



K

# **NEUTRALIDAD DE LA RED Y OFERTAS COMERCIALES EN COLOMBIA**

Análisis de la regulación

**JUAN DIEGO CASTAÑEDA  
LAURA DANIELA GONZÁLEZ**

# Fundación Karisma

Bogotá, Colombia  
2017

En un esfuerzo para que todas las personas tengan acceso al conocimiento, Fundación Karisma está trabajando para que sus documentos sean documentos accesibles, eso quiere decir que su formato incluye metadatos y otros elementos que lo hacen compatible con herramientas como lectores de pantalla o pantallas braille. El propósito del diseño accesible es que todas las personas puedan leer, incluidas aquellas que tienen algún tipo de discapacidad visual o de dificultad para la lectura y comprensión.

Más información sobre documentos accesibles en:

<http://www.documentoaccesible.com/#que-es>

Este informe ha sido posible gracias al apoyo de Internews (<https://www.internews.org/>).

Consulta este documento en línea en el sitio web de Karisma (<https://karisma.org.co/>)

Escrito por:

Juan Diego Castañeda  
Laura Daniela González

Revisión:

Carolina Botero  
Amalia Toledo  
Pilar Sáñez

Diseño: Diantres Gráfica



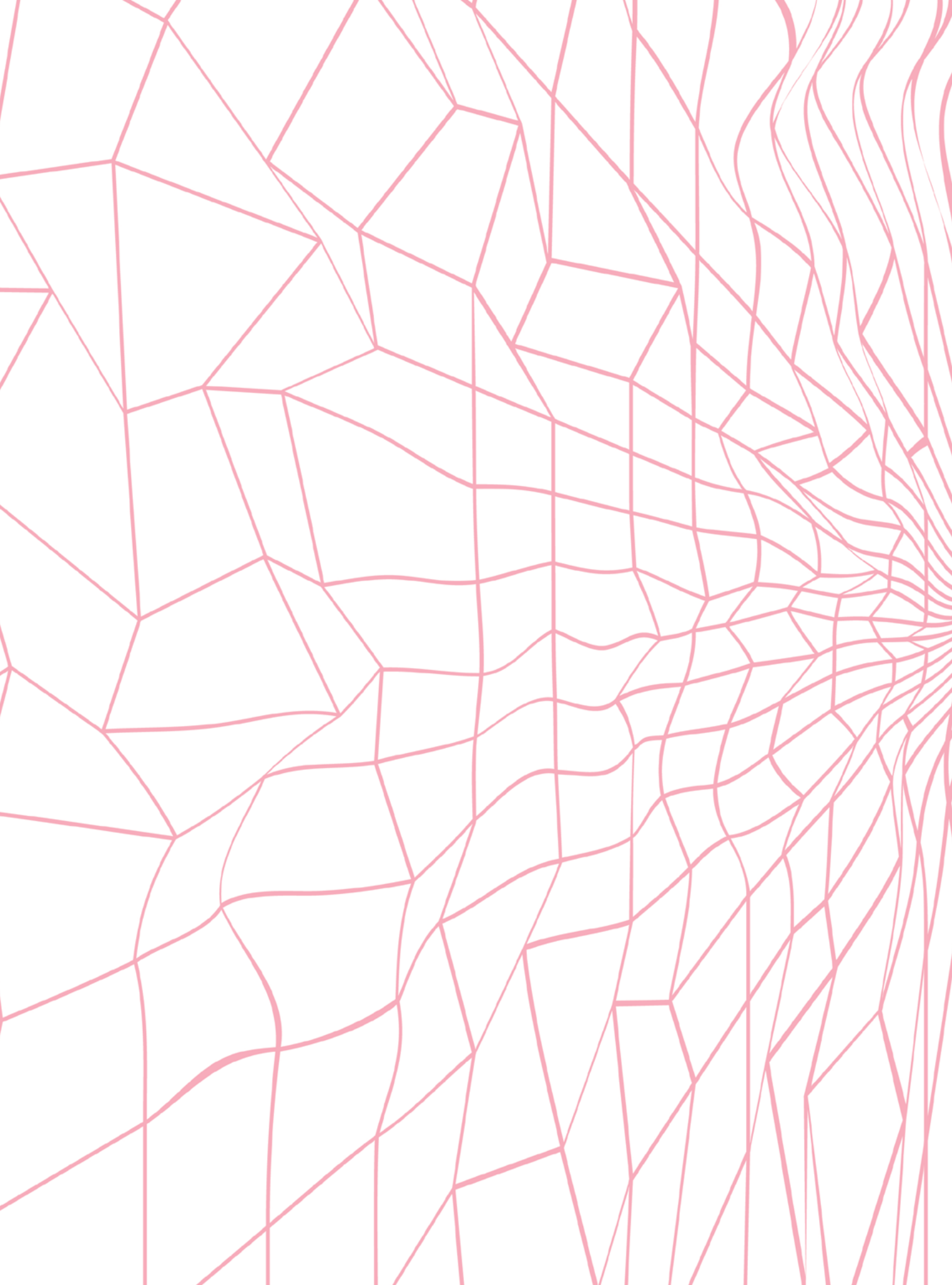
Este material circula bajo una licencia Creative Commons CC BY-SA 4.0.

Usted puede remezclar, retocar y crear a partir de esta obra, incluso con fines comerciales, siempre y cuando le de crédito al autor y licencien nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. Para ver una copia de esta licencia visite: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

# **NEUTRALIDAD DE LA RED Y OFERTAS COMERCIALES EN COLOMBIA**

**ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>LA REGULACIÓN DE LA NEUTRALIDAD EN COLOMBIA</b>	<b>7</b>
Noción de neutralidad de la red	8
Prohibición	10
Autorización	12
Principios	12
<b>PRÁCTICAS DE GESTIÓN DE TRÁFICO</b>	<b>13</b>
<b>PLANES DE ACCESO</b>	<b>18</b>
No discriminación	19
Zero rating	22
Evaluación del regulador de planes de zero rating	23
No discriminación arbitraria en la práctica	25
Perspectiva de mercado	28
Perspectiva del usuario	31
<b>AUTORIDADES COMPETENTES PARA LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN</b>	<b>43</b>
CRC	43
Ministerio de las TIC	44
Superintendencia de industria y comercio (SIC)	46
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>49</b>



---

## INTRODUCCIÓN

En 2015 organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo se opusieron a los planes de Facebook para ofrecer una serie de contenidos de forma gratuita en asociación con proveedores de acceso a internet locales. El debate llevó a que en el Foro de Gobernanza de Internet de ese año se dedicaran numerosas sesiones al impacto de los llamados planes de *zero rating* sobre la neutralidad de la red y la libertad de las personas en la elección de los contenidos, aplicaciones o servicios que consumen a través de ella.

En Colombia hubo muy poco debate en torno al tema. Facebook implementó en enero de 2015 junto con el operador Tigo el programa Free Basics (antes Internet.org) en enero de 2015, lo que suscitó algunos comentarios por parte de organizaciones de la sociedad civil<sup>1</sup>, pero la neutralidad de la red y el *zero rating* no fueron parte central de la agenda pública. Justo después, el segundo período del gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014; 2014-2018) presentó el correspondiente plan nacional de desarrollo que derogaba el único artículo de una ley que menciona la neutralidad de la red. De nuevo, la sociedad civil se pronunció<sup>2</sup> y el artículo fue finalmente conservado.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) publicó en abril de 2016 un documento de diálogo regulatorio sobre *zero rating* y precios diferenciados<sup>3</sup> e invitó al público a participar con comentarios en un sitio web creado con el propósito de abrir un espacio de discusión sobre temas regulatorios<sup>4</sup>. Después de esto, la neutralidad de la red no ha recibido mucha atención y tampoco han cambiado sus bases normativas.

---

1 Las organizaciones Ageia Sensi Colombia, Colnodo, Fundación Karisma, la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP) y Redpatodos firmaron la Carta abierta a Mark Zuckerberg sobre Internet.org, la neutralidad de la red, privacidad y seguridad del 18 de mayo de 2015. <https://www.facebook.com/notes/accessnoworg/open-letter-to-mark-zuckerberg-regarding-internetorg-net-neutrality-privacy-and-/935857379791271>

2 Emanuel Vargas Penagos, Señor Simón Gaviria, no acabe con su hijo. Revista Semana (Febrero de 2015). <http://www.semana.com/opinion/articulo/opinion-emmanuel-vargas-simon-gaviria-plan-nacional-de-desarrollo/418134-3>

3 Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC). Los esquemas de precios diferenciados en los mercados de datos móviles – zero rating. Documento de diálogo regulatorio. (Abril de 2016).

4 CRC. What Will We Do. <https://wwwdo.gov.co/acerca-de/>

Es necesario entonces promover un espacio de discusión sobre a neutralidad de la red en Colombia. Con este objetivo en mente, este documento analiza en detalle la regulación sobre neutralidad de la red y ofertas comerciales y contrasta los puntos más sobresalientes de ella con otras posiciones académicas y regulatorias, para encontrar aspectos problemáticos y necesidades de debate para asegurar el cumplimiento de este principio.

Para el análisis se consideraron principalmente las guías de implementación para los reguladores nacionales de la Unión Europea sobre neutralidad de la red emitidas por el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (BEREC en inglés)<sup>5</sup> y la orden para un internet abierto del regulador estadounidense<sup>6</sup>.

En la primera parte se expone la regulación de la neutralidad de la red, específicamente sus dimensiones de prohibición y autorización, así como los principios que rigen la regulación en esta materia. Por tener relación con la prohibición de interferir en el tráfico, se analiza seguidamente el estado de las prácticas de gestión de tráfico, especialmente cuando tienen relación con ofertas comerciales.

Luego se analizan los planes de acceso que pueden ofrecer los prestadores del servicio a internet (PAI) y la aplicación del principio de no discriminación en relación con las ofertas comerciales. A partir de un concepto de la Comisión de Regulación de Comunicadores (CRC) sobre planes de *zero rating*, se discuten las distintas perspectivas que empleó en esa ocasión para analizar la conformidad de este tipo de planes con la regulación vigente y se extraen conclusiones sobre los aspectos que debe vigilar el regulador para asegurar el cumplimiento del principio. Finalmente, se analiza la capacidad institucional para vigilar el cumplimiento de esta regulación.

Aunque son temas relacionados y relevantes para comprender la neutralidad, no se trata directamente el tema de los llamados servicios especializados y los servicios Over the Top (OTT).

Durante el proceso de investigación y elaboración de este documento, Fundación Karisma contó con el apoyo de diversas personas expertas en regulación de telecomunicaciones y neutralidad de la red. Agradecemos especialmente a Carlos Brito, Arturo Carrillo, Pranesh, Chris Marsden, Luca Belli y Roslyn Layton, entre otras muchas personas quienes han tenido la paciencia de escuchar y responder a nuestras preguntas.

-----  
5 BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules. BoR (16) 127.

6 Federal Communications Commission, In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices GN Docket No. 09-191, WC Docket No. 07-52 (2010) y In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet, GN Docket No. 14-28 (2015). En adelante, FCC, Open Internet Order (2010) y (2015) respectivamente.

---

## LA REGULACIÓN DE LA NEUTRALIDAD EN COLOMBIA

El 5 de abril de 2011 los senadores Honorio Galvis y Simón Gaviria presentaron un proyecto de ley<sup>7</sup> para incluir en la Ley 1341 de 2009<sup>8</sup> sobre el sector TIC un artículo para prohibir que los proveedores de acceso a internet (PAI) interfirieran con el acceso de las personas a la red a contenidos, aplicaciones y servicios en red. Este proyecto de ley fue archivado por los autores, pero su texto pasó casi igual al Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 (PND)<sup>9</sup>, que es la única ley en Colombia que trata directamente la neutralidad de la red.

El artículo 56 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 le puso la tarea a la CRC de regular la implementación de la neutralidad de la red, obligación que cumplió con la expedición de la Resolución 3502 de 2011<sup>10</sup>, que es el principal instrumento regulatorio para la aplicación del principio en Colombia. Desde 2011 no ha habido ninguna declaración o sanción por parte del regulador o de los organismos de vigilancia del sector TIC en relación con alguna violación de la neutralidad de la red. La CRC solo ha especificado algunos puntos a través de conceptos no vinculantes sobre ofertas comerciales y por petición de los operadores, principalmente. Un

.....  
7 Honorio Galvis Aguilar y Simón Gaviria Díaz, Proyecto de Ley 246 de 2011 Senado, por medio de la cual se establece la neutralidad en Internet., Gaceta del congreso No. 55, [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=246&p\\_consec=28568](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=246&p_consec=28568)

8 Ley 1341 del 30 de julio de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones [http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3707\\_documento.pdf](http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3707_documento.pdf)

9 Ley 1450 del 16 de junio de 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014., Artículo 56, [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1450\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1450_2011.html)

10 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 3502 del 16 de diciembre de 2011 por la cual se establecen las condiciones regulatorias relativas a la neutralidad en Internet, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011., <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=45061>

poco antes, las resoluciones 3066<sup>11</sup> y 3101<sup>12</sup> ya habían prohibido a los PAI limitar el acceso a contenidos, aplicaciones o servicios legales en línea con lo que establecería luego la Resolución 3502.

La forma que adoptó el principio en Colombia es la de una (i) prohibición de interferir con el acceso a contenidos, aplicaciones o servicios lícitos y (ii) una autorización a favor de los PAI para ofrecer planes diferenciados de acceso a internet. Adicionalmente, la Resolución 3502 de 2011 estableció unos principios relacionados con la neutralidad. La prohibición, como se verá más adelante, está relacionada con la necesidad que tienen los PAI de gestionar el tráfico que pasa por sus redes. La autorización, en cambio, toca más el aspecto comercial del acceso a internet a través de los planes que tienen permitido ofrecer los PAI.

## NOCIÓN DE NEUTRALIDAD DE LA RED

En principio, el principio de neutralidad de la red prohíbe a los PAI interferir en el uso que las personas hacen de internet, siempre que este uso sea legal. Preservar la libertad de las personas para escoger y usar cualquier contenido, aplicación o servicio (CAS) implica también proteger la naturaleza abierta de internet, en la que cualquier persona puede generar y transmitir contenidos de todo tipo<sup>13</sup>. Es la unión sin interferencias entre multiplicidad de personas con libertad de elección y multiplicidad de desarrolladores de CAS lo que genera el valor social de internet<sup>14</sup>. Esto también ha sido llamado la generatividad de internet, que es “la capacidad de un sistema de producir cambios no anticipados a través de contribuciones sin filtro por parte de amplias y variadas audiencias<sup>15</sup>”.

-----  
11 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 3066 del 18 de mayo de 2011, por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones., Artículo 97 inciso 2.

