



Mario Zúñiga Palomino^(*)

La insoportable **burocratización del internet**^{(**)(***)}

La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet

The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

“Lo más importante que la gente tiene que saber [sobre la neutralidad de red] es que es una solución que no va a funcionar para un problema que simplemente no existe”.
Ajit Pai⁽¹⁾

“Así como un distraído trabajador de oficina de correos, la red simplemente mueve la data de un lado a otro, y deja su interpretación a las aplicaciones en cada uno de los extremos”.
Lawrence Lessig⁽²⁾

Resumen: El presente artículo analiza las justificaciones de la denominada “neutralidad de red” y su regulación en el Perú (incluyendo tanto las leyes vigentes como una propuesta de regulación recientemente presentada por OSIPTEL); consistente principalmente en el tratamiento igualitario de todo tráfico contenido o aplicación por parte de los proveedores del servicio

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M., The George Washington University Law School. Vicepresidente de Contribuyentes por Respeto. Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) El presente artículo se basa en parte en el informe preparado por el autor para Contribuyentes por Respeto, publicado bajo el título de “Neutralidad de Red. Una ‘solución’ en busca de un problema”, en *Costo y Beneficio* 15, (agosto de 2015). Agradezco a Andrés Calderón, César Higa, José Juan Haro y especialmente a Miguel Morachimo por sus valiosos comentarios a versiones preliminares del presente texto.

(***) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido 5 de enero del 2016 y aprobada su publicación el 14 de enero del mismo año.

(1) “*Net neutrality is a solution that won't work to a problem that doesn't exist*”. Ajit Pai es Comisionado de la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América. Votó en contra de la reciente orden emitida por dicho regulador en relación con la neutralidad de red. Véase <http://reason.com/reasonstv/2015/02/25/fccs-ajit-pai-on-net-neutrality-a-soluti#.zxsmaj:Agcc> (consultada el 30 de noviembre de 2015). (Traducción libre del texto original en inglés: “*I think the most important thing that people need to know is that this is a solution that won't work to a problem that simply doesn't exist*”). Lawrence Lessig, *Code 2.0*, 2° ed. (New York: Basic Books, 2006); 44. (Traducción libre del texto original en inglés: “*Like a daydreaming postal worker, the network simply moves the data and leaves its interpretation to the applications at either end*”).

(2) Lawrence, *Code 2.0*, 44. (Traducción libre del texto original en inglés: “*Like a daydreaming postal worker, the network simply moves the data and leaves its interpretation to the applications at either end*”).

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

de internet. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, se ha concluido que el mercado de acceso a internet no presenta fallas de mercado tales que justifiquen regular las condiciones de prestación del servicio. Asimismo, el autor explica por qué la neutralidad de red puede tener consecuencias negativas para el mercado de acceso a internet en el Perú.

Palabras clave: Regulación - Internet - Neutralidad de Red - Libre Competencia - OSIPTEL - Fallas de mercado

Abstract: This article analyzes the reasons for the so-called “network neutrality” and its regulation in Peru (including the laws regulating as a proffer recently presented by OSIPTEL); consisting primarily of equal treatment of all traffic, content or application by internet service providers. From Economic Analysis of Law's perspective, it has been concluded that the Internet access does not present market failures that justify regulating the conditions of service provision. The author explains why network neutrality may have negative consequences for the internet access market in Peru.

Keywords: Regulation - Internet - Network Neutrality - Free Competition - OSIPTEL - Market Failures

1. Introducción

Internet “neutral”. Internet “libre”. Internet “democrático”. Internet “abierto”. Internet “para todos”. Suena bien, ¿no? Se concibe internet como un bien público, que debe ser “universal” e igualitario. ¿Cuál es la justificación de esa premisa? ¿Es suficiente considerar que se trata de un bien muy importante en las sociedades actuales? Es innegable que lo es. Y si el internet es en efecto tan importante, lo que queremos es que llegue a más gente y al menor precio posible, ¿cierto?

La denominada “neutralidad de red” es un tipo de regulación que, en términos sencillos⁽³⁾, obliga a los prestadores del servicio de internet (PSI) a tratar todo el tráfico o contenido de internet de manera igualitaria. Imaginemos internet como una

gran autopista a través del cual el contenido de internet transita. En esa autopista, todos los carriles deben ser del mismo ancho, y las velocidades y el peaje para todos los vehículos debe ser el mismo. ¿Facilitaría ese tipo de tratamiento que todos los peruanos tengan más carreteras? ¿Es eficiente? ¿Es, por lo menos, justo? En el presente artículo trato de responder a esas preguntas, analizando las supuestas justificaciones de la neutralidad de red y la regulación peruana al respecto desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. Analizaremos, en ese sentido, si existen “fallas de mercado”⁽⁴⁾ o prácticas anticompetitivas que justifiquen el regular la neutralidad de red. Asimismo, analizaremos su posible impacto en el largo plazo en el mercado de prestación del servicio de internet.

Con dicha finalidad, en la Sección 1 repasaremos brevemente la historia de la neutralidad de red, su surgimiento en el campo académico y su regulación internacional. Nos centraremos en los Estados Unidos de América, por ser en aquel país donde surgió el concepto y donde la reciente polémica por la implementación de la *Open Internet Order* por parte de la Federal Communications Commission (FCC) ha generado un rico debate. Tocaremos además brevemente la regulación en la Unión Europea, debido a que sus normas y precedentes influyen también el Derecho de la Libre Competencia y la regulación en el Perú. El revisar estos antecedentes nos permitirá, a su vez, analizar los objetivos y las justificaciones comúnmente esgrimidas por los defensores de la neutralidad de red.

(3) En la sección 1, infra, definiremos la figura con mayor detenimiento.

(4) Aquellas situaciones que impiden que el mercado llegue a una situación de “competencia perfecta”. Para una definición generalmente aceptada, véase Robert Cooter y Tomas Ulen, *Law and Economics*, 3° ed. (New York: Addison, Wesley, Longman, 2000); 40-43. Cfr. W. Viscusi, Joseph Kip, E. Harrington, Jr. y John M. Vernon, *Economics of Regulation and Antitrust*, 4° ed. (Cambridge: The MIT Press, 2005); 376 y siguientes. Además de una descripción de las justificaciones normativas de la regulación (las fallas de mercado); Viscusi, Harrington y Vernon explican las teorías positivas de la regulación, es decir, por qué la regulación ocurre en la práctica. En la sección 1, infra, definiremos la figura con mayor detenimiento



Mario Zúñiga Palomino

En la Sección 2, describiremos, sin mayor crítica, la regulación de la neutralidad de red en el Perú. Luego de revisar brevemente la regulación vigente, nos centraremos en el Proyecto de Reglamento de Neutralidad de Red⁽⁵⁾ (en adelante, el Proyecto) recientemente publicado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Las normas vigentes contienen declaraciones generales sobre la neutralidad de red, y, hasta la fecha, no han sido fiscalizadas activamente. El proyecto antes mencionado, en cambio, establecería al detalle qué conductas estarán permitidas para los operadores de internet al administrar su red, cuáles prohibidas y cuáles necesitarán aprobación previa; y todo indica que el OSIPTEL está dispuesto a aplicarlo y fiscalizarlo activamente.

En la Sección 3, explicaremos brevemente cómo funciona el internet, a fin de familiarizar al lector con las prácticas de gestión de red que la neutralidad de red cuestiona. Entender cómo funciona la tecnología y los mercados en la provisión de internet resulta fundamental para entender no sólo qué justificaciones son realmente válidas para implementar una determinada regulación, sino también el impacto que esta puede tener. Nuestra hipótesis es que el funcionamiento del mercado de provisión de internet no justifica regular la neutralidad de red, ya que no presenta fallas de mercado significativas y es razonablemente competitivo.

En la Sección 4, analizaremos precisamente cuál sería el impacto de regular la neutralidad de red (sobre todo, en la forma en la que la quiere regular OSIPTEL). Desde nuestra perspectiva, el impacto podría ser considerablemente negativo, en la medida que la referida regulación reduce los incentivos que los PSI tienen para invertir en la expansión y mantenimiento de sus redes, e incluso en innovar en nuevos tipos de redes o en nuevas formas (más eficientes) de administrar el tráfico.

En la Sección 5, presentaremos un enfoque alternativo a la neutralidad de red. Nuestro enfoque de esta discusión no desconoce que las particularidades de este mercado (efectos de red o ciertos costos fijos), o los incentivos que genera la integración vertical, pueden generar posiciones dominantes y prácticas anticompetitivas o engañosas. En atención a ello, planteamos que el Derecho de la Libre Competencia y el Derecho de Protección al Consumidor pueden ofrecer remedios efectivos que no tienen los costos o riesgos para la inversión e innovación que la neutralidad de red sí presenta.

En la Sección 6, finalmente, presentamos nuestras conclusiones.

2. Neutralidad de Red: el surgimiento de la idea y sus justificaciones. El caso de los Estados Unidos de América

2.1. ¿Por qué sería deseable un internet “neutral”?

El término “neutralidad de red” (*network neutrality*) es planteado originalmente por Tim Wu, profesor de leyes de la Universidad de Columbia, en un artículo publicado en el año 2003⁽⁶⁾, y es posteriormente adoptado por activistas y políticos bajo la proclama de la defensa del internet “libre” y “abierto”. Lawrence Lessig, profesor de la Escuela de Leyes de Harvard, es otro de los grandes defensores de la neutralidad de red⁽⁷⁾, y

- (5) Disponible en: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/104-2015-cd-osiptel/Proyecto_Reglamento_Neutralidad_Red-Res104-2015-CD.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015). OSIPTEL ha recibido comentarios al proyecto hasta el 7 de noviembre de 2015 y debería emitir el reglamento definitivo en los próximos meses: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/115-2015-cd-osiptel/Res115-2015-CD.pdf> (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- (6) Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”. *Journal of Telecom and High-Tech Law*, Vol. 2 (2003); 141-178. https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/104-2015-cd-osiptel/Proyecto_Reglamento_Neutralidad_Red-Res104-2015-CD.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015). OSIPTEL ha recibido comentarios al proyecto hasta el 7 de noviembre de 2015 y debería emitir el reglamento definitivo en los próximos meses: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/115-2015-cd-osiptel/Res115-2015-CD.pdf> (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- (7) En su libro *Code*, Lessig ofrece una visión más amplia (no limitada a la neutralidad de red) de lo que debería ser el internet, para él la propia “arquitectura” del internet refleja ciertos valores. Para Lessig, las redes deberían ser lo más simple posibles

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

colaboró con Tim Wu en la difusión del concepto y en la generación de este movimiento.

En términos generales, el principio de neutralidad de red implica que los PSI no deben “discriminar” entre el tráfico de distintas fuentes de contenido, servicios transmitidos o prestados a través de internet, o aplicaciones. Wu precisa que la neutralidad de red es un objetivo, y que el “acceso abierto”⁽⁸⁾ y la discriminación en el uso de ancho de banda (o la obligación de no discriminar, en realidad) son mecanismos regulatorios para obtener dicho objetivo⁽⁹⁾. Wu traduce esa idea en la siguiente regla: “a menos que haya evidencia de daño a las redes o a los intereses de otros usuarios, los proveedores de banda ancha no deberán discriminar en cómo tratan el tráfico en sus redes de banda ancha sobre la base de criterios de interrelación entre redes”⁽¹⁰⁾.

