

PAOLA CARDOZO SOLANO

**APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE IMPACTO
NORMATIVO (AIN) A LAS PRÁCTICAS *ZERO RATING* EN COLOMBIA**

Trabajo de Grado

Maestría en Derecho Económico con énfasis en Regulación Económica y Análisis
Económico del Derecho 2017–2018

Bogotá D.C., Colombia

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

Rector

Dr. Hernando Parra Nieto

Secretario General

Dr. José Fernando Rubio

Decana de la Facultad
de Derecho

Dra. Adriana Zapata Giraldo

Director (e) del Departamento
de Derecho Económico

Dr. José Manuel Álvarez

Director de Tesis

Dr. Daniel Monroy Cely

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo de grado ha sido posible gracias al apoyo y la motivación de mi mamá, mi papá y mi hermana; y la gran orientación y los conocimientos de mi director, Daniel Monroy.

RESUMEN

Aplicación de la metodología de Análisis de Impacto Normativo (AIN) a las prácticas *zero-rating* en Colombia

Con el propósito de que más proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios tengan la posibilidad de llegar a los consumidores colombianos, y que estos a su vez, puedan tener un mayor margen de elección de contenidos y aplicaciones no tarifados en su plan de datos, como resultado de la aplicación de la herramienta de Análisis de Impacto Normativo (AIN) para las ofertas *zero rating* se recomienda optar por programas más flexibles que amplíen el espectro de elección del usuario y que también le garanticen al operador la libertad de configurar sus ofertas.

En concreto, se sugiere permitir que el usuario elija una o varias aplicaciones para que no sean tarifadas dentro de categorías o listados determinados por el operador bajo las condiciones estimadas por el regulador; y también que el usuario que no esté interesado en los contenidos ofrecidos en un esquema *zero rating* pueda obtener una compensación en datos o en el valor de la tarifa. También se propone que el regulador elabore un comparador de planes dirigido a los usuarios, de fácil consulta, donde se incluyan los contenidos, aplicaciones y servicios ofrecidos en *zero rating*.

Palabras clave

Zero rating / telecomunicaciones / Análisis de Impacto Normativo (AIN)

ABSTRACT

Regulatory Impact Analysis (RIA) to zero rating offers in Colombia

In order to allow more content providers to expand their scope and consumers to have a wider choice of free content and applications in their data plan within zero-rating programs, as a result of the application of the Regulatory Impact Analysis (RIA) tool, it is recommended to opt for more flexible zero-rating programs that broaden the spectrum of user choice and also guarantee that the ISP can continue to configure its offers.

Specifically, it is proposed to allow the user to choose one or several free applications within categories or lists determined by the ISP under conditions estimated by the regulator; it is also suggested that users who are not interested in the content offered in a zero-rating program may obtain compensation in data or in the value of the fee. Finally, it is advisable that the regulator develop a user-friendly data plan comparison tool, that includes the content, applications and services offered under zero-rating programs.

Keywords

Zero rating / telecommunications / Regulatory Impact Analysis (RIA)

TABLA DE CONTENIDO

Glosario	8
Introducción	9
Primer capítulo. Aspectos generales del <i>zero rating</i> y análisis del caso colombiano	11
1.1 La neutralidad de red y el <i>zero rating</i>	11
1.2 Definición y alcance del <i>zero rating</i>	14
1.3 Tipología de prácticas <i>zero rating</i>	14
1.3.1 Criterios de clasificación	16
1.3.2 Propuesta de tipología de las ofertas <i>zero rating</i>	18
1.4 Perspectivas sobre las prácticas <i>zero rating</i>	20
1.4.1 Perspectivas a favor del <i>zero rating</i>	21
1.4.2 Perspectivas en contra de las prácticas <i>zero rating</i>	32
1.5 Prácticas <i>zero rating</i> en Colombia	42
1.5.1 Situación normativa en Colombia	42
1.5.2 Descripción de la participación de mercado de PAI y de PCAS en Colombia	48
1.5.3 Caracterización de ofertas <i>zero rating</i> en Colombia	51
1.6 Conclusiones del análisis de las ofertas <i>zero rating</i> en Colombia.....	56
Segundo capítulo. Aplicación del Análisis de Impacto Normativo – AIN a las prácticas <i>zero rating</i>	58
2.1 Descripción de la herramienta metodológica: Análisis de Impacto Normativo (AIN).....	58
2.1.1 Definición del problema	61
2.1.2 Definición de los objetivos	62
2.1.3 Determinación de las alternativas.....	64
2.1.4 Identificación de los impactos	66
2.1.5 Comparación de las alternativas.....	68
2.2 Elementos de análisis sobre el estado de la regulación de las ofertas <i>zero rating</i> en Colombia	70
2.3 Desarrollo del Análisis de Impacto Normativo (AIN) para las prácticas <i>zero rating</i>	72
2.3.1 Definición del problema	73
2.3.2 Definición de los objetivos	77
2.3.3 Determinación de las alternativas.....	78
2.3.4 Identificación de los impactos	85
2.3.5 Comparación de las alternativas.....	91

2.3.6	Conclusiones del Análisis de Impacto Normativo (AIN).....	97
2.4	Conclusiones.....	98
3	Bibliografía	100

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Clasificación de las prácticas zero rating.....	19
Tabla 2 Caracterización de ofertas <i>zero rating</i> en Colombia en julio de 2021	52
Tabla 3 Ejemplos de beneficios asociados a una intervención regulatoria	67
Tabla 4 Ejemplos de costos asociados a una intervención regulatoria	67
Tabla 5 Evaluación de las alternativas según la Lista de verificación de competencia de la OCDE – Impacto (A)	92
Tabla 6 Evaluación de las alternativas según la Lista de verificación de competencia de la OCDE – Impacto (B)	93
Tabla 7 Evaluación de las alternativas según la Lista de verificación de competencia de la OCDE – Impacto (C)	94
Tabla 8 Evaluación de las alternativas según la Lista de verificación de competencia de la OCDE – Impacto (D)	95
Tabla 9 Comparación y evaluación de las alternativas preseleccionadas.....	96

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Preocupaciones anticompetitivas sobre el <i>zero rating</i>	33
Figura 2 Participación de los operadores en el mercado de Internet móvil colombiano.....	48
Figura 3 Aplicaciones más usadas en Colombia entre marzo y agosto de 2020 ..	49
Figura 4 Top páginas web por tráfico en enero de 2021 en Colombia	50
Figura 5 Plataformas de redes sociales más usadas en enero de 2021 en Colombia	50
Figura 6 Uso de aplicaciones móviles por categoría en enero de 2020 en Colombia	51
Figura 7 Árbol de problema	77
Figura 8 Alternativas preseleccionadas según el grado de intervención en las ofertas zero rating	85

Glosario

AIN	Análisis de Impacto Normativo
BEREC	Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas
CAS	Contenidos, aplicaciones y servicios en línea
CRC	Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PAI	Proveedor de acceso a internet
PCAS	Proveedor de contenidos, aplicaciones y servicios en línea
PGT	Prácticas de gestión de tráfico
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
ZR	<i>Zero rating</i>

Introducción

La discusión que da origen a esta investigación empezó en 2015 a raíz del lanzamiento de *Free Basics*, un programa desarrollado por Facebook que ofrece acceso gratuito a un conjunto de aplicaciones en los países con mayores brechas de conectividad, entre los que se incluyó a Colombia.

No obstante, esa iniciativa no estuvo exenta de controversias, pues fue rechazada por las organizaciones de la sociedad civil y algunos gobiernos ¿La razón? Sus contradictores aducen que este tipo de ofertas limitan la visión que las personas más pobres tienen de lo que es Internet, condenándolas a acceder a un ‘subInternet’, limitado a los contenidos a los cuales Facebook quiera darles acceso (jardín vallado).

Free Basics es apenas una de las clases de las denominadas ofertas *zero rating* (o tarifa cero), las cuales cobijan una gran variedad de prácticas comerciales heterogéneas, hoy muy extendidas en el mundo, y que se caracterizan porque el consumo de determinados contenidos, aplicaciones o servicios no es tarifado al usuario, de manera que no cuentan contra su límite de datos contratado.

A modo de ejemplo, una de las ofertas *zero rating* más comunes es cuando el usuario disfruta con tarifa cero la aplicación WhatsApp, mientras que el uso de cualquier otra aplicación rival sí se refleja en su consumo de datos.

Otro caso ilustrativo es cuando un operador decide no tarifar el consumo de aplicaciones o contenidos que este mismo o su grupo empresarial, produce. Como cuando la empresa Claro le ofrece navegación gratuita en el servicio Claro Música a sus usuarios.

Este tipo de prácticas, ampliamente extendidas en el mundo, son especialmente relevantes en los países en vías de desarrollo porque la mayoría de la población no adquiere planes de Internet ilimitado sino restringidos a un límite de datos.

Según la Comisión Europea (2017a) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE (2019), es muy significativo el efecto de impulso al consumo de una aplicación incluida en un esquema *zero rating*.

De este atributo se derivan a su vez las ventajas y desventajas asociadas a esta práctica. Frente a las primeras, los adeptos del *zero rating* aducen que: (i) fomenta la innovación en modelos de negocio; (ii) otorga acceso gratuito a ciertos contenidos, y (iii) algunas de sus modalidades pueden contribuir al cierre de la brecha digital. Además, algunos autores señalan que el *zero rating*, al aprovechar los efectos de red, permite la consolidación de un mercado de dos lados y facilita que las aplicaciones incluidas en ese tipo de esquemas alcancen la masa crítica de consumidores.

Con relación a sus potenciales efectos negativos, los detractores de la ‘tarifa cero’ señalan que puede afectar: (i) al mercado de los proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios debido a que solo unos pocos son incluidos en estas promociones, lo que les permite a los operadores elegir ganadores y perdedores; (ii) al mercado de los operadores porque los que tengan posición de dominio podrán crear ofertas gratuitas que otros no pueden replicar; y (iii) a la libertad de elección del usuario porque este tenderá a consumir el contenido incluido en un programa *zero rating* sin mayores opciones de escogencia.

Es decir que en las ofertas *zero rating* se observan simultáneamente tensiones competitivas y de protección a los usuarios. Dicho lo anterior, la presente investigación busca encontrar la mejor alternativa normativa para las prácticas *zero rating* en Colombia teniendo como objetivo salvaguardar, de un lado, la libertad de elección de los usuarios, y, de otro, la competencia efectiva en el mercado de los operadores y en mercado de los proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios. Además, la recomendación normativa que resulte de esta investigación debe procurar que se puedan explotar los beneficios que ofrece el *zero rating*.

Desde el punto de vista metodológico, la herramienta seleccionada para escoger la mejor opción normativa es el “Análisis de Impacto Normativo” (AIN) por ser un instrumento flexible, útil para encontrar soluciones prácticas, identificar costos y beneficios, y por permitir la comparación de alternativas regulatorias y no regulatorias.

Para desarrollar la investigación, en el primer capítulo se explican los aspectos generales del *zero rating*, sus orígenes conceptuales, definición, alcance y la tipología propuesta, para enseguida exponer las perspectivas a favor y en contra. También se presentará el panorama normativo y comercial de las prácticas *zero rating* en Colombia, seguido por consideraciones sobre la dinámica competitiva en los mercados de operadores de servicios móviles y de contenidos, aplicaciones y servicios en línea, y, por último, se expondrán elementos de análisis sobre la necesidad de cambiar el enfoque normativo actual. Por su parte, el segundo capítulo describe la herramienta de Análisis de Impacto Normativo – AIN, en términos de sus bondades, características y etapas, que luego será implementada para las ofertas *zero rating* en el país, de manera que serán definidos los objetivos, alternativas e impactos que permitirán la comparación de las opciones preseleccionadas. Finalmente se presentarán las conclusiones del ejercicio y de la investigación.

Primer capítulo. Aspectos generales del *zero rating* y análisis del caso colombiano

En este capítulo se presentará la postura que se sostiene en la presente investigación sobre el debate del *zero rating* en el marco de la neutralidad de red. Posteriormente, se delimitarán los aspectos esenciales del *zero rating*, se presentará una tipología de este tipo de prácticas, seguida de la exposición de las consideraciones a favor y en contra de su implementación.

Por último, se examinará el estado de la regulación del *zero rating* en Colombia y las ofertas comerciales de los principales operadores a la fecha.

Los aspectos enunciados serán los insumos de información necesarios para la aplicar la herramienta de Análisis de Impacto Normativo —AIN en el segundo capítulo.

1.1 La neutralidad de red y el *zero rating*

El principio de neutralidad de red fue planteado inicialmente por el profesor de Harvard, Tim Wu en los siguientes términos:

Como descripción general, la propuesta alcanzaría un equilibrio: prohibiría a los operadores de banda ancha, en ausencia de algún indicio de daño, restringir lo que los usuarios hacen con su conexión a internet, y a su vez, le da libertad general al operador para administrar el consumo de ancho de banda y otros asuntos de interés local. El principio logra esto desarrollando motivos "prohibidos" y "permitidos" para discriminar entre paquetes en su red. En términos generales, los motivos prohibidos son indicios de red, como la dirección IP o el tipo de aplicación. A la inversa, los motivos permitidos para las restricciones son indicios locales, en particular, el ancho de banda.

(...)

El principio de neutralidad aquí propuesto permitiría a los consumidores alcanzar cualquier aplicación de internet u operar cualquier tipo de red domestica mientras que también permite preservar la capacidad de los operadores para controlar el abuso de la red. (Wu, 2002, págs. 1,10)

Así que, partiendo del principio jurídico de igualdad, el citado autor propuso la *neutralidad en Internet* como una manera de garantizar que el derecho de los PAI de administrar sus propias redes no resultara en distorsiones anticompetitivas a mercados conexos, ni en limitaciones injustificadas a la libertad de elección de los consumidores ni a su derecho de utilizar los contenidos que deseen.

Según Wu (2003), “una red de comunicaciones como Internet puede ser vista como una plataforma para la competencia entre desarrolladores de aplicaciones” (p. 146), en consecuencia, sería admisible un trato discriminatorio entre contenidos, aplicaciones o servicios (en adelante, CAS), cuando fuera necesario para la eficiencia y el correcto funcionamiento de la red.

Por lo tanto, la neutralidad de red no es absoluta, cada uno de sus ámbitos de aplicación encuentran múltiples excepciones. Dicho de otra manera, en ciertos eventos, y bajo

determinadas consideraciones técnicas, jurídicas y económicas es admisible dar un trato diferenciado o discriminatorio a ciertos contenidos.

Algunas excepciones permitidas a la neutralidad de red son: las prácticas razonables de gestión de tráfico que pueden adelantar los operadores para manejar eficientemente su red (en eventos de congestión, spam, *malware* y ataques cibernéticos); las restricciones de origen legal o judicial (fundadas en normas de diversa índole, como la prohibición de la pornografía infantil); y, las solicitadas por el mismo usuario (como, los servicios de control parental o el bloqueo de publicidad).

Por otra parte, la neutralidad de red se puede clasificar como “positiva” o como “negativa”, de acuerdo con el tipo de discriminación de que se trate (Marsden, 2016). Así, la neutralidad negativa de Internet corresponde a los deberes de abstención impuestos a los operadores (en adelante, PAI), que se concretan en prohibiciones como: no bloquear, no priorizar, no interferir, no restringir, no ralentizar, y similares, frente a los cuales existe una aceptación generalizada en el mundo, y por eso dichas restricciones se consignan en gran parte de las regulaciones junto con las excepciones ya vistas. No sucede lo mismo con la neutralidad de red positiva que es mucho más problemática, puesto que existen discrepancias sobre cómo debe ser abordada, ya que esta implica “tratar algún contenido de mejor manera que el tráfico de Internet en general” (Marsden, 2016, pág. 5). Dentro de esta neutralidad se encuentran, “los ‘convenios privados de interconexión’, las ‘vías rápidas’ o ‘servicios especializados’ para la priorización de contenidos particulares. Las prácticas de bonificación o *zero rating* constituyen efectivamente una discriminación positiva, que opera vía precios (discriminación tarifaria)” (Fontanals, 2017).

Los ejemplos más frecuentes de neutralidad de red positiva, es decir de discriminación positiva de tráfico, o mejor, de tratamiento preferencial de unos contenidos sobre el resto son, la priorización y el *zero rating*, los cuales se abordarán enseguida.

Por un lado, la priorización, implica discriminación en términos de calidad y velocidad (Gautier & Somogyi, 2018) es conocida en la actualidad debido a la popular analogía de Internet como una autopista, en la que, sin neutralidad, la información viajaría por carriles rápidos cuando se le paga más al PAI, o por carriles lentos, cuando se le paga menos.

En contraste, el *zero rating* implica una discriminación en términos de precios:

Las prácticas *zero rating* consisten en crear diferenciación financiera entre proveedores de contenidos. En este caso, el PAI hace el consumo de ciertos paquetes de datos más caros que otros. Un ejemplo típico de discriminación financiera son los planes de datos móviles con contenido *zero rated* (...) el PAI cobra diferentes tasas marginales para distintos tipos de contenidos (Gautier & Somogyi, 2018, pág. 4).

Por lo tanto, las prácticas *zero rating* posibilitan que el usuario acceda a ciertos contenidos en condiciones tarifarias más favorables que otros, a diferencia de la priorización, el usuario podrá consumir esos servicios con la misma velocidad o calidad con la que puede acceder a los contenidos no privilegiados.

En todo caso, resulta discutible si el *zero rating* verdaderamente vulnera la neutralidad de red.

Sobre este punto, en Colombia, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2016a) recoge los argumentos de quienes consideran que no existe contradicción entre el *zero rating* y la neutralidad de red, por considerar que esta práctica: (i) no manipula indebidamente el tráfico en Internet (es decir, no se trata de PGT no razonables, ni se prioriza, degrada o bloquea contenido alguno); (ii) no vulnera la libre elección del usuario (puesto que las aplicaciones y servicios no tarifados obedecen a una respuesta comercial y los usuarios no están obligados a consumirlos); (iii) no genera barreras al consumo de PCAS; y por el contrario, incrementa la demanda de servicios de la sociedad de la información en países en vías de desarrollo.

En cambio, Gautier & Somogyi (2018, pág. 4), sí consideran que esta práctica infringe la neutralidad de red ya que en su opinión “permite al PAI discriminar entre contenido (...) en términos de precio”, lo cual, a diferencia de la práctica de la priorización de tráfico pago, no necesariamente conduce a lesionar la competencia o la inversión.

En un sentido similar, reconociendo que la raíz del *zero rating* se encuentra en la neutralidad de red, Krämer & Peitz (2018) indican lo siguiente:

Las ofertas *zero rating* son nuevos términos contractuales que afectan tanto a los proveedores de contenido como a los consumidores. No son necesariamente benignas ni perjudican necesariamente a la sociedad. Tienen algunas conexiones con el debate sobre la neutralidad de la red, pero parece ser importante conocer los aspectos económicos de este tipo de contratos en lugar de depender de analogías vagas con otros intentos de cobrar y discriminar a los PCAS por la entrega de tráfico. (pág. 27).