12 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 3101 del 10 de agosto de 2011 por la cual se expide el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones, y se dictan otras disposiciones, Artículo 4 numeral 4.9

13 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Neutralidad de Internet, informe técnico (2011): 5, [https://www.crcom.gov.co/es/recursos\\_user/Actividades%20Regulatorias/Neutralidad\\_Internet/Documento\\_Soporte.pdf](https://www.crcom.gov.co/es/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/Neutralidad_Internet/Documento_Soporte.pdf)

14 BJ Ard, «Beyond Neutrality: How Zero Rating Can (Sometimes) Advance User Choice, Innovation, and Democratic Participation», Maryland law review. 75, número 4 (2016): 1008, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2781791](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2781791).

15 Jonathan L. Zittrain, «The Generative Internet», Harvard Law Review 119, número 7 (2006): 80, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=847124](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=847124).



Por esta razón, el objeto de la neutralidad es preservar la capacidad que tiene internet de ser una infraestructura abierta con propósitos generales que provee valor a la sociedad a través del tiempo en aspectos económicos y no económicos<sup>16</sup>. Conservar la dinámica abierta de internet es preservar una plataforma para mejorar el discurso democrático, facilitar la organización y la acción política, además de proveer un ambiente descentralizado para la interacción social, cultural y política en el cual todos pueden participar<sup>17</sup>. Bárbara van Schewick describe los principales factores que han permitido crear y preservar la apertura de internet<sup>18</sup>.

1. Innovación sin permiso: La creación de contenido, aplicaciones o servicios y el acceso a ellos por parte de las personas no depende del permiso de ningún intermediario.

2. Libre elección de las personas: Las personas que usan internet eligen sin interferencia de los PAI o de cualquier ente externo los CAS que desean usar. Lo cual genera innovación bajo incertidumbre, de tal forma que los PAI no influyen el éxito o fracaso de contenidos en internet, solo las personas pueden hacerlo por medio de su elección.

3. Agnosticismo de aplicaciones: Aunque el operador de la red puede tener información detallada de los paquetes de información que transmite, no debe hacer distinciones entre paquetes basado en esta información.

4. Bajo costo para la innovación en contenido: Es aspecto crucial de la diversidad de internet, que cualquier persona pueda difundir cualquier tipo de contenido sin tener cargos adicionales en el de acceso a internet. La ecuación se completa cuando cualquier persona con internet puede acceder a dicho contenido. Por tanto, la idea es que los costos asociados a la creación y acceso de contenido en internet continúen disminuyendo.

---

16 Barbara van Schewick, «Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like», Stanford law review 67, número 1 (2015): 17, [https://www.stanfordlawreview.org/print/article/network-neutrality-and-quality-of-service./](https://www.stanfordlawreview.org/print/article/network-neutrality-and-quality-of-service/)

17 Para la relación técnica entre la neutralidad de la red y la capacidad de innovación ver Alejandro Pisanty y Erik Huesca, «Neutralidad de la red e internet en México: una perspectiva sociotécnica», capítulo 5 en Internet en México. Derechos humanos en el entorno digital, editores: Juan Carlos Lara y Gisela Pérez de Acha (Mexico: Derechos Digitales, 2016), <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Internet-en-Mx-2016.pdf>

18 Barbara van Schewick, «Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like», (2015):21-23.

Estos factores pueden concretarse en dos elementos, la libertad de elección de las personas y la libre competencia entre CAS. La neutralidad busca que estas dos caras se encuentren con la mínima interferencia posible e incrementen en el tiempo.

Es por esto que la neutralidad se preocupa por la posición de los PAI como gatekeepers<sup>19</sup>, ya que son los que suministran internet a cada uno de sus suscriptores. Son la puerta que conecta a las personas con los desarrolladores de CAS. Esta posición les da la capacidad de intervenir, en la relación entre las personas y los contenidos a los que acceden.

Los PAI tienen la capacidad técnica y los incentivos para (i) afectar la elección de las personas entre CAS, moldear preferencias y, en general, intervenir en el uso efectivo de internet y (ii) afectar la competencia entre CAS, incentivar el uso de unos contenidos sobre otros, por medio de ofertas comerciales o prácticas de gestión de tráfico (PGT).

El corazón de las normas de neutralidad está compuesto por reglas mínimas para las prácticas de gestión de tráfico, guías para la implementación de ofertas comerciales y estipulaciones relativas a mantener debidamente informados a las personas que usan internet<sup>20</sup>. Con lo cual se pretende disminuir el impacto del PAI en la elección de las personas y la competencia entre CAS, y conservar los factores que han permitido el carácter abierto de internet.

## PROHIBICIÓN

La neutralidad de la red en Colombia se traduce principalmente en una prohibición dirigida a los PAI según la cual

[Los PAI] no podrán bloquear, interferir, discriminar, ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet, para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de estos. (Ley 1450 de 2011, Art. 56.)

-----  
19 Pranesh Prakash, «Regulatory Perspectives on Net Neutrality», Centre for Internet & Society,(2015), <https://cis-india.org/internet-governance/blog/regulatory-perspectives-on-net-neutrality>

20 Barbara van Schewick, «Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like» (2015): 12

La regulación es más enfática al aclarar que los PAI deben dar “un trato igualitario a los contenidos, aplicaciones y servicios, sin ningún tipo de discriminación arbitraria, en especial en razón al origen o propiedad de los mismos”<sup>21</sup>. (Resolución 3502 de 2011)

Esta prohibición ha tenido aplicación en otros países. Por ejemplo, en 2005, el proveedor estadounidense Madison River fue sancionado por la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC en inglés) por encontrar que estaba bloqueando el acceso al servicio de Vonage, una empresa que presta el servicio de llamadas de voz sobre internet<sup>22</sup>. Un caso similar ocurrió en Paraguay cuando algunas personas experimentaron que el recién lanzado servicio de llamadas de WhatsApp empezó a funcionar luego de que el regulador ratificara que ese servicio hace parte del uso de internet<sup>23</sup>. En ambas ocasiones, los PAI bloquearon la utilización de un servicio lícito a través de internet y, directa o indirectamente, los reguladores defendieron el derecho de las personas a acceder a estos servicios aún si afecta los intereses comerciales de quien provee el acceso.

Por otra parte, el bloqueo de contenidos de internet solo puede provenir de la solicitud de implementación de controles parentales<sup>24</sup>, o de que el contenido sea ilegal por declaración judicial o legal<sup>25</sup>, o por la solicitud expresa de una persona<sup>26</sup>. El principal caso de bloqueo legal es el de material abusivo contra menores de edad<sup>27</sup>.

-----  
21 Resolución 3502. Art. 3. Num. 3.2. Principio de no discriminación.

22 Declan McCullagh, «Telco agrees to stop blocking VoIP calls.», Cnet, último acceso 2017-07-13, <https://www.cnet.com/news/telco-agrees-to-stop-blocking-voip-calls/>

23 Laura Mora y col., «¿Cómo se contrata en América Latina el acceso a Internet?», Fundación Karisma, (Junio de 2016), <https://karisma.org.co/download/como-se-contrata-en-latinoamerica-el-acceso-a-internet-que-tiene-que-ver-esto-con-la-neutralidad-de-la-red/>.

24 Ley 1450 de 2011, Art. 56. Num 3; Resolución (CRC) 3502, Art. 5 inciso 2.

25 Se desprende del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 cuando habla de “contenido, aplicación o servicio lícito”. En el mismo sentido, ver Resolución (CRC) 3502, Art.3 inciso 1 que garantiza el derecho a elegir contenidos “salvo en los casos en que por disposición legal u orden judicial estén prohibidos o su uso se encuentre restringido”.

26 Resolución 3067 (RCR) de 2011, Art. 2.2.: “Limitaciones al acceso. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que presten el servicio de acceso a Internet no podrán bloquear el acceso a páginas web o el uso de aplicaciones en la red, sin el consentimiento expreso del usuario, salvo en aquellos casos en que por disposición legal o reglamentaria estén prohibidas o su acceso sea restringido”.

27 Ley 670 de 2001; Ley 1336 de 2009, Art.3. y Decreto 1524 de 2002.

## AUTORIZACIÓN

Siempre que la ley o la regulación prohíbe a los PAI interferir con el acceso a CAS a través de internet, inmediatamente se aclara que los proveedores podrán:

hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios [sic] de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación. (Art.56 Ley 1450 de 2011).

Las implicaciones de esta autorización se verán más adelante, pero vale decir ahora que tienen que ver principalmente con los diferentes planes de acceso que pueden ofrecer los ISP y cómo pueden ser limitados.

## PRINCIPIOS

Finalmente, la Resolución 3502 también estableció cuatro principios:

**Libre elección:** Se reconoce el derecho de las personas a utilizar libremente cualquier CAS salvo los prohibidos en la ley, y cualquier dispositivo para conectarse a la red siempre que sean legales no causen daño o perjudiquen la seguridad o la calidad del servicio.

**No discriminación:** En este punto se repite la prohibición y la autorización mencionadas.

**Transparencia:** es la obligación que tienen los PAI de “revelar sus políticas de gestión de tráfico a los usuarios [sic] y a otros proveedores que tengan acceso a su red”.

**Información:** Consiste en la obligación de los ISP de suministrar toda la información asociada a las condiciones de prestación de servicio. Esto incluye la velocidad, calidad, prácticas de gestión de tráfico relativas a cada plan ofrecido, en los términos dispuestos en la Resolución 3066 de 2011.

Podría decirse que esta lista de principios que trae el artículo 3 de la Resolución 3502 solo agrega el deber de informar sobre las prácticas de gestión de tráfico empleadas por el PAI (transparencia) y sobre las condiciones de prestación del servicio (información) a la ya conocida prohibición de interferir con los CAS lícitos y a la autorización de hacer ciertas ofertas.

Más allá de la forma concreta en la que está regulado el principio de neutralidad de la red en Colombia es necesario analizar con detalle dos temas: las prácticas de gestión de tráfico y las ofertas comerciales, asunto al que se dedicarán las dos secciones siguientes.

---

## PRÁCTICAS DE GESTIÓN DE TRÁFICO

Así como en las calles es necesario poner reglas para el funcionamiento seguro y eficiente del tráfico, que tengan en cuenta los diferentes actores que van a interactuar (peatones, bicicletas, motos, carros, camiones, buses, etc), en internet existe la necesidad de administrar el tráfico con el fin de controlar la transmisión en sí misma, es decir, asegurarse de que efectivamente los paquetes viajan desde el punto de emisión hasta el punto de recepción, que la red sea confiable en esa transmisión y de optimizar el servicio de la red<sup>28</sup>. Sin embargo, como pasa con el tráfico en las calles, decidir quién tiene prioridad en qué puntos es una decisión política. Respecto a la gestión de tráfico, el interés de este documento es encontrar las reglas que permitan a los PAI realizar una gestión de tráfico que no afecte la elección y el derecho de los usuarios a acceder a los CAS lícitos que desee.

La CRC, así como otros reguladores del mundo, reconocen que las prácticas de gestión de tráfico (PGT) son necesarias para el correcto funcionamiento de la red. En Colombia se estableció que todas las PGT deben ser razonables. Además, se prohibieron expresamente las prácticas tendientes a bloquear, interferir, discriminar o restringir contenidos.

.....  
28 D. Awduche y col., Request for Comments: 3272, informe técnico (The Internet Engineering Task Force, 2002), <https://www.ietf.org/rfc/rfc3272.txt>

El artículo 7 de la Resolución 3502 dice:

Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso a Internet podrán implementar medidas de gestión de tráfico que sean razonables y no discriminatorias respecto de algún proveedor, servicio, contenido o protocolo específico.

Las prácticas de gestión de tráfico se considerarán razonables cuando estén destinadas a:

- 7.1. Reducir o mitigar los efectos de la congestión sobre la red.
  - 7.2. Asegurar la seguridad e integridad de las redes.
  - 7.3. Asegurar la calidad del servicio a los usuarios.
  - 7.4. Priorizar tipos o clases genéricas de tráfico en función de los requisitos de calidad de servicio (QoS) propias de dicho tráfico, tales como latencia y retardo de los mismos.
  - 7.5. Proporcionar servicios o capacidades de acuerdo con la elección de los usuarios, que atiendan los requisitos técnicos, estándares o mejores prácticas adoptadas por iniciativas de gobernanza de Internet u organizaciones de estandarización.
- [...]

Para que las PGT no afecten la neutralidad de la red deben ser razonables<sup>29</sup>. En ese sentido, las regulaciones establecen criterios de razonabilidad y reconocen la existencia de prácticas no razonables en sí mismas como el bloqueo, la interferencia, la discriminación, o la restricción de contenidos.

La implementación del artículo 7 citado impone la razonabilidad en las PGT de dos formas. Primero, deben cumplir con el principio de transparencia, información, libre elección, no discriminación. Segundo, deben perseguir los fines taxativamente mencionados en la resolución, que están relacionados con mantener la red funcionando y cumplir con requisitos de calidad del servicio de acuerdo al tráfico.

---

29 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Neutralidad de Internet, informe técnico (2011):90; Reglamento (UE) 2015/2120 del parlamento europeo y del consejo del 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Art. 3.3, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2120>; Federal Communications Commission, Report and Order In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices, (2010): Párrafo 80.

Por su parte, el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (BEREC)<sup>30</sup>. estableció que las PGT deben cumplir con 6 criterios básicos de razonabilidad. Las prácticas de gestión de tráfico deben ser (i) transparentes, (ii) no discriminatorias, (iii) proporcionales, y (iv) no deben estar basadas en consideraciones comerciales, (v) no pueden monitorear contenidos específicos ni, (vi) ser prolongadas más del tiempo necesario. Adicionalmente, el regulador estableció prohibió expresamente prácticas que no son en sí mismas razonables: bloquear, ralentizar, restringir, interferir, degradar o discriminar. Solo se permite usar prácticas no razonables de gestión de tráfico para tres fines: a) cumplir con leyes, normativas y órdenes judiciales de la Unión, b) propender por la seguridad del servicio, y c) prevenir la congestión de tráfico.

Como se ve, tanto la regulación colombiana como la europea prohíben expresamente prácticas como el bloqueo y la interferencia del tráfico y permiten realizar estas prácticas para el cumplimiento de órdenes legales o judiciales y por cuestiones de seguridad. Colombia, por su parte, permite PGT para proporcionar servicios o capacidades de acuerdo con la elección de las personas. No existe una guía o disposición en nuestra regulación que aclare cuáles son las limitaciones para implementar PGT de acuerdo con los servicios y capacidades elegidos, lo que abre una serie de dudas de cuya respuesta depende el nivel de protección a la neutralidad de la red. La CRC aclaró que las personas pueden elegir condiciones especiales del servicio de prestación a internet. Por ejemplo, los operadores pueden ofrecer un acceso a internet que garantice niveles de calidad superiores. Si este es el caso, no se pueden infringir los mínimos de calidad estipulados por la regulación para la prestación de servicio de internet general<sup>31</sup>. Sin embargo, no es claro si las calidades superiores se refieren a la prestación de servicio de internet o a servicios especiales que ciertas tecnologías o contenidos requieren para ser usadas, distinto al servicio de internet.