La principal preocupación de Wu es mantener el internet competitivo, permitir que siga siendo, como ha sido hasta ahora, una plataforma de permanente innovación. Hace referencia, en particular, a una competencia “meritocrática”⁽¹¹⁾ (concepto que puede ser problemático). Esa sería entonces la justificación del principio: proteger el proceso competitivo. Wu y Lessig, en una carta dirigida a la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América (“FCC” por

sus siglas en inglés) hacen referencia a otro beneficio (aunque íntimamente relacionado al antes mencionado) de la neutralidad de red: incentiva la inversión en el mercado de nuevas aplicaciones y servicios⁽¹²⁾.

Esta es, creemos, una preocupación válida. No es difícil concebir, al menos como posibilidad, un escenario en el que un PSI (en el Perú, empresas como Movistar, Claro, Entel Perú, entre otras) dé un tratamiento diferenciado a servicios de mensajería como WhatsApp o Line, o a servicios de voz (“VoIP” o “voice over internet protocol”) como Skype o Viber. Podrían, por ejemplo, cobrar a una aplicación una tarifa por el acceso a la red y a la otra permitirle un acceso gratuito o que no cuente en el consumo de datos de los planes de sus clientes finales (el denominado “zero-rating”⁽¹³⁾). Podrían celebrar un contrato de exclusividad con uno de ellos y denegar el acceso al otro, excluyéndolo del mercado.

Este tratamiento diferenciado también puede tomar la forma de cobros a los proveedores

y la innovación debería tener lugar en sus extremos (“*the intelligence required in a network should be vested in the edge*”); 111. Ver nota 2.

- (8) Las reglas de acceso abierto serían aún más radicales que las reglas de neutralidad, ya que implicarían remedios estructurales (como prohibir que las empresas de cable sean PSI o que los PSI se integren verticalmente). El propio Tim Wu las descarta (véase Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”; 149-150) porque considera que perjudicarían a la competencia y a la inversión en redes, así que no las discutiremos en el presente artículo.
- (9) “*It is best to understand network neutrality as an end, and open access and broadband discrimination as different means to that end. In this section we will examine both why network neutrality might be an attractive goal, and, how an open-access and broadband discrimination regime differ as means toward that end*”. Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”; 145.
- (10) “*(...) absent evidence of harm to the local network or the interests of other users, broadband carriers should not discriminate in how they treat traffic on their broadband network on the basis of inter-network criteria*”, Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”; 171.
- (11) “*A communications network like the Internet can be seen as a platform for a competition among application developers. Email, the web, and streaming applications are in a battle for the attention and interest of end-users. It is therefore important that the platform be neutral to ensure the competition remains meritocratic*”. Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”; 146.
- (12) Lawrence Lessig y Tim Wu. *Letter with comments on the proposal of a “network neutrality” regime for cable broadband*, Ex Parte Submission in CS Docket No. 02-52. En: http://www.timwu.org/wu_lessig_fcc.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- (13) Para una definición de este tipo de servicio, y un análisis de sus costos y beneficios véase: Jeffrey Eisenach, *The Economics of Zero Rating* (marzo de 2015). <http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicsofZeroRating.pdf> (consultada el 30 de noviembre de 2015).



Mario Zúñiga Palomino

de servicios para contar con tráfico preferencial (“carriles preferenciales” o *fast lanes*), a fin de llegar a los consumidores más rápido o con menos chances de interrupciones del servicio⁽¹⁴⁾.

También se podría dar el caso de que un PSI verticalmente integrado busque favorecer a un servicio propio. Pensemos, por ejemplo, en una compañía que ofrece TV paga e internet al mismo tiempo, que deliberadamente bloquea Netflix (o le quita prioridad a su tráfico, haciéndolo más lento y, por lo tanto, mermando la experiencia del consumidor con dicho servicio) con la finalidad de no perder suscriptores en el primer servicio.

En segundo lugar, preocupa que los usuarios finales del servicio sufran de bloqueos o “censuras” de ciertos servicios, afectando así el “internet abierto”, la libre diseminación de información y la innovación en internet. Esto se produciría si, por ejemplo, se bloquea la página web o blog de un usuario que critica a la empresa proveedora que le da el servicio de internet. Esta es también una preocupación válida. Tim Berners-Lee, nada menos que el inventor de la *world wide web*⁽¹⁵⁾, la hace suya: “cuando diseñé la web, deliberadamente la concebí como un espacio neutral, creativo y colaborativo, basándome en la apertura que internet ofrecía. Mi visión era que cualquiera, en cualquier lugar del mundo pudiera compartir conocimiento e ideas sin tener que comprar una licencia, o pedirme permiso a mí o a algún gerente general, departamento gubernamental o comité⁽¹⁶⁾”.

Ahora bien, el hecho de que estas dos preocupaciones sean válidas no quiere decir que neutralidad de red sea la herramienta regulatoria para lidiar con ellas. Esto es precisamente lo que discutimos en el presente artículo.

Existen, además, otras justificaciones para implementar la neutralidad de red que no trataremos en el presente artículo, ya que se trata, más que todo, de declaraciones políticas o declaraciones generales de principios que no ayudan a centrar el debate. En términos políticos, por ejemplo, se pregona la “democratización” del internet o de “privilegiar al usuario sobre las empresas⁽¹⁷⁾”. Se ha llegado incluso a plantear el debate de la neutralidad de red como uno de “libertad de expresión⁽¹⁸⁾”.

2.2. La FCC y la neutralidad de red en Estados Unidos. Brevemente, el caso europeo

Luego de que durante el gobierno de Bill Clinton se “privatizara” el internet y se permitiera su uso para fines comerciales a mediados de los años 90⁽¹⁹⁾, se generó en los Estados Unidos un consenso bipartidario según el cual el internet

(14) Netflix, por ejemplo, llegó a un acuerdo de este tipo con operadores como Comcast y Verizon. Véase: “After Comcast, Netflix signs traffic deal with Verizon,” *The Verge* (28 de abril de 2014). <http://www.theverge.com/2014/4/28/5662580/netflix-signs-traffic-deal-with-verizon> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(15) Aunque los términos se usan a menudo como sinónimos, el internet no es lo mismo que la World Wide Web (o simplemente, la web). El internet es una “red de redes” que conecta a millones de computadoras, permitiendo que se comuniquen una por otra. La información que se mueve a través del internet tiene diversos lenguajes o protocolos. La web es una de las formas que hay de acceder a la información en internet, y que está construida sobre el internet. Cuando envías un correo electrónico o escuchas música por streaming, estás usando el internet. Cuando escribimos la dirección de una página web (“url”) en nuestros navegadores, estamos usando la web para encontrar la información en esa página web.

(16) Tim Berners-Lee, *Net Neutrality is Critical for Europe's Future* (2 de febrero de 2015). https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/ansip/blog/guest-blog-sir-tim-berners-lee-founding-director-world-wide-web-foundation_en (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(17) Tal es el caso, por ejemplo, de los argumentos utilizados por Barack Obama en su férrea defensa de la neutralidad de red. El profesor Richard Epstein los reseña en: Richard Epstein, *Hands Off the Web*, <http://www.hoover.org/research/hands-web> (consultada el 30 de noviembre de 2015). Véase también, el portal creado por la presidencia de los Estados Unidos de América.

(18) Creo que este argumento deriva de un mal entendimiento de lo que es la libertad de expresión. Contestarlo aquí implicaría una digresión significativa que por razones de espacio y concreción evitaremos.

(19) Richard Bennett, “Inside Obama’s net fix”, en *Washington Examiner* (23 de febrero de 2015), en: <http://www.washingtonexaminer.com/inside-obamas-net-fix/article/2560377> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

debía permanecer en gran medida desregulado⁽²⁰⁾. Según Brendan Carr, asesor legal del Comisionado Ajit Pai en la FCC, “(e)n lugar de hacer ‘micromanagement’ de las redes de banda ancha, el gobierno estadounidense ha centrado sus esfuerzos en maximizar los incentivos para que el sector privado invierta en desplegar banda ancha. En lugar de decirle a los operadores de banda ancha dónde invertir, cuánto invertir, qué tecnologías utilizar, o cómo administrar sus redes, dejamos que las fuerzas del mercado guíen estas decisiones. Los reguladores hicieron una elección consciente: no aplicar a internet regulaciones obsoletas, elaboradas teniendo en mente a los monopolios telefónicos⁽²¹⁾. Además, se incentivó una “competencia basada en redes”: se descartó la idea de que el mercado de provisión del servicio de internet de banda ancha era un monopolio natural. La idea entonces era que cada PSI construyera su propia red, antes que operara “colgándose” de los operadores ya establecidos⁽²²⁾.

Esta política incentivó la inversión en infraestructura y benefició a los consumidores con infraestructura de internet más rápido, mejor y más confiable⁽²³⁾.

A pesar del progreso obtenido, el movimiento a favor de la neutralidad de red generó que en 2005 la FCC emita un “policy statement”⁽²⁴⁾ (que constituye más una declaración de principios que una regulación propiamente dicha) referido a la neutralidad de red. Según dichos principios, todos los usuarios deberían tener la capacidad de:

- a) Acceder al contenido lícito de su preferencia.
- b) Usar las aplicaciones y servicios de su preferencia.

- c) Conectar los aparatos de su preferencia, siempre y cuando no dañen la red y sean legales.
- d) Beneficiarse de la competencia entre ISP y otras empresas en internet.

Posteriormente, en 2010, la FCC emitió la denominada “Open Internet Order”⁽²⁵⁾, que sí constituía una regulación en sentido estricto (es decir, sí era vinculante para los PSI). Esta orden diferenciaba entre proveedores de internet vía cable y líneas fijas, y proveedores de internet vía telefonía móvil, adoptando frente a estos últimos una posición más agresiva en atención a “las limitaciones técnicas” que enfrentan. Esta orden contenía, principalmente, tres reglas generales:

- a) Transparencia: los operadores de banda ancha deben informar claramente los términos y condiciones de su servicio, transparentando sus prácticas de gestión de red.
- b) No bloqueo: los proveedores de banda ancha fija no podrán bloquear ningún contenido, aplicación o servicio lícito; mientras que los proveedores de banda ancha móvil no podrán bloquear páginas web lícitas, ni aplicaciones que compitan con sus servicios de voz o videotelefonía.

(20) Brendan Carr, *Remarks at the New Direction's Digital Single Market Summit* (Brussels, Belgium 14 de octubre de 2015), http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db1014/DOC-335876A1.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(21) Brendan Carr, *Remarks at the New Direction's Digital Single Market Summit*. Traducción libre del siguiente texto: “*Instead of micromanaging broadband networks, the U.S. government focused its efforts on maximizing incentives for the private sector to deploy broadband. Instead of telling broadband operators where to invest, how much to invest, what technologies to use, or how to run their networks, we let market forces guide these decisions. Regulators made a conscious choice not to apply to the Internet the outdated regulations crafted for telephone monopolies*”.

(22) Brendan Carr, *Remarks at the New Direction's Digital Single Market Summit*; 1-2.