Por ende, si el *zero rating* es considerado exclusivamente a la luz de la neutralidad de red, probablemente será considerado una práctica atentatoria *per se*, y, por ende, será descartada de tajo, sin importar las ventajas o beneficios que pueda ofrecer, por ejemplo, en términos de bienestar del usuario, acceso a determinados servicios, innovación, ampliación de la conectividad, competencia, entre otros. Por lo tanto, las prácticas comerciales novedosas del sector de telecomunicaciones, como el *zero rating*, no deben analizarse únicamente bajo el criterio de la neutralidad de red.

Esto reafirma que la neutralidad de red no es absoluta, ni debe confundirse con un principio en sentido jurídico, por el contrario, puede tener diversas excepciones según las consideraciones técnicas, económicas o normativas que cada Estado considere deben prevalecer. La neutralidad de red es apenas una dimensión en la amplia discusión sobre las prácticas *zero rating*.

En consecuencia, el debate no debe centrarse en si el *zero rating* transgrede la neutralidad de red o no, a pesar de que sus orígenes conceptuales se hallen en esta; sino que la discusión debe ser orientada a si esa práctica comercial (considerando sus múltiples variantes, como se verá a continuación) resulta violatoria, o, por el contrario, garante de intereses jurídicos, libertades y derechos, como la libre competencia o la protección al consumidor.

De acuerdo con lo expuesto, la postura que se sostiene en esta investigación es que las ofertas *zero rating* si bien son violatorias de la neutralidad de red, puesto que por definición implican un trato discriminatorio, pueden tener efectos competitivos o anticompetitivos, a favor de la libertad de elección de los usuarios o en contra de ella.

Además, como se verá más adelante el grado de protección de la libre competencia o de la libertad de elección de los consumidores dependerá del grado de competencia efectiva que exista y de la variedad de *zero rating* de que se trate, puesto que bajo ese nombre se agrupan un conjunto de ofertas heterogéneas, cuyas particularidades pueden determinar la postura que deberá asumir el regulador.

1.2 Definición y alcance del *zero rating*

Para efectos de la presente investigación, se tomará como base la definición de las prácticas *zero rating* —también conocidas en español como prácticas tasa o tarifa cero—, elaborada por el BEREC (Cuerpo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas):

37. [En el *zero rating*] un PAI aplica un precio de cero al tráfico de datos asociado con una aplicación particular o con una categoría de aplicaciones (y los datos no cuentan para ningún límite de datos establecido en el servicio de acceso a Internet). Existen distintos tipos de *zero rating* que pueden tener distintos efectos en los usuarios finales y en el internet abierto (2016, pág. 10).

Dicho en otras palabras, el *zero rating* corresponde a una práctica comercial de los PAI que consiste en no tarifar el consumo de ciertos contenidos, servicios o aplicaciones contra el tope de datos contratado por el usuario final.

La definición presentada identifica que los PAI no solo pueden cobrar un precio de cero a una aplicación específica, sino también a un grupo de aplicaciones, más adelante se verá la importancia de este punto. También se destaca de la delimitación conceptual del BEREC, que reconoce la existencia de una amplia variedad de ofertas *zero rating* con características distintas, y, en consecuencia, con efectos, tanto benignos como nocivos, diferentes.

De otra parte, se resalta que la práctica bajo estudio es relevante, si y solo si, en el contexto de planes de datos con un límite o tope de consumo, y en contraste, no es relevante para los planes de datos ilimitados porque en estos eventos no existe un máximo de consumo. Por eso, este tema es del mayor interés para los usuarios de Internet en los 'países en vías de desarrollo', ya que debido al "alto costo de los planes móviles ilimitados (...) o [a]l precio prohibitivo del acceso a internet en general" (Correa Pérez, 2018, pág. 5).

Además, el impacto de las ofertas *zero rating* es mucho mayor en las conexiones a Internet móvil, puesto que el acceso a Internet fijo tiene techos de consumo bastante más altos o, incluso, suele ser ilimitado.

1.3 Tipología de prácticas *zero rating*

Bajo el término *zero rating* se agrupan ofertas de diversa naturaleza que tienen en común que el usuario final no paga por el consumo de cierto tráfico de datos, al respecto BJ Ard, explica lo siguiente:

El *zero rating* no es monolítico. Sus implementaciones varían desde planes que ofrecen acceso gratuito a una única página web a aquellas que ofrecen una plataforma integral para aplicaciones móviles. Y los programas varían considerablemente dependiendo del grado de control que los operadores ejercen respecto de la decisión sobre los sitios o servicios que se presentan. Entender los

beneficios específicos de los usuarios y los riesgos anticompetitivos de cada uno de esos alcances es un prerrequisito para una regulación efectiva del *zero rating*.

(...)

[P]ara evaluar el impacto de estos programas, también deben considerarse sus diferencias funcionales en términos de los modelos de patrocinio, procesos de selección de los sitios y modalidades de comunicaciones (Ard, 2016, págs. 989, 998).

Por lo tanto, el punto central de este acápite es resaltar que el término *zero rating* reúne un grupo de estrategias comerciales y no comerciales, que se caracterizan por no tarifar al usuario final por el consumo de determinados contenidos, servicios o aplicaciones.

Como se decía, al comprender ofertas de distintos tipos, el *zero rating* no es uno solo, y sus implicaciones, positivas y negativas, tampoco (Fontanals, 2017). Por ende, es recomendable que los reguladores analicen la diversidad de las prácticas tarifa cero, para, evaluar la conveniencia de una u otra oferta de acuerdo con los objetivos que se persigan, por ejemplo:

(...) Al considerar las características en conjunto podemos predecir el impacto general de un plan de *zero rating*. Un sistema que combine autopatrocinio con la discreción del operador de cobrar diferentes cargos a diferentes proveedores de contenidos podría desembocar en un *payola scheme*. O, considere un programa en el cual el gobierno subsidie múltiples sitios educativos y de noticias de uno a muchos. Ese programa puede proveer un servicio valioso, educando al público de la misma manera que radiodifusores estatales como la BBC lo han hecho por más de un siglo. Incluso puede ser generativo en la medida en que ha desarrollado las capacidades de los usuarios para participar en la esfera pública. Pero no proporcionaría un servicio de comunicaciones con las características interactivas propias del Internet abierto.

Las críticas del *zero rating* deben tener en cuenta estas diferentes combinaciones con el fin de centrarse en los desafíos y oportunidades reales de esta práctica. Dejados a su suerte, los operadores pueden implementar planes *zero rating* que maximicen sus beneficios particulares a expensas del público. Pero permitir el *zero rating* no significa dejar que los operadores egoístas funcionen en un vacío regulatorio.

A menos que se prohíba el *zero rating*, como proponen muchos críticos, la ley podría intervenir para orientar a los operadores hacia acuerdos que sirvan a los objetivos de interés público de las leyes de comunicaciones y para alejarlos de los que les son contrarias. (Ard, 2016, pág. 27)

En conclusión, las ventajas y desventajas del *zero rating* dependerán de la clase de ofertas de que se trate. Estas modalidades se pueden evaluar a la luz de la dimensión que resulte de interés de la autoridad correspondiente, por ejemplo: derechos humanos, derechos de los consumidores, competencia, entre otros.

Dicho esto, las variedades de *zero rating* pueden ser clasificadas teniendo en cuenta diversos criterios, por ejemplo, el agente que paga por los datos, el tipo de contenido no tarifado (genérico o específico), la elección del contenido no tarifado, como se explica a continuación.

1.3.1 Criterios de clasificación

De acuerdo con lo recién indicado, a continuación, se presentarán los tres criterios de clasificación más relevantes planteados por la literatura respecto del *zero rating*, los cuales además permiten dilucidar las características y particularidades de cada una de las variedades de esta práctica:

1.3.1.1 Según el agente que paga por los datos

Teniendo en cuenta que la práctica bajo estudio consiste en no tarifar al usuario por el consumo de determinados contenidos y/o aplicaciones, entonces, la pregunta obligada es: ¿quién paga por esos datos?

Hay tres candidatos, que no son mutuamente excluyentes. Un proveedor de contenido puede pagar a un PAI por los ingresos no percibidos de este último, a través de un método conocido como "contenido patrocinado". De manera alternativa, un PAI puede decidir no cobrar por la descarga de contenido predeterminado, para hacer que sus servicios sean más atractivos. Por otro lado, de manera más obvia, los consumidores pueden pagar, si el PAI aplica un cargo adicional por las opciones *zero rating* (...).

Más sutilmente, otros consumidores pueden pagar. Esto puede ocurrir de la siguiente manera. La tarifa cero es una forma de discriminación de precios: servicios iguales o similares se cobran tanto a la tarifa normal como a un precio cero. Esto les da a los proveedores una oportunidad adicional para dar forma a sus ofertas en maneras que tengan en cuenta las diferencias de gustos entre consumidores (...). (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE, 2019, pág. 6)

En consecuencia, los datos no tarifados al usuario final pueden ser costeados o *patrocinados* por alguno de los siguientes cuatro agentes:

(i) Por el mismo PAI: por decisión unilateral del operador como estrategia de negocio (lo que se conoce como *carrier initiated*), esto sucede, según Márquez & Arciniegas (2019) cuando el PAI quiere atraer nuevos usuarios o conservar los existentes brindando acceso a contenidos o aplicaciones de alta popularidad, bien de propiedad de terceros o de PCAS verticalmente integrados con el operador (esto último es el autopatrocinio).

Un ejemplo común en Colombia del patrocinio de aplicaciones de terceros es que todos los operadores incluyen al servicio de mensajería instantánea WhatsApp (de propiedad de Facebook, Inc.) dentro de sus programas *zero rating*; y un ejemplo de autopatrocinio es que el servicio de *streaming* de música Claro Música se encuentra dentro de los esquemas *zero rating* del operador Claro, por lo tanto, la utilización de ese servicio tiene tarifa de cero para sus usuarios.

El PAI también costea los datos que consumen sus usuarios cuando así es ordenado por una autoridad estatal. Un ejemplo de esto se encuentra en los Decretos Legislativos 464 y 555 de 2020 expedidos por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia ocasionada por el COVID-19, en los que se estableció que los PAI debían ofrecer "navegación sin costo para el usuario (*zero rating*) al dominio, subdominio y paginas adyacentes del portal de educación que será dispuesto por el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones" (Art 2, numeral 3, literal a), para los servicios de telefonía móvil prepago y pospago.

(ii) Por el PCAS: esta modalidad de *zero rating* es conocida como *sponsored data* o datos patrocinados e implica que el usuario final tendrá una tarifa de cero por el consumo de determinados contenidos, mediando una contraprestación del PCAS al PAI para que los contenidos que aquel desarrolla sean incluidos en un esquema *zero rating*.

Ard (2016) citado por Correa Pérez (2018, pág. 112), explica que el modelo *sponsored data* se observó por primera vez en el 2014 en EE.UU, “cuando AT&T ofreció a las empresas [operadores] pagar por los datos que consumían sus clientes en la descarga y uso de aplicaciones de prueba o en los anuncios en video de sus contenidos”.

Los datos patrocinados son una de las variedades de *zero rating* más controversiales, como se verá en el acápite 1.4 *infra*.

(iii) Por los consumidores que están dispuestos a pagar una suscripción al servicio ofrecido por el PCAS.

(iv) Por los Estados, cuando deciden subsidiar el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios en línea.

Según Rogerson (2016) “incluso para el caso de los servicios de datos gratuitos no patrocinados, generalmente existe un acuerdo contractual entre el proveedor de servicios móviles y el proveedor de contenido en el que el proveedor de contenido acepta satisfacer ciertas condiciones técnicas a cambio de que sus datos se proporcionen como un servicio gratuito para los suscriptores” (pág. 1).

De otro lado, para Somogyi (2017), en los programas *zero rating* debe considerarse la posibilidad de participar que ofrecen los operadores a los PCAS, por tal razón, considera que las ofertas pueden ser clasificadas como: abiertas, para resaltar que cualquier PCAS puede unirse mediando pago o no; o, en contraste, como ofertas excluyentes¹, es decir que sus políticas de ingreso no son públicas a los PCAS.

Si bien, los dos últimos autores consideran que el tipo de acuerdo celebrado entre los PAI y los PCAS es una pauta para clasificar las ofertas *zero rating*, en el presente escrito se toma como una consideración complementaria al patrocinio del consumo de los datos, ya que en la práctica es muy difícil determinar si en los acuerdos se incluyen cláusulas de exclusividad o si efectivamente los PCAS pagan a los PAI para ser incluidos.

1.3.1.2 Según el tipo de contenidos incluidos en el programa (específicos o genéricos)

Sin perder de vista la aclaración anterior, Goodman (2016), clasifica el *zero rating* tomando en consideración la relación entre el PAI y el PCAS, esto es, si hay exclusividad, si existe pago por parte del agente que provee el contenido, y si la decisión de no tarifar el consumo de datos es o no exclusiva para un servicio específico:

Sin pago, sin exclusividad: el PAI no cobra y ofrece tarifa cero de forma no exclusiva a todas las aplicaciones dentro de una clase, sujetas solo al cumplimiento de reglas técnicas (que reducen la demanda de ancho de banda). (...) Este tipo de servicio es un diferenciador de productos en mercados maduros.

¹ El término original del texto en inglés es *exclusionary*.

Sin mediar pago, con alguna exclusividad: el PAI se asocia con PCAS selectos para aplicar tarifa cero a las aplicaciones que son especialmente populares o que tienen un valor cívico. Este modelo de negocios ha sido un gancho promocional en mercados en desarrollo con bajo nivel de penetración, donde los operadores han eximido, por ejemplo, a WhatsApp, Facebook, Wikipedia y otros servicios populares. Una familia de prácticas relacionadas, son aquellas en las que el PCAS les paga a los usuarios con créditos en datos con el fin de fomentar la interacción con ciertos contenidos.

Mediando pago, sin exclusividad: en este caso el PCAS paga al PAI por “datos patrocinados”, para que el usuario disfrute el contenido sin costo.

Servicio vertical del proveedor, con exclusividad: el PAI no aplica tarifa por el consumo de sus propios servicios (pág. 71).

Es decir que, independientemente de si existe pago por parte del PAI o exclusividad, otro análisis que se debe tener en cuenta es si la exención de cobro al usuario final se dirige a: (i) un contenido, servicio o aplicación específico (como, WhatsApp, Twitter o Deezer); o (ii) al consumo de determinado subgrupo de contenidos, aplicaciones y servicios (por ejemplo, servicios de *streaming* de música, redes sociales o conjuntos heterogéneos de CAS).

1.3.1.3 Según el agente que elige los contenidos del esquema *zero rating*

De acuerdo con Ard (2016), los modelos de selección de los sitios favorecidos por un programa *zero rating* se pueden ordenar en forma ascendente de acuerdo con la apertura que ofrecen a la entrada de proveedores de contenidos, de esa manera: cuando la elección del CAS está completamente a discreción del operador, el programa será menos abierto; en los eventos en que el PAI o una plataforma selecciona los estándares que los PCAS interesados deben cumplir para ingresar a la iniciativa, se podrá considerar que la apertura es media; y finalmente, cuando el usuario decide qué contenidos o aplicaciones desea que no le sean tarifados, la apertura del programa será la más alta.

En otras palabras, la elección de los contenidos, aplicaciones o servicios que resultarán comprendidos en un esquema *zero rating* puede darse: (i) a discreción del PAI; (ii) por el PAI o una plataforma teniendo en cuenta un conjunto de estándares; (iii) por el usuario, cuando el PAI le brinda la posibilidad de decidir entre un conjunto de aplicaciones.

1.3.2 Propuesta de tipología de las ofertas *zero rating*

Correa Pérez (2018, pág. 113) expone que, de la combinación de los criterios de agente patrocinador y tipo de contenidos incluidos, se pueden perfilar las siguientes clases de ofertas *zero rating*:

- Único sitio: Fue el primer tipo de tasa cero y consiste en el otorgamiento de acceso sin costo a un solo servicio (sitio web o aplicación) por parte del PAI. Por regla general, el PAI es quien patrocina la tasa cero en este modelo, a pesar de que exista un acuerdo con el proveedor del contenido priorizado. (...).
- Datos patrocinados (*sponsored data*) o «patrocinado»: Es uno de los modelos de zero-rating más analizados por la doctrina. Se caracteriza porque el costo de los datos

usados es asumido por el proveedor del contenido, que paga por dichos costos al PAI. (...)

- **Compuesto (*compound zero-rating*):** Modelo en que una empresa —o un conjunto de ellas— se asocia con un proveedor de contenidos de internet para otorgar a sus clientes acceso sin costo a un paquete de sitios y aplicaciones seleccionadas. Dicho acuerdo puede o no involucrar un pago al PAI por parte del proveedor del contenido (...).

- **Categoría de sitios o categórico (*categorical zero-rating*):** Se asemeja a la tasa cero compuesta en que ofrece acceso gratuito a varias aplicaciones, pero a diferencia de ella, en el zero-rating categórico las aplicaciones ofrecidas pertenecen a una misma categoría de servicios (...).

- **Falso:** De acuerdo con la literatura académica, es una práctica que tiene la apariencia de tasa cero, pero que no lo es. En este modelo, un proveedor de contenido se asocia con un PAI para ofrecer cantidades limitadas de datos gratuitos a los usuarios a cambio de que éstos cumplan con ciertas condiciones, como ver alguna publicidad o descargar una aplicación. Los usuarios tienen la ventaja de utilizar el crédito de datos en la forma que ellos deseen, incluidos los servicios que no pertenecen al proveedor de contenidos que patrocina los datos.

A partir de la clasificación formulada por Correa Pérez, pero de acuerdo con los tres criterios arriba expuestos (agente patrocinador, tipo de contenido beneficiado y agente que elige el contenido), y las consideraciones presentadas en este apartado, se propone la siguiente clasificación de las prácticas *zero rating*:

Tabla 1 Clasificación de las prácticas zero rating

			Criterio de clasificación			Ejemplo
			Patrocinador	Tipo de contenido beneficiado	Elección del contenido	
Tipos de zero rating	1	Autopatrocino	PAI	CAS específico	PAI	Virgin patrocina LolaTop / Claro patrocina Claro Música
	2	Carrier Initiated	PAI	CAS específico	PAI	Todos los operadores patrocina WhatsApp
	3	Datos patrocinados	PCAS	CAS específico	PCAS	Navegación sin consumo de datos en DaviPlata y Bancolombia A la mano para usuarios de Claro, Tigo y Movistar.
	4	Compuesto	PAI	Varios CAS	PCAS	Tigo, Claro y Avantel patrocina Free Basics de Facebook

	5	Categoría de sitios	PAI	CAS tipos genéricos	Usuario	Tigo patrocinaba la aplicación de <i>streaming</i> de música que eligiera el usuario (2017) / Claro patrocinaba la aplicación que escogiera el usuario entre las siguientes opciones: Twitter, Facebook, Cabify, Taxis Libres y Waze (programa “Navégala sin miedo con Claro” (2020)
	6	Falso	PCAS / Gobierno	Sin restricción	Usuario	1 Gb gratis por descargar CoronaApp

Fuente: elaboración propia.

El alcance de cada uno de los seis tipos de *zero rating* descritos en la Tabla 1 se presentan enseguida:

1. Autopatrocino: el operador cubre el valor del consumo correspondiente al uso de aplicaciones, contenidos o servicios que el mismo PAI (o su matriz, filiales y subsidiarias) produce.