La regulación colombiana debe ser más explícita al prohibir PGT por razones comerciales. El numeral 7.5 del artículo 7 de la Resolución resulta ambiguo desde este punto de vista, aunque deba interpretarse en favor de la preservación de la neutralidad de la red y en la dirección de otras regulaciones que han reconocido el riesgo de permitir PGT en estas condiciones. La FCC prohibió explícitamente que la priorización del tráfico obedeciera al pago por parte del CAS favorecido pues reconoció los

.....  
30 Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del consejo del 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta, Art.3.

31 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Documento de respuestas a comentarios al proyecto regulatorio de Neutralidad en Internet, informe técnico (2011): 28

fuertes incentivos que tienen los PAI para que, por esta vía, se excluyan del acceso CAS de la competencia o para tener acceso privilegiado a los suscriptores<sup>32</sup>. Esto afectaría la posibilidad que tienen los CAS, sin capacidad de pago, de acceder a las personas finales.

Por otra parte, si los PAI reciben pagos de las personas por priorización de tráfico, se crea un incentivo económico para ofrecer buenas calidades solo a aquellos contenidos por los cuales las personas pagan, con la consiguiente degradación de los demás contenidos y posterior incentivo para el pago por priorización de contenidos degradados. En general, es claro que existe un severo riesgo de crear carriles rápidos ('fast lanes') de internet para aquellos que pueden pagar y lentos para los que no están en la capacidad de hacerlo<sup>33</sup>.

En relación con esto, la Resolución 3502 establece en el artículo 8 que los PAI no pueden llevar a cabo conductas de priorización, degradación o bloqueo que contravengan lo previsto en la resolución. Al respecto, la CRC aclara que está prohibida la priorización que se hace "de manera arbitraria para discriminar, bloquear o limitar el derecho del usuario a acceder a contenidos o aplicaciones o servicios lícitos<sup>34</sup>". En ese sentido, es claro que permitir el pago por la priorización de tráfico o servicios de calidad superiores de internet representa un grave riesgo para el acceso en general puesto que crea un incentivo comercial para la degradación de contenidos que no pueden pagar al PAI, limitando el acceso de las personas únicamente a los CAS que sí tienen esa capacidad.

La regulación colombiana tampoco hizo explícitos dos criterios fundamentales que determinan cuándo las PGT que buscan fines legítimos se convierten en no razonables y, por tanto, discriminatorias. Primero, las PGT razonables no deben extenderse por más tiempo de lo necesario<sup>35</sup> para atender la razón legítima de la gestión y, segundo, no se estableció un parámetro de proporcionalidad y un mecanismo de monitoreo que el regulador pueda usar para evaluar la legitimidad de la medida.

---

32 Federal Communications Commission, Report and Order In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices, (2010): Párrafo 20

33 Ibid. Párrafo 125

34 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Documento de respuestas (2011): 30

35 Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), BEREC guidelines on the implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules. (Agosto 2016): Párrafo 71



BEREC estableció que las PGT como el bloqueo o la interferencia solo se pueden usar cuando los efectos de la congestión son excepcionales o temporales<sup>36</sup>. Son excepcionales cuando se presentan situaciones no predecibles para el operador como daños en la infraestructura o los cables interoceánicos. Los efectos temporales son cortos en duración pero pueden ocurrir de vez en cuando en la operación de la red, de tal forma que no son excepcionales. Sin embargo, cuando estas situaciones se presentan de forma regular es indicador de la necesidad de mejorar y ampliar la infraestructura. Por lo que no es razonable el bloqueo, la interferencia, la ralentización o la alteración para mejorar la provisión del servicio.

Aunque la Resolución 3502 dejó abierta la posibilidad de ejercer PGT como el bloqueo, la interferencia o la ralentización para evitar los efectos de la congestión, la CRC aclaró que estas situaciones deben presentarse de forma excepcional y no deben ser la condición de red por defecto<sup>37</sup>. Por esto, es necesario que la CRC evalúe si el uso recurrente de PGT para mitigar la congestión se debe a una falta de inversión en infraestructura o por sobresuscripción de capacidad<sup>38</sup>. Si estas fallas “anómalas” se convierten en regulares, es claro que la PGT no es producto de cambios en el uso de la red, por lo que es necesario compeler al PAI para que amplíe su capacidad o cumpla con límites de inscripción de personas, de acuerdo a la capacidad de su infraestructura.

La CRC tampoco estipuló expresamente un criterio de proporcionalidad para las medidas de gestión de tráfico de tal forma que estas sean adecuadas, necesarias y no haya una alternativa menos intrusiva. El regulador colombiano debe ser más explícito en prohibir el ejercicio de prácticas de gestión de tráfico por razones comerciales, como lo han hecho otros reguladores. Así, se evita la creación de calidades de internet diferenciadas que generen la degradación del acceso general.

Además, el regulador necesita mejorar los instrumentos para evaluar las prácticas de gestión de tráfico de los PAI. Examinar con qué frecuencia se usan para descongestionar el tráfico y solucionar problemas de red con el fin de identificar si se tratan de usos razonables o por el contrario, se debe a falta de inversión o sobre suscripción.

.....  
36 BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules. BoR (16) 127. (Agosto 2016): Art.3(3)(c)

37 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Documento de respuestas (2011): 28

38 Alejandro Pisanty y Erik Huesca, «Neutralidad de la red e internet en México: una perspectiva sociotécnica» (2016): 211.

---

## PLANES DE ACCESO

Los PAI tienen permitido en Colombia ofrecer dos tipos de planes de acceso a internet: ilimitados y limitados. Los primeros solo están restringidos por la tecnología empleada en la conexión (cobre, fibra óptica, etc.) y por la velocidad efectiva. Los segundos son planes “donde se limite el acceso a tipos genéricos de contenidos, aplicaciones o servicios”. Dice la regulación:

Los planes de acceso a Internet que sean publicitados bajo la categoría de ilimitados, no podrán tener ningún tipo de restricción, salvo aquella asociada a la tecnología empleada y a la velocidad efectiva ofrecida para cada plan. El usuario [sic] no deberá experimentar limitaciones en la capacidad de la conexión impuestas por el proveedor del servicio en virtud del uso que se dé a la misma<sup>39</sup>. (Se subraya)

Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán ofrecer planes de acceso a Internet donde se limite el acceso a tipos genéricos de servicios, contenidos o aplicaciones, según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios [sic] de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, garantizando en todo momento el derecho del usuario a elegir al proveedor específico del contenido, aplicación o servicio<sup>40</sup>. (Se subraya)

Una salvaguardia importante que trae la regulación es el deber de los PAI de mantener siempre un plan de acceso a internet sin limitaciones por razones de contenido<sup>41</sup>. Esto permite establecer una línea base para determinar los precios de internet como se verá más adelante.

-----  
39 Resolución CRC 3066 de 2011. Art. 95, numeral 95.2.

40 Resolución CRC 3052 de 2011. Art. 9.

41 Resolución CRC 3502 de 2011. Art. 9, inciso 2: “En todo caso, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán siempre poner a disposición de sus usuarios, una alternativa o plan tarifario que no contemple limitación alguna respecto de los servicios, contenidos o aplicaciones a los cuales puede acceder el usuario. En esta medida, dicha alternativa deberá ofrecer condiciones equivalentes en todos los demás aspectos al plan con limitaciones respecto del tipo de contenidos, aplicaciones o servicios a los cuales puede acceder el usuario”.

En este contexto, es necesario determinar cómo opera, frente a los planes limitados, la prohibición de distinguir “arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos [sic]”. Por eso, a continuación revisamos la regla de no discriminación impuesta en la regulación colombiana y cómo se aplica para el caso de ofertas comerciales en *zero rating* y ofertas que no dan acceso a internet completo (servicios ‘subinternet’).

## NO DISCRIMINACIÓN

El principio de no distinción arbitraria entre CAS siempre se enfrenta a las ofertas comerciales que los PAI pueden hacer en el mercado, especialmente si se considera la definición de planes limitados que trae la regulación.

Para buscar un equilibrio entre la protección del principio de no discriminación y la innovación en ofertas comerciales por parte de los PAI, la ley y la regulación en Colombia aclaran que las ofertas que se hagan de acuerdo con las necesidades de las personas no se entenderán como discriminación *per se*<sup>42</sup>, sino que deben evaluarse caso a caso.

La pregunta que queda por definir entonces es ¿cómo se establece si una distinción entre CAS es o no arbitraria, sin desincentivar la innovación en ofertas comerciales por parte de los PAI, pero respetando la neutralidad de la red? Existen varias respuestas.

Para Barbara Van Schewick, la regulación debe prohibir la discriminación de CAS específicas y entre clases de CAS. Por tanto, quedarían permitidas las ofertas que discriminen por aspectos que no tiene que ver con los contenidos específicos, es decir, una discriminación que sea agnóstica respecto a los CAS<sup>43</sup>. En este caso, se puede distinguir por el uso de datos, el momento del día en el que se conecta a la red, el tipo de personas que usa los datos y su elección<sup>44</sup>. Con este criterio, no es necesario evaluar en cada caso si existe o no un impacto en la competencia, en la innovación o en la elección de la persona usuaria. En ese caso, los PAI tendrían la posibilidad de “ofrecer un servicio de bajo retardo, un servicio de best effort, un

42 Resolución CRC 3502 de 2011; Ley 1411 de 2011, Art .56

43 Barbara van Schewick, «Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like» (2015): 124-127

44 Francisco Carvalho de Brito Cruz y Pedro Henrique S. Ramos, «Network Neutrality: An interview with Barbara van Schewick», Diciembre de 2015, Internetlab, último acceso 2017/07/13, <http://www.internetlab.org.br/en/news/network-neutrality-an-interview-with-barbara-van-schewick/>

servicio de menos esfuerzo y un servicio de ancho de banda garantizado. La decisión de sí y cuándo utilizar qué servicio sería del usuario<sup>45</sup>”.

Por otro lado, Pranesh Prakash propone<sup>46</sup> distinguir entre la discriminación basada en el contenido, la fuente o la destinación del tráfico, es decir, discriminación basada en “de quién es el tráfico”, y la discriminación basada en clases de aplicaciones o protocolos, esto es discriminación basada en “qué tipo de tráfico es”. El primer tipo de distinción debe ser regulado desde los principios de competencia y el segundo desde los principios del manejo de tráfico.

Una distinción basada en “de quien es el tráfico” es arbitraria si existe una afectación en la competencia, esto es, si una discriminación positiva a favor de alguna aplicación tiene un impacto negativo en el resto de aplicaciones. El criterio en este caso sería similar a la figura del enriquecimiento sin justa causa, que para producirse requiere<sup>47</sup>: “1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.”

Otros autores como Layton y Eisenach<sup>48</sup> también recogen esta perspectiva y argumentan que si la discriminación de precios, por ejemplo, no genera un daño en la competencia entre CAS o entre PAI, no pueden ser consideradas como arbitrarias. Así, argumentan que ciertas formas de *zero rating* no influyen en la competencia entre CAS, por tanto, no resultan arbitrarias ni contrarias a la neutralidad de la red.

Muchas de estas posiciones para definir cuándo una distinción entre CAS que realiza un PAI es arbitraria han sido condensadas en las regulaciones nacionales. Ni la CRC, ni BEREK, ni la FCC optaron por criterios específicos, como los descritos anteriormente, sino por desarrollar estándares y guías que permitan evaluar las conductas de la forma más completa posible para determinar su impacto en los principios de la neutralidad de la red.

.....  
45 Barbara van Schewick, «Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like» (2015): 134

46 Pranesh Prakash, «Regulatory Perspectives on Net Neutrality»

47 Corte Constitucional. Sentencia T-219 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

48 Roslyn Layton y Silvia Monica Calderwood, «Zero Rating: Do hard rules protect or harm consumers and competition? Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia», Center for Communication Media and Information Technologies (2015), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2587542](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2587542); Jeffrey Eisenach, «The economics of zero rating», Nera Economic Consulting (2015), <http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicsofZeroRating.pdf>

En Colombia, el criterio que estableció la regulación indica que una distinción es arbitraria cuando se dirige a contenidos, aplicaciones o servicios específicos. El documento soporte de la Resolución 3502 explica que lo que se sanciona es distinguir en consideración al proveedor específico de CAS, de tal forma que si un PAI ofrece un plan limitado de correo electrónico, este no puede definir cuál proveedor (Yahoo, Hotmail, Gmail) está incluido en el plan. También menciona el ejemplo de planes de acceso a redes sociales, caso en el cual son las personas quienes deben definir qué proveedor específico eligen<sup>49</sup>. En este orden de ideas, no es arbitraria la distinción que se hace entre clases de protocolos o clases de aplicaciones, pero sí resulta arbitrario dar un trato diferencial a un CAS específico.

La discriminación por clases de aplicaciones también puede afectar la neutralidad de la red, ya que no existe una guía adecuada para establecer cuando varias aplicaciones son “del mismo tipo<sup>50</sup>”. Por tanto, queda al arbitrio del proveedor de internet definir qué aplicaciones pertenecen a un mismo grupo para darles un trato diferenciado. La problemática surge, por ejemplo, cuando una aplicación puede pertenecer a más de una categoría, bien sea por su funcionalidad o por el tipo de protocolo que maneja. Lo cual puede dejarla por fuera del trato preferencial y afectarla injustamente por la decisión del PAI, afectando así la innovación de aplicaciones y la elección de las personas.

En Estados Unidos, la FCC adoptó el estándar de prohibir las prácticas que “interfieren o reducen arbitrariamente la capacidad de los consumidores [sic] para acceder a contenidos, servicios o aplicaciones de internet de su elección o la capacidad de los proveedores de contenidos, aplicaciones o servicios de acceder a los consumidores que usan internet”<sup>51</sup>. Para evaluar si una conducta o práctica de los PAI cumple con el estándar, se propuso una lista de factores. Con estos criterios se pretende dar “flexibilidad en los acuerdos comerciales y asegurar que la innovación en los modelos de negocio de los PAI y los CAS no sea restringida indebidamente”<sup>52</sup>.

-----  
49 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Neutralidad de , informe técnico (2011):

50 Barbara van Schewick, «Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like» (2015): 30.

51 FCC, Report and Order In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices, (2010):Párrafo135 “unreasonably interfere with or unreasonably disadvantage the ability of consumers to reach the Internet content, services, and applications of their choosing or of edge providers to access consumers using the Internet”

52 FCC, Report and Order In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices, (2010): Párrafo 138: “flexibility in business arrangements and ensure that innovation in broadband and edge provider business models is not unduly curtailed”

El regulador europeo BEREC también estableció que las ofertas comerciales no deben interferir con el derecho de las personas de “acceder y distribuir información y contenidos, usar y ofrecer aplicaciones y servicios sin discriminación, a través de su servicio de acceso a internet<sup>53</sup>”. Para evaluar las ofertas comerciales desarrolló una guía que incluye diversos aspectos, además de establecer ejemplos concretos de prácticas que no limitan el derecho de las personas y de aquellas que sí lo hacen.