(23) Brendan Carr, *Remarks at the New Direction's Digital Single Market Summit*; 2.

(24) https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(25) *Preserving the Open Internet*, 25 F.C.C.R. 17905 (2010), https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).



Mario Zúñiga Palomino

- c) No discriminación: los proveedores de banda ancha no deberán discriminar irrazonablemente al transmitir tráfico de internet lícito.

Esta orden, sin embargo, fue revocada por la Corte de Circuito de Washington, D.C., en atención a que la FCC no podía regular el internet como un “servicio público”⁽²⁶⁾ sin previamente haberlo calificado como tal⁽²⁷⁾. La FCC no apeló la decisión, sino que prefirió replegarse a diseñar una nueva regulación. Para ese entonces, Tom Wheeler, recientemente nombrado presidente del FCC, quería buscar una “solución de compromiso”, siguiendo los lineamientos establecidos por la Corte de Apelaciones⁽²⁸⁾.

Algo, sin embargo, cambió totalmente el escenario. El Presidente Barack Obama publicó en noviembre de 2014, un video en YouTube⁽²⁹⁾ en el que se mostró a favor de la “regulación más intensa que sea posible” de la neutralidad de red. Ello implicaba reclasificar al internet como un servicio público, regulado por el Título II de la Ley de Comunicaciones de 1934. Pese a que la FCC es una agencia independiente, los tres comisionados demócratas votaron tal como Obama había “recomendado”, modificando su posición original menos intrusiva⁽³⁰⁾. Una nueva orden fue emitida en marzo de 2015⁽³¹⁾, con básicamente las mismas reglas de la orden de 2010. Se prohíbe expresamente, además del bloqueo de servicios de aplicaciones, el pago por priorización y el “*throttling*” (la ralentización voluntaria de un determinado servicio, página

web o aplicación por parte del PSI). La orden de 2015, por otro lado, precisa que no regulará tarifas de acceso y se abstiene de regular prácticas como el “*zero-rating*” que también causaban preocupación entre los proponentes de la neutralidad de red. En la mayoría de prohibiciones que contempla, sin embargo, la FCC se cuida de exceptuar prácticas justificadas en la “administración razonable de la red” (“*reasonable network management*”).

Es importante notar que la regulación interpuesta por la FCC, aunque injustificada, como veremos más adelante, no llega al extremo del proyecto de reglamento propuesto por OSIPTEL (analizado en la Sección 2, *infra*); ya que consiste en la supervisión ex post del cumplimiento de algunas reglas generales (sujetas a una regla de razonabilidad, excepto en el caso de los pagos por priorización). El tipo de intervención propuesto en el Perú va más allá, no solo porque prohíbe más prácticas, sino porque, para las que permite, requiere un permiso previo.

Cabe precisar, además, que ninguna de las dos órdenes de la FCC demuestra que en el mercado de internet existan fallas de

(26) El término en inglés es “*common carrier*”, que no es necesariamente lo mismo que un servicio público. Me tomo la libertad de traducirlo así ya que los términos son similares en el sentido de que ambos, en uno y otro ordenamiento jurídico (al menos en el ámbito de las telecomunicaciones), gatillan la aplicación de reglas de conducta a los proveedores del servicio que no operan en otros mercados; tales como la universalidad y continuidad del servicio, obligaciones de no discriminación, entre otros.

(27) *Verizon v. Federal Communication Commission* (14 de enero de 2014). El texto completo de la sentencia puede consultarse en, [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/\\$file/11-1355-1474943.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/$file/11-1355-1474943.pdf) (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(28) Gerald Faulhaber, “What hath the FCC wrought?”, en *Regulation* (2015); 52. Bennett (ver nota 38) explica cómo Wheeler basa su posición en gran medida en un papel de Robert Atkinson y Philip Weiser, A “*Third Way*” on Network Neutrality, <http://www.itif.org/files/netneutrality.pdf>

(29) Véase: <https://www.whitehouse.gov/net-neutrality> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(30) Los comisionados Ajit Pai y Michael O’Rielly, ambos nombrados por partido republicano, emitieron sendos votos en discordia, <https://www.fcc.gov/article/fcc-15-24a5> y <https://www.fcc.gov/article/fcc-15-24a6>, respectivamente (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(31) *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling and Order*, 80 F.C.C.R. 19737 (2015), https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

mercado estructurales o que sus operadores cuenten con poder de mercado significativo⁽³²⁾. Es más, la propia FCC se basa en precedentes legales para señalar que no necesita demostrarlo⁽³³⁾.

En la Unión Europea, se ha llegado recientemente a un consenso entre la Comisión, el Parlamento y el Consejo Europeo para “garantizar el internet abierto” y adoptar “enérgicas reglas de neutralidad de red”. Este acuerdo será seguido de una reforma integral de la regulación de las telecomunicaciones en 2016⁽³⁴⁾. La nueva regulación obligaría a los PSI a tratar a todo el tráfico de manera “igualitaria”, y a no bloquear o ralentizar contenidos, aplicaciones y servicios. No obstante, dichas prácticas sí estarían permitidas siempre y cuando sean necesarias para prevenir la congestión de la red. Allí donde se necesite adoptar medidas para combatir la congestión, estas deben ser transparentes, no-discriminatorias y proporcionales. Los PSI, además, están autorizados a prestar “servicios especializados”, siempre y cuando esto no tenga un impacto en la calidad del servicio en general⁽³⁵⁾.

3. La regulación de la neutralidad de red en el Perú. El proyecto de OSIPTEL

La “neutralidad” no es un concepto nuevo en el marco legal de las telecomunicaciones en el Perú. La Ley de Telecomunicaciones⁽³⁶⁾, por ejemplo, contemplaba ya desde su

promulgación a inicios de la década de 1990, en su artículo 11, que “los servicios portadores son prestados por empresas concesionarias que garanticen la libre competencia entre todas las empresas que prestan servicios finales, de difusión y de valor añadido, así como la vigencia del principio de neutralidad” (énfasis nuestro). En cumplimiento de este principio, que busca garantizar la competencia en el mercado de telecomunicaciones, la referida ley obliga a las empresas a, por ejemplo, llevar contabilidad separada⁽³⁷⁾. Debe notarse, sin embargo, que este principio se aplica a las empresas portadoras, ya que la Ley de Telecomunicaciones parte de la premisa (razonable para la época de la promulgación de dicha Ley) que los servicios portadores son “monopolios naturales” o, por lo menos, cuasi-monopólicos. No se aplicaba a los PSI, ya que el servicio de internet podría calificar como lo que la Ley de Telecomunicaciones considera un “servicio de valor añadido”, donde la competencia es posible y, por ello, se prestan en régimen de libre competencia⁽³⁸⁾.

La regulación de la neutralidad de red, en concreto, tampoco es algo nuevo en el Perú. Aunque no utilizaba ese término, ya desde

(32) “(...) estas reglas no lidian, ni están designadas para lidiar con la adquisición o mantenimiento de poder de mercado o su abuso, real o potencial”. *Internet Order 6* (ver *Infra* nota 34).

(33) “(...) *the order provides no economic justification for itself. Economic justifications for regulation include monopoly or other market failure; without such justification, there is no defensible rationale for regulation. Yet this is entirely missing from the order, which is not surprising because there was also no economic justification in the 2010 order*”. Gerald Faulhaber, “What hath the FCC wrought?” en *Regulation*; 52.

(34) *Commission welcomes agreement to end roaming charges and to guarantee an open Internet* (Bruselas, 30 de junio de 2015), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5265_en.htm (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(35) Alexander Koronakis, *A new era for roaming and net neutrality in Europe* (27 de octubre de 2015), <http://neurope.eu/article/a-new-era-for-roaming-and-net-neutrality-in-europe/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(36) Publicada originalmente como el Decreto Legislativo 702 en 1991, luego de varias modificaciones su texto actualizado puede encontrarse en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, disponible en: http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_892.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(37) Ley de Telecomunicaciones:

“Artículo 37.- En virtud del principio de neutralidad las entidades explotadoras de telecomunicaciones que sean titulares de concesiones o autorizaciones para prestar dos o más servicios de telecomunicaciones en forma simultánea, están obligadas a llevar contabilidad separada de sus actividades”.

(38) Artículo 30 de la Ley de Telecomunicaciones.



Mario Zúñiga Palomino

2005 OSIPTEL establecía en su Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones⁽³⁹⁾ que “los operadores locales que brinden servicio de Internet y/o ISP’s no podrán bloquear o limitar el uso de alguna aplicación”⁽⁴⁰⁾.

Más recientemente, el referido organismo regulador, en la última revisión de sus Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones⁽⁴¹⁾ ha acogido una versión todavía más restrictiva de la neutralidad de red:

“Artículo 67-A.- Acceso al uso de aplicaciones y protocolos de Internet

El abonado tiene derecho a acceder a cualquier tráfico, protocolo, servicio o aplicación soportado sobre Internet, así como a enviar o recibir cualquier información que se encuentre acorde con el ordenamiento legal vigente.

La empresa operadora se encontrará impedida de diseñar planes tarifarios que establezcan limitaciones o restricciones al servicio de acceso a Internet que no cuenten con la conformidad del OSIPTEL, de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente” (el énfasis es nuestro).

El Congreso de la República, por su parte, aprobó en el 2012 la Ley para la Promoción de la Banda Ancha y la Construcción de la Red Nacional de Fibra Óptica (en adelante, la “Ley”)⁽⁴²⁾, y en ella nos “contrabandó”⁽⁴³⁾ un artículo que, aplicándose a todos los proveedores de internet y no sólo a Red Dorsal de Fibra Óptica⁽⁴⁴⁾, señala que “los proveedores de acceso a Internet respetarán la neutralidad de red por la cual no pueden de manera arbitraria bloquear, interferir, discriminar ni restringir

el derecho de cualquier usuario a utilizar una aplicación o protocolo, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad”. Se trata de una versión de neutralidad de red mucho más restrictiva que la primera a lo que un proveedor puede hacer en su red, dado que la prohibición de “discriminar” o de “restringir” de cualquier manera el tráfico resulta mucho más amplia que una prohibición de bloquear.

Hasta antes de la promulgación de la Ley, además, OSIPTEL no había ejercido activamente su función de fiscalizar la gestión del tráfico en internet.

Precisamente el reglamento de la Ley⁽⁴⁵⁾, publicado en 2013, otorga al OSIPTEL la facultad de aprobar previamente qué medidas de gestión de tráfico de red son razonables o no:

“Artículo 10.- Libertad de uso de aplicaciones o protocolos de Banda Ancha - Neutralidad de Red.

10.1 Los Proveedores de Acceso a Internet y los Operadores de Telecomunicaciones, no podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de dispositivo o equipo terminal en la red, siempre que los mismos se encuentren debidamente homologados, no dañen o

(39) Versión del Reglamento vigente a esa fecha disponible aquí: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/199729/res0402005CDOSIPTEL%20%281%29.pdf> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(40) Esta prohibición, cabe precisar, no necesariamente tiene el mismo fundamento de la neutralidad de red, sino que busca establecer un estándar de servicio a favor del consumidor.

(41) Texto según Resolución No. 138-2012-CD-OSIPTEL. Disponible en: http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/res1382012cd/Res138-2012-CD_tuo-condiciones-uso-act-ii-trim2015.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(42) Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.