2. *Carrier initiated*: aquí el PAI decide unilateralmente no tarifar el consumo de datos de una aplicación, contenido o servicio específico producido por un tercero.

3. Datos patrocinados o *sponsored data*: esta clase de *zero rating* consiste en que el PCAS es el agente que cubre el valor de los datos consumidos por el usuario al utilizar sus contenidos, aplicaciones o servicios.

4. Compuesto: un operador celebra una alianza con un PCAS para no cobrar al consumidor por el acceso a un conjunto de contenidos, aplicaciones y servicios elegidos por el PCAS.

5. Categoría de sitios: el PAI pone a disposición del usuario un listado o un género de CAS, dentro de los cuales el usuario puede elegir el qué quiere que no le sea tarificado.

6. Falso: en esta última modalidad, el PCAS o incluso el Gobierno, como ha ocurrido en la práctica, patrocina el consumo de un volumen limitado de datos sin destino específico, de forma que el usuario es libre para escoger los sitios o aplicaciones en los que quiere disfrutar esos recursos.

1.4 Perspectivas sobre las prácticas *zero rating*

Con el propósito de ilustrar las visiones contrapuestas, enseguida se estudiarán las perspectivas favorables y críticas al *zero rating* a la luz de la tipología presentada en la sección anterior.

Los siguientes capítulos recogen las opiniones sobre el *zero rating* emitidas por representantes de los distintos *stakeholders* del ecosistema de Internet: gobiernos, sector privado, organismos internacionales y supranacionales, academia y sociedad civil.

1.4.1 Perspectivas a favor del *zero rating*

En este acápite se presentarán primero las consideraciones favorables de carácter general sobre el *zero rating* en diversos aspectos (bienestar del consumidor, incremento de la demanda de CAS, cierre de la brecha digital, libertad de elección, topes de datos y competencia), luego, se desarrollarán los aspectos económicos que justifican esta práctica, y finalmente, se expondrán las posturas de la doctrina sobre cada una de las tipologías propuestas.

1.4.1.1 Perspectivas generales a favor del *zero rating*

Frente al bienestar del consumidor, en términos de Flórez Duncan (2016), “el beneficio más obvio (y menos controversial) para los usuarios es el acceso gratuito al contenido”. Por supuesto, los consumidores valoran de una manera muy positiva la posibilidad de poder consumir ciertos CAS sin que esto cuente contra el límite de datos del paquete contratado con su operador. Esta valoración positiva de los usuarios no puede dejarse de lado a la hora de realizar un estudio sobre el impacto general del *zero rating*.

De acuerdo con Brake (2016), “puesto de manera simple, los consumidores aprecian la posibilidad de usar aplicaciones no tarifadas sin tener que preocuparse por sus límites de datos. Debemos celebrar cuando mercados competitivos trabajan para darle a los consumidores más de lo que quieren” (pág. 12).

El mismo Brake (2016, pág. 12), anota que “el *zero rating* también tiene el potencial de incentivar el descubrimiento de aplicaciones o páginas web no incluidas en las ofertas *zero rating*. Si las aplicaciones que más usan datos o las más populares no están tarifadas, los consumidores tendrán más datos que los que tuvieran de otra forma para explorar otros servicios”. En igual sentido, la Comisión de Regulación de Comunicaciones — CRC (2016a), señala que el *zero rating* jalona el consumo general de CAS, tanto de los beneficiados por la tarifa cero, como de los que no entran en ese programa, debido a que el usuario cuenta con un cupo liberado de datos para utilizarlos en los servicios que sean de su interés.

No obstante, es probable que las aplicaciones rivales (y menos populares que la(s) incluida(s) dentro de un programa *zero rating*) no sean exploradas por los usuarios con su excedente del tope de datos, puesto que los efectos de red determinan en gran medida el contenido ganador en un mercado de determinado. Por ejemplo, si la aplicación de mensajería instantánea más usada es WhatsApp, y además de ello hace parte de los programas *zero rating* de todos los operadores, es previsible que los usuarios no descarguen y/o utilicen otras aplicaciones que sí cuentan contra su tope de datos. Es decir que el *zero rating* podría reforzar los efectos de red propios de las dinámicas de los mercados TIC de contenidos, aplicaciones y servicios.

Contra este planteamiento, la Comisión Europea (2017a) aduce que los PAI de ninguna forma interfieren con la decisión del consumidor, porque, como los operadores generalmente incluyen los CAS más demandados por los usuarios, el programa elegido simplemente reflejará las preferencias de los consumidores.

Otro aspecto relacionado con el anterior, son los beneficios que trae el *zero rating* para los países en vías de desarrollo. La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2016a), enuncia las siguientes tres ventajas: primera, ofrece un acercamiento a una

versión de Internet que, aunque limitada, puede incentivar la demanda de CAS; segunda; como consecuencia de lo anterior, puede contribuir al desarrollo de CAS locales; y tercera, es una opción considerable para cerrar la brecha digital:

Existen ciertas ventajas del mecanismo de ZR sobre otras políticas que buscan fomentar el ecosistema digital.

Por ejemplo: (i) ZR es superior a mecanismos o programas del gobierno que subsidien el acceso a Internet debido a que dichos programas son costosos y demorados de implementar. Por el contrario ofertas ZR son fáciles de implementar y son los operadores quienes subsidian o internalizan el costo de proveer ofertas ZR; (ii) Las ofertas ZR son más flexibles en la medida en que pueden ser modificados rápidamente de acuerdo a la demanda de los consumidores; (iii) Hay una menor intervención del gobierno en las ofertas ZR en comparación con otros mecanismos o políticas de expansión del ecosistema digital; y (iv) Aun cuando no existen o son muy pocos los estudios de impacto de ofertas ZR, algunos resultados obtenidos ya presentan los beneficios de estas ofertas en países en desarrollo. Los operadores están reportando un crecimiento de suscriptores y consumo de datos móviles. (Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC, 2016a, pág. 21).

El *zero rating* puede convertirse en un instrumento nada despreciable para ofrecer una primera aproximación de Internet a los colombianos que aún no están conectados, mediante programas liderados por los operadores, con o sin alianzas con PCAS.

Brake (2016) añade que programas como *Free Basics* y *Wikipedia Zero* son herramientas para reducir el costo de acceso a la información y a la comunicación en poblaciones pobres, y sirve como puerta de acceso para que las personas adquieran su primer plan de datos, para ello refiere la información suministrada por Facebook: “más del 50 por ciento de los usuarios que usaron *Free Basics* pagaron por Internet completo dentro del primer mes (pág. 9).

La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2016a) también ha notado que los esquemas *zero rating* no son exclusivos a los mercados típicos de los países en desarrollo, sino que pueden llegar a ser complementarias a las de mercados más maduros que ofrecen topes superiores de consumo de datos. Por eso, las aplicaciones que más consumen datos particularmente, las de video de proveedores de contenidos audiovisuales son las incluidas en este tipo de ofertas.

Por otra parte, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2016a), reseña las posturas de quienes consideran que el *zero rating* de ninguna manera vulnera el derecho de elección de los usuarios, puesto que el usuario sigue siendo libre de acceder a los contenidos que desee, e incluso este puede decidir no hacer uso de la oferta *zero rating* de su operador.

Márquez & Arciniegas (2019) adicionan que el *zero rating* es un mecanismo eficiente para crear más acceso a Internet, ampliamente implementado en América Latina, donde, “en la mayoría de los casos, los PAI son los que internalizan el costo de ofrecer programas de *zero-rating*, en contraste con los subsidios patrocinados por el gobierno que pueden resultar costosos y difíciles de implementar” (pág. 78). Ahora bien, señalan que “[e]n síntesis, la OCDE (2015) reconoció que el *zero-rating* puede fomentar la competencia y tener efectos positivos en el desarrollo económico y social” (pág. 87), sin embargo, omiten que la OCDE

en su más reciente análisis del 2019, tiene ahora una postura muy crítica sobre el *zero rating*.

De otra parte, se explicaba atrás que estas ofertas solo son relevantes cuando los usuarios contratan planes con límites de consumo. Pues bien, en el mercado de Internet móvil se ha criticado la existencia de topes de datos, por crear una escasez artificial que juega a favor de los operadores. En respuesta a los críticos, autores como Rogerson (2016), señalan que:

[L]os topes de datos y los planes de datos gratis ayudan a que los proveedores de banda ancha móvil logren importantes funciones económicas que mejoran la eficiencia y benefician a sus suscriptores. En particular, ayudan a que las firmas racionen la escasez de capacidad y gestionen la congestión; les dan incentivos a los suscriptores para usar la capacidad eficientemente; les dan a los proveedores de contenido un incentivo para considerar el impacto de la red subyacente de los servicios intensivos en datos; y permiten que los proveedores móviles expandan el mercado que atienden al ofrecer a los consumidores un rango de planes a precios diferentes. (pág. 7)

Esto quiere decir que, al establecer un control sobre el consumo de Internet, los topes de datos posibilitan que las redes sean gestionadas de manera más eficiente, lo que redundará en beneficios para todos los actores participantes.

Asimismo, al moderar el consumo, se reduce el riesgo de congestión de tráfico en las redes que operan los PAI, y según Brake (2016), los topes se constituyen como una herramienta adicional para que los operadores estructuren sus planes y fijen precios alrededor de esa escasez que está determinada por el desempeño y capacidad de sus redes, por ende, no sería una “escasez artificial”, como señalan los detractores.

La Comisión Europea (2017a, pág. 121), plantea lo siguiente sobre el tema:

El hecho de que el *zero rating* de determinados tipos de contenido pueda estar asociado con límites de datos más estrictos no debe considerarse un problema, a menos que se puede demostrar que los usuarios preferirían límites más holgados, pero se ven obligados a aceptar una estructura de precios inferior donde algunos contenidos son gratuitos y los límites aplicados a los demás contenidos son más estrictos. Tal resultado puede surgir si no hay competencia efectiva en el mercado (...) pero en este caso, el problema radica en que esa competencia limitada resulta en estructuras de precios inferiores (en este caso, presumiblemente también implicaría cargos excesivos), más que en el *zero rating* en sí.

Pero, de un lado, es cuestionable la afirmación de que no necesariamente los topes de datos más reducidos son un problema. Por el contrario, la regla general es que los usuarios prefieren tener un límite de consumo más alto, y en pocas ocasiones elegirían tener más aplicaciones en *zero rating* y topes de datos más bajos. De otro lado, aduce que una estructura de precios inferior que reduzca el bienestar del consumidor será consecuencia de una competencia limitada, mas no del *zero rating* en sí mismo.

La misma Comisión aclara sin embargo, que no cuenta con evidencia que permita concluir que los países que permiten los planes *zero rating* cuentan con topes de datos más bajos que aquellos países que los prohíben o restringen.

Por último, la Comisión Europea (2017a) llama la atención sobre la importancia de la transparencia en estas ofertas, ya que existe un riesgo de engaño por la falsa promoción de “datos gratuitos” como ya ha ocurrido en Chile y Estados Unidos, especialmente si se tiene en cuenta que “investigaciones recientes en ciencias del comportamiento confirman la sabiduría de este enfoque; la oferta de servicio “gratuito” es seductora e interfiere con la capacidad de los consumidores para buscar la oferta que mejor se adapte a sus necesidades” (pág. 121).

Para Rogerson (2016), vetar los topes de datos y el *zero rating* equivale a una regulación de precios intrusiva en un mercado competitivo, por lo que los Estados deberían abstenerse de incurrir en ese tipo de conductas.

Finalmente, frente a los límites, la OCDE (2019) ha señalado que en algunos países el *zero rating* ha servido como impulsor de la transición a topes de datos más altos, o incluso, a ofertas sin límites de datos, la consecuencia de ello, en los lugares donde esto ha empezado a ocurrir, es que el *zero rating* comienza a perder relevancia.

En lo que corresponde a la libre competencia la OCDE (2019) plantea que las repercusiones del *zero rating* se deben analizar a nivel de los PAI y a nivel de los PCAS.

Dentro de los efectos potencialmente positivos para los PAI, la OCDE (2019) destaca que estas ofertas les brindan a los usuarios “incentivos para comenzar a comprar paquetes de datos (...), [a]demás, los operadores que ofrecen contenido *zero rated* pueden aumentar su participación de mercado” (pág. 8); a nivel de PCAS, el *zero rating* puede tener “efectos de expansión del mercado si el contenido *zero rated* sirve como incentivo para que los consumidores opten por paquetes de datos para acceder a Internet en su totalidad y así descubrir otros aplicaciones y sitios web que normalmente no compiten con las aplicaciones no tarifadas” (pág. 9).

Márquez y Arciniegas (2019) descartan las preocupaciones que puedan existir sobre el *zero rating* en los mercados con competencia efectiva, tanto en el eslabón ascendente como en el descendente porque sin un PAI o un PCAS con poder de mercado, una oferta *zero rating* no representaría riesgos anticompetitivos para los PCAS ya que estos tendrían más opciones para llegar al usuario final.

Por último, uno de los más duros opositores al *zero rating* en el país, Fundación Karisma, liderada por Carolina Botero recientemente ha flexibilizado su postura sobre esta práctica, en los siguientes términos:

A pesar de haberme resistido como sociedad civil al “*Zero rating*”, no tendría corazón hoy para decir que no exista, porque sin duda ha generado unos usos que en sociedades tan inequitativas como la colombiana no podemos desconocer. Creo que hay una obligación para que el regulador colombiano piense cuál es un “*Zero Rating*” que permita la competencia. (Cortés Bernal, 2020).

Este giro apunta a reconocer las bondades evidentes del *zero rating* para acercar a más personas por primera vez a Internet, teniendo en cuenta que las conexiones no crecen al ritmo esperado por lo que todos los esfuerzos son necesarios para cerrar la brecha digital.

1.4.1.2 Consideraciones económicas favorables al *zero rating*

En lo que corresponde a los aspectos económicos favorables a las prácticas *zero rating* en conjunto, se expondrán las consideraciones relativas a los mercados TIC y a los mercados de los dos lados.

Eisenach (2015), uno de los más férreos defensores de la tarifa cero, referenciado por Correa Pérez (2018), ha indicado que el *zero rating* es un mecanismo impulsado por el mercado para:

“(…) capturar las eficiencias económicas asociadas con las características de los mercados de tecnología de la información. Al expandir el alcance del contenido y los servicios de distribución en línea, generan beneficios socioeconómicos. Las preocupaciones de que el *zero-rating* pueda servir como un medio para excluir la competencia o limitar la libertad de expresión parecen estar fuera de lugar y carecen de soporte tanto teórico como empírico” (pág. 114).

Cada vez son más los autores que aducen que el funcionamiento y ventajas del *zero rating* se explican por las particularidades del mercado de Internet móvil como un mercado de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2016a, pág. 8), con base a la propuesta de Eisenach, explica que ese tipo de mercados se caracterizan por:

(i) Economías de escala y de alcance y externalidades de red; (ii) Modularidad; y (iii) Dinamismo, los esquemas ZR podrían ayudar, en algunos casos, a alcanzar las eficiencias económicas, ya que permite capturar las externalidades de red, y establecer precios eficientes diferenciados en mercados de comunicaciones móviles. (Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, *ibid.*, pág. 8)

La modularidad se refiere a las complementariedades que pueden existir en la producción o en el consumo de ciertos bienes o servicios, por ejemplo:

Las firmas que producen productos complementarios pueden, por un lado, cooperar para crear plataformas (v.gr. Facebook and Tigo en Colombia, con respecto a Free Basics), o por otro, producir dichos productos a través de una integración vertical (v.gr. Blackberry). Por lo tanto, la competencia puede ocurrir tanto al interior de una misma plataforma digital (v.gr. entre los diversos proveedores de contenido de noticias disponibles en la aplicación Free Basics) o entre dichas plataformas (v.gr. la rivalidad entre los operadores de sistemas Android y iOS). (Márquez & Arciniegas, 2019, pág. 78).

Es decir que la interacción entre agentes de distintos eslabones del mercado de Internet móvil no debe necesariamente evaluarse bajo los mismos criterios de sospecha de las prácticas anticompetitivas, porque en gran medida pueden explicarse por la naturaleza de los mercados TIC.

El dinamismo se refiere a la importancia que tiene la innovación en este tipo de mercados, de manera que “el éxito de una empresa está determinado por su capacidad de ofrecer productos novedosos y mejorados, descartando así cualquier estrategia competitiva que se base solamente en los precios” (Márquez & Arciniegas, 2019, pág. 77).

Esto explica también porque es una estrategia óptima para los operadores ofrecer ciertos contenidos a tarifa cero, pero, además, “la fijación de precios diferenciales es una forma eficaz de recuperar los costos iniciales (hundidos) a menudo sustanciales en que incurren los agentes del mercado” (Comisión Europea, 2017a).

Y la característica de un mercado TIC más relevante para el *zero rating*, son los efectos de red, los cuales son especialmente fuertes en los mercados de CAS. En virtud de estos, entre más personas utilicen una plataforma, aplicación o servicio y/o generen contenidos para estos, mayor será el excedente del consumidor, ya que el CAS se hará más valioso para los usuarios existentes. Los efectos de red son más fuertes en las aplicaciones de mensajería instantánea y de redes sociales (Comisión Europea, 2017a).

Hoernig & Monteiro (2020), al estudiar los incentivos que tienen los PAI para desarrollar un programa *zero rating*, concluyeron que “se adopta si y solo si aumenta fuertemente las suscripciones. Para esto, es necesario que los efectos de red de participación (a diferencia del uso) sean lo suficientemente fuertes y que las ofertas de *zero rating* aumenten las expectativas de uso en otros suscriptores” (pág. 2). Es decir que, este tipo de programas son herramientas empleadas por el PAI o un PCAS para acrecentar las expectativas de los usuarios en el uso y participación sobre determinados CAS.

Desarrollar un programa *zero rating* será “una estrategia óptima del PAI siempre que los ingresos por clic sean grandes y siempre que la tarifa de suscripción sea pequeña” (Somogyi, 2017, pág. 3). Por lo tanto, al desplegar ofertas *zero rating*, un PAI:

(...) [P]or una parte, reduce sus ingresos del lado del usuario, y, por otra parte, puede extraer ingresos del lado del PCAS. Aunque el PAI tiene total libertad en el diseño de sus ofertas *zero rating*, tiene una capacidad limitada para influir en el lado del usuario del mercado. (Somogyi, 2017, pág. 18)

Flórez Duncan (2016) aduce que el *zero rating* resulta muy útil para aquellas aplicaciones que requieren alcanzar una masa crítica de usuarios antes de entregar valor, por lo que incentiva el crecimiento de su consumo, esto está estrechamente relacionado con los efectos de red en los mercados de aplicaciones. A modo de propuesta, el autor señala que las *start-up* podrían considerar celebrar acuerdos con uno o varios PAI, a cambio de una tarifa, con el propósito de incrementar su alcance y visibilidad.

A pesar de que este es un aspecto interesante, pocos PCAS emergentes contarían con la capacidad económica para llevar a cabo tales acuerdos. Sin embargo, nada obsta para que, en los próximos años, los PAI —o incluso los gobiernos—, lideren iniciativas para impulsar contenidos locales prometedores, a través de esquemas *zero rating*.