En principio, los planes que ofrecen los PAI en Colombia deben cumplir con los principios de libre elección de las personas, información, transparencia y no discriminación arbitraria. La Resolución 3502 estipuló, además, que se pueden ofrecer planes en los que se limite el acceso a tipos genéricos de servicios, contenidos o aplicaciones garantizando en todo momento el derecho de las personas a elegir al proveedor específico del contenido, aplicación o servicio<sup>54</sup>.

Aunque la CRC no desarrolló una guía general en el ámbito regulatorio para el análisis de ofertas comerciales, ha usado una serie de criterios para evaluar ofertas comerciales de *zero rating*, en diferentes consultas que los operadores han formulado.

## ZERO RATING

Se dice que un contenido es provisto bajo la modalidad de *zero rating* cuando la descarga de ese contenido no afecta o no cuenta contra el plan de datos adquirido por las personas<sup>55</sup>. Un plan de *zero rating* es, por ejemplo, aquel que ofrece una determinada capacidad (10MB al mes) y anuncia que el acceso a un determinado CAS no cuenta contra el plan de datos. Así, todo lo que consuma una persona en el CAS ofrecido por el operador en esta modalidad no impacta la capacidad contratada.

Estos esquemas han generado un gran debate en torno a si constituyen un riesgo para la apertura y la neutralidad de la red: ¿hasta qué punto ofrecer un CAS en *zero rating* implica un favorecimiento injusto, una disminución de la competencia entre CAS similares o una intervención en la decisión de las personas?

.....  
53 BEREC Guidelines (Agosto 2016): Art.3 (1) Recital 6 “access and distribute information and content, and to use and provide applications and services without discrimination, via their internet access service”

54 Resolución (CRC) 3502, Art 9 .

55 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Los esquemas de precios Diferenciados en los mercados de Datos Móviles-Zero rating, documento de diálogo regulatorio. (2016):6 [https://www.crcm.gov.co/pp/Zero\\_rating\\_esp.pdf](https://www.crcm.gov.co/pp/Zero_rating_esp.pdf)

La existencia del *zero rating* se justifica como una práctica de los PAI para distinguirse en el mercado, es decir, una práctica de competencia para atraer nuevos suscriptores a su red<sup>56</sup>. Además, quienes defienden esta práctica sostienen que aporta al bienestar general de las personas, ya que libera los datos de las aplicaciones más usadas y estos se usan en otros contenidos de internet, con lo cual se aumenta el uso del internet en general y se genera un efecto positivo de red, tanto para las personas como para CAS y PAI.

La preocupación desde la neutralidad de la red es el impacto que puedan tener este tipo de ofertas en la libertad que tienen las personas de usar y proveer todo tipo de aplicaciones, contenidos y servicios. Este impacto debe evaluarse entonces desde dos perspectivas: (a) el impacto que los esquemas tienen en la competencia entre CAS y (b) la influencia que las ofertas tienen sobre la elección del usuario final. La afectación en la competencia entre CAS ocurre por la pérdida de mercado de un contenido y el aumento relativo de otro por causa del plan de *zero rating*. De igual forma, la competencia entre CAS se afecta cuando las prácticas comerciales de los PAI suben el costo de la innovación.

Aunque en la práctica los PAI en Colombia ofrecen varios tipos de planes de *zero rating*<sup>57</sup>, es necesario analizar en detalle qué dice la regulación al respecto de este tipo de ofertas y cómo se aplicaría la prohibición de discriminación arbitraria para estos casos.

## EVALUACIÓN DEL REGULADOR DE PLANES DE ZERO RATING

En el 2016 la ETB solicitó al regulador que definiera si algunas de las promociones que incluían *zero rating* estaban ajustadas a la regulación de la neutralidad de la red. En su respuesta<sup>58</sup>, el regulador diseñó una metodología en la que se analiza el cumplimiento de los principios que desarrollan la neutralidad. Esta metodología parte de cuatro perspectivas compuestas por una serie de criterios que deben ser evaluados. Cada criterio tiene un impacto relativo en la neutralidad que puede ser, bajo o alto.

.....  
<sup>56</sup> Jeffrey Eisenach, «The economics of zero rating.», (2015): 125.

<sup>57</sup> Fundación Karisma, «¿Cómo se contrata en América Latina el acceso a Internet?», (2016)

<sup>58</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones, Concepto del 23 de mayo de 2016. Radicado No. 201652859. A esta respuesta corresponden las citas siguientes sobre las perspectivas y los criterios que empleó el regulador para evaluar planes de zero rating.



Las cuatro perspectivas son: normativa, técnica, de mercado y de usuarios. En la perspectiva normativa, el regulador analiza que no haya una violación de la regulación en sí misma. Concretamente, afirma que se puede hacer ofertas de precios diferenciados sin que eso mismo sea discriminatorio. Luego afirma que esas ofertas diferenciales, “tanto aquellas referidas a aplicaciones como a clases de aplicaciones en Internet, son permitidas a la luz de la regulación en cuestión, siempre y cuando las mismas no involucren técnicas de gestión de tráfico discriminatorias”. Seguidamente, recuerda que una oferta debe cumplir con los principios de transparencia, información y libertad de elección. Finalmente, destaca que entre más abierta sea una oferta en *zero rating*, menos vulnera la neutralidad de la red.

En la perspectiva técnica, se preocupa por el cumplimiento de las reglas sobre prácticas de gestión de tráfico. En la perspectiva de mercado señala la existencia de las siguientes “banderas rojas” o indicadores de vulneración a la neutralidad de la red:

- Casos de integración vertical, es decir, planes ofrecidos en *zero rating* cuyo contenido pertenece al propio PAI.
- Planes en los que el CAS paga al PAI por el tráfico, lo que se conoce como “sponsored data”<sup>59</sup>.
- Ofertas que no dan acceso a internet abierto sino que se limitan a los servicios contratados y que requieren simplemente una SIM y un teléfono. Estos son los llamados servicios subinternet.
- Acuerdos de exclusividad entre un PAI y el proveedor de un CAS específico.
- Acuerdos que afecten la diversidad de contenidos.

La perspectiva del usuario evalúa el cumplimiento del principio de libertad de elección y discute los fines de los planes de *zero rating*.

A continuación se estudian los criterios utilizados por la CRC, identificando puntos donde otra interpretación podría ser más adecuada a la neutralidad de la red y qué otros criterios debería considerar el

.....  
59 Para una clasificación de los distintos tipos de planes de zero rating ver: Erik Stallman y R.Stanley Adams, «Zero Rating: A framework for assessing benefits and harms», Center For Democracy and Technology. (2016). <https://cdt.org/insight/zero-rating-a-framework-for-assessing-benefits-and-harms/>



regulador para evaluar estos planes. Una perspectiva que no se toca acá es la técnica, ya que el tema de prácticas de gestión de tráfico en relación con ofertas comerciales fue tratado anteriormente.

## NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN LA PRÁCTICA

La regulación colombiana prohíbe la discriminación arbitraria entre CAS específicos. Esta prohibición debe mantenerse aun cuando está permitido a los PAI hacer ofertas diferenciadas por segmentos de mercado o según personas usuarias. La diferenciación, en cuanto toca a los contenidos en sí mismos, no es arbitraria cuando es de “tipos genéricos”, no de CAS específicos. Esta posibilidad es lesiva para la neutralidad de la red, punto en el que la regulación debería cambiar. Sin embargo, como se verá, los planes que se ofrecen en Colombia no cumplen con esa prohibición de distinción entre CAS específico.

En primer lugar, existe un consenso en la doctrina y en las regulaciones internacionales que identifica como problemático que el PAI seleccione aplicaciones dentro de una clase de aplicaciones similares para los esquemas de *zero rating*<sup>60</sup>. Principalmente, porque se refuerza inapropiadamente el existente efecto de red<sup>61</sup>, se puede limitar el crecimiento de nuevas aplicaciones, y desincentivar el descubrimiento de nuevos CAS<sup>62</sup>. Esto es especialmente cierto cuando el PAI y el CAS específico tienen poder de mercado<sup>63</sup>.

Es aceptado que las ofertas en descuento de algún producto que ya es popular aumentarán potencialmente su popularidad<sup>64</sup>. En un ejemplo práctico, si una persona conoce Telegram y WhatsApp, pero la mayoría de sus contactos están en WhatsApp y, además su PAI solo ofrece esta última gratis, la elección de la persona se verá influenciada hacia la aplicación

60 Barbara van Schewick, «Analysis of Proposed Network Neutrality Rules», Stanford Center for Internet and Society, (2015):9, <https://cyberlaw.stanford.edu/downloads/vanSchewick2015AnalysisofProposedNetworkNeutralityRules.pdf>

61 BJ Ard, <<Beyond Neutrality: How Zero Rating Can (Sometimes) Advance User Choice, Innovation, and Democratic Participation>>, (2016):1004.

62 Doug Brake, «Mobile Zero Rating: The Economics and Innovation Behind Free Data», Information technology and Innovation Foundation, (2016):16, <https://itif.org/publications/2016/05/23/mobile-zero-rating-economics-and-innovation-behind-free-data>

63 Erik Stallman y col, «Zero Rating: A framework for assessing benefits and harms», (2016):12

64 Pranesh Prakash, «Regulatory Perspectives on Net Neutrality», (2015)

seleccionada para el esquema *zero rating*. La influencia será mayor si, además, el operador de la persona tiene una posición dominante de mercado, de tal forma que la mayoría de sus contactos tienen el mismo PAI.

En consonancia, el criterio de arbitrariedad descrito en el documento soporte de la Resolución 3502 permite la distinción entre clases de aplicaciones y no entre aplicaciones de un mismo tipo. De esta forma, las ofertas de *zero rating* deberían dirigirse a un tipo de aplicaciones, por ejemplo, e-mail, redes sociales, juegos online, video, y no a aplicaciones en concreto. Con esta medida, las ofertas se vuelven parcialmente agnósticas y se reduce la posibilidad de afectar la elección de las personas hacia una determinada aplicación que compite con otras de su mismo tipo<sup>65</sup>.

BEREC concuerda con esta visión y afirma que la diferenciación de precios entre clases de aplicaciones tiene menos probabilidades de generar un impacto en la competencia. Sin embargo, no descarta que al hacer una diferenciación entre clases de aplicaciones, se incentiva el uso de un tipo de aplicaciones sobre otros tipos que no se ofertan en *zero rating*<sup>66</sup>.

En este mismo sentido, la FCC evalúa los criterios que eligen los PAI para involucrar CAS en ofertas *zero rating*. En primer lugar, todas las ofertas de *zero rating* que han obtenido visto bueno están dirigidas a tipos de aplicaciones y no a aplicaciones específicas<sup>67</sup>. En segundo lugar, se evalúa cuál es la barrera de entrada que tienen los CAS de esa clase para hacer parte del esquema. Si el ingreso está limitado a requisitos técnicos, estos deben ser proporcionales, o si se requiere un pago por parte de los proveedores de contenido, este debe ser lo suficientemente bajo como <sup>68</sup> para que el precio no represente una barrera de entrada a los demás CAS.

-----  
65 Erik Stallman y col, «Zero Rating: A framework for assessing benefits and harms», (2016):14

66 BEREC Guidelines (Agosto 2016): Párrafo 48.”Price differentiation between individual applications within a category has an impact on competition between providers in that class. It may therefore be more likely to impact than would price differentiation between classes of application(...) ZR will incentivize the user to use the zero-rated application or category of applications and not others. Furthermore, the lower the data cap, the stronger such influence is likely to be”.

67 Music freedom de T- mobile, ofrece más de 30 aplicaciones de música en su oferta cero rating. T Mobile, último acceso 2017/07/13, <https://www.t-mobile.com/offer/free-music-streaming.html#>. De igual forma Binge de T Mobile ofrece acceso ilimitado a 24 sitios de video. T Mobile, último acceso 2017/07/13, <https://es.t-mobile.com/offer/binge-on-streaming-video.html#>

68 Federal Wireless Telecommunications Bureau Report, «Policy Review of Mobile Broadband Operators’ Sponsored Data Offerings for Zero-Rated Content and Services», informe técnico, (2016), [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/DOC-342987A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-342987A1.pdf)

También es un criterio reconocido por el regulador de telecomunicaciones de Chile SUBTEL<sup>69</sup>, que apremió a los PAI para que regularizaran las ofertas de *zero rating* en el sentido de ampliarlas a todas las aplicaciones que hicieran parte de una misma clase. Con esta evaluación, se pretende asegurar que todos los CAS que pertenecen al tipo ofertado en *zero rating* tengan la posibilidad de participar en el esquema.

A pesar de que la CRC expresó su preocupación por mantener las ofertas de *zero rating* lo más abiertas e inclusivas posibles, la evaluación pasa por alto dos aspectos cruciales (i) que la oferta del PAI en el caso que estudió solo incluye una aplicación específica dentro del tipo “red social” y (ii) no evalúa los criterios de entrada para otras aplicaciones del mismo tipo al esquema *zero rating*.

La mayoría de planes, tanto en la modalidad prepago como en la pospago, de todos los operadores benefician a Facebook como red social y a WhatsApp como servicio de mensajería. Ocasionalmente, Twitter recibe el mismo tratamiento.

Una excepción es el paquete de datos que ofrece Tigo para sus clientes en modalidad pospago. Dentro de los llamados “beneficios premium” ofrece el de “música ilimitada” de donde se puede elegir entre Deezer, Spotify, Napster, Google Play Música y TuneIn Radio<sup>70</sup>. En esta oferta, el tráfico necesario para usar aplicaciones de música no cuenta en contra del plan de datos. Es claro que no está dirigida hacia una sola aplicación de música con lo cual se reduce la posibilidad de impactar en el mercado de ese tipo de CAS. No obstante, el PAI escoge solo 5 aplicaciones para ser incluidas en la oferta. En estos casos es necesario evaluar cuál es el criterio de selección del PAI y si la barrera de entrada resulta ser desproporcionada de tal forma que pequeñas innovaciones no tengan la posibilidad de hacer parte del esquema *zero rating*.

La anterior oferta, es comparable con Music Freedom de T-Mobile que ofrece gratis el uso de aplicaciones de música en streaming. La diferencia más notoria es que T-Mobile incluye más de 31 aplicaciones de música, las personas que contratan sus servicios pueden elegir a qué se aplica *zero rating*. Además, cualquier aplicación de música en streaming puede ser ofertada en *zero rating* a petición de quienes usan el servicio. Por lo que el papel más importante de la FCC es evaluar la barrera de entrada a los esquemas, de lo cual depende el grado de afectación que puede ocasionarse a la neutralidad de la red.