(43) Miguel Morachimo, *Congreso peruano regula la Neutralidad de Red (nuevamente)*, <http://www.blawyer.org/2012/06/18/congreso-peruano-regula-la-neutralidad-de-red-nuevamente/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(44) La Red Dorsal de Fibra Óptica pertenece al Estado peruano, por lo que tiene sentido que se maneje bajo un principio de neutralidad.

(45) Decreto Supremo No. 014-2013-MTC

http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_3256.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015)

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

perjudiquen la red, y sean técnicamente compatibles con la red. Asimismo, los Operadores de Telecomunicaciones no deberán restringir, bloquear o inhabilitar arbitrariamente funciones o características originales de los dispositivos o equipos terminales que comercialicen en el territorio nacional, que impidan el libre uso de protocolos, aplicativos o servicios de Banda Ancha.

10.2 En caso algún Proveedor de Acceso a Internet u Operador de Telecomunicaciones pretenda implementar medidas de gestión de tráfico, administración de red, configuraciones de dispositivos o equipos terminales, u otras que sustentadas en cualquier motivo pudieran bloquear, interferir, discriminar, restringir o degradar cualquier tipo de tráfico, protocolo, servicio o aplicación, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad; deberá contar previamente con la autorización del OSIPTEL, quien deberá pronunciarse sobre la arbitrariedad de la medida”.

Esta facultad otorgada al OSIPTEL no es un detalle menor. Más allá de que determinadas prácticas de gestión de red puedan ser razonables o no, el hecho de que se requiera aprobación previa de una entidad administrativa implica revertir la lógica natural de los mercados y de nuestro marco legal: en virtud de la libertad de empresa, la regla general es que los proveedores de servicios decidan ellos mismos cómo proveer el servicio. Por supuesto que existen casos en los que esta libertad puede ser (razonablemente) restringida. El problema es que, como veremos más adelante, el OSIPTEL no ha demostrado (ni siquiera ha intentado demostrar) que exista una falla de mercado que justifique regular la neutralidad de red. Esta es, además, una práctica regulatoria única en el mundo. Aunque muchos países regulan ya la neutralidad de red⁽⁴⁶⁾, ninguno

ha adoptado un régimen de aprobación previa para cada práctica de gestión de ancho de banda o de administración de red.

En cumplimiento de la Ley y su reglamento, OSIPTEL ha publicado el Proyecto⁽⁴⁷⁾ con la finalidad de recibir comentarios del público. El Proyecto define al detalle qué conductas estarán prohibidas para los operadores de red, cuáles permitidas y cuáles necesitan aprobación previa.

El Proyecto tiene como principal objetivo “definir el tipo de tratamiento que recibirán, por parte del regulador, diversas prácticas de Administración de Red, Gestión de Tráfico, entre otras, que incidan en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la Neutralidad de Red”⁽⁴⁸⁾. Asimismo, se hace referencia a los objetivos de “asegurar la libertad⁽⁴⁹⁾ de los usuarios a utilizar o cursar, dentro de lo legalmente permitido, cualquier tráfico, protocolo o servicio o aplicación que elijan, en el acceso y uso del servicio de acceso a internet”⁽⁵⁰⁾ y de “brindar información relevante al sector sobre las acciones que se ejecutan en las redes de los Operadores de Telecomunicaciones y Proveedores de Acceso a Internet, en relación a la Neutralidad de Red”⁽⁵¹⁾.

El artículo 4 del Proyecto establece los casos en los que no se requiere contar con autorización previa de OSIPTEL para implementar una medida relativa a la Neutralidad de Red: cuando se actúe en cumplimiento de un

(46) Estados Unidos, India, Brasil, Argentina, Colombia, Chile, México, Ecuador, entre otros. La Global Net Neutrality Coalition calcula que al menos 50 países han aprobado o están en camino de aprobar reglas de neutralidad de red. Ver: <https://www.thisisnetneutrality.org/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(47) Ver Supra nota 5.

(48) Artículo 1, numeral 1 del Proyecto.

(49) Esta definición de “libertad” de acceso parte de una mala comprensión de lo que es la libertad, que no es infrecuente incluso entre los que defienden o dicen defender la libertad. Los consumidores no tienen por sí mismos, la libertad de usar el servicio de internet. Se trata de un servicio al que accedemos a cambio de una contraprestación y sujeto a las condiciones establecidas por el prestador del servicio.

(50) Artículo 1, numeral 2 del Proyecto.

(51) Artículo 1, numeral 3 del Proyecto.



Mario Zúñiga Palomino

mandato judicial, cuando corresponde a una situación de emergencia y, finalmente, cuando la medida haya sido calificada por el propio Proyecto como una medida que no requiere autorización previa.

El artículo 6 regula las obligaciones informativas que aplican a los PSI. No parece irrazonable obligar a los PSI a informar adecuadamente las limitaciones a las que estará sujeto su servicio de internet, aunque se trata de una obligación redundante ya que el artículo 6 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones establece que los usuarios tienen derecho a recibir de la empresa operadora información clara, veraz, detallada y precisa, sobre: (i) el servicio ofrecido; (ii) las diversas opciones de planes tarifarios; (iii) los requisitos para acceder al servicio; (iv) la cobertura y alcance del servicio; y, (v) las características, modalidades y limitaciones del servicio ofrecido. Por si ello no fuera suficiente, el bloquear o restringir servicios más allá de lo especificado en el respectivo contrato sería contrario a las normas de protección al consumidor.

El artículo 9 del Proyecto califica como medidas arbitrarias el filtro o bloqueo de servicios o aplicaciones y la gestión del ancho de banda. La gestión del ancho de banda consiste en medidas que pueden tomar los PSI para administrar el mejor funcionamiento de la red e implican priorizar un determinado tipo de tráfico sobre otro. El término resulta bastante amplio e implica prohibir un amplio rango de medidas que no necesariamente perjudican al consumidor, como explicaremos más adelante. Además, serán medidas arbitrarias otras que establezca expresamente OSIPTEL.

El artículo 13 del Proyecto contempla las medidas que requieren autorización previa del regulador. Entre ellas

se incluye a la “diferenciación por diseño comercial por producto”⁽⁵²⁾, otro término que resulta bastante amplio, y que puede también englobar muchas prácticas que pueden ser eficientes. ¿Se incluye aquí los pagos por priorización de tráfico? ¿El tráfico “gratuito” para determinado contenido o aplicaciones (el denominado “zero-rating”)?

En estos casos, además, el OSIPTEL “se reserva la potestad de revocar la autorización provisional o definitiva conferida, si verifica que la medida autorizada, una vez implementada, genera afectaciones a la Neutralidad de Red”⁽⁵³⁾.

La Tabla 1 resume cómo el Proyecto ha calificado las distintas medidas de gestión y administración de red que puede tomar un PSI.

Dada la amplitud de la definición de neutralidad de red, que viene desde la Ley misma, y el fraseo del Proyecto, parece evidente que OSIPTEL gozará de una amplia discrecionalidad para desestimar las autorizaciones de los PSI. El reglamento debería contemplar, por lo menos, un criterio según el cual se prohibirán las medidas de gestión o administración de red que tengan un daño efectivo en la competencia. Así lo sugiere, por ejemplo, la ONG Hiperderecho en sus comentarios al Proyecto⁽⁵⁴⁾.

Para cada una de las autorizaciones mencionadas, además, los PSI deberán

(52) Artículo 15 del Proyecto.

(53) Artículo 15, tercer párrafo, del Proyecto.

(54) “Debe añadirse como otro objetivo del Reglamento la promoción de la libre competencia entre Operadores de Telecomunicaciones y Proveedores de Acceso a Internet, evitando prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa en el mercado. Creemos que este criterio debe de servir de guía al momento de determinar actividades contrarias a la Neutralidad de la Red, ya que castigar las conductas que no tiene un efecto excluyente sobre competidores significaría castigar conductas potencialmente beneficiosas o inocuas antes de que se implementen. Esto resulta consistente los principios que inspiran la intervención regulatoria en las telecomunicaciones, conforme a los artículos 61 y 382 de la Ley General de Telecomunicaciones y con el artículo 11 de su Reglamento”. Hiperderecho, *Comentarios al Proyecto de “Reglamento de Neutralidad de Red”* (6 de noviembre de 2015), http://www.hiperderecho.org/wp-content/uploads/2015/11/Hiperderecho_Comentarios_Reglamento_Neutralidad_Red.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL’s proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

Tabla 1
Lista de medidas relativas a la “neutralidad de red” y su tratamiento en el Proyecto

Categoría	Tipo	Medida	Calificación
Medidas aplicadas ante situaciones de emergencia	Administración de Red/Gestión de Tráfico	Protección de la red ante acciones maliciosas	Permitido
	Administración de Red	Gestión de los enlaces de transporte en situaciones de interrupción	Permitido
Medidas aplicadas en condiciones regulares de operación de la red	Gestión de Tráfico	Gestión del ancho de banda	No permitido
	Administración de Red	Almacenamiento temporal de contenidos	Permitido
	Administración de Red	Gestión de direcciones IP	Requiere autorización previa
	Administración de Red	Duración de la sesión dinámica de la red	Requiere autorización previa
	Administración de Red	Diferenciación por diseño comercial del producto	Requiere autorización previa
	Administración de Red	Filtros de servicios y/o aplicaciones a solicitud del abonado	Permitido
	Administración de Red	Filtro y/o bloqueo de servicios y/o aplicaciones en cumplimiento de obligaciones contractuales con el Estado	Permitido
Administración de Red	Filtro y/o bloqueo de servicios y/o aplicaciones en condiciones regulares de operación de la red	No permitido	

Fuente y elaboración: OSIPTEL. Proyecto de Reglamento de Neutralidad de Red (ver nota 5), Cuadro No. 6.11.; 77.

explicar el tipo y finalidad de la medida, el tiempo en que la medida estará vigente; además del sustento de la implementación (informes técnicos). Por descarte, aplicaría a este tipo de procedimientos el silencio administrativo positivo⁽⁵⁵⁾, aunque la facultad que “se reserva” el OSIPTEL de revisar puede hacer que este último mecanismo no tenga el efecto que se supone debe tener: brindar seguridad jurídica a los administrados.

Esta es precisamente la “insoportable burocratización” a la que se refiere el título del presente artículo. Como podemos apreciar, no estamos hablando de un registro previo o de una licencia para prestar un determinado servicio, estamos hablando de múltiples procedimientos (cada uno de los cuales podría durar hasta sesenta días) para aprobar cada una de

las múltiples prácticas de gestión del tráfico en internet que un PSI puede realizar. Para darnos una idea de lo onerosa que puede ser esta regulación, hagamos un paralelo con un restaurante: imaginen que la municipalidad no solo le pida una licencia de funcionamiento y un registro sanitario, sino además que autorice previamente cada nuevo plato introducido en la carta. Esta burocratización resulta aun más grave en una industria como el internet, en la que las innovaciones tienen lugar más frecuentemente que en otras industrias.