Igualmente, Flórez Duncan (ibid.) expone que la tarifa cero —al igual que el lanzamiento de ofertas exclusivas— puede ser útil para promover la competencia entre los PAI, ya que puede constituirse en un elemento de diferenciación entre los operadores, lo que puede redundar en más competencia y más variedad de ofertas para el consumidor final. Ahora bien, tal y como se verá en la caracterización de las ofertas en el mercado colombiano, los CAS escogidos por los operadores del país en sus programas *zero rating* son casi siempre los mismos, es decir, que este no parece ser un elemento de competencia entre los operadores con relación a los servicios que ofrecen.

De acuerdo con Hoernig & Monteiro (2020), al implementar programas *zero rating*, aumenta “el excedente del consumidor y el bienestar total, solo si los efectos de red son lo suficientemente fuertes” (pág. 1), entre otras razones, porque una externalidad negativa derivada del *zero rating* es la congestión en la red del operador, debido al incremento de tráfico.

Otros autores, explican que la tarifa cero es una herramienta para asignar eficientemente los recursos escasos (datos y capacidad de red). En ese sentido, Brake (2016, pág. 1) resalta que “no es probable que los *productos zero rating* lesionen el Internet Abierto, por el contrario, son un signo de una diferenciación de producto saludable que asigna de manera más eficiente los recursos escasos en un mercado competitivo, mejorando en últimas, el valor del consumidor”.

Similarmente, Somogyi (2017) identifica, en primer lugar, que los programas donde los PAI restringen los PCAS que pueden participar (en términos del autor, “excluyentes”) reasignan la demanda del PCAS más débil al más fuerte, lo cual incrementa las ganancias y el bienestar sociales; y, en segundo lugar, el *zero rating* es útil para desplazar la demanda a los servicios que ofrecen contenidos atractivos, de manera que en el caso de este tipo de contenidos, la tarifa cero siempre resulta beneficiosa para el bienestar social y los consumidores (incrementa el excedente del consumidor, ya que menos de ellos tendrán que pagar el consumo de datos o la suscripción).

Somogyi (ibid.) ha explicado que “[s]orprendentemente, el PAI puede aplicar una tarifa cero al contenido, cuando este es muy poco atractivo o muy atractivo para los consumidores, pero no en la región intermedia (...) el *zero rating* beneficia a los consumidores si el contenido es atractivo, mientras que puede disminuir el bienestar social en el caso contrario” (pág. 1), porque el usuario se beneficia con la posibilidad de consumir más de un contenido de su interés; mientras que si el contenido no es atractivo, se genera congestión en el tráfico del PAI, lo que afecta a los usuarios de ese operador.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones — CRC (2016a), expone que un esquema de precios diferenciales, como lo es la tarifa cero, “tiene diversas eficiencias económicas y apoya la inversión e innovación en las redes y el desarrollo de contenidos y aplicaciones” (pág. 7), igualmente, este tipo de ofertas son para la CRC, “un instrumento por el cual los operadores móviles incluyendo los operadores móviles virtuales, pueden diferenciarse de sus competidores ofreciendo acceso a contenido y aplicaciones específicas, y generando los incentivos necesarios para facilitar el acceso a los mismos. [Esto] intensifica el grado de competencia en una industria que, por sus características económicas, tiende a tener una estructura concentrada” (pág. 8).

Por otra parte, una de las explicaciones más populares sobre los potenciales beneficios de la tarifa cero, es la que plantea que la naturaleza del Internet móvil obedece a un mercado de dos lados.

Un mercado de dos caras, de dos lados o bilateral (que también podría llegar a ser multilateral), ha sido definido por la doctrina en los siguientes términos:

Un mercado tiene dos lados si la plataforma puede afectar el volumen de transacciones cobrando más a un lado del mercado y reduciendo el precio pagado por el otro lado en una cantidad igual; en otras palabras, la estructura de precios es

importante y las plataformas deben diseñarla de manera que incentive a ambos lados a participar (Rochet & Tirole, 2006, pág. 35).

Dicho de otra forma, un mercado bilateral se caracteriza porque la plataforma o intermediario puede influir en la demanda a través de los precios que cobre a cada uno de los extremos.

Jullien & Sand-Zantman (2017) explican que “Internet puede ser visto como un negocio de tres partes en el cual los proveedores de contenidos y los consumidores usan la red para el comercio”. Es decir que los operadores actúan como intermediarios de dos tipos de consumidores, los usuarios propiamente dichos y los proveedores de contenidos, servicios y aplicaciones.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2019) precisa que, en la economía digital, los mercados de los dos lados presentan las siguientes características que permiten su identificación:

Dos o más grupos de usuarios; efectos de red indirectos (es decir, cuando la utilidad de la plataforma para un usuario de uno de los lados del mercado está en función del número, calidad, etcétera, de los usuarios del otro lado del mercado); y un intermediario que internaliza los efectos de red indirectos generados a cada lado del mercado y quien diseña la estructura de precios con el fin de atraer a cada uno de los grupos de usuarios.

Y este último aspecto resulta ser el elemento esencial. La plataforma generalmente determinará que “el grupo de usuarios que genera los mayores efectos de red indirectos paga el menor precio. Este menor precio para alguno de los grupos puede llegar a estar, incluso, por debajo de los costos marginales, o se puede dar en ciertas circunstancias que uno de los lados reciba un pago por parte de la plataforma (precios negativos)” Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2019).

Este resulta ser el caso de las prácticas *zero rating*, bajo la perspectiva de Internet como un mercado bilateral, así, el operador decide sufragar el consumo de las aplicaciones más populares, con el propósito de atraer más consumidores (*carrier initiated*, tipo 2. de *zero rating*); y, por otra parte, los PCAS también estarán tentados a cubrir los datos consumidos por los usuarios en sus aplicaciones, ya que, de esta forma, la gratuidad percibida por el consumidor estimulará la navegación en los contenidos beneficiados (*sponsored data*, tipo 3. de *zero rating*).

Márquez & Arciniegas (2019, pág. 78), recuerdan que “la fijación de precios en los mercados de dos lados no solamente se basa en los costos marginales, sino en las elasticidades de las demandas reveladas por ambos lados del mercado, el nivel en que la participación de un lado del mercado afecta la participación del otro, así como los ingresos que pueden extraerse de los mismos”.

Puesto de otra forma, los PCAS pagarán tarifas más altas que las que pagan quienes se encuentran en la otra cara del mercado, es decir, los usuarios finales. Márquez & Arciniegas (ibid.) señalan que esta es una práctica de discriminación de precios: el lado del mercado con la demanda más inelástica será quien pague tarifas más altas y a la inversa, esta no será una práctica anticompetitiva si los precios se fijan bajo los criterios expuestos, porque de esa forma el valor de la plataforma se maximiza para los dos grupos de consumidores.

En resumen:

El *zero-rating* es un medio a través del cual los operadores crean oportunidades de distribución por parte de proveedores de contenido (al incrementar el número de suscriptores), al tiempo que aumentan el valor de la plataforma para los suscriptores (al incrementar la cantidad de contenido disponible) esto a pesar de que muchos operadores deciden establecer ofertas de *zero-rating* sin pago de contraprestación, considerando que, al hacerlo, incrementan los valores de sus plataformas –i.e. la red móvil–. (Eisenach (2015), citado por (Márquez & Arciniegas, 2019, pág. 80).

Para finalizar esta sección, Jullien & Sand-Zantman (2017) añaden que el *zero rating* permite que los operadores dirijan más tráfico hacia los contenidos más valorados por los usuarios, lo crea eficiencia asignativa al solucionar el problema del precio faltante en Internet, esto es, cuando los contenidos son “gratuitos”. No obstante, estos autores advierten que la modalidad de datos patrocinados de *zero rating* podrá ser anticompetitiva, en los eventos en que la tarifa que fijen los operadores sea solo atractiva para los grandes PCAS, por lo que proponen fijar un tope para reducir las barreras de entrada a ese tipo de programas.

Frente a las críticas respecto de la modalidad de datos patrocinados (tipo 3.), León Alcalde (2017) indica que históricamente, tanto en el sector de telecomunicaciones como en el sector audiovisual, han sido frecuentes los sistemas de pago compartido, de pago asumido por el desarrollador de los contenidos y de doble fuente de ingresos del PAI (mercado bilateral), en los cuales el operador no solo recibe ingresos provenientes de los usuarios, sino también contribuciones por parte de los PCAS (quienes se financian con publicidad).

Por ende, algunas de las consecuencias de restringir este tipo de *zero rating* son:

(...) [S]e limita la posibilidad de los usuarios de acceder de modo gratuito y enteramente libre a determinadas aplicaciones o contenidos, cosa enteramente normal en otros ámbitos como los servicios de difusión de video o, dentro de las propias telecomunicaciones tradicionales, las llamadas a numeración gratuita.

(...)

Por otra parte, empuja a los prestadores de estos servicios a utilizar como único medio de financiación los señalados de publicidad y explotación de metadatos, ya que no pueden establecer acuerdos con los operadores de redes para obtener ingresos por sus servicios a través de la comercialización conjunta o integrada de los servicios de red (León Alcalde, 2017, pág. 1263).

Así que, prohibir o restringir estrictamente el *zero rating*, y en particular la modalidad de datos patrocinados afectaría la innovación en el mercado de Internet móvil, y perjudicaría a los usuarios en dos vías, primero, no podrían acceder gratuitamente a CAS de su interés; y segundo, los PCAS solo podrían financiarse a través de la explotación de metadatos de los usuarios y del consumo de publicidad por parte de los estos. Esto sin duda llama la atención sobre algunos efectos desfavorables para los usuarios (en este caso, en materia de datos personales) que no son advertidos inicialmente en la discusión sobre la tarifa cero.

Por su parte, la Comisión Europea (2017a) considera que esta modalidad puede ser nociva cuando un PCAS obtiene acuerdos con un PAI para que el *zero rating* no se extienda a sus

competidores, ahora bien, la prueba de una alianza de este tipo es muy difícil por la confidencialidad de este tipo de convenios.

Pero más allá de eso, la investigación adelantada por la Comisión Europea (ibid.) indica que los datos patrocinados en general son raros, frecuentemente no existen acuerdos formales entre operadores y PCAS, muchas veces ni siquiera se implementan programas *zero rating* con consentimiento del PCAS, salvo por los permisos de utilización de las marcas, y además existe muy poca evidencia de exclusividad. A pesar de que los hallazgos son interesantes, un aspecto que podría sembrar dudas es que la fuente de información de la Comisión Europea fueron las entrevistas practicadas a PCAS y PAI europeos.

1.4.1.3 Perspectivas favorables al *zero rating* de acuerdo con su tipología

Ahora bien, en el evento en que el PAI ofrezca con tarifa cero sus propios contenidos (o los de alguna compañía del grupo empresarial del que haga parte), nos encontraremos frente a la modalidad de *zero rating* denominada autopatrocinio (tipo 1., Tabla 1).

Aunque esta es una de las variedades más cuestionadas, la Comisión Europea (2017a) esgrime que esta solo afectaría la dinámica competitiva si los contenidos son lo suficientemente atractivos para ser determinantes en la elección del consumidor, y si en los mercados en cuestión existe una historia reciente de fusiones entre PAI y PCAS.

En lo que corresponde al *zero rating* compuesto (tipo 4.), el lanzamiento en 2013 de *Internet.org* (ahora llamado *Free Basics*) de Facebook constituyó el punto de partida para la discusión mundial sobre las ofertas tarifa cero, principalmente por el amplio despliegue mediático que obtuvieron.

El programa consiste en alianzas celebradas entre Facebook y algunos PAI de países con bajas tasas de penetración de Internet (entre ellos, Zambia, Malawi, Colombia, México y Bielorrusia), con el fin de ofrecer gratuitamente a los usuarios acceso a una serie de contenidos y servicios web, de noticias, salud, educación, empleo y de información local (Facebook, 2021), es decir que no se trata de una versión gratuita de Facebook, sino de una variedad de sitios de terceros.

Su funcionamiento es el siguiente:

La plataforma *Free Basics* está abierta a cualquier desarrollador, siempre y cuando su servicio cumpla con los criterios técnicos que se publican en línea.

La plataforma no es exclusiva para que pueda participar cualquier operador. Además, el programa es gratuito para usuarios y PCAS. Los operadores no reciben pago por participar en el programa y Facebook no recibe pago de proveedores de contenido ni de operadores. Facebook tampoco ofrece anuncios en la versión de Facebook en *Free Basics*. (Layton & Elaluf-Calderwood, 2016, pág. 3)

Así que, salvo por el cumplimiento de los requisitos técnicos, cualquier desarrollador puede unirse a *Free Basics*. Los operadores que en cada país deciden aliarse con Facebook son quienes patrocinan el consumo de los usuarios en los CAS participantes.

Layton & Elaluf-Calderwood (ibid.) esgrimen que el problema de este tipo de programas es que hay muy pocos y que ofertas como estas deberían no solo ser implementadas por

Facebook sino también por otros actores públicos y privados. Para sostener esta afirmación señalan que:

Free Basics puede amplificar los esfuerzos positivos para el desarrollo de mhealth; desarrollo de contenidos y servicios locales; y la formulación de políticas de ICT4D en países. La literatura revisada sugiere que el *zero rating* y los datos gratuitos pueden jugar un papel para apoyar la adopción de Internet y facilitar el uso de servicios valiosos. También se observó que las opiniones de los no conectados, sus preferencias y necesidades no son identificadas de manera significativa y mucho menos incorporadas en la discusión de políticas. (pág. 39)

Esta perspectiva reitera que para los potenciales usuarios es mejor tener algo de Internet a ninguna conexión en absoluto. Por otra parte, la apertura de este tipo de programas posibilita que la incursión de PCAS locales que den respuesta a necesidades especiales de cada país.

En similar sentido, la OCDE (2019) destaca que el *zero rating* permite que la población de menores ingresos pueda acceder a ciertas aplicaciones sin cargos adicionales, que de otra forma no habrían podido sufragar, entre las que se encuentran servicios de salud, educación, noticias e información del Estado. Por ejemplo, en *Free Basics* Colombia, los usuarios pueden acceder a Facebook, a la premiada aplicación de salud 1DOC3, Accuweather, Unicef, entre muchas otras, sin tener que pagar por el consumo de datos.

Free Basics no ha sido el único ejemplo de *zero rating* compuesto. La Fundación Wikimedia (2018) lanzó en 2012 el programa Wikipedia *Zero* a través del cual 97 operadores en 72 países dejaron de tarifar a los usuarios el consumo por la navegación en Wikipedia, desafortunadamente la iniciativa fue suspendida en 2018 por una caída significativa en la adopción y en el interés.

Aquí vale anotar que, en el caso chileno, la ley restringe bastante las posibilidades del *zero rating* puesto que los PAI no podrán ofertar planes de datos que distingan arbitrariamente entre CAS, sin embargo, por una inquietud presentada por la Fundación Wikimedia, el regulador señaló que esa prohibición no se extiende a iniciativas sin ánimo de lucro como *Wikipedia Zero* (Stallman & Adams, 2016).

Uno de los reparos más usuales sobre el *zero rating* compuesto es el de la creación de “jardines vallados”, frente a esto, algunos autores como Prakash (2015) argumentan que es una preocupación sin fundamento porque estos esquemas solo serán rentables para un PAI cuando los usuarios se interesen por explorar nuevos contenidos, comprando paquetes de datos, de lo contrario, el PAI empieza a perder dinero.

Este es un incentivo para que los operadores ofrezcan planes de datos a bajos precios, ya que esa es la única forma de atraer a estos nuevos clientes, una vez escala el atractivo del programa, de forma que más y más usuarios empiezan a pagar por sus datos, se cubren los costos de ofrecer navegación a tarifa cero (Prakash, *ibid.*). El mismo autor advierte que las autoridades deben estar atentas para que no se den acuerdos de exclusividad ni se configuren conductas anticompetitivas.

Por su parte, Brake (2016) afirma que los “jardines vallados” son solo teorías distópicas sin sustento en la realidad, asimismo aduce que es mala política prohibir aquello que las grandes compañías puedan pagar y que las pequeñas no puedan, pues, de seguir con esa

línea argumental, tendría que prohibirse la publicidad y los descuentos, entre otras estrategias que pueden hacer de mejor forma las firmas grandes, solo ve con preocupación los acuerdos *zero rating* exclusivos.

En resumen, “es más probable que los programas *zero rating* sean una herramienta procompetitiva para los operadores móviles para diferenciar sus servicios y para que las aplicaciones expandan su base de usuarios” (ibíd., pág. 11), a partir de los fuertes efectos de red que caracterizan a los mercados de CAS.

Respecto de las clases de ofertas categóricas (tipo 5. de *zero rating*), es decir las que no cobran al usuario final el consumo de algún CAS dentro de una categoría, “[p]otencialmente, esto podría hacer más difícil que los nuevos participantes compitan con las aplicaciones *zero rated* existentes, pero tendría un impacto menor en la competencia entre las aplicaciones incluidas en esa oferta” (Comisión Europea, 2017a). Por lo tanto, estos programas serían benignos siempre y cuando haya cierta apertura para la participación de aplicaciones dentro de la categoría que corresponda.

El *zero rating* falso (tipo 6.), no ha sido abordado profusamente por la doctrina, sin embargo, la estimación general es la siguiente:

Dado que ni los proveedores de contenido ni las empresas de telecomunicaciones deciden a qué aplicaciones, servicios o sitios accede un suscriptor con su asignación de datos gratuitos, los planes *zero rating* falsos no generan preocupaciones sobre discriminación o restricciones a la competencia y la neutralidad de la red anticompetitivas a diferencia de las prácticas *zero rating* estrictamente hablando.

(...) Los proveedores de contenido se benefician de los planes *zero rating* falsos porque pueden atraer nuevos usuarios a su marca y/o a su hardware o software, mientras que los operadores se benefician al ofrecer a los clientes la oportunidad de mejorar su acceso a los datos, todo sin transgredir la neutralidad de red. (Carrillo A. J., 2016, pág. 373)

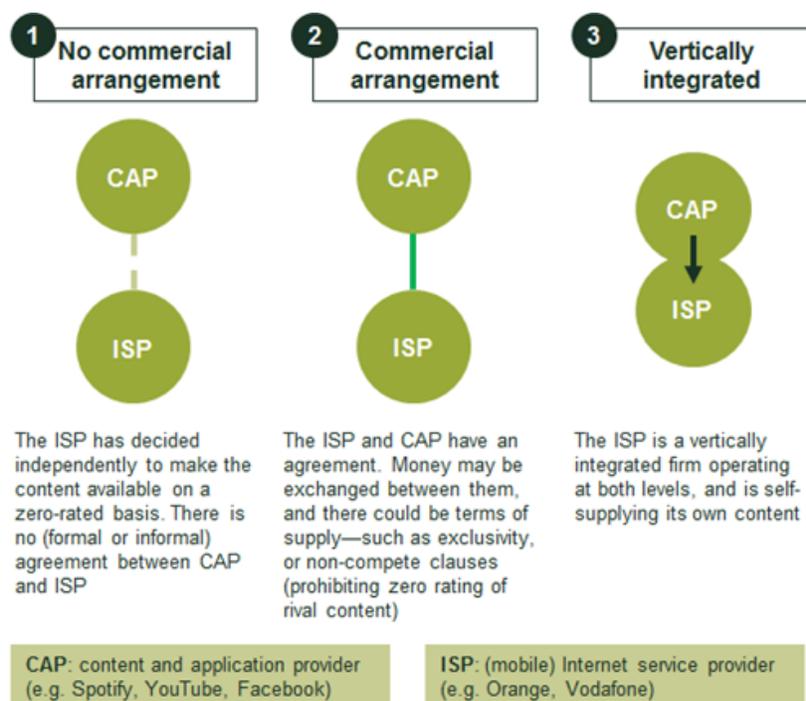
Correa Pérez (2018) en concordancia con Keenan-Alspector (2016), descarta de plano que las variedades categórica y falsa de *zero rating* representen riesgos a la competencia y la elección de los usuarios teniendo en cuenta que en ninguna de esas clases existe discriminación entre contenidos y que además los usuarios cuentan con un alto margen de decisión. Esa posición se sostiene también en este escrito, ambas son prácticas neutrales en términos de competencia y que además fomentan el ejercicio de la libertad de elección del usuario.