.....  
69 Subsecretario de Telecomunicaciones de Chile, Circular No. 40 de Abril de 2014/ DAP-13221/F-51.(2014),

[http://www.subtel.gob.cl/transparencia/Perfiles/Transparencia20285/Normativas/Oficios/14oc\\_0040.pdf](http://www.subtel.gob.cl/transparencia/Perfiles/Transparencia20285/Normativas/Oficios/14oc_0040.pdf)

70 Condiciones y Restricciones Planes Pospago, Tigo movil, último acceso 2017/07/13, <http://wwwold.tigo.com.co/mundo-tigo/terminos-y-condiciones/terminos-y-condiciones-combos>

Si las ofertas de planes de acceso a internet limitado en Colombia se ciñeran a la regulación, es decir, discriminaran solo por tipos genéricos de CAS, debería evaluarse el nivel de apertura de la oferta y cómo define el operador el “tipo genérico”. Así mismo, sería necesario evaluar los mínimos o máximos definidos por los PAI que deben cumplir los contenidos para poder ser incluidos en los esquemas de precios diferenciados. Por ejemplo, la oferta BingeOn de T-Mobile ofrece en *zero rating* cualquier servicio de video en streaming que cumpla con degradar la calidad del video y programas a 1.5 Mbps o 480p+/DVD. Muchos proveedores han podido cumplir los requerimientos técnicos y T-Mobile anunció que cerca de 100 proveedores de contenido estaban participando<sup>71</sup>. El regulador debe analizar que este tipo de requerimientos no sean desproporcionados para los proveedores de contenidos y se direccionen a mejorar la experiencia de las personas. Finalmente, se debe tener en cuenta el mecanismo por medio del cual el PAI garantiza a la persona el derecho a elegir el proveedor específico del CAS<sup>72</sup>.

## PERSPECTIVA DE MERCADO

Hay varios aspectos que el regulador menciona en la perspectiva de mercado. Primero, la CRC encuentra problemático que existan acuerdos de exclusividad entre CAS y PAI. Por ejemplo un acuerdo de exclusividad entre un proveedor de contenido dominante como Facebook con un solo PAI generaría una clara afectación a la competencia entre ellos<sup>73</sup>. De igual forma, si por acuerdos comerciales o por decisión de los PAI se permite que solo determinados CAS dentro de un mismo tipo participen en esquemas *zero rating*, se afecta indebidamente la competencia entre ese tipo de CAS.

Segundo, la CRC reconoce que la integración vertical es uno de los casos que más claramente afectan la neutralidad ya que ofrecer en *zero rating* solo los contenidos propios o afiliados del PAI, es un abuso de la posición de gatekeeper al incentivar a los suscriptores de su red a usar los

---

71 Wireless Telecommunications Bureau Report, Policy Review of Mobile Broadband Operators' Sponsored Data Offerings for Zero-Rated Content and Services,(2016):11

72 Resolución 3502 de 2011. Art. 9. Inc. 1: “los [PAI] podrán ofrecer planes de acceso a internet donde se limite el acceso a tipos genéricos de servicios, contenidos o aplicaciones (...) garantizando en todo momento el derecho del usuario de elegir al proveedor específico del contenido, aplicación o servicio”.

73 Felipe Flórez Duncan, «Zero rating: Free access to content, but at what price», OXERA, julio de 2016, [http://www.oxera.com/getmedia/54332019-8512-4c20-8a84-abffdda387b4/Zero-rating\\_1.pdf.aspx?ext=.pdf](http://www.oxera.com/getmedia/54332019-8512-4c20-8a84-abffdda387b4/Zero-rating_1.pdf.aspx?ext=.pdf)

CAS propios<sup>74</sup>. De esta forma, las ofertas de *zero rating* deben asegurar igualdad de condiciones tanto para contenidos propios o afiliados como para contenidos de terceros.

Tercero, la CRC menciona las ofertas comerciales en las que el CAS paga al PAI para que sus contenidos estén disponibles en un esquema *zero rating*. La posibilidad de permitir esta práctica, conocida como *sponsored data*, puede ser altamente nociva para la competencia entre CAS y la elección del usuario. Esta idea se amplía a continuación.

### *Sponsored data*

En la figura de *sponsored data*, el proveedor de CAS paga al PAI por ser incluido en un esquema de *zero rating*. En la evaluación del regulador, esto debe ser una “bandera roja” con un alto nivel de impacto, pues sin importar el precio que se establezca siempre se corre el riesgo de excluir a algunos CAS que no puedan pagarlo, tal y como lo reconoce el documento de diálogo regulatorio de la CRC al identificar la prohibición de *sponsored data* como uno de los principios rectores del *zero rating*<sup>75</sup>.

En países como Colombia en donde se busca impulsar el desarrollo digital y la innovación, es necesario que se prohíban expresamente este tipo de prácticas, ya que la capacidad de pago de las aplicaciones no posicionadas es menor y puede dejarlas por fuera de esquemas *zero rating* útiles para incentivar su promoción y uso.

Por otro lado, existe una preocupación generalizada por el incentivo que genera este tipo de esquemas para reducir progresivamente los topes de datos<sup>76</sup>. Ofrecer cada vez menos datos en un plan podría ayudar a crear una sensación de carencia de datos por parte de las personas y hacer que

74 Vishal Misra, «Net Neutrality, Differential Pricing and Vertical Integration», Medium. Febrero 7 de

75 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Los esquemas de precios Diferenciados en los mercados de Datos Móviles-Zero rating, (2016): 22

76 Barbara van Schewick, «Analysis of Proposed Network Neutrality Rules», (2015): 8; Luca Belli. «Net neutrality, zero-rating and the minitelisation of the internet», Journal of cyber policy 2, (2016):67, [http://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/net\\_neutrality\\_zero-rating\\_the\\_minitelisation\\_of\\_the\\_internet\\_final.pdf](http://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/net_neutrality_zero-rating_the_minitelisation_of_the_internet_final.pdf);

Sadavine, «Best Practices for Zero-Rating and Sponsored Data Plans under Net Neutrality», Sandvine white paper. (2016). <https://www.sandvine.com/downloads/general/whitepapers/best-practices-for-zero-rating-and-sponsored-data-plans-under-net-neutrality.pdf>

se vean más atraídas por los contenidos que no cuentan en contra de su plan. De esta forma, se incentiva a los proveedores de CAS a pagar por ser incluidos en este tipo de ofertas. Este fenómeno acarrea otras consecuencias que se amplían más adelante.

Es posible enfrentar estos riesgos de dos maneras. La primera opción es prohibir que el PAI establezca un mercado de dos caras, en donde cobra a las personas y también cobre al proveedor de contenido para llegar a la persona final. La segunda opción es establecer un fuerte régimen regulatorio que asegure la transparencia en el establecimiento de precios, el trato no discriminatorio entre contenidos y la no exclusividad. Sin embargo, la primera opción parece más adecuada porque aún a pesar de la adopción de estas medidas, los planes con datos patrocinados por los CAS representan un alto riesgo para la diversidad y la apertura de internet<sup>77</sup>.

Hay casos, como el de los servicios móviles bancarios en esquemas de *zero rating*, en los que el daño a la competencia entre CAS es bajo si se cumple con los requisitos de no exclusividad, no discriminación y transparencia<sup>78</sup>. En este caso, el PAI debe garantizar el acceso de todos los bancos a la oferta *zero rating* y, de igual forma, el banco debe estar dispuesto a entrar en este acuerdo con todos los PAI para que el esquema de sponsored data sea útil para incentivar la cantidad de actividad bancaria online<sup>79</sup>. Sin embargo, esta es una situación particular porque, primero, los proveedores de contenido, los bancos, son entidades con la suficiente capacidad financiera para enrolarse en este tipo de acuerdos comerciales y, segundo, los costos de cambio entre un banco y otro son altos, independientemente del proveedor de estos servicios en línea. Por tanto, esta situación no es comparable, por ejemplo, con la competencia entre proveedores de música en streaming y otro tipo de CAS.

En Estados Unidos, a pesar de relevantes peticiones y comentarios en favor de prohibir la práctica, la FCC optó por no consagrar una prohibición expresa y someter el sponsored data al estándar de no interferencia o desventaja irrazonable<sup>80</sup>. En este contexto la FCC evaluó la oferta de video en streaming de AT&T, en la que los proveedores de contenido pagan al PAI por los datos que usan sus suscriptores. La FCC afirmó: “dado que se transmiten enormes cantidades de datos a través de la red de AT&T y que

77 Pranesh Prakash, «Regulatory Perspectives on Net Neutrality», (2015): Párrafo 3.3.3.1.5.

78 Frost & Sullivan white paper, «Sponsored data: Connecting the unconnected», (2015), [http://digitaltransformation.frost.com/files/3014/4128/9470/FS\\_WP\\_QUALCOMM\\_090215\\_MC-CAM\\_v4.pdf](http://digitaltransformation.frost.com/files/3014/4128/9470/FS_WP_QUALCOMM_090215_MC-CAM_v4.pdf)

79 Erik Stallman y col, «Zero Rating: A framework for assessing benefits and harms», (2016): 18

80 FCC, Open Internet Order (2010): Párrafos: 151-152.

el costo incremental de los datos transmitidos bajo la capacidad máxima de su red es cercano a cero, cabría esperar que el precio por unidad de datos, aunque no sea cero, sea bastante baja<sup>81</sup>”. De esta forma, aunque no se prohíbe la práctica, se ponen expresas limitaciones en el establecimiento del precio por gigabyte que puede cobrar el PAI para incluir a los CAS en ofertas *zero rating*.

## PERSPECTIVA DEL USUARIO

En el análisis de la CRC, la perspectiva del usuario menciona varios puntos importantes como son la libre elección, las alternativas de planes abiertos y los fines del *zero rating*, especialmente la promoción del contenido local. Así mismo, hay un punto que tocó la CRC en la perspectiva de mercado pero que, por los debates que puede suscitar, debe ser tratado en esta perspectiva: los planes que no permiten acceso a internet abierto o “subinternet”.

El principio de libertad de elección<sup>82</sup> dice:

El usuario podrá libremente utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio a través de Internet, salvo en los casos en que por disposición legal u orden judicial estén prohibidos o su uso se encuentre restringido.  
[...]

En este punto, es necesario recordar que los proveedores pueden ofrecer planes donde limiten el acceso a tipos genéricos de CAS<sup>83</sup>, que son los planes limitados, y pueden realizar ofertas “según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo”<sup>84</sup>.

El desarrollo del regulador en el concepto mencionado describe el derecho de las personas a elegir entre CAS y en ocasiones habla del derecho a elegir entre planes de servicio de internet. Si bien ambas interpretaciones se relacionan, no debe reducirse el análisis a la posibilidad de las personas a elegir entre planes de acceso a internet, puesto que pueden ofrecerse planes que influyeran indebidamente su elección, afectando con ello la competencia entre CAS.

81 Federal Wireless Telecommunications Bureau Report, «Policy Review of Mobile Broadband Operators’ Sponsored Data Offerings for Zero-Rated Content and Services», (2016).

82 Resolución 3502 de 2011. Art. 3. Numeral 3.1.

83 Resolución 3502 de 2011. Art. 9.

84 Resolución 3502 de 2011. Art. 3. Numeral 3.2.



De esta forma, el análisis no se reduce a qué tan libre son las personas de elegir entre planes de acceso a internet. Si no que debe analizarse cuál es el impacto que cada plan y oferta de internet tiene en la elección de las personas entre CAS. Para ello, se sugiere analizar, en primer lugar, la elección de las personas entre aplicaciones dentro de una clase o categoría de aplicaciones. En segundo lugar, hay que analizar la capacidad de elección de las personas en planes por fuera de los servicios ofertados en *zero rating*.

Sobre el primer punto, la competencia entre una misma categoría de aplicaciones puede verse afectada cuando es el PAI quien selecciona ciertas aplicaciones que serán incluidas en los esquemas *zero rating*. Por esta razón, cuando un PAI realiza una oferta de *zero rating* dirigida hacia alguna clase de contenido, la persona es la única que puede elegir el proveedor específico. Como se anotó, hay pocos planes en *zero rating* que permitan a las personas elegir entre un tipo genérico de CAS. La mayoría seleccionan directamente la aplicación cuyo tráfico no contará contra el tope de datos.

Sobre el segundo punto, la elección de las personas fuera de los servicios ofertados en *zero rating* tiene relación con una de las críticas más frecuentes a estos esquemas: la concentración del uso de internet en las aplicaciones promocionadas en *zero rating*. El cuestionamiento central radica en analizar si los esquemas de *zero rating* impiden o desincentivan que los usuarios adquieran acceso a planes de internet abierto y, por tanto, disminuyan la posibilidad de elegir CAS por fuera de los ofertados en estos esquemas<sup>85</sup>.

Para responder este cuestionamiento debe analizarse cuáles son las características de la oferta de planes de internet, específicamente planes con contenidos en *zero rating* que tienen una capacidad de acceso a internet abierto y planes que limitan el acceso a ciertos CAS.

## OFERTAS CON ACCESO A INTERNET ABIERTO

En este esquema, la oferta ZR se acompaña de un servicio de internet móvil limitado por la cantidad de datos que se pueden descargar en un periodo de tiempo, por ejemplo 1GB, 5GB, 500 megas. De tal forma que,

.....  
<sup>85</sup> BJ Ard, «Beyond Neutrality: How Zero Rating Can (Sometimes) Advance User Choice, Innovation, and Democratic Participation», (2016): 1004.



los servicios ofertados en *zero rating* no cuentan en contra del plan de datos de la persona. Entre más amplio sea el acceso a internet y mayores sean los topes de datos, la persona se ve menos obligada a usar los CAS ofertados en *zero rating*. Sin embargo, la amplitud del acceso y el tamaño de los topes de datos dependen del tipo de competencia que exista entre los PAI y las políticas gubernamentales.

La mayor preocupación radica en el incentivo que tienen los PAI para mantener un límite de datos bajo, con lo cual se desincentiva el uso de internet por fuera de las aplicaciones “gratis”.

Se argumenta que los planes de *zero rating* solo son atractivos cuando existen topes bajos de datos, ya que cuando se cuenta con una capacidad mayor la posibilidad de agotar el tope se reduce y, por tanto, no existe necesidad de tener aplicaciones que no cuenten contra el límite de datos. Es decir, entre mayor sea el tope de datos, menos atractiva es una oferta de *zero rating*. De esta forma, según Belli, “los esquemas de *zero rating* incentivan a los operadores a mantener los límites de datos tan bajos como sea posible y al mismo tiempo mantener precios altos para el internet abierto, creando una escasez artificial para generar ganancias adicionales<sup>86</sup>”. Belli también argumenta que aquellos proveedores que se encuentran verticalmente integrados con contenidos, servicios y aplicaciones tienen un incentivo económico para mantener el tope de datos bajo y el precio por unidad de datos alto, ya que sus propios contenidos ofertados en *zero rating* se hacen más atractivos a las personas.