La existencia de estos permisos previos⁽⁵⁶⁾ no sería tan problemática, quizás, si OSIPTEL

(55) Ley 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 33.- Procedimiento de evaluación previa con silencio positivo Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:

1. Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que mediante ella se transfiera facultades de la administración pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio.
2. Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.
3. Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos.
4. Todos los otros procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado en el artículo siguiente, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica”.

(56) Que, recordemos, no es responsabilidad del OSIPTEL, sino del Congreso de la República.



Mario Zúñiga Palomino

hubiera contemplado un rango más extenso de “prácticas permitidas”. El regulador, sin embargo, ha preferido pecar por exceso antes que por defecto. La regla general es prohibir, y solo excepcionalmente permitir gestionar a los PSI el tráfico en sus redes. Las prácticas permitidas son solo aquellas obviamente legítimas (emergencias, cumplimiento de órdenes judiciales, entre otras). Esta es, lamentablemente, la peor versión posible de la neutralidad de red.

4. Las justificaciones de la neutralidad de red no son tales

4.1. ¿Cómo funciona internet?⁽⁵⁷⁾ Por qué las redes no son totalmente neutrales, ni deben serlo

Internet es un mecanismo para transmitir información entre distintas computadoras, redes y servidores (recuerden la metáfora de la autopista en la introducción). Para ello recurre a la “conmutación de paquetes” (*packet switching*), que consiste en dividir la información que se quiere transmitir (archivos, llamadas de voz, videos, correos electrónicos, entre otros) en paquetes de datos⁽⁵⁸⁾. Los terminales envían luego esos paquetes a través de la red, pero para ello hace algo que los ingenieros veían con escepticismo: asigna el total de capacidad de una sección de la red a cada usuario que lo demande en ese momento, por cortos períodos de tiempo lo suficientemente largos como para transmitir 1500 bytes de información o menos⁽⁵⁹⁾. Bennet compara el funcionamiento del internet al de las antiguas redes telefónicas, que funcionaban a través de operadores, que manualmente conectaban un terminal con otro⁽⁶⁰⁾.

Los *packets* contienen las direcciones del remitente y recipiente, de modo tal que la red se encarga de que lleguen a su destino apenas sea posible (normalmente unas décimas

de segundo, pero si lo que queremos enviar tiene muchos *packets*, el proceso durará un poco más).

La ventaja del *packet switching* es su versatilidad para manejar un amplio rango de información, aplicaciones y servicios. Es en virtud de este sistema que podemos hacer tantas cosas distintas en internet: ver películas y series, sostener teleconferencias, enviar correos electrónicos y navegar la web. Además, lo podemos hacer a través de distintos aparatos como laptops, teléfonos o *tablets* y de redes diversas como DSL, redes móviles, cable o *wi-fi*⁽⁶¹⁾. Pero el *packet switching* tiene un problema: dado que cada *packet* enviado ocupa la capacidad total de la “vía” por la que viaja, ocupa en exclusividad esa vía por todo el tiempo que toma para llegar a su destino. Si muchos usuarios quieren enviar información al mismo tiempo, la red inevitablemente se congestionará⁽⁶²⁾.

Para muchos tipos de información que se comparte en internet esta congestión es irrelevante o imperceptible. No importa si un *packet* llega más tarde. Si un correo electrónico llega unas décimas de segundo más tarde o un *torrent* demora algunos segundos adicionales, probablemente ni nos demos cuenta. Puede pasar lo mismo incluso cuando vemos una película o serie en Netflix: estos archivos de video tienen millones de *packets* y no importa si los últimos llegan un poco tarde (un poco, pero si

(57) Esta descripción es, por razones de espacio, sumamente simplificada. Obviamos múltiples procesos y actores que coadyuvan al funcionamiento de internet (por ejemplo, las redes internacionales que comunican las redes de diversos PSI en todo el mundo, las empresas que prestan servicios de almacenamiento temporal de contenido, los sistemas, entre otros).

(58) Richard Benett, “Inside Obama’s net fix”, ver Supra nota 19.

(59) Richard Benett, “Inside Obama’s net fix”, ver Supra nota 19.

(60) Richard Benett, “Inside Obama’s net fix”, ver Supra nota 19:

“*Even in its modern, digital form, the telephone network does pretty much what it did when Lily Tomlin’s Ernestine* [Ernestine es una distraída operadora telefónica, personaje de una comedia televisiva transmitida por NBC a fines de los años 60, interpretado por Lily Tomlin] *put through calls with plugs and jacks on a switching panel*”.

(61) Richard Benett, “Inside Obama’s net fix”, ver Supra nota 19

(62) Richard Benett, “Inside Obama’s net fix”, ver Supra nota 19

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

llegan muy tarde, claro está, la película se trabará y la experiencia no será buena). Los *packets* ya recibidos nos permitirán ver la película fluidamente mientras esperamos el resto⁽⁶³⁾.

Pero no pasa lo mismo con todo tipo de información. Las llamadas de voz o las videoconferencias (servicios ofrecidos por aplicaciones como Skype o Vonage) sí sufren problemas si los *packets* no llegan a tiempo. Es porque las señales tienen un menor tiempo de latencia⁽⁶⁴⁾.

En este contexto, ¿no es acaso razonable que los PSI traten de manera distinta a tipos de información distinta? Como explica Hecht, “El internet maneja un tráfico diverso, así como una ciudad debe manejar un flujo diverso de peatones, bicicletas, buses, caminos de delivery, autos e incluso vehículos de emergencia. Las reglas de tránsito deberían aplicarse a los distintos tipos de tráfico de manera diferenciada; es por eso que tenemos autopistas, ciclovías y espacios dedicados enteramente al tráfico peatonal”⁽⁶⁵⁾. Es por eso que las redes no pueden funcionar como pretende Lessig, “como un empleado postal distraído”. Necesitamos, más bien que los PSI puedan ubicar en sus redes “policías de tránsito” (prácticas de gestión del ancho de banda) que permitan que allí donde sea necesario, cierto tráfico sea bloqueado o pausado, asegurarse de que tome un carril preferencial o uno más lento, etcétera.

Esto es particularmente cierto en el caso de las redes móviles en las que la gran demanda y la escasez de ancho de banda hacen aún más importante que los PSI tengan la capacidad de gestionar su red⁽⁶⁶⁾.

Es cierto que el internet no siempre ha funcionado así, y que a lo largo del tiempo se ha mantenido bastante neutral. Pero internet está cambiando, y lo que las empresas y usuarios hacemos en él está cambiando. Acaso el manejo de la red no era tan necesario en tiempos en los que navegar en webs y enviar correos electrónicos era todo lo que hacíamos. Pero hoy hacemos mucho más, y previsiblemente haremos mucho más.

Puede que incluso, como señala Thierer, una red “tonta” (*dumb-pipe*) tenga todo el sentido del mundo como modelo de negocios. Pero eso no quiere decir que el Estado deba imponer ese modelo de negocio⁽⁶⁷⁾.

Como hemos reconocido líneas arriba, algunas preocupaciones de los defensores de la neutralidad de red pueden ser legítimas. Se pueden producir casos de discriminación injustificada, y estos pueden distorsionar la competencia. Sin embargo, estos casos concretos pueden ser resueltos por otras normas (las normas de libre competencia, como veremos más adelante). En consecuencia, no se justifica regular previamente lo que las empresas pueden hacer con sus redes (o lo que pueden o no darnos a los consumidores), menos aún de la manera tan burocrática como pretende hacerlo OSIPTEL.

(63) Richard Benett, “Inside Obama’s net fix”, ver Supra nota 19

(64) “Latencia” es el término que los ingenieros de redes utilizan para describir el intervalo de tiempo entre un estímulo y su respuesta, tal como es el caso de una persona hablando y luego escuchando la respuesta (latencia de ida y vuelta). Las conversaciones de voz requieren una latencia muy baja, tal como algunos *streamings* de video. Las descargas de música o video (a diferencia del *streaming*) pueden tolerar por lo general una latencia más alta. Por lo tanto, para proveer un servicio de calidad para distintos tipos de experiencias online, los proveedores de internet deben ofrecer periodos de latencia distintos”. Traducción libre de, Gerald Faulhaber, “What hath the FCC wrought?” en *Regulation* (2015); 51.

(65) Traducción libre del siguiente texto: “*The Net needs to manage its diverse traffic, just as a city must manage the flow of pedestrians, bicycles, buses, delivery trucks, cars, and the occasional emergency vehicle on its streets. Any general rule must affect some kinds of traffic differently from the others, which is why you have car-friendly roads, bike lanes, and malls given over entirely to foot traffic*”. Jeff Hecht, “Net Neutrality’s Technical Troubles,” en *IEEE Spectrum* (12 de febrero de 2015), <http://spectrum.ieee.org/telecom/internet/net-neutralitys-technical-troubles> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(66) Jeff Hecht, “Net Neutrality’s Technical Troubles”.

(67) Adam Thierer, “Are Dumb Pipe Mandates Smart Public Policy? Vertical Integration, Net Neutrality, and the Network Layers Model”. *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, Vol. 3 (2005); 288-289.



Mario Zúñiga Palomino

Existe, además, escasa evidencia de abusos concretos⁽⁶⁸⁾. El Informe Técnico de sustento de la propuesta de Reglamento de Neutralidad de Red (en adelante, el Informe) que da sustento al Proyecto hace referencia al hecho de que conforme el mercado de contenidos y aplicaciones en internet fue creciendo “estos comportamientos restrictivos se volvieron más prohibitivos”⁽⁶⁹⁾ dando la impresión de que se trata de prácticas ampliamente difundidas. ¿Con qué evidencia sustenta dicha información? Apenas con la mención a dos casos en los que la FCC sancionó a las empresas Madison River y Comcast por bloquear a Vonage (llamadas) y BitTorrent, respectivamente. En el segundo caso, además, la sanción impuesta a Comcast fue revocada por la Corte de Circuito de Washington, D.C.

El caso de la “caída” de Netflix, que también originó una ola de apoyo a la causa de la neutralidad de red, a inicios de 2014, es otro supuesto ejemplo de prácticas anticompetitivas. Como explica Bennett; sin embargo, el problema fue causado no por una práctica deliberada de los PSI, sino por intermediarios que almacenan temporalmente el contenido para tenerlo “más cerca” de los usuarios (“*internet peering centers*”)⁽⁷⁰⁾.

Por lo demás, existen muchos escenarios en los que una priorización de tráfico no solo sería eficiente (dar más ancho de banda a quién más lo valora), sino además más justa (darlo a quién más lo necesita). El propio Tim Wu reconoce que “ciertas clases de aplicaciones nunca funcionarían adecuadamente a menos que cierto nivel de banda ancha y calidad del servicio se garantice. Por lo tanto, la ausencia de gestión del ancho de banda podría afectar con el desarrollo de aplicaciones y la competencia entre estas”⁽⁷¹⁾.