1.4.2 Perspectivas en contra de las prácticas *zero rating*

1.4.2.1 Perspectivas en contra de las prácticas *zero rating* de acuerdo con su tipología

De acuerdo con Flórez Duncan (2016), “las preocupaciones procedentes del *zero rating* involucran la exclusión potencial de PCA en el nivel aguas arriba y de PAI en el nivel aguas abajo”, las cuales, pueden abordarse en los siguientes tres escenarios:

Figura 1 Preocupaciones anticompetitivas sobre el *zero rating*



Fuente: Flórez Duncan (2016).

Así, Flórez Duncan (2016) anota que puede existir la posibilidad de que un PAI que implemente un programa *zero rating* sea denunciado “por causar daño indirecto a otra (en este caso, un proveedor de contenido excluido de una parte sustancial del mercado como resultado de que el PAI no tarife el contenido de su rival)”.

Y en el mercado aguas abajo también se pueden presentar inquietudes sobre conductas anticompetitivas en los casos en que los contenidos objeto del esquema *zero rating* se “ofrezcan en una base de exclusividad o en términos preferenciales (...). Estos efectos excluyentes tenderán a ser más fuertes si el contenido es considerado ‘imprescindible’ – i.e. los consumidores cambiarán su PAI con el fin de tener acceso exclusivo o mejor acceso al contenido esencial” (Flórez Duncan, 2016, pág. 3).

En el primer escenario, (que obedece al tipo 2. de *zero rating*, es decir, *carrier initiated*), algunos autores esgrimen que el *zero rating* podría afectar el círculo virtuoso de la denominada *permissionless innovation*, incluso en los casos en los que no media pago del PCAS, puesto que cuando los participantes deben cumplir condiciones técnicas establecidas por el PAI como protocolos específicos o tecnologías de cifrado se podría limitar la capacidad inventiva y la innovación tecnológica en la creación de contenidos, aplicaciones y servicios en Internet (Comisión Europea, 2017a).

La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2016a) también referencia a quienes señalan que el *zero rating* puede afectar la innovación y el desarrollo de contenidos, aplicaciones y servicios, particularmente, en países en vías de desarrollo porque estos difícilmente podrán competir en condiciones de igualdad o alcanzar los niveles de difusión que ofrecen las alianzas (pagas) con los PAI.

Asimismo, citando a críticos de la tarifa cero, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2016) reseña que el *zero rating*:

[C]onllevaría a que los operadores definieran la “experiencia del usuario” al conectarse a Internet, lo cual sería riesgoso porque los usuarios no tendrían los incentivos necesarios para consumir o experimentar con contenidos o aplicaciones que estén por fuera del esquema ZR.

Igualmente, otros críticos han señalado que sí bien los esquemas ZR operan de forma ligeramente diferente que la discriminación técnica (por ejemplo, la ralentización - *throttling* o la priorización de ciertas aplicaciones), dado que las aplicaciones que pertenecen a los esquemas ZR continúan recibiendo el mismo tratamiento técnico que las aplicaciones que están sujetas al límite de consumo, igual tienen un poderoso efecto de discriminación: las aplicaciones que pertenecen al esquema ZR son más atractivas para los usuarios que las aplicaciones que no están incluidas. (Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC, 2016a, págs. 8-9).

En consecuencia, los PAI podrían terminar escogiendo los PCAS “ganadores” y “perdedores”, ya que el hecho de que el usuario final perciba como gratuito un CAS en específico, tendría un fuerte efecto sobre la decisión de consumo, puesto que como *homo economicus* el consumidor tenderá a preferir los CAS que no cuenten contra su tope de datos.

Dese de otro punto de vista, Belli (2016) plantea que la innovación en Internet se dirige a un paradigma centralizado e influenciado por la estrategia comercial del operador porque, entre otras razones, el *zero rating* se constituye como “una discriminación permanente cuyo único propósito es impulsar la elección de los usuarios hacia las aplicaciones propuestas por el operador o un reducido número de patrocinadores dominantes o económicamente capaces, (...) inevitablemente orientada por la gratuidad percibida de la aplicación” (pág. 34).

El efecto de impulso al consumo de una aplicación no tarifada puede ser muy significativo, por ejemplo, el PAI “Deutsche Telekom detuvo el programa *zero rating* con Spotify en Alemania debido al aumento del tráfico que generó” (Comisión Europea, 2017a, pág. 113).

En el mismo sentido, la OCDE (2019), expone que la presencia habitual de Facebook y WhatsApp en los programas *zero rating* de los PAI en todo el mundo es un factor que ha incidido en su uso masivo en un considerable número de jurisdicciones, como Estados Unidos, Brasil, Vietnam, Tailandia, Malasia y México. En contraste:

India ofrece un ejemplo en el que no se ha utilizado el enfoque de Facebook. En cambio, el aumento de la competencia entre los operadores móviles ha beneficiado a todos los OTT [PCAS] y usuarios al aumentar el acceso a Internet y el uso de datos a niveles sin precedentes en ese país. Ésta es una de las razones por las que resulta difícil desenredar la influencia del *zero rating* en Brasil, Vietnam, Tailandia y Malasia (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE, 2019, pág. 30).

Ahora bien, la OCDE (2019) es clara en señalar que el *zero rating* no es la única razón que explica la gran aceptación de las aplicaciones antes mencionadas, porque hacen falta datos sistemáticos y comparables para arrojar un juicio general, y además porque en ese

fenómeno intervienen circunstancias normativas y de mercado propias de cada país. Y por lo mismo, los efectos positivos y negativos pueden variar en cada territorio, así, en algunos países se podrá observar un crecimiento en la adopción de banda ancha, un incremento en la participación del mercado de un PAI o PCAS dominante, un mayor consumo de diversos servicios, o por el contrario, acceso restringido a un puñado de CAS.

Sobre el tema, las Recomendaciones del ORECE, o BEREC indican lo siguiente:

39. El PAI podría aplicar u ofrecer con tarifa cero toda una categoría de aplicaciones (por ejemplo, todas las aplicaciones de vídeo o de música en *streaming*) o sólo determinadas aplicaciones de las mismas clases (por ejemplo, sus propios servicios, una aplicación específica de medios sociales, las aplicaciones de vídeo o música más populares). En este último caso, no se impide al usuario final utilizar otras aplicaciones de música. Sin embargo, el precio cero aplicado al tráfico de datos de la aplicación de música con tarifa cero (y el hecho de que el tráfico de datos de la aplicación de música *zero rated* no cuente contra el tope de datos contratado) crea un incentivo económico para utilizar esa aplicación de música en lugar de otras competidoras.

Es más probable que los efectos de esta práctica aplicada a una aplicación específica "socaven la esencia de los derechos de los usuarios finales" o conduzcan a circunstancias en las que "la elección de los usuarios finales se vea materialmente reducida en la práctica" (considerando 7) que cuando se aplica a toda una categoría de aplicaciones. (BEREC - Body of European Regulators on Electronic Communications, 2016, pág. 11)

Es decir que, según BEREC, es probable que el *zero rating* resulte en una influencia considerable sobre la elección del usuario. A pesar de que el consumidor no está obligado a utilizar la aplicación o servicio con tarifa cero, evidentemente este tipo de programas crean un fuerte incentivo económico para que se use determinado contenido, aplicación o servicio.

Sin embargo, vale anotar lo siguiente: por lo general, los CAS favorecidos en programas *zero rating* son aquellos que ya están posicionados como favoritos por los consumidores, por ende, es probable que los operadores los utilicen como 'gancho' para que los usuarios puedan liberar su tope de datos y usen ese margen para navegar otros CAS. Por ejemplo, según la Comisión Europea (2017a) por lo general el contenido no tarifado corresponde al de PCAS bien establecidos, mientras que cuando un CAS menos popular o atractivo resulta incluido en un programa *zero rating*, es porque es de propiedad del mismo PAI.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC también refiere a quienes consideran que el *zero rating* afecta a los usuarios, particularmente a los más pobres, porque "aun cuando el acceso a ciertas ACP [CAS] sea gratis, el costo lo trasladan al servicio de voz, generando un subsidio cruzado que es internalizado por el operador, luego las ofertas ZR terminan no siendo gratis" (Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC, 2016a, pág. 22). En otras palabras, la gratuidad sería apenas una percepción del usuario, porque el PAI realmente cubre el consumo con un incremento en el costo del servicio de voz móvil, este es un punto fundamental en el que debería enfocarse la vigilancia de la autoridad de competencia.

Por otra parte, Castañeda, J. D., & González, L. (2017) indican que uno de los aspectos cuestionables de la celebración de acuerdos *zero rating*, es la existencia de exclusividad entre PCAS y PAI, ya que "un acuerdo de exclusividad entre un proveedor de contenido

dominante como Facebook con un solo PAI generaría una clara afectación a la competencia entre ellos” (pág. 28), en igual sentido, y a pesar de ser partidario del *zero rating*, Brake (2016) concuerda en que los acuerdos que ofrecen exclusividad son prácticas problemáticas que deberían estar prohibidas.

Tim Wu (2016) ha encontrado que el *zero rating* puede resultar tan nocivo como la priorización paga, porque, primero, “crea un sistema bifurcado en el que se incentiva a los usuarios a utilizar determinadas formas de contenido sobre otros y, por lo tanto, crea un campo de juego desnivelado” (pág. 8), y segundo, “tiende a favorecer a los proveedores de contenido establecidos, o aquellos que tienen más recursos, porque el proveedor de contenido normalmente debe cumplir ciertos estándares para estar en un esquema ZR” (ibid.).

En adición a lo anterior, con frecuencia la literatura estima que entre las distintas clases de *zero rating*, los reguladores y autoridades de competencia deben observar con más atención —e incluso con sospecha—, los datos patrocinados o *sponsored data* (tipo 3. de *zero rating*), puesto que:

La posibilidad de permitir esta práctica (...) puede ser altamente nociva para la competencia entre CAS y la elección del usuario.

(...)

En la figura de *sponsored data*, el proveedor de CAS paga al PAI por ser incluido en un esquema de *zero rating*. En la evaluación del regulador, esto debe ser una “bandera roja” con un alto nivel de impacto, pues sin importar el precio que se establezca siempre se corre el riesgo de excluir a algunos CAS que no puedan pagarlo, tal y como lo reconoce el documento de diálogo regulatorio de la CRC al identificar la prohibición de *sponsored data* como uno de los principios rectores del *zero rating*. (Castañeda & González, 2017, pág. 29).

Es decir que los datos patrocinados podrían afectar la competencia en el mercado de los PCAS, puesto que la capacidad económica de estos determinará si pueden sufragar la tarifa solicitada por el PAI para ser incluidos en un programa *zero rating*. De otra parte, Castañeda, J. D., & González, L. (2017), también señalan que la práctica de datos patrocinados será menos lesiva, cuando se cumplen los criterios de exclusividad, no discriminación y transparencia, por ejemplo, en el caso de servicios móviles bancarios.

Ahora bien, la Comisión de Regulación de Comunicaciones —CRC (2016a), reseñó la prohibición del *sponsored data* como uno de los principios que deben guiar las ofertas *zero rating*, pero no *motu proprio* sino a la luz de lo siguiente:

Considerando los argumentos a favor y en contra de las ofertas ZR, la literatura ha propuesto un grupo de principios sobre los cuales se debe enmarcar una política que permita el desarrollo de estas ofertas de manera transparente, no discriminatoria, sin exclusividad, promocionando el contenido local, y realizando un seguimiento y evaluación, con el objetivo de promover el ecosistema digital (pág. 22).

En consecuencia, no es dable admitir que la CRC haya establecido la prohibición de los datos patrocinados como principio de la regulación del *zero rating* en el país, cosa distinta

es que la SIC podrá intervenir cuando encuentre que efectivamente este tipo de ofertas lesionan la libre competencia.

Por otra parte, son muy frecuentes las suspicacias en el tercer escenario, es decir, frente a potenciales restricciones de la libre competencia en la forma de autopatrocinio (tipo 1. de *zero rating*).

Por ejemplo, Castañeda, J. D., & González, L. (2017), advierten que “ofrecer en *zero rating* solo los contenidos propios o afiliados del PAI, es un abuso de la posición de *gatekeeper* al incentivar a los suscriptores de su red a usar los CAS propios” (pág. 28).

De esta forma, las ofertas de *zero rating* deben asegurar igualdad de condiciones tanto para contenidos propios o afiliados como para contenidos de terceros, en vista de que el rol estratégico de porteros o *gatekeepers* que desempeñan los PAI puede levantar suspicacias frente a la transparencia e igualdad con que tratarán a los contenidos que cursan sobre sus redes, tanto propios como de terceros. Es más, en su calidad de ‘porteros’ de Internet, los PAI podrían incluso restringir totalmente el contenido rival (Comisión Europea, 2017a).

Las preocupaciones sobre la modalidad autopatrocinio serán mucho mayores si alguno de los PAI cuenta con posición de dominio pues de esta forma podría influenciar decisivamente en el consumo de sus propios contenidos.

En lo que corresponde al tipo de CAS, es importante hacer referencia a que los PAI pueden lanzar programas *zero rating* que ofrezcan al usuario final, bien contenidos específicos (ej. WhatsApp, Twitter, Netflix), o contenidos genéricos (ej. la aplicación de mensajería instantánea, red social o de *streaming* de video de preferencia del consumidor).

Así, en secciones anteriores se explicaba que el *zero rating* corresponde a una discriminación de precios, que para ser admisible jurídicamente debería obedecer a criterios *razonables*, no arbitrarios.

Por lo tanto, para definir cuándo un trato diferenciado de CAS en materia comercial es admisible jurídicamente, algunos autores como Barbara van Schewick (2015) y Pranesh Prakash (2015) citados por Castañeda, J. D., & González, L. (2017) argumentan que las ofertas *zero rating* que podrían representar mayores riesgos para la libre competencia en el mercado de los PCAS son aquellas basadas en “de quién es el tráfico”, es decir, los programas que consisten en ofrecer contenidos específicos con tarifa cero.

Por lo anterior, serían preferibles las modalidades que optan por no cobrar al usuario categorías de contenidos (tipo 5. de *zero rating*), de manera que sea este el que decida libremente cuál es el CAS que desea sea beneficiado por el programa del PAI, con lo que se reduciría significativamente la potencial interferencia del operador en el mercado de PCAS.

Pero además de los efectos en la competencia, un aspecto muy destacable sobre esta objeción a la tarifa cero, es que la libertad de elección del consumidor es mucho mayor en los esquemas *zero rating* de clases de contenidos o contenidos genéricos, que en aquellos de contenidos específicos. La Fundación Karisma justifica así esta postura:

[E]xiste un consenso en la doctrina y en las regulaciones internacionales que identifica como problemático que el PAI seleccione aplicaciones dentro de una clase de

aplicaciones similares para los esquemas de *zero rating*. Principalmente, porque se refuerza inapropiadamente el existente efecto de red, se puede limitar el crecimiento de nuevas aplicaciones, y desincentivar el descubrimiento de nuevos CAS. Esto es especialmente cierto cuando el PAI y el CAS específico tienen poder de mercado.

(...)

Cuando un PAI realiza una oferta de *zero rating* dirigida hacia alguna clase de contenido, la persona es la única que puede elegir el proveedor específico. Como se anotó, hay pocos planes en *zero rating* que permitan a las personas elegir entre un tipo genérico de CAS. La mayoría seleccionan directamente la aplicación cuyo tráfico no contará contra el tope de datos. (Castañeda & González, 2017, págs. 25, 32)

De lo anterior, se resalta, primero, la importancia de determinar las cuotas de mercado de los agentes participantes en ambos mercados para poder establecer apropiadamente si existen riesgos de conductas anticompetitivas y de barreras de entrada; y segundo, se destaca que el *zero rating* sobre contenidos específicos puede reducir significativamente la libertad de elección del usuario.

Barbara van Schewick (2015) propone que para evitar la inseguridad jurídica y los costos sociales asociados a un análisis ex post caso por caso, es recomendable que el regulador prohíba expresamente las conductas que son evidentemente perjudiciales, en particular, el *zero rating* bajo las modalidades de datos patrocinados y *carrier initiated* de aplicaciones específicas seleccionadas por el PAI.

Por su parte, Correa Pérez (2018) citando a Marsden (2016) y a Brouwer (2017) considera que para analizar si se debe prohibir el *zero rating* se debe tener en cuenta si: "i) las aplicaciones beneficiadas son por lo general las predominantes; ii) los ISP no velan por la diversidad de los contenidos en internet; iii) el zero-rating no impulsa el acceso a internet en mercados consolidados; y iv) esta práctica fortalece las posiciones de mercado de los proveedores de contenido" (pág. 117).

Con respecto al *zero rating* compuesto (tipo 4.), vale señalar que *Free Basics* de Facebook fue recibida con el rechazo generalizado por parte las organizaciones de la sociedad civil. Fundación Karisma, una de ellas, relata lo acontecido:

En 2015 organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo se opusieron a los planes de Facebook para ofrecer una serie de contenidos de forma gratuita en asociación con proveedores de acceso a internet locales. El debate llevó a que en el Foro de Gobernanza de Internet de ese año se dedicaran numerosas sesiones al impacto de los llamados planes de *zero rating* sobre la neutralidad de la red y la libertad de las personas en la elección de los contenidos, aplicaciones o servicios que consumen a través de ella. (Castañeda & González, 2017, pág. 5)

Principalmente, los opositores a *Free Basics*, y en consecuencia al *zero rating*, aducen que:

Tales esquemas crean un "jardín vallado" donde los usuarios solo estarían expuestos a aquellos servicios que son gratuitos, ya que los costos de búsqueda y de descubrimiento del Internet que no es gratuito (es decir, cualquier sitio fuera del "jardín vallado") sería bastante alto (Prakash, 2015).

También alegan que este tipo de prácticas condenan a los más pobres (hacia quienes se dirige el proyecto), a acceder a un 'subInternet', limitado a los contenidos a los cuales Facebook quiera darles acceso ("jardín vallado"). Además de lo anterior:

Esta observación parece estar corroborada por el hecho que, en varios países en desarrollo, los usuarios de aplicaciones con tarifa cero como Facebook superan en número a los usuarios de Internet (Mirani, 2015) mientras que un porcentaje considerable de usuarios asume que "Facebook es Internet". Esto se debe al hecho de que, para tales usuarios con zero rating, las aplicaciones como Facebook, son las únicas aplicaciones accesibles. (Belli, 2016, pág. 42).