Si una persona contrató un tope de datos muy bajo que está ofertado junto con una aplicación de mensajería en *zero rating*, es prácticamente inevitable que se vea atraída a descargarla, ya que podrá usarla sin afectar su plan y liberar datos para otros usos. Así, las ofertas de *zero rating* junto con topes de datos pequeños canalizan las preferencias del consumidor a usar las aplicaciones específicas que el operador elige ofrecer en *zero rating*.

El riesgo de cerrar la oferta a ciertos CAS es más claro cuando los PAI pueden cobrar a estos proveedores para ofrecer su tráfico en esquemas *zero rating* –sponsored data–. Los PAI empiezan a obtener recursos de los proveedores de contenido que tienen la capacidad de pagar para que su tráfico se entregue de forma gratuita. De tal forma que se crea un incentivo para que el PAI mantenga los topes de internet bajo atrayendo a las personas hacia las aplicaciones que pagaron por ser ofrecidas “gratis”<sup>87</sup>.

---

86 Luca Belli. «Net neutrality, zero-rating and the minitelisation of the internet», (2016):20

87 Barbara van Schewick, «Getting net neutrality right: Four improvements to take us across the finish line», Stanford Center for Internet and Society, último acceso 2017/07/13

Holanda es una de las evidencias más claras de cómo los PAI que no tienen la posibilidad de hacer discriminación de precios, y *zero rating* en particular, se ven obligados a competir con el aumento de topes de datos y la disminución de precios al acceso del internet abierto.

La ley holandesa de neutralidad de la red prohíbe la discriminación de precios por parte de los PAI. Rewhell estudia<sup>88</sup> cómo uno de los PAI más importantes de Holanda actuó al momento de lanzar su propio servicio de video. El problema central era que los topes de datos ofrecidos por KPN eran bajos y su máxima oferta era de solo 5 gigabytes. Estos límites permitirían que las personas hicieran uso del servicio solo por unas horas. Si se permitiera la discriminación de precios en Holanda, una solución sería ofrecer en *zero rating* el servicio de video. Sin embargo, al estar prohibido, la compañía decidió aumentar el tamaño de los topes de datos para incentivar el uso desinteresado de datos. Esto es, que las personas naveguen internet sin que el límite de datos pese en la elección entre los diferentes CAS que deciden visitar.

El precio del gigabyte pasó de 5.3 euros a 1.1 euros. De igual forma, la compañía aumentó el volumen del tope de datos de 5 a 10 gigabytes manteniendo el mismo precio de 37.50 euros por mes<sup>89</sup>. Todo esto con el fin de promocionar el uso de su propia aplicación de video sin acudir a la discriminación de precios.

Por tanto, es importante que la CRC inspeccione cómo evoluciona el tope de datos en Colombia y si las ofertas de *zero rating* desincentivan que los operadores compitan con otras estrategias más beneficiosas para el ecosistema de internet como ampliar el límite de datos y bajar los precios por unidad de datos.

Los topes de datos son justificados como un mecanismo de gestión de tráfico y un esquema de negocio que permite distribuir el cobro equitativamente entre las personas con un mayor uso del internet y aquellos con menor uso. Sin embargo, es claro que los topes de datos no son la herramienta más adecuada para el manejo de tráfico y para

---

(2015). <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/02/getting-net-neutrality-right-four-improvements-take-us-across-finish-line>

88 Rewheel, «In the Netherlands, where Zero Rating is banned, KPN just doubled (free of charge) the mobile internet volume caps to encourage a carefree usage of its online videos», Digital Fuel Monitor (2015), último acceso 2017/07/13 [http://dfmonitor.eu/downloads/Banning\\_zerorating\\_leads\\_to\\_higher\\_volume\\_caps\\_06022015.pdf](http://dfmonitor.eu/downloads/Banning_zerorating_leads_to_higher_volume_caps_06022015.pdf)

89 Íbid.

evitar la congestión<sup>90</sup>. Por el contrario, han sido usados como límites para crear escasez artificial. Sostener que los topes de datos son una herramienta para mitigar la congestión debería ir siempre acompañado de medidas que permitan identificar si los topes de datos que manejan los operadores aumenten con el tiempo<sup>91</sup>. Si los topes de datos y el *zero rating* no benefician la competencia entre CAS y la ampliación de la cobertura, es necesario reevaluar su justificación como un incentivo al negocio de los PAI.

En un mercado competitivo se espera que los proveedores de servicio compitan con el mejoramiento de la cobertura, la calidad y los precios de servicio con los recursos que tienen disponibles<sup>92</sup>. Sin embargo, si el regulador sospecha que las ganancias provenientes del *zero rating* son altas pero no existe presión de competencia para la inversión, se pueden aumentar los estándares mínimos de calidad y precios.

Es aquí donde cobra vital importancia la obligación de acompañar a los planes limitados un plan en las mismas condiciones sin los límites por CAS<sup>93</sup>, pues permite establecer una línea base sobre la cual medir si la oferta de planes en *zero rating* produce un aumento del precio del plan ilimitado. El regulador debería establecer mecanismos de vigilancia de precios entre estos dos tipos de planes. En este mismo sentido, también es recomendable vigilar la diferencia de precios entre los planes prepago diarios y planes prepago de mayor extensión y planes pospago, pues los planes diarios impactan más a la población con menos recursos, que no dispone de un ingreso estable. Vigilar que esos planes de muy corto plazo no tienen un precio exagerado frente a planes de mayor plazo y tomar las medidas necesarias para evitar abusos podría ofrecer un alivio a sectores de la población que no disponen de los ingresos para pagar planes a largo plazo.

.....  
90 Carolina Rossini y Taylor Moore, «Exploring Zero-Rating Challenges: Views From Five Countries», Public Knowledge Working Paper, Julio de 2015, <https://www.publicknowledge.org/documents/exploring-zero-rating-challenges-views-from-five-countries>; Danielle Kehl and Patrick Lucey, «Artificial scarcity: How data caps harm consumers and innovation», Open technology institute, junio de 2015, [https://static.newamerica.org/attachments/3556-artificial-scarcity/DataCaps\\_Layout\\_Final\\_a7ef6b9029da4dd29324757e5710b903.pdf](https://static.newamerica.org/attachments/3556-artificial-scarcity/DataCaps_Layout_Final_a7ef6b9029da4dd29324757e5710b903.pdf)

91 Christopher T. Marsden, «Zero Rating and Mobile Net Neutrality», capítulo 18 en Net neutrality compendium, editores: Luca Belli y Primavera De Filippi, (Suiza: Springer, 2016): 243.

92 BJ Ard, «Beyond Neutrality: How Zero Rating Can (Sometimes) Advance User Choice, Innovation, and Democratic Participation», (2016): 44.

93 Resolución (CRC) 3502. Art. 9. Inciso 2: “En todo caso, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán siempre poner a disposición de sus usuarios, una alternativa o plan tarifario que no contemple limitación alguna respecto de los servicios, contenidos o aplicaciones a los cuales puede acceder el usuario. En esta medida, dicha alternativa deberá ofrecer condiciones equivalentes en todos los demás aspectos al plan con limitaciones respecto del tipo de contenidos, aplicaciones o servicios a los cuales puede acceder el usuario”.

La preocupación radica en qué tipo de competencia se debe propiciar, y si los planes de *zero rating* desincentiva que los PAI compitan en cobertura, disminución de precios por unidad de datos y ampliación de tope de datos. Esto es crítico considerado el estado de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones en Colombia. En el mercado colombiano existe una alta concentración en el sector de telecomunicaciones y, en especial, en la prestación del servicio de internet. De acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio, una sola firma acapara el 41% del mercado y entre las dos firmas más grandes tienen el 76% del mercado.<sup>94</sup> Por su parte, la CRC reconoce que para el 2016 el PAI Claro mantiene el 59,5% de participación de mercado, mientras que Movistar y Tigo tienen el 19,0%<sup>95</sup>. Es evidente que para el 2016 las medidas regulatorias adoptadas por la CRC para incentivar la competencia como la reducción de barreras de entrada, la portabilidad numérica entre otros, no han generado el impacto esperado.

Una de las razones para este fenómeno es que existe una extensión de dominancia del mercado de voz saliente móvil al mercado de acceso a internet móvil<sup>96</sup>. De esta manera, los PAI dominantes en el servicio de telefonía ahora son dominantes en el servicio de internet. La CRC explica que los ingresos por prestación de servicio de datos móviles han aumentado significativamente en relación con los ingresos por telefonía móviles. En el 2012, el 82.2% de los ingresos era por voz móvil y en el segundo semestre de 2016 representaban solo el 46.3%<sup>97</sup> de los ingresos.

Esto incentiva a los PAI a hacer ofertas empaquetadas donde se une el servicio de voz con los planes de datos. Para el 2012, solo el 34.4% de las personas contrataron planes de voz y datos, para el 2016 el porcentaje subió al 74.3%. El empaquetamiento dificulta que las personas establezcan claramente cuánto paga por el servicio de voz, el servicio datos y otros servicios que se incluyen en los planes de acceso. Ante esta tendencia de empaquetamiento, es necesario darle herramientas a las personas para identificar cuánto pagan por cada servicio.

94 Aura García Pavón, Jessica Juliana Henao, Jorge Rodríguez, Jacobo Robledo, y Juan Herrera, «Estudio del servicio de internet en Colombia», Superintendencia de Industria y Comercio, estudio técnico, (diciembre de 2015): 27, [https://issuu.com/quioscosic/docs/estudio\\_del\\_servicio\\_de\\_internet\\_en](https://issuu.com/quioscosic/docs/estudio_del_servicio_de_internet_en)

95 Telecommunications Management Group, «Análisis de los mercados móviles de voz y de acceso a Internet en Colombia», (octubre de 2016): 38, [https://www.crcom.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/coment2/TMG\\_Analisis\\_de\\_los\\_mercados\\_moviles\\_06\\_10\\_16.pdf](https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/coment2/TMG_Analisis_de_los_mercados_moviles_06_10_16.pdf)

96 Telecommunications Management Group, «Análisis de los mercados móviles de voz y de acceso a Internet en Colombia», (octubre de 2016): 46.

97 Comisión de regulación de comunicaciones, «Revisión de los mercados de servicios móviles. documento soporte», (noviembre de 2016): 120-121 [https://www.crcom.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/regulatoria/Documento\\_soporte.pdf](https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/regulatoria/Documento_soporte.pdf)

## INFORMACIÓN

Para que la competencia entre PAI conlleve a la disminución del precio por unidad de datos y el aumento en el tope de datos, las personas deben poder identificar qué proveedor ofrece los precios de datos móviles más bajos en el mercado y cambiarse de operador ayudadas por este criterio. Con lo cual, el precio por unidad de datos y los toques de datos se convierten en una herramienta de competencia entre PAI empujando los precios a la baja.

La CRC ha identificado esta posibilidad, por lo cual obliga a los PAI a clarificar al público el precio de cada uno de los servicios que adquieren en un paquete, esto es el precio por los datos, la telefonía móvil, los mensajes de texto y otros servicios<sup>98</sup>. Aunque, según la regulación, estas aclaraciones deben hacerse a petición de la persona y deben estar en el contrato de prestación de los servicios, las ofertas públicas que hacen los PAI carecen de información explícita sobre el precio por unidad de datos en los planes que se ofrecen.

La toma de decisiones informadas como objetivo de la regulación no se cumple en su totalidad, ya que al momento de elegir el PAI, las personas no tienen la información acerca del precio por unidad de internet que consume. Por lo cual, no puede comprar y diferenciar claramente el proveedor y el plan que ofrece el precio más bajo. El resultado es que el precio por unidad de internet no es una herramienta clara de competencia entre CAS. Lo cual conlleva a que los PAI no tengan incentivos para ofrecer precios por unidad de datos cada vez más bajos y al mismo tiempo aumentar los toques de datos manteniendo los precios. Esta propuesta puede compararse con la información explícita que se provee a las personas de telefonía móvil prepago en la que se oferta un minuto por un peso<sup>99</sup>. Impulsar el mejoramiento de los mecanismos de recopilación de información sobre planes de acceso a internet y disponer de un canal oficial para ello tendría un efecto en la elección de las personas, e impulsaría la competencia por precios<sup>100</sup>.

98 Resolución (CRC) 3066 de 2011: Art 32. Numeral 2. "Ofrecer y prestar cada uno de los servicios de comunicaciones que se empaquetan, en forma desagregada a cualquier usuario que así lo solicite, e informar los valores de cada servicio prestados individualmente". Artículo 27. "Al momento de la oferta, de la celebración del contrato y durante la ejecución del mismo, los usuarios deben conocer previamente y en forma expresa, las tarifas que se aplicarán a los servicios de comunicaciones que harán uso". En la resolución 4424 la CRC sí establece la obligación de publicitar el precio por megabyte, ver: Comisión de regulación de comunicaciones, Resolución 4424 de 2014, Art.1 que modifica la resolución 3066 de 2011 en el su artículo 37.1.2.

99 Planes prepago 1X1. Tigo colombia, último acceso : 2017/07/14, <http://wwwold.tigo.com.co/personas/planes/plan-prepago-1x1>; Prepago Fácil, Claro Colombia, último acceso : 2017/07/14, <http://www.claro.com.co/personas/servicios/servicios-moviles/prepago/planes/525/>

100 En la actualidad la CRC cuenta con un comparador de tarifas de baja consulta por los usuarios y poca legibilidad. Comisión de regulación de comunicaciones, Comparador de tarifas, último acceso : 2017/07/13, <https://www.crcm.gov.co/es/pagina/comparador-de-tarifas>

La CRC adelanta estudios para mejorar la competencia entre PAI. Es de vital importancia que se diseñen soluciones para evitar los efectos del empaquetamiento junto con la existente concentración de mercado, lo cual impide que la competencia se dirija hacia la disminución de precio por unidad de datos y el aumento en el tope de datos. Por el contrario, la competencia se desarrolla por mecanismos como la diferenciación de precios que conlleva riesgos para la competencia entre CAS y aumentan cuando los topes de datos se mantienen bajos y el precio de la unidad de datos alta.

## OFERTAS DE INTERNET PARCIAL

A diferencia del punto anterior, las ofertas de *zero rating* se pueden estructurar sin que medie un plan de datos. Esto es, ofrecer acceso a ciertas aplicaciones de forma gratuita con el único requisito de tener una tarjeta SIM card afiliada al PAI.

Como se estableció anteriormente, una de las posibilidades que abre la regulación colombiana es ofertar secciones de internet. Es decir, ofrecer solo determinados servicios, aplicaciones o contenidos bloqueando el resto del acceso. Es necesario que la CRC y otras entidades competentes consideren una serie de riesgos inherentes a este tipo de ofertas.

En primer lugar, de acuerdo a lo discutido en los apartados anteriores, solo sería posible ofrecer internet restringido por clases de aplicaciones, contenidos o servicios y no por CAS específicos. Esto trae un problema de clasificación, ya que los criterios bajo los cuales un determinado CAS está dentro de una clase o tipo depende completamente del PAI. Por ejemplo, una aplicación de chat puede quedar o no quedar incluida en la clasificación “red social”, dependiendo de los criterios que los PAI establezcan<sup>101</sup>.