4.2. No existen fallas de mercado significativas. El servicio de internet se presta en un mercado razonablemente competitivo

Para regular una determinada industria tiene que haber una justificación. Aunque nuestros legisladores y reguladores parecen olvidarlo, regular las conductas empresariales tiene un costo para los consumidores y para el propio Estado. Por eso, para regular la neutralidad de red, se necesitaría demostrar que en el mercado de provisión de internet hay un verdadero problema que justifique esa intervención. En el lenguaje de la teoría económica, se necesita demostrar que existen fallas de mercado. Ante la ausencia de dichas fallas, la libre interacción de proveedores y consumidores, la libre competencia, es la que se encarga de disciplinar cualquier comportamiento “abusivo” por parte de los PSI⁽⁷²⁾. Los consumidores y los proveedores de servicios y contenidos basados en internet, escogerán al PSI que ofrezca una mejor, más eficiente y más justa gestión de la red. Los consumidores queremos acceder a la mayor cantidad posible de servicios y aplicaciones en internet, y si un proveedor no ofrece dicho estándar, nos cambiaremos al otro⁽⁷³⁾.

Pues bien, ni los proyectos de ley que dieron lugar a la Ley⁽⁷⁴⁾ ni el Informe contienen una

(68) Gerald Faulhaber, “What hath the FCC wrought?”; 50.

(69) OSIPTEL, *Informe Técnico de sustento de la propuesta de Reglamento de Neutralidad de Red*, Informe No. 347-GPRC/2015 (1 de setiembre de 2015); 13, <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/104-2015-cd-osiptel/Informe347-GPRC-2015-Res104-2015-CD.pdf> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(70) Richard Benett, “Inside Obama’s net fix”, ver Supra nota 19.

(71) Tim, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”; 155.

(72) Robert y Tomas, *Law and Economics*; 40-43. W. Viscusi, Kip, Joseph E. Harrington, Jr. y John M. Vernon, *Economics of Regulation and Antitrust*; 376 y siguientes.

(73) No ignoro, por supuesto, que en este mercado pueden existir “costos de cambio” que puedan desincentivar ese cambio. No obstante, la mera posibilidad de ese cambio puede ser suficiente para desincentivar prácticas “abusivas”. En el mercado de internet móvil, dichos cambios se han facilitado con la implementación de la “portabilidad numérica”.

(74) La Ley tuvo su origen en seis proyectos de Ley. El expediente de la Ley puede revisarse en el portal web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc/00999?opendocument (consultada el 3 de diciembre de 2015).

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

explicación técnica sólida de las fallas de mercado que justificarían la neutralidad de red. Este último se limita a señalar que “en algunos casos la competencia es limitada”, y que “los ISP (proveedores del servicio de internet, según las siglas en inglés) tendrían incentivos para degradar la calidad de aquellas aplicaciones o usos de internet que generen altos niveles de tráfico”⁽⁷⁵⁾.

Tal como explica Joshua Wright⁽⁷⁶⁾, el mercado de provisión de internet no es un monopolio natural, no es un bien público, no presenta externalidades significativas, y no crea asimetrías de información severas. Podría argumentarse que estas afirmaciones, realizadas por el profesor Wright para el mercado estadounidense no son válidas para el Perú. Creo sin embargo, que podemos extrapolarlas razonablemente al Perú, ya que se trata de las condiciones estructurales del mercado, determinadas en gran medida por el tipo de servicio que se presta y las tecnologías en las que se basa. En cualquier caso, la carga de la prueba debe estar en el legislador y en el regulador. Son ellos los que deben demostrar la existencia de las fallas de mercado antes de imponer una determinada regulación.

OSIPTEL trata de argumentar en el Informe⁽⁷⁷⁾ que existen prácticas discriminatorias que los usuarios no serían capaces de detectar (una asimetría de información). Para ello, sin embargo, la solución regulatoria es proveer información al consumidor, no regular la administración de las redes. Si

los PSI adoptasen prácticas de gestión de red no conformes a los términos de servicio ofrecidos a los consumidores, ello amerita una sanción ex post por infracción a las normas de protección al consumidor.

Una regla de “neutralidad” podría tener sentido en industrias que son “monopolios naturales”, en los que un operador tiene el control de una “facilidad esencial” para desarrollar una determinada actividad, o donde los altos costos fijos determinan que sea más eficiente que exista un solo operador. Pensemos, por ejemplo, en la telefonía fija, en la que el costo de desarrollar dos redes de telecomunicaciones resulta demasiado costoso y solo haría, en teoría, el servicio más caro para los consumidores⁽⁷⁸⁾.

Es cierto que el mercado de acceso a internet presenta “efectos de red” que pueden hacer difícil la competencia para nuevos entrantes⁽⁷⁹⁾. Es cierto, también, que el ingreso al mercado demanda ciertos costos fijos que pueden ser relativamente altos⁽⁸⁰⁾. No se trata, sin embargo, de barreras de ingreso insuperables.

Pese a estas condiciones, en efecto, el mercado de acceso a internet es razonablemente

(75) El Informe; 14.

(76) Joshua Wright, “Net Neutrality Meets Regulatory Economics 101”, en *Engage 2*, Vol. 16, (Setiembre 2015), <http://www.fed-soc.org/publications/detail/net-neutrality-meets-regulatory-economics-101> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(77) El informe; 15.

(78) El concepto de “monopolio natural” no está exento de cuestionamientos, pero dado que es generalmente aceptado por economistas y abogados, y es una de las premisas del marco regulatorio, no se discute en este documento. Para una crítica del concepto, véase: Adam Thierer, *Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly*. Cato Journal (Otoño de 1994), <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/1994/11/cj14n2-6.pdf> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(79) Se denomina efectos de red al hecho de que una determinada red se vuelve más valiosa mientras más miembros tiene, ya que te permite comunicarte con más personas. Esto sucede con la telefonía, con el internet (en cierta medida) y con diversas industrias en plataforma. Dado que los nuevos clientes preferirán a la red con más usuarios; puede ser complicado para los entrantes conseguir clientes. Ver: Nicholas Economides, “The internet and network economics,” en Eric Brosseau y Nicolas Curien (eds.), *Internet and Digital Economics. Principles, Methods and Applications* (Cambridge: University Press, 2008); 239.

(80) Véase: Jon Brodtkin, *One big reason we lack Internet competition: Starting an ISP is really hard* (6 de abril de 2014), <http://arstechnica.com/business/2014/04/one-big-reason-we-lack-internet-competition-starting-an-isp-is-really-hard/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).



Mario Zúñiga Palomino

competitivo⁽⁸¹⁾. El servicio es prestado por empresas portadoras, por operadores de telefonía fija, operadores de televisión de paga, operadores de telefonía móvil y otras, como la recientemente ingresada al mercado peruano, Movilmax⁽⁸²⁾, que se dedican exclusivamente al servicio de internet. Si bien en el Perú el mercado de provisión de internet está bastante concentrado y cuenta con un operador con una cuota de mercado claramente mayor a la del resto (Movistar tiene un 86% del mercado de internet fijo⁽⁸³⁾ y 56% del mercado de telefonía móvil⁽⁸⁴⁾, que tiene la tendencia a ser la principal forma de acceder a internet); una alta cuota de mercado no es suficiente para inferir que una empresa es monopólica o que un mercado no puede ser competitivo⁽⁸⁵⁾. Además, como señala Bennett⁽⁸⁶⁾, en mercados altamente dinámicos y con bastante innovación, como es precisamente el mercado de internet, una alta cuota de mercado garantiza aún menos el tener poder de mercado. En el Perú, por lo demás, se trata de un mercado en el que la demanda se está expandiendo⁽⁸⁷⁾ y en el que el ingreso de nuevos operadores es inminente⁽⁸⁸⁾.

Dado este escenario, razonablemente competitivo, en la provisión del servicio de acceso a internet, cualquier incentivo para bloquear

o discriminar que tengan los PSI puede ser disciplinado por la competencia. Por el contrario, los PSI tienen incentivos para ofrecer el rango más amplio de aplicaciones o servicios a sus consumidores; o, cuando menos, para ofrecer los que son más atractivos para estos.

Por lo demás, no es solo la competencia la que disciplina el comportamiento de los PSI. Como explica Thierer, incluso en un escenario en el que no tengamos nuevos entrantes, los consumidores pueden disminuir su consumo de internet ante la aparición de prácticas de gestión de red que les perjudiquen. Eso también perjudica a los PSI y es algo que deben tomar en cuenta al adoptar prácticas de gestión de red⁽⁸⁹⁾.

Como hemos visto en la sección 3.1, la diferenciación entre distintos tipos de tráfico en internet, no solo no daña al consumidor, sino que es necesaria para prestarle un

-
- (81) No es perfectamente competitivo, claro está. Pero la competencia es estructuralmente posible y la evidencia demuestra que las empresas del sector compiten por precios y calidad, y se quitan clientes.
- (82) *Movilmax* ingresó a competir en servicio local de datos. *El Comercio*, 27 de enero de 2015. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/negocios/movilmax-ingreso-competir-servicio-local-datos-noticia-1787232> (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- (83) A diciembre de 2013, según presentación "Servicio de Internet para el Segmento Residencial" de OSIPTEL. Véase: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Orientacion_Usuarios/Tarifas/OC_Marzo_14_-_Internet.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- (84) Al cierre de 2014 según un reporte estadístico de OSIPTEL emitido en marzo de 2015. Véase: http://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/reporte_estadistico_n08/files/assets/common/downloads/Reporte%20Estad.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- (85) Para una explicación sencilla de cuándo realmente estamos ante una posición de dominio, recomiendo revisar: Hugo Gómez, Hugo Figari y Mario Zúñiga, "Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio", *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual* 1, Año 1 (Primavera 2005); 153.
- (86) "(...)in dynamic and highly innovative markets, market share does not automatically translate to market power". Richard Bennett, "Arrested Development. How Policy Failure Impairs Internet Progress". *American Enterprise Institute* (Diciembre de 2015); 25, <http://www.aei.org/wp-content/uploads/2015/12/Arrested-development.pdf> (consultada el 3 de diciembre de 2015)
- (87) *Mercado de banda ancha crece a un ritmo de 15% anual*, CIO Perú (20 de junio de 2014), <http://cioperu.pe/articulo/16266/mercado-de-banda-ancha-crece-a-un-ritmo-de-15-anual/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- (88) "En el 2015 habrá hasta siete operadores móviles en el país", en *El Comercio*, 27 de octubre de 2014, <http://elcomercio.pe/economia/peru/renacer-obligadoarranco-guerra-precios-telefonía-movil-noticia-1766874> (consultada el 30 de noviembre de 2015).
- (89) Adam Thierer, *Are Dumb Pipe Mandates Smart Public Policy?*; 293.

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

mejor servicio. Si prohibimos este tipo de conductas, o las sometemos a una aprobación previa por parte del regulador, no solamente se limitaría la creatividad empresarial y la capacidad competitiva de los PSI, sino que además se privaría a los usuarios de los beneficios que estas prácticas otorgan (en términos de calidad del servicio o menores precios) sin saber siquiera si podrían causar un daño a la competencia. Es decir, se estaría “juzgando el crimen antes de que sea cometido”.

En muchos casos, las prácticas que se cuestiona ni siquiera son en estricto “discriminaciones”. El caso de los pagos por priorización es un buen ejemplo. Estos han sido catalogados como una especie de discriminación anticompetitiva. Sin embargo, para que se considere como una discriminación de precios sería necesario que se cobrara precios diferentes entre consumidores del mismo bien o servicio. En cambio, los pagos por priorización involucran el cobro de precios diferentes por servicios diferentes: una velocidad y latencia estándar paga menos, mientras que un servicio de internet de alta velocidad y baja latencia paga más⁽⁹⁰⁾.