Es decir, que Facebook se puede convertir en la ventana a Internet para millones de personas alrededor del mundo (inicialmente la iniciativa se llamaba Internet.org, pero por críticas como la expuesta arriba, cambió su nombre a *Free Basics*), con la desventaja de que se trataría de una versión muy limitada con contenidos previamente determinados por esa compañía. En este punto es importante la transparencia de las políticas del PCAS para que los creadores de contenidos puedan involucrarse en la iniciativa.

Björkstén, Singh Chima, & Massé (2016) señalan que las ofertas de "subInternet" no permiten el cifrado extremo a extremo (de manera que tanto el PAI como el PCAS conocen detalladamente el perfil y el tráfico del beneficiario), ni son efectivas para atraer a los usuarios a comprar planes de datos para conectarse por primera vez. Asimismo, según un reporte de la Alliance for Affordable Internet (A4AI):

[L]a gran mayoría de los usuarios (82%) prefieren el acceso a un Internet completo con limitaciones de tiempo o datos, si se tuvieran que imponer restricciones. Esto se basa en otros hallazgos de investigaciones anteriores que habían indicado que (...) los usuarios de bajos ingresos prefirieron incluso un acceso acotado a una Internet abierta y sin restricciones, versus la experiencia restringida que proporciona el *zero rating*. (Björkstén, Singh Chima, & Massé, 2016, pág. 110).

Correlativamente, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC expone que quienes consideran que las ofertas de *zero rating* como *Free Basics* son perjudiciales para los países en vías de desarrollo aducen, de un lado, que "la decisión de las poblaciones de bajos recursos no se puede limitar al dilema: acceso a ciertas ACP [CAS] gratis, o sencillamente ningún acceso a Internet. Los operadores podrían incluso ofrecer planes de bajo costo, con algunas limitaciones que ofrezcan acceso a todas las ACP de Internet" (Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC, 2016a, pág. 22)

La última propuesta es una excelente opción para estimular la compra del primer plan de datos sin afectar la libertad de elección del usuario.

Y de otro lado, el *zero rating* compuesto también sería nocivo porque que "dadas las restricciones de ingreso, los consumidores no demandarán acceso completo a Internet y se quedarán con un Internet limitado, lo cual, en el largo plazo, en vez de cerrar la brecha digital, la incrementa, dado que los usuarios acostumbrados al Internet limitado no tienen un incentivo para acceder al Internet completo" (Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC, 2016a, pág. 17).

La Comisión Europea (2017a, pág. 118), en un planteamiento similar, expone que:

Incluso cuando el *zero rating* no tiene efectos de exclusión, sí puede perjudicar la innovación porque limita las opciones técnicas de los proveedores de servicios y el incentivo general para innovar. Ramos (2014) sostiene que el acceso de tarifa cero a Facebook y otros servicios en los países en desarrollo puede ser responsable de (o al menos contribuir a) la falta de inversión en el desarrollo de servicios de redes sociales indígenas.

Por todo lo expuesto, la modalidad de *zero rating* compuesta, es la más controversial. En esta clase de tarifa cero son claras las implicaciones en materia de libertad de expresión, acceso a la información y conectividad, y frente a la innovación, la libertad de escogencia de los usuarios y la libre competencia.

1.4.2.2 Perspectivas generales en contra de las prácticas *zero rating*

Es importante presentar los reparos frente a los presuntos efectos del *zero rating* en el tope de datos que pueden disfrutar los usuarios.

Para la OCDE (2019), la otra cara del *zero rating* es que puede redundar en “aumentos más pequeños en los topes de datos o aumentos potenciales de precios para aquellos [los usuarios]. Como se señaló anteriormente, el análisis económico estándar sugiere que cuando ocurren tales cambios, el bienestar general del consumidor puede subir o bajar” (pág. 13).

De acuerdo con Drossos (2015) y Castañeda, J. D., & González, L. (2017), el *zero rating* es una estrategia mediante la cual los operadores crean una escasez artificial, al establecer topes de datos tan bajos como sea posible, con el fin de: reducir a cero la tarifa percibida por el consumo de sus servicios y los de sus aliados, y correlativamente, sobrevalorar el uso de los CAS de la competencia. Los autores citados concuerdan en que los incentivos son mayores para los PAI verticalmente integrados con PCAS.

Adicionalmente, la Comisión Europea (2017a) indica que, en presencia de límites de datos bajos, es más probable que se concreten los efectos discriminatorios del *zero rating* cuando se trata de contenidos de alto consumo de banda ancha. Tal sería el caso, de las aplicaciones de *streaming* de video donde el tope de consumo contratado se vuelve un elemento muy relevante para los usuarios, de manera que la decisión de un PAI de no tarifar cierto CAS dentro de esa categoría (como, YouTube) podría tener efectos decisivos en la elección de los consumidores.

Tampoco puede descartarse el efecto psicológico que produce la preocupación de sobrepasar un tope de datos, lo cual puede incidir también en la decisión de consumo de CAS no tan intensivos en ancho de banda (van Schewick, 2015, citada por la Comisión Europea (2017a)).

Desde otra perspectiva, la CRC incluye en su análisis a quienes consideran que los esquemas de datos patrocinados reducen la demanda de CAS, porque generan “un incentivo para que el operador reduzca el tope de datos establecido en las ofertas con el fin de incrementar el consumo de datos de ofertas ZR, y así incrementar sus ingresos a través de los pagos realizados por el proveedor de ACP [PCAS]” (Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC, 2016a, pág. 17), de esa forma se trunca a los PCAS que no pueden

pagar por patrocinar sus datos y es probable que se limite considerablemente el abanico de opciones a las que puede acceder el usuario.

En cualquiera de las situaciones expuestas en este acápite, las cuotas de mercado y el ambiente competitivo entre los agentes participantes en el mercado de los PAI y de los PCAS serán un criterio orientador. Es más, Márquez & Arciniegas (2019) argumentan que este es un aspecto fundamental a la hora de analizar cualquier oferta tarifa cero:

[L]os problemas que a nivel de competencia podrían surgir de la implementación de esquemas de zero-rating dependerán de las características del mercado de Internet de banda ancha, tanto en el eslabón ascendente de acceso a Internet, como en el eslabón descendente en donde se provee contenidos, aplicaciones y plataformas.

Así entonces, es posible delinear cuatro escenarios con niveles de riesgo divergentes con respecto a las dinámicas competitivas en los mercados aguas arriba y aguas abajo: (i) aquellos en los que existe un operador móvil dominante; (ii) aquellos en los que existe un PCA dominante; (iii) aquellos en donde existe una estructura de mercado competitiva para el acceso a internet, en la que tanto los operadores de red como operadores móviles virtuales participan; y (iv) aquellos en donde media una estructura de mercado competitiva para el tipo de contenido o aplicación en cuestión. (Márquez & Arciniegas, 2019, pág. 81).

Un breve resumen de las implicaciones de cada una de las hipótesis planteadas por Márquez & Arciniegas (2019) con relación a la competencia en los mercados aguas arriba y aguas abajo se presenta enseguida:

(i) Con un PAI dominante, los PCAS tendrían un incentivo para pagar para que su contenido o aplicación se encuentre en un programa *zero rating* de ese operador, puesto que así podrían llegar a un mayor número de usuarios. Incluso si el PCA es lo suficientemente popular para atraer consumidores por sí mismo, el PAI podría llevar a cabo conductas anticompetitivas, como, la gestión discriminatoria del tráfico (en términos de velocidad y calidad) o exigir exclusividad del PCAS para entrar en su esquema *zero rating*.

(ii) Con un PCA dominante el escenario sería similar al anterior, así ese agente podría exigirle al PAI tanto prioridad en el tráfico como exclusividad, de manera que puede requerirle que no incluya los contenidos o aplicaciones de otros competidores en sus programas *zero rating*. Esto podría afectar a los PCAS que tienen menores cuotas de mercado y puede también crear barreras artificiales de entrada para nuevos competidores.

En los escenarios (i) y (ii) son preocupantes los acuerdos de datos patrocinados (tipo 3) porque los pequeños o nuevos competidores no estarían en capacidad económica de pagar las tarifas de ingreso a los programas tarifa cero.

(iii) y (iv) Con un mercado de PAI y de PCAS con competencia efectiva las anteriores preocupaciones ya no serían relevantes, porque de un lado, los operadores buscarían a la mayor cantidad de PCAS para participar en sus iniciativas *zero rating* con el fin de atraer a más usuarios; y de otro lado, los PCAS buscarían alianzas con todos los PAI para acercarse a más consumidores e incrementar también la pauta publicitaria. En conclusión, en ausencia de un jugador con poder de mercado, las ofertas *zero rating* no se señalarían como prácticas potencialmente anticompetitivas.

En similar sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE (2019) esgrime que el *zero rating* podría distorsionar la competencia en varios aspectos: primero, puede limitar la aparición de nuevos creadores de contenidos, especialmente en los países en vías de desarrollo; segundo, podría afectar la competencia entre los PAI si un operador dominante desarrolla ofertas que los demás no pueden replicar; y tercero, puede ofrecer a algunos PCAS ventajas injustificadas para expandir su alcance:

Esto sugiere que es probable que el *zero rating* sea problemático en los mercados menos competitivos y también en aquellos con topes de datos más bajos. A medida que aumentan los límites de datos, por ejemplo, a través de una mayor competencia o una disminución en los precios de tránsito, el *zero rating* se vuelve menos importante para atraer usuarios finales. Fomentar la competencia a nivel de PAI es, por tanto, un medio para contrarrestar los posibles efectos negativos del *zero rating* a medio plazo (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE, 2019, págs. 9, 30).

En conclusión, el *zero rating* ni ninguna de sus variedades serían anticompetitivos *per se*, sino que es necesario evaluar si existe o no competencia efectiva en el mercado de los PAI y en el de los PCAS.

Otros autores, como Krämer and Peitz (2018) y la OCDE (2019) hacen énfasis en que los reguladores deben prestar especial atención al *zero rating* cuando se da en combinación de otras prácticas que con frecuencia se han señalado como atentatorias de la neutralidad de red, particularmente hacen referencia al ahogamiento o *throttling*, el cual consiste en la reducción de la velocidad o degradación de la calidad de un CAS efectuada intencionalmente por un PAI. Por supuesto, la potencial restricción a la competencia derivada de la combinación de estas dos prácticas será mayor si el PAI tiene poder de mercado.

Finalmente, acota Flórez Duncan (2016) lo siguiente:

A la luz de los beneficios que puede traer el *zero rating* – para la innovación, la competencia y finalmente para los consumidores– los reguladores deben ser conscientes de la importancia de establecer una teoría del daño económicamente justificable, y, por lo tanto, deben comprender el grado de cualquier preocupación en materia de competencia sobre las ofertas *zero rating*. Estas potenciales preocupaciones anticompetitivas deberían ser sopesadas contra los beneficios de estas ofertas en términos de eficiencia. Aunque no es un ejercicio sencillo, no puede evitarse, ya que de otra forma la alternativa son intervenciones contundentes que pueden ahogar la innovación (pág. 5).

En otras palabras, ese es precisamente el propósito de la presente investigación: valorar los potenciales beneficios contra los potenciales perjuicios de las prácticas *zero rating* frente a la competencia y los usuarios.

1.5 Prácticas *zero rating* en Colombia

1.5.1 Situación normativa en Colombia

El *zero rating* ha sido abordado normativamente en el marco de la neutralidad de red a través de dos disposiciones, la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), y su regulación expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC.

El artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 establece lo siguiente:

Artículo 56. Neutralidad en Internet. Los prestadores del servicio de Internet:

1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1336 de 2006 (sic, 2009), no podrán bloquear, interferir, discriminar, ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet, para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de estos. Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación.

2. No podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio.

3. Ofrecerán a los usuarios servicios de controles parentales para contenidos que atenten contra la ley, dando al usuario información por adelantado de manera clara y precisa respecto del alcance de tales servicios.

4. Publicarán en un sitio web, toda la información relativa a las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad, calidad del servicio, diferenciando entre las conexiones nacionales e internacionales, así como la naturaleza y garantías del servicio.

5. Implementarán mecanismos para preservar la privacidad de los usuarios, contra virus y la seguridad de la red.

6. Bloquearán el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo a pedido expreso del usuario.

Parágrafo. La Comisión de Regulación de Comunicaciones regulará los términos y Condiciones de aplicación de lo establecido en este artículo. La regulación inicial deberá ser expedida dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley.

(...). (Ley 1450, 2011, art. 56)

Por lo tanto, el postulado general de la neutralidad de red en el país plantea la prohibición en cabeza de los PAI de bloquear, interferir, discriminar, y restringir el derecho de los usuarios para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet.

A renglón seguido, la norma indica que los operadores deberán ofrecer un servicio que no distinga arbitrariamente CAS según su fuente de origen o propiedad, es decir que, en

principio, el PAI no podría dar un tratamiento diferente a un contenido por pertenecer a determinado PCA.

Asimismo, establece que un operador podrá hacer ofertas según las necesidades de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles, “lo cual no se entenderá como discriminación”. Esto implica que el *zero rating* está permitido en Colombia porque la ley expresamente faculta a los operadores para crear ofertas diferenciadas respecto de los distintos segmentos de demanda.

Ahora bien, llama la atención que se excluya el carácter discriminatorio de este tipo de ofertas cuando es claro que dar un trato diferenciado es la cualidad intrínseca de la segmentación. La disposición ignora que en el caso del *zero rating* no se trata de una discriminación negativa, sino de una discriminación positiva ya que el PAI otorga un tratamiento especial a un CAS de cara a los usuarios.

En desarrollo del mandato contenido en el párrafo del artículo 56 *ibidem*, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC expidió la Resolución 3502 de 2011 (compilada en el Capítulo 9 de la Resolución 5050 de 2016), la cual contempla las siguientes disposiciones relevantes para el *zero rating*:

Artículo 2.9.1.3. Principios.

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

Adicionalmente, el usuario podrá libremente utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la seguridad de la red o la calidad del servicio.

2.9.1.3.2. No discriminación. En todo momento, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso a Internet brindarán un trato igualitario a los contenidos, aplicaciones y servicios, sin ningún tipo de discriminación arbitraria, en especial en razón al origen o propiedad de los mismos. En todo caso, conforme lo previsto en el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso a Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación.

2.9.1.3.3. Transparencia. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso a Internet deben revelar sus políticas de gestión de tráfico a los usuarios y a otros proveedores que tengan acceso a su red.

2.9.1.3.4. Información. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso a Internet deben suministrar al usuario toda la información asociada a las condiciones de prestación del servicio incluida velocidad, calidad, prácticas de gestión de tráfico relativas a cada plan ofrecido o acordado, en

los términos dispuestos en el Capítulo 1 del Título II. (Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, Resolución 5050 del 2016, art. 2.9.1.3.)

Es decir que la neutralidad de red en Colombia se rige por los principios de (i) libre elección, (ii) no discriminación, (iii) transparencia e (iv) información.

En lo que corresponde a los planes de datos, el artículo 2.9.3.1. de la Resolución 5050 de 2016 indica que:

Artículo 2.9.3.1. Planes de acceso a Internet. En cumplimiento de los principios establecidos en el artículo 2.9.1.3 del Título II, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán ofrecer planes de acceso a Internet donde se limite el acceso a tipos genéricos de servicios, contenidos o aplicaciones, según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, garantizando en todo momento el derecho del usuario a elegir al proveedor específico del contenido, aplicación o servicio.

En todo caso, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán siempre poner a disposición de sus usuarios, una alternativa o plan tarifario que no contemple limitación alguna respecto de los servicios, contenidos o aplicaciones a los cuales puede acceder el usuario. En esta medida, dicha alternativa deberá ofrecer condiciones equivalentes en todos los demás aspectos al plan con limitaciones respecto del tipo de contenidos, aplicaciones o servicios a los cuales puede acceder el usuario. (Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, Resolución 5050 del 2016, art. 2.9.3.1.)

El texto subrayado y en negrilla indica que los PAI podrán ofrecer planes de datos donde se limite el acceso a tipos genéricos de CAS, según los perfiles de los usuarios. Como se explicó en capítulos anteriores, el *zero rating* por categoría de servicios (Tipo 5) consiste en que el usuario puede escoger una aplicación dentro de un género de CAS para que su consumo no cuente contra el tope de datos contratado con el operador, así, si el PAI ofrece en *zero rating* la categoría de redes sociales, el usuario podrá decidir, por ejemplo, que Twitter no afecte su límite de consumo de Internet.

Algunos actores, como la Fundación Karisma han interpretado que esta disposición, junto con el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, prohíben que los operadores ofrezcan planes *zero rating* respecto de CAS específicos, porque de esa manera se configuraría una discriminación arbitraria (Castañeda & González, 2017).

El documento soporte elaborado por la CRC para la expedición de la resolución de neutralidad de red podría apalancar la anterior interpretación, puesto que allí se indicó lo siguiente:

Por ejemplo, si existe un plan que ofrece acceso limitado a correo electrónico, este no podrá tener limitación alguna asociada al proveedor del mismo (Yahoo, Hotmail, Gmail, etc), sino que simplemente deberá habilitar los protocolos respectivos (SMTP/POP/IMAP); en el caso de planes de acceso a redes sociales a su vez, el usuario deberá poder elegir a cual proveedor específico y servicio asociado acceder, como por ejemplo Facebook, Google+, LinkedIn, o cualquier otro de esta índole. (Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, 2011d)

Como contraargumento a las inquietudes, se puede plantear que el artículo 23 de la Ley 1341 de 2009 consagra la libertad tarifaria en el sector de telecomunicaciones (en contraste con el régimen de la Ley 142 de 1994 que le era aplicable anteriormente), por lo que los operadores tendrían permitido implementar ofertas *zero rating* entendidas como esquemas de diferenciación de precios.

La CRC ha dado precisión al alcance de la regulación al dar respuesta a las consultas elevadas por los distintos operadores y por medio de un documento de diálogo regulatorio publicado en 2016, que para lo pertinente señala:

Dentro del concepto de la CRC, se formuló y aplicó una metodología que partió del análisis de cuatro ejes transversales:

- (i) Normativo: enfocado principalmente en la revisión de la oferta frente a la Ley 1341 de 2009 y la Ley 1450 de 2011 y la Resolución CRC 3502 de 2011.
- (ii) Técnico: desde la gestión de tráfico de acuerdo con la Resolución CRC 3502 de 2011.
- (iii) De Mercado: orientado a la libre y leal competencia y a las condiciones de acceso a la infraestructura - Resoluciones CRC 3101 y 3501 (acceso y provisión de contenidos y aplicaciones).
- (iv) De protección a los usuarios: encauzado al principio de libre elección y el uso y aplicación de planes. (Resolución CRC 3502 de 2011 (neutralidad) y Resolución CRC 3066 de 2011 – Régimen de Protección al Usuario (Deber de información y Principio de libre elección).