Estas dificultades de clasificación pueden afectar los derechos de las personas. Por ejemplo, si tres PAI ofertan “redes sociales” por determinado precio, las personas deben poder estar en la capacidad de identificar cual PAI ofrece el menor precio y si el servicio ofrecido es comparable. Así, las clasificaciones y criterios utilizados por los PAI no pueden tornarse incomparables, de tal forma que las personas no puedan contrastar los precios de las ofertas.

En segundo lugar, la determinación de los precios de secciones de internet puede tornarse problemático. En la actualidad, no es fácil para las personas

.....  
101 Barbara van Schewick, «Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like» ( 2015): 115.



saber exactamente cuánto paga por unidad de datos consumida y elegir el proveedor con menores precios. Este problema puede agravarse si en vez de unidades de datos, se ofrecen “redes sociales” por \$x” o “aplicaciones de música por \$x”. En esos casos, es difícil para las personas establecer si es proporcional pagar \$3 por IGB exclusivo de “redes sociales”, cuando IGB de internet sin restricciones cuesta \$100 en el mercado.

Debido a la existencia de un mercado oligopolístico, los PAI pueden establecer precios de las secciones de internet mucho mayores a su costo marginal<sup>102</sup>. Por tanto, aunque se crea la posibilidad de que las personas paguen solo por los CAS que están interesados, los precios que se cobran por cada sección pueden ser mucho mayores de lo que costarían dentro de un servicio de internet sin restricciones.

La CRC y la autoridad de competencia tienen que ser cautelosas, ya que la creación de un mercado de “secciones de internet” puede empujar los precios del internet sin restricciones hacia arriba.

Por otra parte, establecer precios diferenciados de acuerdo a la sección de internet ofertada afectaría directamente la competencia entre clases de aplicaciones. Si, por ejemplo, todos los PAI ofertan las “redes sociales” a menor precio que las “aplicaciones de música”, se crea una discriminación que puede afectar la elección de las personas y la competencia entre tipos de CAS.

En tercer lugar, este tipo de servicios de internet por secciones también incentiva a mantener los topes de internet bajos y el precio por unidad de datos alto, obligando a las personas a comprar secciones de internet adicionales. Pranesh Prakash elabora el siguiente ejemplo: una persona tiene un plan de datos con un tope bajo de tal forma que la aplicación de WhatsApp consume el 65% de su tope y le cuesta \$95 al mes, viéndose obligado a elegir entre navegar y usar la aplicación de mensajería. Por tanto, se hace atractivo comprar un paquete de WhatsApp por \$25 al mes pagando un acumulado de \$120 en vez de dos paquetes de datos por \$190<sup>103</sup>.

En este tipo de ofertas existe un gran riesgo de afectar la elección de las personas ya que no es posible acceder a contenidos por fuera de las aplicaciones seleccionadas por el PAI haciendo muy estrecho el uso de internet<sup>104</sup>. Por ejemplo, un plan de acceso a internet ofrece un año de

102 Paul Belleflame y Martin Peitz, «Industrial Organization Markets and strategies», (Cambridge: Cambridge University Press, 2012): Capítulo 3: “Static imperfect competition”.

103 Pranesh Prakash, «Regulatory Perspectives on Net Neutrality», (2015)

104 Jeremy Malcolm, Corynne Mcsherry y Kit Walsh, «Zero Rating: What It Is and Why You Should Care», Electronic Frontier foundation. (Febrero de 2016). <https://www.eff.org/es/node/90420>

WhatsApp en *zero rating* cuando se adquiere un paquete de datos y voz por mínimo tres meses<sup>105</sup>. Aunque el objetivo principal es la fidelización, se incentiva también el uso de una aplicación de chat en concreto, sin que las personas tengan la posibilidad de explorar nuevas opciones entre el mismo tipo de servicios, ni acceder a otros servicios de internet.

La CRC incluye dentro de sus criterios de evaluación el que una oferta de *zero rating* esté acompañada de un plan de datos, ya que reconoce el riesgo de desincentivar el uso de otros servicios, afectando la competencia y el contenido local<sup>106</sup>. Sin embargo, no prohíbe la práctica explícitamente.

Otros países han optado por prohibirlo expresamente. En Chile, la subsecretaría de telecomunicaciones (SUBTEL) decidió permitir los planes de *zero rating* siempre y cuando estos se ofrezcan dentro de un plan de datos<sup>107</sup>. BEREC prohibió explícitamente los esquemas en los que una vez se agota el plan de datos, todo el internet es bloqueado excepto las aplicaciones ofertadas en *zero rating*<sup>108</sup>.

Aunque la CRC no es clara en torno a la permisibilidad de este tipo de ofertas, se puede decir que una promoción que permita usar aplicaciones gratis sin necesidad de un plan de datos durante un periodo determinado, implica que las personas solo tendrán acceso a los CAS que el PAI elija sin la posibilidad de explorar otros. Esto causa un claro impacto, tanto en la elección de las personas como en la competencia entre CAS provocada por el papel que tiene el PAI como gatekeeper por medio de su oferta comercial.

Así mismo, el efecto negativo de este tipo de ofertas debe mitigarse ampliando la gama de posibles servicios ofrecidos gratuitamente y dándole la expresa potestad a las personas de elegir cuál servicio específico quiere que continúe siendo gratuito después de agotado el plan de datos.

105 Términos y condiciones, promociones Tigo. <http://promocionestigo.com/report-tigo/Landing/2016/Marzo/siempre-conectados/pdf/Terminos-y-Condicionessiempre-Conectados.pdf>.

106 ETB Pág 12

107 Net Neutrality compendium. Christopher T. Marsden. Zero Rating and Mobile Net Neutrality página 251.

108 Para 41 Berc Guidelines. “A zero-rating offer where all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the zero-rated application(s) would infringe Article 3(3) first”. Berc define los servicios de sub-internet como aquellos en los que el PAI permite el acceso solo a una parte predefinida del internet. Dado que la regulación de neutralidad estipula que los proveedores de acceso a internet no pueden restringir la conectividad de ningún punto final accesible del internet, los servicios de sub-internet son considerados como una violación a la regulación. (Consulta Pública de la Guía de BEREC Guidelines, p.9)



Finalmente, antes de hacer este tipo de ofertas es preferible que las personas hayan tenido acceso a la posibilidad de usar internet de forma completa. Esto ocurre en planes de acceso a internet “prepagados”, donde la persona primero debe pagar un plan de acceso a internet completo por cierto tiempo y luego puede elegir un CAS al cual acceder gratuitamente.

## CONTENIDO LOCAL

En el análisis del regulador, la perspectiva del usuario incluye la promoción de contenido local como uno de los objetivos de los planes de *zero rating*<sup>109</sup> y dado que las ofertas de los PAI ayudan a que la persona conozca a los CAS, los esquemas *zero rating* suponen una oportunidad para nuevos CAS de penetrar el mercado.

Aunque pueda decirse que si se libera el uso de internet de las páginas populares como Facebook o Twitter, queda más capacidad para el contenido local, además de que por medio de estas plataformas se disemina el contenido local<sup>110</sup>, existe un mayor incentivo cuando por medio de los esquemas de *zero rating* las aplicaciones nacionales o locales tienen la posibilidad de ser conocidas por las personas. Es decir, el beneficio al contenido local debería ser directo.

En el caso de Music Freedom, múltiples aplicaciones de música en streaming nacionales y locales han tenido la oportunidad de ser conocidas ya que aparecen listadas en las ofertas promocionales del proveedor de internet. De igual forma, Telmore en Dinamarca ha incluido servicios de televisión y películas en streaming locales en esquemas *zero rating* que compiten directamente con empresas posicionadas como Netflix<sup>111</sup>.

De esta forma, el impacto del *zero rating* en la innovación de aplicaciones y en la competencia entre ellas depende de qué tan abierta sea la oferta. El primer obstáculo para la apertura de la oferta *zero rating* es que, por acuerdos comerciales o por decisiones unilaterales del PAI se seleccionen

109 Comisión de regulación de comunicaciones, «Concepto del 23 de mayo de 2016. Radicado 201652859», Dice: “Lo anterior, en atención a considerar que la plena información proporcionada a sus usuarios respecto de los beneficios, limitaciones e impedimentos de tales ofertas [zero rating], no solamente salvaguarda la libre elección de los usuarios, sino que asimismo se convierte en un puerto para la creación de contenido local”. pp. 12 y 13.

110 Diana Carew, «Zero-rating: Kick-Starting Internet Ecosystem in Developing Countries», Progressive Policy Institute, (marzo de 2016): 10, , [http://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2015/03/2015.03-Carew\\_Zero-Rating\\_Kick-Starting-Internet-Ecosystems-in-Developing-Countries.pdf](http://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2015/03/2015.03-Carew_Zero-Rating_Kick-Starting-Internet-Ecosystems-in-Developing-Countries.pdf)

111 Roslyn Layton, «Respuesta de Roslyn Layton a la consulta No. 8/2015 del Regulador de Telecomunicaciones de la India relativa a Precios diferenciados por Servicios de Internet». (7 de enero de 2016):21.

determinadas aplicaciones dentro de una misma categoría, con lo cual se promocionan unas aplicaciones por sobre otras que compiten en los mismos servicios provocando un daño potencial en la competencia. Por esta razón, existe consenso en las regulaciones internacionales de permitir las ofertas de *zero rating* para clases de aplicaciones y no para aplicaciones en concreto.

De lo anterior se desprende que los criterios de entrada a las ofertas *zero rating* deben ser razonables, objetivas, amplias y fáciles de cumplir tanto para contenidos posicionados como para las innovaciones pequeñas. La entrada de contenidos locales y nacionales a las ofertas promocionales de los PAI implica tener un nuevo canal para darse a conocer entre las personas finales e incentivar su uso.

Aunque la discriminación deba ser indiferente a contenidos, aplicaciones o servicios específicos o a clases o “tipos genéricos” de ellos, en caso de permitirse esta discriminación, la CRC debe establecer una evaluación que permita medir qué tan fácil es para cualquier aplicación dentro de una misma categoría ser incluida en esquemas *zero rating*. De tal forma que, se mantenga una barrera de entrada baja y razonable que no afecte innovaciones con menor capacidad.

Una vez el PAI decide qué clase de CAS será ofertada en *zero rating*, el PAI puede dejar abierta la participación a todas las aplicaciones que caigan dentro de la categoría o establecer requisitos adicionales.

---

## AUTORIDADES COMPETENTES PARA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN

Buena parte de la discusión puede dirigirse, como se ha hecho, a analizar la regulación de internet en sí misma. Sin embargo, es necesario evaluar también las posibilidades de que esta regulación tenga aplicación directa y su violación resulte en algún tipo de sanción.

Los organismos oficiales –regulador y gobierno– involucrados en el sector TIC son principalmente la CRC, el Ministerio TIC y la Superintendencia de Industria y Comercio, en quienes podría recaer la facultad de aplicar la regulación sobre neutralidad de la red.

### CRC

La ley 1450 encargó directamente a la CRC atender la regulación de neutralidad de la red. El regulador fue creado a través de la Ley 1341 de 2009 como

el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad <sup>112</sup>.

Las funciones de la CRC incluyen “establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios”<sup>113</sup>, promover la libre competencia, regular la interconexión y uso de instalaciones esenciales, resolver controversias entre operadores en el marco de sus competencias, definir la información que los operadores deben entregar al público y a sus usuarios y emitir conceptos sobre la legalidad de los contratos de los proveedores con los usuarios. Sin embargo, no tiene facultades para aplicar la regulación y sancionar a los operadores por su incumplimiento.

112 Ley 1341 de 2009. Artículo 19. Inciso 2.

113 Íbid. Art 22. Numeral 1.

El único caso en el que la CRC puede imponer una sanción a los operadores tiene que ver con la facultad que tiene para solicitar información a los operadores. La sanción por el incumplimiento de esta obligación puede ser de hasta 250 salarios mínimos mensuales por cada día de incumplimiento<sup>114</sup>. Esto explica que los únicos pronunciamientos sobre neutralidad sean conceptos<sup>115</sup>, en el marco de la regulación administrativa sobre el derecho de petición<sup>116</sup>.

## MINISTERIO DE LAS TIC

El Estado puede intervenir en las TIC para proteger los derechos de los usuarios, promover el uso de las TIC y buscar el servicio universal, promover la libre competencia, garantizar el uso eficiente de la infraestructura y los recursos escasos, promover la ampliación de la cobertura de las TIC, promover la seguridad informática y en general, incentivar la industria de las TIC<sup>117</sup>, aunque esto no incluye la televisión<sup>118</sup>. Es el único facultado para sancionar por incumplimiento de la ley o su reglamentación, pero las multas son muy bajas.

El Ministerio de las TIC, quien representa al Estado en lo relacionado con el sector, está encargado de diseñar e implementar los programas gubernamentales relacionados con las TIC, especialmente en la promoción de su uso y masificación, y entre sus funciones están las de evaluar el desarrollo y comportamiento de las TIC y de llevar a cabo la vigilancia y control del sector<sup>119</sup>.

Dentro de las facultades de control, se encuentra la posibilidad de que el Ministerio TIC imponga sanciones por la violación de la Ley 1341 de 2009 o por el incumplimiento de leyes, reglamentos, contratos o regulaciones

-----  
114 Íbid. Art. 22 Numeral 19.

115 A septiembre de 2016 la CRC había emitido los siguientes conceptos: Radicado (rad) 201551976 del 6 de mayo de 2015, Rad. 201554843 del 9 de octubre de 2015, Rad. 201652620 del 13 de mayo de 2016 y Rad. 201652859 del 23 de mayo de 2016.

116 Ley 1755 de 2015. Artículo 28.

117 Ley 1341 de 2009, artículo 4.

118 Corte Constitucional. Sentencia C-570 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

119 Ley 1341 de 2009, artículo 18.

en materia de telecomunicaciones<sup>120</sup>, lo que incluiría la Resolución 3502 de 2011 y demás regulaciones de la CRC en materia de neutralidad de la red, que contemplan la posibilidad de sancionar su transgresión<sup>121</sup>. La legislación prevé para estos casos multas de hasta 15 mil salarios mínimos legales, la suspensión de la operación hasta por dos meses y la caducidad del contrato o licencia<sup>122</sup>.

Aunque no hay casos de aplicación de la facultad sancionadora del Ministerio TIC en relación con la neutralidad, es posible compelerlo a actuar a través de la Acción de cumplimiento<sup>123</sup>, mediante la cual se puede buscar el cumplimiento de obligaciones legales y que puede interponer cualquier persona<sup>124</sup>.

En 2014, la OCDE resaltó la importancia de separar la función de dirección del sector de la función regulatoria y recomendó dotar a la CRC de facultades para aplicar su regulación, labor que aún tiene el Ministerio TIC<sup>125</sup>.