Los PSI deben ser libres, incluso, de discriminar entre tipos de tráficos similares. En efecto, prácticas como el otorgamiento de servicios gratuitos o priorización del tráfico, normalmente beneficiarán a los consumidores y, si bien es posible que afecten la competencia en casos concretos, lo mejor, nuevamente, sería actuar *ex post*, cuando haya evidencia de ese daño.

Como señala el profesor Richard Epstein⁽⁹¹⁾, los pagos preferenciales son la regla en una gran cantidad de mercados. Los hacemos en el correo (sí profesor Lessig, en el correo), en compras por Internet (pago por pronto envío), en los bancos (banca preferencial o exclusiva), o en el transporte (pago de peaje en vías rápidas). Este tipo de pagos permite asignar los recursos (el ancho de banda, en el caso de internet) en mayor medida a quien más los valora. Esta es, precisamente, la definición de eficiencia.

5. Los riesgos de la neutralidad: menos calidad y menos expansión del servicio

En adición a ser una intervención regulatoria no justificada, como hemos explicado en la Sección 3, la neutralidad de red podría tener efectos no deseados que, en último término, encarecerían el servicio de internet o reducirían su calidad en perjuicio de los consumidores.

5.1. Pérdida de calidad en perjuicio del usuario final

El primer impacto negativo que pueden tener las reglas de internet es que, al reducir la capacidad de los PSI para gestionar el tráfico de su red, estos se verán impedidos de evitar fallas en el servicio. Es común, como explicamos en la Sección 3, que los PSI manejen la latencia de distintos tipos de tráfico a fin de que el consumidor no sufra interrupciones del servicio en el caso de llamadas de voz o video llamadas. Es posible, además, que “justos paguen por pecadores” y se causen congestiones y caídas del servicio por el uso excesivo de aplicaciones que consumen una gran cantidad de ancho de banda.

Asimismo, bajo las reglas de la neutralidad de red se podrían prohibir (o inhibir la implementación de) servicios que claramente benefician al consumidor, como el uso ilimitado de redes sociales y aplicaciones de chat (el denominado *zero-rating*). Innovaciones en este campo como el *streaming* ilimitado que está

(90) Gerald Faulhaber, *What hath the FCC wrought?* 52. “Price discrimination involves charging different consumers different prices for the same good or service; paid prioritization involves charging different prices for different services, viz., standard speed and latency vs. high speed and low latency Internet service”.

(91) Richard Epstein, *Hands Off the Web*, ver supra nota 17. “We want firms in competitive markets to offer lower prices to customers whom they can service at a lower cost. Any government decision blocking these options is an illicit form of economic protectionism that harms consumer interests, both here and in other market settings”.



Mario Zúñiga Palomino

ofreciendo T-Mobile en los Estados Unidos de América se ven amenazados por la neutralidad de red⁽⁹²⁾. Esta práctica ha sido precisamente utilizada en los Estados Unidos de América por los PSI para diferenciarse de sus competidores⁽⁹³⁾.

La neutralidad de red ha sido utilizada también para cuestionar el servicio “Free Basics” ofrecido por Facebook, pese a que este, con sus limitaciones, es beneficioso para el consumidor⁽⁹⁴⁾.

Uno de los argumentos de los defensores de la neutralidad de red es que la posible discriminación de los PSI impediría la innovación en internet. No hay, sin embargo, razones para pensar que la innovación solo puede darse “sobre la red” (en los mercados de aplicaciones y contenido) y no en la red misma (nuevos tipos de redes, mejores prácticas de gestión que optimicen las velocidades y capacidades).

El Proyecto no prohíbe el *zero-rating*, aunque de la lectura de el Informe se desprende que lo considera dentro de las prácticas que requieren autorización previa del regulador.

5.2. Desincentivos para invertir en redes

No es difícil inferir que, en el largo plazo, el no permitir a los operadores extraer el mayor beneficio posible de sus redes de telecomunicaciones (las que soportan el servicio de internet) reducirán los incentivos de los PSI para invertir en su ampliación, mantenimiento y renovación⁽⁹⁵⁾.

Aunque no hay todavía evidencia que demuestre la causalidad entre la incipiente regulación de la neutralidad de red y la reducción de la inversión en redes (ya que esta última depende de múltiples factores), Hal Singer detalla⁽⁹⁶⁾ cómo luego de la promulgación de la *Internet Order* de la FCC en marzo de 2015, los PSI estadounidenses redujeron notablemente sus gastos de capital. AT&T redujo dichos gastos en 29%, comparando el primer semestre de 2015 con el primer semestre de 2014. Charter lo hizo también en 29%, mientras que Cablevision y Verizon redujeron sus gastos de capital en 10% y 4%, respectivamente⁽⁹⁷⁾.

Este dato llama la atención considerando, sobre todo, que solo en dos oportunidades anteriores en la historia de la industria de internet de banda ancha los gastos de capital de los PSI se redujeron en comparación con el año anterior: en 2001, luego de la crisis de las “punto.com”; y en 2009, luego de la crisis financiera⁽⁹⁸⁾.

En un artículo más reciente⁽⁹⁹⁾, el propio Hal Singer explica que los gastos de capital de AT&T, Charter y US Cellular se redujeron en 21, 23 y 11%, respectivamente, en los primeros nueve meses de la “era de la neutralidad de

(92) Véase “T-Mobile Video Plan Could Test F.C.C.’s New Net Neutrality Rules”, en *New York Times* (11 de noviembre de 2015), <http://www.nytimes.com/2015/11/12/technology/t-mobile-video-plan-could-test-fccs-new-net-neutrality-rules.html> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(93) Babette Boliek, *Zero rating: The FCC’s war on affordable broadband* (26 de mayo de 2015), <http://www.techpolicydaily.com/internet/fccs-war-on-zero-rating/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(94) Mario Zúñiga, *¿Es Internet.org ilegal? ¿Debería serlo?* (6 de octubre de 2015), <http://mariozuniga.org/2015/10/06/es-internet-org-ilegal-deberia-serlo/>

(95) Adam Thierer, “Net Neutrality Digital Discrimination or Regulatory Gamesmanship in Cyberspace?” en *Policy Analysis* 507 (Enero de 2004), 17 y siguientes, <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa507.pdf> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(96) Hal Singer, “Does The Tumble In Broadband Investment Spell Doom For The FCC’s Open Internet Order?” en *Forbes* (25 de agosto de 2015), <http://www.forbes.com/sites/halsinger/2015/08/25/does-the-tumble-in-broadband-investment-spell-doom-for-the-fccs-open-internet-order/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(97) Hal Singer, “Does The Tumble In Broadband Investment Spell Doom For The FCC’s Open Internet Order?”

(98) Hal Singer, “Does The Tumble In Broadband Investment Spell Doom For The FCC’s Open Internet Order?”

(99) Hal Singer, *ISP Capital Expenditures in the Title II Era* (5 de noviembre de 2015), <https://halsinger.wordpress.com/2015/11/05/isp-capital-expenditures-in-the-title-ii-era/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(100) Hal Singer, *ISP Capital Expenditures in the Title II Era*.

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

red”. Aunque algunos PSI invirtieron más que en periodos anteriores, ello no compensó la caída de las inversiones de los operadores mencionados. En el neto, las inversiones de capital disminuyeron en US\$ 2.9 mil millones⁽¹⁰⁰⁾.

Una regla de neutralidad de red lo que haría sería proteger la competencia en la red de los operadores existentes. Pero no podemos perder de vista que lo más importante es fomentar la competencia entre las redes de varios operadores. En términos generales, un modelo de “competencia entre redes” (*facilities-based competition*) favorece más la expansión de redes que un modelo de “competencia sobre una red” (*utility-based competition*). Un estudio publicado en noviembre de 2014 por el American Enterprise Institute⁽¹⁰¹⁾ que compara la dinámica de la expansión de redes en el “G7” (las 7 economías más grandes del mundo), clasifica las políticas aplicadas a la industria de banda ancha en el mundo en tres modelos:

- El modelo “pionero” o de competencia entre redes, adoptado por Canadá y Estados Unidos. Este modelo es básicamente desregulado, aunque incluye subsidios en zonas rurales.
- El modelo semi-regulado, adoptado por el Reino Unido, Japón y Alemania; y,
- El modelo de “servicio público” aplicado en Francia e Italia. Este modelo incluye no solo subsidios sino también obligaciones de acceso y compartición de infraestructura.

Según el citado estudio, los países que adoptan el modelo de competencia entre redes tienen mayor cobertura (ver Gráfico 1), mayor tráfico de internet (ver Gráfico 2) y facilitan la adopción de nuevas tecnologías.

Gráfico 1⁽¹⁰²⁾

Cobertura de Banda Ancha en países del G7, 2012

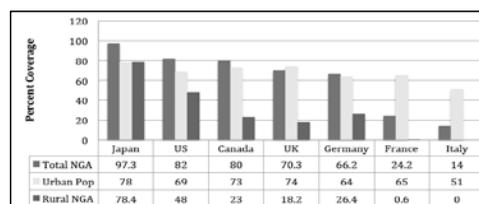
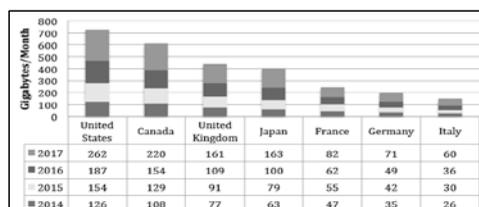


Gráfico 2⁽¹⁰³⁾

Crecimiento del tráfico de internet (proyectado)



Tal como señala Hecht, “el debate (sobre la neutralidad de red) se ha centrado en las políticas públicas, en la Ley y en las finanzas, dando las redes por sentadas”⁽¹⁰⁴⁾. Eso sería un grave error. Acostumbrados al internet, hemos perdido la capacidad de asombrarnos por el hecho de que podemos conversar (sin un costo adicional) con nuestros familiares y amigos al otro lado del mundo; que podemos hacer pagos en altas horas de la madrugada o fines de semana, o que podemos acceder a valiosa información en tiempo real. Pero todo esto necesita una infraestructura. Cable,

(101) Richard Bennet, “G7 Broadband Dynamics. How Policy Affects Broadband Quality In Powerhouse Nations,” *American Enterprise Institute* (Noviembre de 2014), <https://www.aei.org/publication/g7-broadband-dynamics-policy-affects-broadband-quality-powerhouse-nations/> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(102) Fuente y elaboración: Richard Bennet, “G7 Broadband Dynamics. How Policy Affects Broadband Quality In Powerhouse Nations,” *American Enterprise Institute* (Noviembre de 2014). “Total NGA” = Cobertura Total de Acceso de Nueva Generación (“Next Generation Access”); “Urban Pop” = población urbana; “Rural NGA” = población rural.

(103) Fuente y elaboración: Richard Bennet, “G7 Broadband Dynamics. How Policy Affects Broadband Quality In Powerhouse Nations”.

(104) “*Yet so far the debate has centered on policy, law, and finance, as if the network itself were a given. It is not*”. Jeff, “Net Neutrality’s Technical Troubles,” ver supra nota 63.



