas, aplicaciones o contenidos en este tipo de ofertas con base en estas mediciones?

Esta es una pregunta para los operadores

4. En su opinión, ¿la oferta de planes Zero Rating influencia las decisiones de consumo de los usuarios de internet? ¿Cuál es el impacto de este tipo de ofertas en las preferencias de consumo, la libertad de información y la posibilidad de migrar a nuevos contenidos, aplicaciones o páginas?

3

https://twitter.com/movistarco/status/1580967223933505536?s=46&t=37A3btS_HcXjJX5T0RuJlw

Si hablamos de un zero rating que discrimina por contenido, aplicación o servicio, sí como lo mencionamos en nuestra intervención oral y esto puede tener efectos en el consumo en un país.

Un informe de Observacom⁴ muestra que los servicios de Meta, cuyas aplicaciones están en zero rating en el país, son monopolio en Colombia y si a esto sumamos el efecto actual de que estos planes ya no son un mecanismo de diferenciación entre los operadores en el mercado, todos los operadores ofrecen estas aplicaciones en zero rating, estamos ante una situación de piso mínimo en el que la competencia se ha neutralizado.

Karisma pone de presente a la Corte que si se obliga a las empresas a cumplir con planes agnósticos se requiere además exigirles que entreguen información comparable sobre los planes de acceso a internet. Solo así se puede garantizar la libertad de elección de las personas que podrán comparar y elegir, como cuando se exige que las etiquetas en el mercado tengan el valor en una unidad de peso, solo así se facilita a las personas consumidoras realmente saber cuánto vale un producto independientemente de su empaque.

La información no puede depender del texto del contrato, sino que debe estar claramente descrita en la publicidad. Las personas deben poder conocer cuánto cuesta cada uno de los servicios que paga y así poder comparar entre planes de una misma empresa o entre las ofertas de las diferentes empresas.

5. ¿Existe alguna evidencia de que el uso de planes Zero Rating genere mayor consumo de datos pagados?

No tenemos respuesta a esta pregunta, sin embargo podemos afirmar que en un país que ya superó la mitad de su población conectada los mercados que todavía dependen fuertemente del zero rating no pueden regularse como una forma de proteger la inversión de las empresas -tampoco como sustitutos de lo que debería ser la política de conectividad del estado- sino que precisamente deberían enfocarse en proteger a esas personas - que son las de menores ingresos y cuya falta de accesibilidad incrementa los procesos de exclusión ya estructurales en nuestra sociedad- y sobre todo su derecho a la elección.

Las tarifas de “zero rating” promovidas por las empresas no pueden ser vistas como una política estructural de acceso a Internet, la deuda en este sentido es el desarrollo de una política pública integral encaminada a cerrar la brecha digital en sus cuatro componentes. Aún así, si el zero rating se justifica no es por la libertad económica de los operadores sino por el beneficio para las personas usuarias que debe leerse en términos de innovación, competencia y acceso a internet.

Finalmente, hay que tener en cuenta que no todos los planes en zero rating son iguales o merecen el mismo tratamiento por tanto habrá que además exigir al regulador que adopte las medidas adicionales necesarias para garantizar que el zero rating no afecte esos derechos.

⁴ ¿Hay concentración en internet en América Latina?, el caso colombiano se puede consultar en: <https://www.observacom.org/wp-content/uploads/2021/06/Concentracion-en-Colombia-2021.pdf>