-----  
120 Íbid, artículos 63 y siguientes.

Artículo 63. Disposiciones generales del régimen de infracciones y sanciones. Las infracciones a las normas contenidas en la presente ley y sus decretos reglamentarios darán lugar a la imposición de sanciones legales por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.

Por las infracciones que se cometan, además del autor de las mismas, responderá el titular de la licencia o del permiso o autorización, por acción u omisión en relación con aquellas.

Artículo 64. Infracciones. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes: (...)

12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones.

121 Resolución CRC 2009, artículo 9, inc. 4.: Cualquier conducta de los proveedores de servicios de comunicaciones que limite el ejercicio del derecho aquí consagrado, genera la imposición de las sanciones a que haya lugar por parte de las autoridades de inspección, vigilancia y control.

122 Ley 1341 de 2009, artículo 65.

123 Constitución Política, artículo 87. Ley 393 de 1997.

124 Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 1998. MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara. Dice la sentencia: La acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico a través de la exigencia a las autoridades y a los particulares que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental.

125 OCDE. Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia. OCDE Publishing. (2014)

## SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (SIC)

La Ley 1340 de 2009 indica que la SIC es la autoridad nacional en materia de competencia en todos los sectores económicos y regula sus facultades sancionatorias. Como autoridad puede investigar y adelantar, de oficio o a petición, procesos por hechos que supuestamente afecten la competencia y para buscar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los usuarios y la eficiencia económica<sup>126</sup>.

En cuanto a protección del consumidor, la Ley 1480 de 2011 faculta a la Superintendencia para el conocimiento de casos de vulneración de estos derechos en todos los sectores económicos<sup>127</sup>. Adicionalmente, existe una dirección específica para la protección de los usuarios de servicios de comunicaciones<sup>128</sup>.

La SIC ha ejercido estas facultades en diversas ocasiones. En cuanto competencia, en 2013 sancionó al operador Claro por abuso de posición dominante, específicamente por obstaculizar la portabilidad numérica y el bloqueo de bandas de celulares para evitar que funcionaran en otras redes<sup>129</sup>.

En cuanto a la protección del consumidor, la SIC ha sancionado a los operadores en varias ocasiones. En 2014, sancionó a todos los operadores por incumplir los tiempos establecidos para la resolución de quejas y reclamos<sup>130</sup>. Ese mismo año reportó que ordenó la compensación o devolución de más de 11 mil millones de pesos en favor de las personas

---

126 Ley 1340 de 2009, artículo 2 y ss. Decreto 4886 de 2011. Artículo 9.

127 Ley 1480 de 2011, artículo 58. Decreto 4886 de 2011, artículo 11.

128 Decreto 4886 de 2011, artículo 13.

129 Resoluciones 53403 y 66934 de 2013 Disponibles en [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/normatividad/Publicaciones\\_Despacho\\_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES\\_COMPETENCIA\\_ANOS/2013/RESOLUCION\\_53403\\_DE\\_03\\_DE\\_SEPTIEMBRE\\_DE\\_2013\\_SANCION\\_PORTABILIDAD.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2013/RESOLUCION_53403_DE_03_DE_SEPTIEMBRE_DE_2013_SANCION_PORTABILIDAD.pdf) y [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2013/Resolucion\\_66934\\_2013.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2013/Resolucion_66934_2013.pdf)

130 “Superindustria sanciona a todos los operadores de telefonía móvil por no atender oportunamente a los usuarios en sus oficinas físicas y call centers.” Superintendencia de Industria y Comercio. 2 de diciembre de 2014. <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-sanciona-a-todos-los-operadores-de-telefonía-movil-por-no-atender-oportunamente-a-los-usuarios-en-sus-oficinas-f%C3%ADsicas-y-call-centers>

usuarias de servicios de comunicaciones<sup>131</sup>. También instruyó a los operadores para permitir la cancelación de suscripciones a servicios de mensajería SMS o aplicaciones de pago a través de mensajes de texto<sup>132</sup>, después de haber sancionado a los tres principales operadores por cobrar contenidos o aplicaciones sin la autorización de sus clientes<sup>133</sup>.

En julio de 2016 ordenó al operador Movistar devolver más de 6000 millones de pesos por haber solicitado un cobro a título de “recarga inicial” cuando la persona solicitaba el cambio de plan pospago a prepago, lo que afectó a más de 208 mil personas<sup>134</sup>.

En febrero 2017 ordenó al operador UFF informar a sus usuarios que era posible que hubiera una desconexión del servicio por falta de pago a la red que le provee la conexión (Tigo) e informar sobre el derecho a la portabilidad numérica<sup>135</sup>. Finalmente, en abril de 2017 sancionó a los tres principales operadores por violar la regulación sobre cláusulas de permanencia mínima y la separación de la venta de celulares de la contratación de planes de telefonía móvil<sup>136</sup>.

-----  
131 “Consumidores del sector de comunicaciones recuperaron más de \$11 mil millones de pesos por decisiones de la Superindustria en 2014”. Superintendencia de Industria y Comercio. 12 de agosto de 2015. <http://www.sic.gov.co/noticias/consumidores-del-sector-de-comunicaciones-recuperaron-mas-de-11-mil-millones-de-pesos-por-decisiones-de-la-superindustria-en-2014>

132 “Con mensajes de texto, usuarios de telefonía móvil podrán bloquear invitaciones al consumo de contenidos y aplicaciones y cancelar todas las suscripciones”. Superintendencia de Industria y Comercio.

18 de septiembre de 2014. <http://www.sic.gov.co/noticias/con-mensajes-de-texto-usuarios-de-telefonía-movil-podran-bloquear-invitaciones-al-consumo-de-contenidos-y%20aplicaciones-y-cancelar-todas-las-suscripciones>

133 “Por cobrar contenidos y aplicaciones sin la aceptación de sus usuarios, Superindustria multa a CLARO, MOVISTAR y TIGO”. <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cobrar-contenidos-y-aplicaciones-superindustria-multa-a-claro-tigo-y-movistar>

134 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 47597 del 25 de julio de 2016. <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cobros-ilegales-superindustria-sanciona-a-movistar-y-le-ordena-devolver-dinero-a-mas-de-208-mil-usuarios>

135 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 8154 de 28 de febrero de 2017, <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-ordena-a%20uff-movil-informar-sobre-desconexion-del-servicio-y-el-derecho-de-los-usuarios-de-cambiar-de-operador>

136 Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 7862, 7863 y 7867 de 2017.

Es claro entonces que la acción de la Superintendencia en cuanto a la neutralidad dependerá de la posibilidad de enmarcar una vulneración al principio como una violación del régimen de protección a la competencia o a los derechos de los usuarios. En ese sentido, los derechos a la información sobre los planes de acceso a internet y las prácticas de gestión de tráfico podrían encontrar mayor protección que la violación de las restricciones en lo que tiene que ver con las limitaciones en cuanto a contenidos, aplicaciones o servicios en ofertas comerciales.

Finalmente, a la par con las posibilidades de control y sanción de parte de autoridades, la regulación reconoce a las personas la posibilidad de reclamar directamente ante el operador cualquier hecho que consideren que implica una violación de sus derechos<sup>137</sup>. Sin embargo, la regulación sobre neutralidad no puede ser aplicada por la misma CRC, lo que impone dificultades adicionales para su protección. Es necesario que haya claridad sobre los procedimientos y facultades para investigar y sancionar violaciones a la neutralidad de la red, tanto en lo técnico como en lo comercial, pues de otra forma podríamos tener una excelente regulación sin posibilidades de aplicarla.

-----  
137 Resolución 3066 de 2011, artículos 39 a 52. Ley 1341 de 2009. Artículo 54. Régimen Jurídico. El régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella.

En todo caso, es de la esencia de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones el derecho del usuario a presentar peticiones y/o reclamaciones sobre el servicio ofrecido, y a que estas sean atendidas y resueltas de manera oportuna, expedita y sustentada. De la misma forma, el derecho a recibir atención de forma eficiente y adecuada en concordancia con los parámetros que defina la CRC.

Se reconocerán, al menos, los siguientes derechos a los usuarios: (...)

7. Reclamar ante los proveedores de servicios por cualquier medio, incluidos los medios tecnológicos, y acudir ante las autoridades en aquellos casos que el usuario considere vulnerados sus derechos.



---

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La regulación de la neutralidad de la red en Colombia prohíbe la discriminación por origen o propiedad del tráfico. La prohibición de discriminación por origen o propiedad del tráfico no se está cumpliendo por los operadores en Colombia, ya que están ofreciendo planes que discriminan contenidos específicos y no tipos genéricos. Por tanto, la CRC debe revisar los planes de *zero rating* ofrecidos en Colombia y determinar las acciones que proceden para cumplir la regulación.

Las prácticas de gestión de tráfico solo pueden estar dirigidas a mitigar la congestión de las redes y garantizar su funcionamiento y seguridad. En ese sentido es necesario revisar cómo se está aplicando la gestión de tráfico cuando responde a la elección de los usuarios. El regulador debe asegurarse de que las personas cuentan con información suficiente y clara para comparar los distintos planes. Permitir la gestión de tráfico y el bloqueo según la elección de las personas solo puede ser válido en la medida que las personas cuenten con herramientas que le permitan comparar el costo y las prestaciones de un plan en concreto frente a otros del mismo o de distinto operador. Así mismo, es necesario que la CRC evalúe si el uso recurrente de PGT para mitigar la congestión se debe a una falta de inversión en infraestructura o por sobresuscripción de capacidad<sup>138</sup>.

Aunque se deduce de la regulación, la CRC debería prohibir explícitamente el ofrecimiento de carriles rápidos ('fast lanes') como lo ha hecho BEREK y la FCC. De lo contrario, es necesario estipular restricciones precisas que eviten la creación de estos servicios y la consiguiente degradación del acceso para quienes no contratan ese trato preferencial.

Respecto a los planes de *zero rating*, como se mencionó antes es claro que los operadores no pueden ofrecer planes que discriminen CAS específicos, por lo cual debe buscarse la forma de aplicar la regulación.

.....  
<sup>138</sup> Alejandro Pisanty y Erik Huesca, «Neutralidad de la red e internet en México: una perspectiva sociotécnica» (2016): 211.

Al aplicar la regulación y permitir solo ofertas que distingan entre tipos genéricos de CAS, se debe tener en cuenta la barrera de entrada y las condiciones impuestas por los operadores a un CAS específico para ser clasificado como parte del tipo genérico y, por tanto, para participar del esquema *zero rating*.

El efecto de la integración vertical en los planes de *zero rating* puede mitigarse si se aplica la regulación de neutralidad de la red que permite ofrecer planes limitados a tipos genéricos de CAS. En todo caso, la regulación enfrentaría mejor esos riesgos si también prohibiera esa forma de discriminación.

El regulador debe prohibir las ofertas de *zero rating* en las que el CAS paga al PAI por el consumo de datos de sus usuarios (sponsored data) pues distorsiona la disponibilidad de contenidos en internet al imponer una barrera de acceso a aquellos CAS que no pueden pagar por esta ventaja. Aunque puede haber excepciones en casos muy puntuales, es necesario establecer un fuerte régimen regulatorio que asegure la transparencia en el establecimiento de precios, el trato no discriminatorio entre contenidos y la no exclusividad.

Por otro lado, el regulador debe considerar cuidadosamente la posibilidad de ofrecer planes limitados por CAS, pues al tiempo que este tipo de ofertas pueden ser útiles para quienes solo desean pagar por unos servicios específicos (mensajería, por ejemplo), también pueden incentivar el aumento en el costo de los planes de internet abierto. Es necesario que el regulador mantenga la obligación de ofrecer planes sin límites sobre los CAS y que vigile de cerca el precio de estos planes en relación con los planes de subinternet. En todo caso, queda abierta la posibilidad de discutir la conveniencia de permitir ofrecer este tipo de planes.

La relación natural entre *zero rating* y topes de datos exige que el regulador revise constantemente la relación entre los precios de planes de internet abierto y los planes en *zero rating*. El regulador debe estar atento a la subida de precios del internet abierto en relación con los planes limitados. Aún hace falta hacer un estudio de la situación de los topes de datos en internet móvil en Colombia, asunto que este documento no tocó a fondo.

En relación con el punto anterior, en ocasiones se justifica la existencia de topes de datos y *zero rating* como formas de gestión de tráfico y de generación de ingresos para el mejoramiento de la calidad del servicio y la cobertura de la red. Permitir ambas figuras, debería ir siempre acompañado de medidas que ayuden a identificar si los topes de datos que manejan los PAI aumenten con el tiempo. Si los topes de datos y el

*zero rating* no benefician la competencia entre CAS y la ampliación de la cobertura, es necesario reevaluar su justificación como un incentivo al negocio de los PAI.

La provisión de información comparable sobre planes de acceso a internet es vital para garantizar la libertad de elección de las personas. Es necesario analizar sistemáticamente los deberes de información que deben cumplir los PAI y determinar hasta qué punto la forma en la que las personas conocen cuánto cuesta cada uno de los servicios que paga es suficiente para comparar entre planes de un mismo PAI y entre ofertas de distintos PAI. En todo caso, el regulador debe tener en cuenta que los planes de *zero rating* y de servicios subinternet hacen más difícil la comparación según unidad de datos, de donde puede surgir una afectación al derecho a la libertad de elección.

Es necesario también estudiar específicamente la capacidad de la SIC para controlar la violación de la regulación sobre la neutralidad de la red. En general, debido a la naturaleza amplia de la neutralidad de la red, es necesario buscar las diferentes acciones y procedimientos para sancionar las posibles vulneraciones a este principio. Si acaso se interpreta que solo hay vulneración a la neutralidad de la red cuando hay daño en la competencia o en los derechos del consumidor, es necesario estudiar el alcance y las limitaciones de los procedimientos actuales para defender adecuadamente el principio. En todo caso, la CRC no tiene competencia para aplicar su propia regulación, por lo cual es necesario estudiar vías de reforma para dotarla con capacidades que permitan una regulación efectiva.

Finalmente, en una visión amplia de la neutralidad de la red que busca proteger la libertad de elección de las personas, es necesario tener en cuenta otros aspectos de la regulación que afectan a la neutralidad de la red. Tales aspectos pueden ser las obligaciones de cobertura y calidad, los mencionados topes de datos, la regulación del empaquetamiento de servicios, los costos de interconexión y la situación de los puntos de intercambio en el país, el costo de cambiar de proveedores de servicios equivalentes que se refleja en la regulación respecto a cláusulas de permanencia y portabilidad numérica, entre otros. Desde el punto de vista de la política de acceso a internet, es necesario tener en cuenta la disponibilidad de puntos de acceso públicos, así como las diferentes posibilidades que tiene una persona para acceder a internet abierto. Entre más oportunidades tenga una persona de acceder sin restricciones a internet, menos impacto tendrán planes de acceso específicos en el derecho a la libre elección.

Fundación  
**Karisma**



JULIO 2017