En este sentido, la anterior metodología constituye el test sobre el cual la CRC efectúa el análisis de las ofertas, sus efectos en el mercado y el cumplimiento de las mismas con los principios y disposiciones diseñados por el regulador. (Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC, 2016a, págs. 48-49)

Es decir que la CRC adoptó un enfoque de análisis caso por caso para las ofertas *zero rating* con base a los principios establecidos en la Ley 1450 de 2011 y en la Resolución 5050 de 2016 (transparencia, no discriminación arbitraria, libre elección, e información), y construyó un *test* que pasa por cuatro ejes: normativo, técnico (prácticas de gestión de tráfico), de mercado y de protección de usuarios.

Ese examen es aplicado por la CRC cuando decide ejercer su facultad de requerir información a los operadores (numeral 19 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009). Vale señalar que la CRC no tiene competencia para investigar, vigilar y sancionar a los PAI por infracciones en materia de libre competencia o protección de usuarios.

Como complemento de ese test, la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, (2017a) consideró en un concepto posterior que las ofertas *zero rating*: (i) no se entienden como arbitrariamente discriminatorias, (ii) serán permitidas si no involucran prácticas de gestión de tráfico no razonables o discriminatorias, (iii) entre más abiertas sean en términos de participación de PCAS y de libertad de acceso y elección del usuario, menores serán los riesgos de violar los principios regulatorios de la neutralidad de red (este será un criterio que podrá constituirse como un signo de alarma o “bandera roja” frente a un esquema de diferenciación de precios).

Frente a la perspectiva de mercado, el regulador señala como “banderas rojas”: “Casos de integración vertical, es decir, planes ofrecidos en *zero rating* cuyo contenido pertenece al propio PAI; Planes en los que el CAS paga al PAI por el tráfico, lo que se conoce como *sponsored data*; Ofertas que no dan acceso a internet abierto sino que se limitan a los servicios contratados y que requieren simplemente una SIM y un teléfono. Estos son los llamados servicios subinternet; Acuerdos de exclusividad entre un PAI y el proveedor de un CAS específico. - Acuerdos que afecten la diversidad de contenidos” (CRC, 2016, citada por (Castañeda & González, 2017, pág. 24))

Por otra parte, el documento de diálogo regulatorio incluyó las siguientes inquietudes planteadas por la misma CRC:

Finalmente, (...) valdría la pena preguntarse si el tratamiento diferenciado sobre la base de acuerdos entre los proveedores de servicios de Internet y proveedores de contenidos, aplicaciones y plataformas, en el marco de la Ley, debería permitirse, y sí estos esquemas pondrían en peligro la competencia, la libre elección del usuario, la innovación, la libertad de expresión, la privacidad y la seguridad. Razón por la cual, el siguiente capítulo plantea las preguntas del regulador en este sentido.

(...).

1. ¿Existen otros tipos de ofertas ZR diferentes a las definidas en este documento que deberían incluirse dentro del análisis?
2. ¿Considera que las ofertas ZR son importantes para promover el desarrollo del ecosistema digital y el aumento de la penetración de la banda ancha móvil en Colombia?
3. ¿Cuál debe ser la política sectorial entorno a las ofertas ZR y que principios deben orientar dicha política?
4. De acuerdo con las competencias de la CRC, ¿cuál debe ser la respuesta del regulador en torno a los esquemas de precios diferenciados o esquemas ZR?
5. ¿Qué consideraciones pueden hacerse respecto de las ofertas ZR y de cada uno de los principios de neutralidad de red en Colombia?
6. ¿Qué características de ofertas ZR se deben permitir o prohibir en el mercado de datos móviles en Colombia?
7. ¿Cómo se podría hacer un monitoreo efectivo de las ofertas comerciales que incluyen esquemas ZR? Y ¿qué opina de la metodología de análisis presentada por la CRC en el marco de la Mesa Colombiana de Gobernanza de Internet? (Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC, 2016a, pág. 50)

Con posterioridad al documento arriba citado y a la página web que habilitó para recibir aportes y comentarios, la CRC no ha adelantado ninguna otra acción regulatoria frente a la neutralidad de red ni frente al *zero rating*, a pesar de que se evidencian, en igual medida, muchas dudas e interés sobre el tema por parte de la entidad.

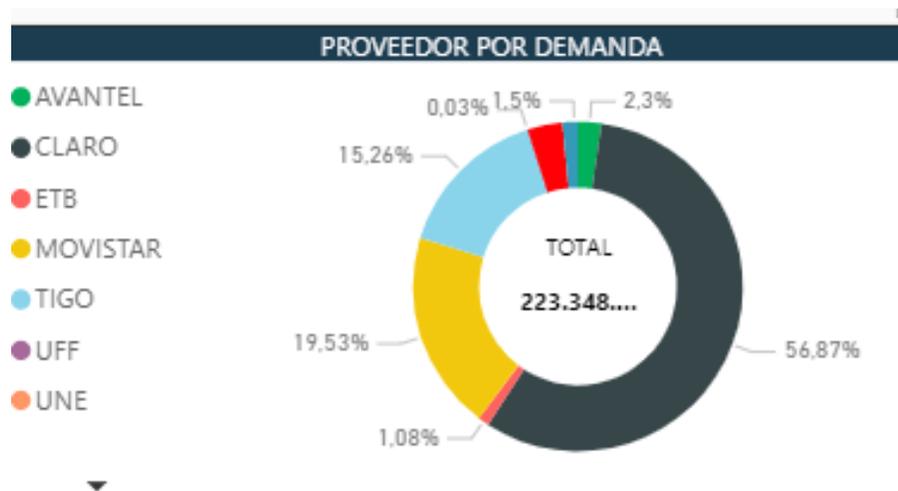
Un año después, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2017b) anunció que tenía previsto iniciar un Análisis de Impacto Normativo para revisar la regulación actual en materia de neutralidad de red y *zero rating*, y ajustar la normatividad en lo que correspondiera, sin embargo, este proceso a la fecha de esta investigación (julio de 2021) no ha iniciado.

A la fecha, la Superintendencia de Industria y Comercio —en su doble calidad de autoridad nacional de competencia (Ley 1340 de 2009) y de autoridad de protección de los usuarios de servicios de telecomunicaciones (Decreto 4886 de 2011)— no ha adelantado investigaciones administrativas ni ha proferido sanción alguna que guarde relación con el *zero rating*.

1.5.2 Descripción de la participación de mercado de PAI y de PCAS en Colombia

Por otra parte, es necesario hacer referencia a las cuotas de participación de los distintos PAI en el mercado de Internet móvil:

Figura 2 Participación de los operadores en el mercado de Internet móvil colombiano



Fuente: MinTIC (2020).

Así, de acuerdo con las cifras de la gráfica del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC (2020), en el tercer trimestre del 2020, las cuotas de participación de los siete principales PAI en el mercado de Internet móvil fueron: Claro, 56,87%; Movistar, 19,53%; Tigo, 15,26%; Virgin, 3,43%; Avantel, 2,3 %; Móvil Éxito, 1,5%; y ETB con el 1,08%.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1.3.1. de la Resolución 5050 de 2011, para establecer si un operador cuenta con posición dominante en un mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* (como lo es el mercado minorista de servicios móviles definido con alcance nacional, según el Anexo 3.2. *ibid.*), la CRC realiza un análisis de competencia que tiene en cuenta, “entre otros criterios, los indicadores de concentración y de participación de los operadores en el mercado, así como un análisis prospectivo de la evolución del mercado”.

Así las cosas, el 28 de enero del 2021, después de una larga espera de varios años en el sector TIC nacional, la CRC emitió un comunicado en el que informó que “luego de un análisis integral de competencia se constató en primera instancia la dominancia del proveedor comunicación celular Comcel (Claro) en el mercado de servicio móviles, el cual corresponde a la prestación conjunta de los servicios de voz y datos móviles” (CRC, 2021 como se citó en Evaluamos (2021)).

Al respecto la CRC precisó lo siguiente:

De acuerdo con la Ley, la dominancia es una declaratoria preventiva, no es una sanción sino una declaración de una situación de mercado. Las medidas tanto de la CRC como de la SIC como autoridad de competencia, podrán ser propuestas cuando se deba prevenir abuso de dicha posición.

Cabe aclarar que esta es una decisión en primera instancia, sobre la cual procede un recurso de reposición, razón por la cual esta Entidad no puede referirse al tema (CRC, 2021 como se citó en Evaluamos (2021)).

Es decir que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio investigar, y si es del caso, sancionar, la conducta de abuso de posición dominante descrita en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en el eventual caso en que se llegara a concretar.

Por otra parte, las aplicaciones más utilizadas en Colombia entre marzo y septiembre del 2020 fueron las siguientes:

Figura 3 Aplicaciones más usadas en Colombia entre marzo y agosto de 2020



Fuente: Valora Analitik (2020)

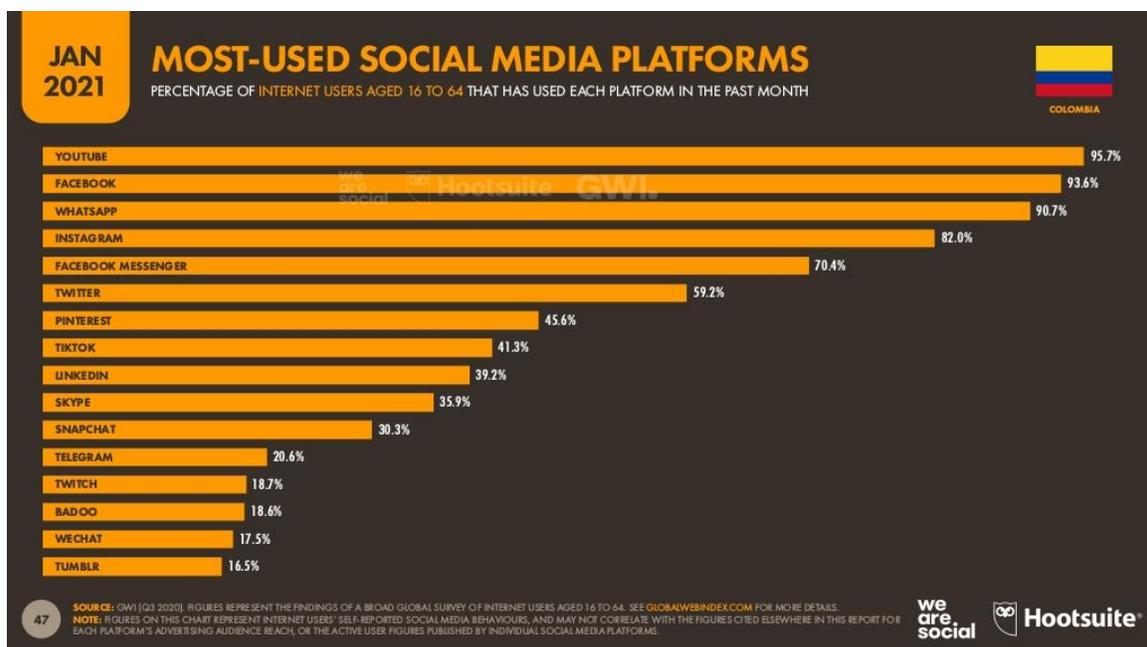
El informe Digital Colombia de DataReportal (2021) ofrece las siguientes cifras frente a las páginas web y aplicaciones sociales más usadas por los colombianos:

Figura 4 Top páginas web por tráfico en enero de 2021 en Colombia



Fuente: DataReportal (2021)

Figura 5 Plataformas de redes sociales más usadas en enero de 2021 en Colombia



Fuente: DataReportal (2021)

Figura 6 Uso de aplicaciones móviles por categoría en enero de 2020 en Colombia



Fuente: DataReportal (2021)

De lo anterior, se concluye que, en la categoría de mensajería instantánea y comunicación, las aplicaciones más usadas en Colombia son WhatsApp y Facebook Messenger. En la categoría de redes sociales, la más usada es Facebook, seguida por Instagram, Twitter y TikTok. YouTube lidera en el campo de las aplicaciones de *streaming* de video, seguida por Netflix.

Las aplicaciones de *streaming* de música no aparecen dentro de las aplicaciones más populares en los *rankings* consultados.

Por su parte, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC (2020) desarrolló el segundo estudio sobre “El rol de los servicios OTT en el sector de las comunicaciones en Colombia – año 2019”, en este presentó las siguientes conclusiones relevantes para la presente investigación:

El 33% de los hogares encuestados manifestó consumir servicios OTT audiovisuales gratuitos, principalmente YouTube con 26% y Facebook con 9%. El 24% de los encuestados consume OTT pagas para ver contenidos, con Netflix a la cabeza (17%), seguida de Claro Video, HBO Go y DirecTV Play cada una con 3%, y Amazon Prime y Movistar Play cada una con 1%.

Frente a la mensajería instantánea y la comunicación, las aplicaciones predilectas por los encuestados fueron WhatsApp (96%) y Facebook (59%).

1.5.3 Caracterización de ofertas *zero rating* en Colombia

A continuación, se presenta una relación ilustrativa sobre las ofertas *zero rating* evidenciadas en las páginas web de los principales cinco PAI del país junto con otros casos

hallados (Claro, (2021); Movistar, (2021); Tigo, (2021); Virgin, (2021); Wom, (2021); Avantel, (2021); DaviPlata, (2021); Bancolombia, (2021); Facebook, (2021)):

Tabla 2 Caracterización de ofertas *zero rating* en Colombia en julio de 2021

PAI	Nombre del plan	Modalidad	CAS ofertado en <i>zero rating</i>	Tipo de <i>zero rating</i>	Topes de consumo
Claro	Paquetes de datos / de suscripción/ todo incluido	Prepago	WhatsApp, Facebook, Twitter, Banca móvil y versión gratuita de Claro Música	<i>Carrier Initiated</i> , autopatrocinio y Datos patrocinados	Desde 400 Mb hasta 10 Gb
Claro	Navégala L PRO-21 / Navégala B XL Lite / Navégala D XL Lite / Navégala XL Pro	Pospago	WhatsApp, Facebook, Instagram, Twitter, Banca móvil, Claro Música, Claro Video y Claro Drive	<i>Carrier Initiated</i> y autopatrocinio	30, 40, 50 y 75 Gb
Movistar	Combos prepago	Prepago	WhatsApp, Facebook, Twitter y Waze	<i>Carrier Initiated</i>	2.6, 4.6, 10, hasta 100 Mb
Movistar	Planes pospago	Pospago	WhatsApp, Facebook, Twitter y Waze	<i>Carrier Initiated</i>	15, 25 y 40 Gb
Wom	Planes prepago y paquetes	Prepago	WhatsApp y Facebook	<i>Carrier Initiated</i>	500 Mb, 1.5, 4, 5 y 6 Gb
Wom	Planes pospago	Pospago	WhatsApp, Facebook, Facebook Messenger e Instagram	<i>Carrier Initiated</i>	25 Gb y 40 Gb portabilidad y línea nueva
Wom	Planes pospago	Pospago	WhatsApp, Facebook y Facebook Messenger	<i>Carrier Initiated</i>	15 Gb portabilidad y 15 Gb línea nueva
Tigo	Paquetigos (clientes Tigo)	Prepago	WhatsApp y Facebook	<i>Carrier Initiated</i>	Desde 5, 10 y 15 Gb
Tigo	Plan Prepago	Prepago	WhatsApp y Facebook	<i>Carrier Initiated</i>	500 Mb, 1,5 o 2 Gb
Tigo	Chip Prepago (nuevos clientes)	Prepago	Sin oferta ZR	<i>Carrier Initiated</i>	4 y 8 Gb
Tigo	Planes pospago	Pospago	WhatsApp, Facebook, Instagram (salvo	<i>Carrier Initiated</i>	15 a 75 Gb

			el de 15 Gb), 3 meses de Amazon Prime Video, Amazon Music y 3 meses de Deezer (salvo por el de 15 Gb)		
Avantel	Paquetes Prepago	Prepago	WhatsApp	<i>Carrier Initiated</i>	50 Mb a 4 Gb
Avantel	Planes Pospago LTE Masivo	Pospago	WhatsApp, Facebook Flex y Waze	<i>Carrier Initiated</i>	10, 15, 20 y 25 Gb
Virgin	Antiplanes de hasta \$15.000	Prepago	WhatsApp, Facebook y Lola Music (modo Top Chart)	<i>Carrier Initiated</i> y autopatrocinio	50 Mb a 2.5 Gb
Virgin	Antiplanes desde \$20.000 hasta \$40.000	Prepago	WhatsApp, Facebook, Tinder Plus y Lola Music (modo Top Chart)	<i>Carrier Initiated</i> y autopatrocinio	3 a 22 Gb
Virgin	Antiplanes de \$65.000 y \$73.000	Prepago	WhatsApp, Facebook, Tinder Plus, TikTok, Instagram, Telegram, Waze, Twitter y Lola Music (modo premium) y 3Gb de YouTube	<i>Carrier Initiated</i> y autopatrocinio	32 y 50 Gb
Virgin	Bolsas de datos / voz	Prepago	WhatsApp / Facebook (+ Tinder Plus y Lola Music Premium – bolsa de \$40.000)	<i>Carrier Initiated</i> y autopatrocinio	330 Mb a 4 Gb
Claro, Movistar y Tigo	DaviPlata / Bancolombia A la mano	Prepago y postpago	Navegación apps DaviPlata / Bancolombia A la mano	Datos patrocinados	Cubre navegación en las apps
Claro y Tigo	Free Basics	Prepago y postpago	Facebook, Wikipedia, Accuweather, 1DOC3, Unicef, Wattpad, entre	Compuesto	Cubre navegación en las apps

			otros contenidos.		
Claro, Tigo y Flash Mobile	Beneficio CoronApp	Prepago	Navegación libre	Falso.	1 Gb
Todos	Beneficio D.L. 464 y 555 de 2020	Prepago	Navegación en el portal de educación del Estado.	Imposición estatal	Cubre navegación en ese contenido
Claro y Tigo	Free Basics	Prepago y postpago	Facebook, Wikipedia, Accuweather, 1DOC3, Unicef, Wattpad, entre otros contenidos.	Compuesto	Cubre navegación en las apps

Fuente: elaboración propia con base a la información publicada por los operadores.

De la anterior información se puede concluir que todos los PAI ofrecen en sus programas *zero rating* la aplicación de mensajería instantánea y de comunicación, WhatsApp, tanto en la modalidad prepago como postpago.

Dentro de la categoría de redes sociales, la aplicación más incluida en estos esquemas es Facebook, vale anotar que todos los operadores la comprenden en varias de sus ofertas. Es seguida por Twitter (tres PAI la incluyen), Instagram (tres PAI la incluyen), y Waze (dos PAI la incluyen). Aquí se presumirá, por imposibilidad de probar, que la inclusión de estas aplicaciones se deriva de una decisión autónoma del operador, atribuible a su estrategia de negocios, por lo que el tipo de *zero rating* asignado es *carrier initiated*.

Con relación a las aplicaciones y servicios de transmisión de video, solo Virgin ofrece YouTube en *zero rating* con un tope de 3 Gb, para sus dos planes más costosos. Tigo beneficia a Amazon Prime Video por tres meses, este gancho promocional podría ser un indicio de que se trata de un esquema de datos patrocinados por Amazon, sin embargo, no existe evidencia adicional que respalde esa hipótesis. Igual comentario se hace para el ofrecimiento *zero rating* de Amazon Music y Deezer gratis por tres meses a los usuarios de Tigo.