Mario Zúñiga Palomino

fibra, y sistemas de cómputo que necesitan inversión para implementarse, mantenerse o renovarse.

Los desincentivos que la aplicación de la neutralidad de red podría crear serían particularmente serios para un país como el Perú, si tomamos en cuenta que la brecha en inversión en infraestructura de telecomunicaciones es superior a los 20 mil millones de dólares (en el largo plazo)⁽¹⁰⁵⁾. Si la neutralidad de red es una mala idea en los países desarrollados, es más mala aun en países como el nuestro.

6. ¿Qué hacer? Libre Competencia y transparencia

Como explicamos en las secciones anteriores, estar en desacuerdo con la regulación de la neutralidad de red no implica ignorar la posibilidad de que puedan presentarse ciertas conductas anticompetitivas.

¿Cuál es, entonces, la herramienta regulatoria ideal para lidiar con estas (potenciales) conductas? Existen al menos dos tipos de legislaciones que permitirían al OSIPTEL evitar conductas anticompetitivas y perjudiciales para el consumidor: la legislación de libre competencia y la legislación de protección al consumidor. Además, existen diversas políticas públicas que podrían utilizarse para promover más competencia en el mercado de internet.

6.1. La legislación de libre competencia

En el Perú, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sanciona aquellas conductas que dañen el proceso competitivo. En el caso que nos ocupa, aquellas conductas de los PSI que bloqueen, restrinjan o discriminen a aplicaciones o servicios con fines anticompetitivos pueden ser sancionadas. Para ello, el PSI tendría que tener posición de dominio en el mercado y la conducta tendría que tener un efecto exclusorio. Esto, cabe precisar, está perfectamente en línea con los principios que inspiran la intervención regulatoria en las telecomunicaciones, conforme a los artículos 6 y 38 de la Ley de Telecomunicaciones y con el artículo 11 de su Reglamento⁽¹⁰⁶⁾.

Las prácticas de gestión de red que podrían ser susceptibles de afectar la competencia en internet (y que son las que preocupan a los defensores de la neutralidad de red) serían tratadas como “restricciones verticales”. Como regla general, este tipo de prácticas son consideradas socialmente beneficiosas⁽¹⁰⁷⁾, porque generan eficiencias derivadas de la reducción de costos de transacción y la generación de economías de escala.

(105) Véase: Brecha de infraestructura será de US\$159.549 millones al 2025. *El Comercio*, 4 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/peru/brecha-infraestructura-us159549-millones-al-2025-noticia-1853286> (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(106) Decreto Supremo 013-03-TCC, Ley General de Telecomunicaciones, Artículo 6.- El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Decreto Supremo 013-03-TCC, Ley General de Telecomunicaciones, Artículo 38.- Las empresas explotadoras de servicios portadores y teleservicios o servicios finales, para explotar servicios de valor añadido, deben necesariamente garantizar que no utilizarán su condición de operadores de tales servicios, para obtener ventajas en relación a empresas competidoras explotadoras de servicios de valor añadido, impidiendo la sana competencia. Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Artículo 11.- Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.

(107) Véase en general: Dennis Carlton, “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak are Misguided,” *NBER Working Paper 8105*, (Febrero de 2001), <http://papers.nber.org/papers/w8105> (consultada el 30 de noviembre de 2015); William Kovacic, Andrew I. Gavil y Jonathan B. Baker, *Antitrust Law In Perspective: Cases, Concepts And Problems In Competition Policy*, 2^o ed. (2002); 786.

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

En el caso específico del internet, la integración vertical de los proveedores del servicio de internet de banda ancha hacia los mercados de aplicaciones contenido u otros puede jugar un rol importante en generar más competencia y más calidad⁽¹⁰⁸⁾.

Para estos casos, la intervención vía legislación de libre competencia es superior a la intervención regulatoria, porque es más preciso. Al actuar *ex post*, la agencia de competencia cuenta con más y mejor información respecto al daño competitivo y el daño al consumidor causado por una determinada práctica. Así, puede sancionar solo aquellas que hayan causado un daño real. Este mecanismo, además, está alineado con el que era el objetivo central de la neutralidad de red: proteger la competencia.

OSIPTEL es un caso particular, ya que es a la vez un regulador y una agencia de competencia. Esa doble función podría generar incentivos para que se prefiera regular antes que vigilar la competencia. En sentido, es posible (afirmarlo categóricamente requeriría un mayor estudio del tema) que sea ideal trasladar las funciones de supervisión de la competencia sobre el mercado de las telecomunicaciones al Indecopi, que tiene más *expertise* persiguiendo estas prácticas. Esto es algo que también se ha propuesto en los Estados Unidos de América, respecto de la FCC y la Comisión Federal de Comercio (FTC por sus siglas en inglés)⁽¹⁰⁹⁾.

6.2. La legislación de protección al consumidor

En adición a los potenciales daños a la competencia en internet, una de las justificaciones que se da para imponer la neutralidad de red es que los consumidores pueden perder acceso a determinados contenidos, servicios y aplicaciones. Desde nuestro punto de vista, el consumidor no tiene (o no debería tener) un derecho a acceder a un “internet total”, con acceso a todo tipo de información, servicio o aplicación. En un contexto de competencia debería ser totalmente lícito que un PSI ofrezca un internet sin Skype, o un plan de datos móvil sin WhatsApp. No obstante ello, no debería ser posible que recorte el acceso a dichos servicios allí donde el consumidor

tenía una expectativa razonable de acceder a ellos. Normalmente, ante la ausencia de una declaración en contrario, los consumidores tendremos una expectativa razonable de acceder a un internet “libre” y “completo”.

Para proteger dichas expectativas, el Derecho de Protección al Consumidor, concretamente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado mediante Ley 29571, establece que los consumidores tenemos “derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible”, a fin de tomar mejores decisiones de consumo⁽¹¹⁰⁾.

Del mismo modo, las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones⁽¹¹¹⁾ establecen que “toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios. La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre: (i) el servicio ofrecido; (ii) las diversas opciones de planes tarifarios; (iii) los requisitos para acceder al servicio; y, (iv) la cobertura o alcance del servicio (...)”.

En atención a dicha normativa, los PSI deberán contar una política clara y transparente de gestión de redes o de bloqueo de ciertos contenidos, informando previamente al consumidor a qué contenidos no se podrá acceder o con qué criterios se favorecerá

(108) Adam Thierer, “Are Dumb Pipe Mandates Smart Public Policy?”; 275.

(109) Gerald Faulhaber, “What hath the FCC wrought?”; 55.

(110) Artículo 1.1, literal b.

(111) Artículo 6, ver nota 41.



Mario Zúñiga Palomino

determinado tipo de tráfico. Cuando incumplan estas condiciones, deberá aplicarse una sanción que incentive que en el futuro se brinde más y mejor información.

6.3. Políticas públicas para promover más competencia entre redes

En adición a la legislación antes señalada, el Estado también podría implementar políticas públicas que promuevan más competencia en el mercado de PSI y el sector de las telecomunicaciones en general. Podría, por ejemplo, fomentar un uso más eficiente del espectro (una medida concreta sería permitir la venta secundaria de espectro)⁽¹¹²⁾, de modo tal que este pueda usarse de la manera más eficiente posible.

Por otro lado, resulta vital remover barreras para la instalación de infraestructura⁽¹¹³⁾ (por ejemplo, antenas) para que haya más competencia entre las empresas establecidas y se facilite el ingreso de nuevos competidores. Dinamizar la competencia generará una gestión más eficiente y mejores ofertas por parte de los PSI a favor de los consumidores.

7. Conclusiones

En el Perú, así como en la mayoría de democracias liberales del mundo, el internet ha funcionado bien con un marco legal no muy invasivo. Aunque no estamos exentos de problemas de calidad en el servicio (derivados principalmente de la falta de infraestructura), el internet en el Perú ha expandido su alcance, llegando a más usuarios, ha expandido su calidad y la cantidad de servicios ofrecidos. No hay en el Perú, además, evidencia del bloqueo sistemático o de un trato diferenciado a aplicaciones o contenidos en internet en perjuicio de los consumidores.

El mercado de provisión de internet, además, no presenta fallas de mercado que impidan la competencia. Es más, se trata de un mercado razonablemente competitivo.

Si bien hipotéticamente es posible que se den abusos y prácticas anticompetitivas, y pueden presentarse incentivos para ello, la neutralidad de red es una herramienta regulatoria que puede traer más costos que beneficios. El costo más obvio es que el no permitir a los proveedores de internet administrar el tráfico de sus redes perjudicará la calidad de los servicios que necesitan de un mayor ancho de banda. Por otro lado, al priorizar un tratamiento igualitario que limite cobrar más o menos por los servicios, se impide a los operadores extraer el mayor beneficio económico posible de sus redes. Esto, a su vez, podría reducir significativamente los incentivos para expandir las redes, darles un adecuado mantenimiento y/o introducir nuevas tecnologías. A largo plazo, se perjudicaría inevitablemente a los consumidores. Antes que preocuparnos en redistribuir las redes que tenemos hoy, deberíamos centrarnos en su expansión y en permitir la innovación en inversión que generarán las redes del mañana.

Los defensores de la neutralidad de red hacen referencia a menudo a la “libertad de elegir” para justificar su posición. Lo que olvidan, sin embargo, es que dicha libertad consiste en elegir a través del sistema de libre contratación (es decir, a través del mercado), sin restringir la libertad del otro de prestarnos un servicio o vendernos un producto. La libertad de elegir de los consumidores no sería tan valiosa si no es correspondida por la libertad de los productores de definir cómo prestan sus servicios (y viceversa). No se puede hablar de “libertad de elegir” para forzar a un tercero

(112) “Telefonía: ¿por qué es clave la venta secundaria de espectro?”, *El Comercio*, 8 de septiembre de 2015. Disponible en: http://elcomercio.pe/economia/peru/telefonía-que-clave-venta-secundaria-espectro-movistar-claro-4glte-noticia-1839125?ref=nota_economía&ft=mod_interesa&e=título (consultada el 30 de noviembre de 2015).

(113) Véase sobre el particular, el informe elaborado por Contribuyentes por Respeto, “Las barreras políticas de la telefonía móvil”, en *Costo y Beneficio* 10. (Octubre, 2014), http://respeto.pe/images/homepage/Costo_y_Beneficio_10.pdf (consultada el 30 de noviembre de 2015).

La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú

The unbearable bureaucratization of the Internet: The OSIPTEL's proffer to regulate the “neutrality of red” in Peru

a brindar un servicio de una determinada manera. “Internet libre” e “internet neutral” son términos contradictorios.

Por razones de extensión, no hemos explorado en el presente artículo los posibles remedios legales que los PSI podrían adoptar ante la aplicación de una regulación como la neutralidad de red. Sin embargo, la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional otorgan garantías a la propiedad privada, a la libertad de empresa y de organización empresarial, y a la libertad de contratación que dan a los PSI sólidos argumentos legales para cuestionar una regulación que no se justifique en una clara falla de mercado o en un claro perjuicio a la competencia.

La neutralidad es un principio pensado para las grandes redes del siglo XX (muchas veces, monopólicas). No tiene sentido aplicarlo a las redes del siglo XXI. 