Dentro de esa categoría, Claro incluye su servicio Claro Video en los planes postpago.

El *autopatrocinio* también se manifiesta en las aplicaciones de *streaming* de música, aquí, Claro favorece su servicio Claro Música en la versión completa para usuarios postpago y en versión reducida para los usuarios prepago; de igual manera, Virgin ofrece su servicio Lola Music en modos estándar o premium, según el valor del antiplan o bolsa adquirida por el usuario.

Por otra parte, Claro cuenta con un amplio programa *zero rating* de banca móvil a través del cual no cobra al usuario por la navegación relacionada con sus cuentas bancarias

registradas (puede inscribir hasta 10 cuentas o tarjetas). En esta clase de CAS, se encuentran DaviPlata y Bancolombia A La Mano, de forma que al usuario no le será tarifada la navegación en estas aplicaciones si su operador es Claro, Tigo o Movistar. De acuerdo con la información consultada en las páginas de los bancos titulares de estos productos, se puede inferir que se trata de un esquema de datos patrocinados.

En lo que respecta a *Free Basics*, este programa permite que los usuarios de Claro y Tigo naveguen gratuitamente por el conjunto de aplicaciones y contenidos de diversas clases elegidos por Facebook, entre los que se encuentran, esa red social, 1DOC3, Wikipedia, Unicef, Wattpad, entre otros.

Se hallaron dos iniciativas gubernamentales recientes de *zero rating*. La primera, se encuadra en la clasificación de *zero rating* falso y consiste en que el Gobierno Nacional patrocinó el consumo libre de un gigabyte a los ciudadanos que descargaran la aplicación CoronApp; y la segunda, se trata de una imposición estatal, consignada en los Decretos Legislativos 464 y 555 de 2020, consistente en que, los PAI deben garantizar navegación sin costo al portal de educación estatal al usuario prepago durante la vigencia de la emergencia sanitaria, esta medida será permanente para este tipo de eventos excepcionales según lo dispuesto en la reciente Ley de Internet como Servicio Público Esencial y Universal.

Resta decir que no se encontró ninguna oferta de *zero rating* por categoría de sitios, es decir que el operador ofrezca tipos genéricos de contenidos para que el usuario decida cuál desea que no le sea tarifado.

Del análisis de las ofertas se concluye que Virgin es el operador que ofrece más aplicaciones en *zero rating*, pues en los dos planes más costosos incluye WhatsApp, Facebook, Instagram, Twitter, Waze, Tinder Plus, TikTok, Telegram, Lola Music y 3 Gb de YouTube; en contraste, Avantel es quien cuenta con el programa *zero rating* más reducido puesto que en prepago solo ofrece WhatsApp.

Los paquetes prepago de Wom, por su parte, incluyen WhatsApp, Facebook y la aplicación de mensajería Facebook Messenger; y los planes pospago de mayor valor cuentan además con Instagram.

Finalmente, vale anotar que, en comparación con la primera revisión de las ofertas realizada en marzo de 2021 —previo a la incursión de Wom en el país, aunque no atribuible exclusivamente a esta circunstancia—, se observa que a julio del mismo año la mayoría de los operadores incrementaron los topes de datos y algunos aumentaron el número de CAS incluidos en los esquemas *zero rating*.

Por ejemplo, Claro agregó la aplicación Twitter, y sus servicios Claro Video y Claro Drive, y Virgin agregó 6 aplicaciones nuevas de distintas categorías a sus ofertas *zero rating*.

1.6 Conclusiones del análisis de las ofertas *zero rating* en Colombia

Las ventajas y desventajas del *zero rating* dependerán de la clase de ofertas de que se trate, las cuales se pueden clasificar teniendo en cuenta como criterios: el agente que paga por los datos, la elección del contenido no tarifado y el tipo de contenido no tarifado (genérico o específico). Para el presente estudio, las variedades de *zero rating* analizadas son: autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados, compuesto, categoría de sitios y falso.

La ausencia o una inadecuada regulación del *zero rating* puede concretar sus efectos negativos: puede distorsionar la competencia entre operadores; especialmente, puede afectar la competencia entre PCAS; y además puede restringir la libertad de elección de los usuarios.

Esto es especialmente preocupante en las modalidades de *zero rating* compuesto, de datos patrocinados y de autopatrocinio, y en algunos casos en la variedad *carrier initiated*. Los riesgos serán mayores si no existe competencia efectiva en el mercado de los PAI.

En lo que corresponde a la regulación en Colombia, las ofertas *zero rating* son permitidas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1450 de 2011 y la Resolución CRC 3502 de 2011 en el marco de la neutralidad de red. Esas normas autorizan de manera amplia y sin mayores restricciones, las prácticas de segmentación de ofertas comerciales, las cuales “no se entenderán como discriminación”.

El *zero rating* es una oferta muy habitual entre los operadores del país. Los principales PAI estudiados contemplan esquemas tarifa cero dentro de sus planes de datos pospago y prepago.

La modalidad de *zero rating* predominante en Colombia es *carrier initiated*, seguida por autopatrocinio y luego por datos patrocinados. El autopatrocinio solo se manifiesta en las aplicaciones de *streaming* de música.

Dentro de la caracterización, se encontró una oferta de *zero rating* compuesto, una de falso y otra de imposición estatal, y ninguna oferta de *zero rating* categórico. Es decir, que todas las ofertas (excepto por la de *zero rating* falso) brindan acceso no tarifado a uno o varios contenidos específicos elegidos por el operador.

Todos los PAI del país ofrecen en sus programas *zero rating* la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, seguida por la red social Facebook, algunos también incluyen las aplicaciones Twitter e Instagram, y otros pocos Waze y Tinder.

Por otra parte, en el 2021 la CRC constató la dominancia del proveedor de comunicación celular Comcel (Claro) en el mercado de servicios móviles. Asimismo, se evidencia que, en sus respectivos segmentos, existe una concentración hacia los CAS, WhatsApp, Facebook y YouTube.

Todo parece indicar que los efectos de permitir sin restricciones el *zero rating* se asimilan a la ausencia de regulación o a la subregulación.

De acuerdo con lo expuesto en este capítulo, se concluye que es importante evaluar la regulación vigente para las ofertas *zero rating* en el país, teniendo en cuenta que pocos PCAS participan en los esquemas zero rating, lo que limita el significativamente el alcance del resto de contenidos y aplicaciones por el considerable impacto de la gratuidad en la decisión de consumo del usuario.

Por último, la existencia de un PAI dominante en Colombia y además de PCAS dominantes en diversos segmentos es un elemento clave que confirma la necesidad de estudiar la normatividad que rige las ofertas *zero rating* con el fin de determinar si es la más adecuada para impedir la cristalización de sus potenciales efectos negativos en la competencia y en el bienestar de los usuarios.

Segundo capítulo. Aplicación del Análisis de Impacto Normativo – AIN a las prácticas *zero rating*

2.1 Descripción de la herramienta metodológica: Análisis de Impacto Normativo (AIN)

La regulación emitida por las autoridades es uno de los principales instrumentos del Estado para la toma de decisiones en pro del interés público.

Sin embargo, es frecuente que las normas expedidas no lleguen a cumplir los objetivos propuestos, e incluso, algunas veces su aplicación puede perjudicar al sector privado, a la sociedad civil o distintas agencias del Estado, entre otras razones, porque los reguladores en algunas ocasiones no tienen en cuenta la evidencia existente, las alternativas disponibles ni los costos y beneficios asociados.

A raíz de lo anterior, a mediados de la década de los noventa, la OCDE (1997) empezó a desarrollar una serie de recomendaciones para mejorar la calidad de la regulación de las agencias gubernamentales, reducir sus costos y eliminar las normas innecesarias.

En la misma línea, la Comisión Europea (2017b, pág. 6) mediante la política *Better Regulation* se propuso lograr intervenciones regulatorias de alta calidad trabajando en todas las etapas que componen el ciclo regulatorio, es decir, “planificación, adopción, diseño, implementación, aplicación, evaluación y revisión”.

Dentro del conjunto de procesos comprendidos dentro de la Mejora Regulatoria se encuentra el Análisis de Impacto Normativo (AIN) —también conocido por su nombre original en inglés, *Regulatory Impact Assessment* (RIA)—. La OCDE describe el AIN en los siguientes términos:

[E]s un proceso sistemático de identificación y cuantificación de beneficios y costos que tienden a derivarse de opciones regulatorias y no regulatorias de una política bajo consideración. Al examinar los impactos y consecuencias de un rango de alternativas normativas, el AIN es tanto una herramienta como un apoyo al proceso de toma de decisiones, para ayudar a los formuladores de políticas a identificar y seleccionar las propuestas que maximicen el bienestar social. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE, 2021, pág. 19)

En otras palabras, el AIN busca analizar distintas opciones de intervención, estimar los costos, y tener en cuenta la evidencia necesaria para tomar una decisión. Por lo anterior, es útil para reducir el impacto de los sesgos comportamentales en los reguladores, como, los sesgos de confirmación, pensamiento de grupo, exceso de confianza y optimismo, y los efectos marco y de anclaje (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE, 2020).

El AIN se caracteriza por ser un instrumento que puede ser utilizado en cualquier asunto, sector público o económico, y además se destaca por ser altamente flexible (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE, 2021).

El Gobierno de Australia (2014) destaca que, en el propósito de producir mejor regulación, el AIN es útil para encontrar soluciones prácticas a los problemas, identificar riesgos y

reducir la burocracia al reducir la expedición de normas innecesarias y sin el sustento suficiente.

El Consejo de Política Regulatoria de la OCDE (2012) ha recomendado a los países miembros incluir el AIN al inicio de la formulación de nuevas regulaciones, para ello, las agencias correspondientes deben establecer claramente los objetivos, la necesidad de regular y las formas en las que la regulación puede ser más eficaz y eficiente. Específicamente, el Consejo recomienda que los reguladores:

- Adopten prácticas de evaluación de impacto *ex ante* proporcionales al asunto y su trascendencia; realicen análisis de costo – beneficio, determinen los agentes que recibirían los beneficios y los que asumirían las cargas; y, evalúen los impactos sociales, ambientales y económicos.
- Identifiquen la necesidad de la expedición de una nueva política en concreto, sus objetivos y justificación.
- Comprendan las distintas formas de enfrentar la problemática, es decir que deben evaluar opciones regulatorias y no regulatorias, e incluso la combinación de estas.
- Estimen cuantitativamente los costos directos (administrativos, financieros y de capital), los costos indirectos (costos de oportunidad), beneficios y riesgos asociados, en los eventos en que la regulación pueda tener efectos significativos; y en los casos en que esto no sea posible, las evaluaciones *ex ante* deberán contar con descripciones cualitativas de los impactos
- Pongan a disposición del público el AIN y la propuesta regulatoria con el fin de recibir retroalimentación de la ciudadanía y actores interesados,
- Capaciten a sus equipos, y cuenten con mecanismos de control de calidad, así como con el apoyo del gobierno central y sus dependencias.

Por lo tanto, es ideal que los reguladores implementen el AIN al inicio del proceso regulatorio, y que definan claramente el problema, los objetivos que se persiguen, para luego, evaluar las alternativas regulatorias y no regulatorias, determinar los costos y beneficios asociados a cada una, y establecer la mejor opción, con base a datos de calidad, y teniendo en cuenta las consideraciones y propuestas de los *stakeholders* del sector correspondiente.

Como complemento de las anteriores recomendaciones, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE (2020) desarrolló un documento que condensa los Principios de Mejores Prácticas para la implementación de un AIN, los cuales se resumen a continuación:

1. Compromiso y aceptación del AIN por parte de los gobiernos.
2. Gobernanza del AIN: es decir, tener una configuración o diseño adecuado del sistema en el contexto del Ciclo de Gobernanza Regulatoria, de conformidad con el ordenamiento jurídico y la capacidad de implementación del país de que se trate.
3. Incorporar el AIN mediante el fortalecimiento de la capacidad y la rendición de cuentas de la administración: las entidades deben aplicar el AIN por regla general, y para ello, es necesario que guíen y capaciten a sus funcionarios.
4. Metodología de AIN focalizada y adecuada: la herramienta debe implementarse de manera sencilla y flexible siguiendo todos los pasos, sin obviar la consulta pública, ahora bien, no necesariamente se requiere de un análisis de costo-beneficio completo. Es fundamental la definición adecuada del problema, los objetivos, las alternativas, sus costos y beneficios.

5. Seguimiento, evaluación y mejora continua de AIN: es necesario que los reguladores analicen y evalúen los impactos de la norma después de su implementación y que con base a esos datos perfeccionen constantemente las disposiciones.

Para efectos de la presente investigación, y sin perjuicio de la importancia de la consulta pública, el principio 4 *supra* es el más relevante porque como se expondrá más adelante, recoge al detalle los pasos que se deben surtir en el análisis *ex ante* para la expedición de una nueva regulación. Los demás principios son importantes en el contexto de la aplicación del AIN por una autoridad de regulación.

Así las cosas, el AIN se constituye entonces como una herramienta de gran utilidad para abordar asertivamente las prácticas *zero rating*. En palabras de Carrillo (2016), con las que se coincide totalmente, “[p]or regla general, estas discusiones sumamente polémicas carecen de rigor, objetividad e impacto. Se caracterizan por un choque de dogmas: por un lado, la santidad de los principios de neutralidad de la red, contra el imperativo de cerrar la brecha digital o respetar la libertad de mercado, por otro”. En otros términos, se espera que, con la aplicación del AIN, resulten elementos de análisis razonables y sensatos para las ofertas tarifa cero en el país.

Finalmente, una motivación más para emprender un AIN sobre el objeto de estudio en esta investigación, tras la reciente incursión del país en la OCDE, es continuar con la idea de explorar de manera práctica uno de los instrumentos comprendidos en el proceso de mejora regulatoria de esa organización (Departamento Nacional de Planeación - DNP, 2015).

Ahora bien, con relación a las etapas para desarrollar esta herramienta de evaluación, la OCDE ha delineado los siguientes ocho pasos básicos con sus correspondientes acciones:

1. Consultas y participación de los *stakeholders*: usar los aportes de todas las partes interesadas potencialmente afectadas, así como de otros expertos relevantes en todas las etapas del proceso del AIN.
2. Definición del problema: describir la evaluación de la naturaleza y el alcance del problema que abordará la propuesta reglamentaria, preferiblemente en términos cuantitativos.
3. Objetivo: indicar claramente el (los) objetivo (s) de política y la meta (s) de la propuesta regulatoria.
4. Descripción de la propuesta regulatoria: describir el marco regulatorio existente, el borrador de propuesta, identificar los órganos administrativos e instituciones responsables de la redacción, implementación y ejecución de la propuesta, describir el régimen de aplicación y la estrategia propuesta para asegurar el cumplimiento.
5. Identificación de alternativas: enumerar las alternativas factibles, incluyendo cualquier enfoque no regulatorio que se pueda considerar como una posible solución del problema identificado.
6. Análisis de beneficios y costos: describir claramente los beneficios y costos esperados de las alternativas identificadas en los pasos anteriores.
7. Identificación de la solución preferida: describir cómo y de qué manera la propuesta regulatoria identificada es superior a las alternativas que se consideraron.
8. Establecer el marco de seguimiento y evaluación: describir cómo se evaluará el desempeño de la regulación y anticipar los requerimientos de datos necesarios. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE, 2020)

Cuando un ente regulador implemente este análisis deberá desarrollar todos los pasos dispuestos arriba, solo que, por el propósito académico que se persigue en esta investigación, se omitirán los puntos 1. y 8. referentes a la consulta pública y al seguimiento de la ejecución de las soluciones regulatorias que se identifiquen.

Vale anotar que, para los fines aquí dispuestos, el propósito de la participación de los *stakeholders* se suple con la revisión de la literatura presentada ya que incluye los aportes y posturas de todas las partes interesadas del ecosistema de Internet.

Dicho lo anterior, a continuación, se presentarán los pasos que se desarrollarán en el AIN sobre prácticas *zero rating*, a partir de las recomendaciones de la OCDE, la Comisión Europea, el Gobierno de Australia, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin de Perú y el Departamento Nacional de Planeación – DNP de Colombia:

2.1.1 Definición del problema

Al iniciar un AIN, la Comisión Europea (2017b, pág. 17) establece que se deberá “(i) verificar la existencia del problema e identificar quiénes son los agentes afectados; (ii) estimar el alcance y el tamaño del problema, analizar sus causas y consecuencias subyacentes; (iii) (...) evaluar la probabilidad de que el problema persista”. Para dar respuesta con precisión a cada uno de esos aspectos, es necesario contar con insumos adecuados y retroalimentación de las partes interesadas.

También es importante establecer cómo el problema identificado afecta a los distintos actores y qué comportamientos deberían cambiar para que su situación mejore (Comisión Europea (ibid.).

Frente a este punto, la guía de AIN del Gobierno de Australia (2014) recomienda identificar quiénes pueden resultar afectados por la nueva norma, la naturaleza del impacto, y si se justifica la expedición de regulación para hacer frente al problema, particularmente sugiere que el análisis empiece desde uno (s) de los siguientes puntos de partida: existencia de una falla de mercado (competencia imperfecta, asimetría de información, bienes públicos o externalidades); una falla regulatoria (consecuencias indeseadas, riesgo moral, fallas de implementación o cumplimiento, falta de claridad en los derechos de propiedad); o de un riesgo o amenaza inaceptable; sin perjuicio de que se identifiquen otro tipo de causas del problema que se estudia, como inequidad o sesgos del comportamiento.

Los documentos estudiados hacen especial énfasis en lo fundamental que es no confundir los síntomas del problema con sus causas, ni con sus consecuencias (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin , 2016). Cada uno de estos debe quedar claramente delimitado.

Por último, el Osinergmin (2016, pág. 29) indica que, con el propósito de comparar las alternativas de solución, “la definición del problema debe incluir un escenario base que permita comparar las opciones de política. El objetivo del escenario base es explicar cómo la situación actual podría evolucionar sin intervención pública adicional – es decir, es un escenario “sin cambio de política”. Si ya existe una norma, el escenario base será la continuación de esa política.

Para nuestros efectos, en el AIN respecto de prácticas *zero rating*, la definición del problema debe (i) describir claramente la naturaleza del problema; (ii) estimar su alcance y tamaño; (iii) determinar los agentes afectados; e (iv) identificar las causas y consecuencias del problema.

2.1.2 Definición de los objetivos

Para la Comisión Europea (2017b, pág. 20), “los objetivos de la acción política deben estar claramente identificados, esto incluye el nivel de ambición política y los criterios con los que se compararán las alternativas regulatorias y se evaluará el éxito de cualquier iniciativa”. Además de lo anterior, se deben definir indicadores para medir el desempeño y el avance en el cumplimiento de los objetivos, y un marco para el seguimiento de la implementación de la medida.

Los objetivos condensan lo que se quiere lograr a través de la intervención, “[u]na forma de identificar los objetivos es pensar en beneficios. Los objetivos, generalmente, nos hablarán de los aspectos positivos de la intervención, es decir, de los beneficios que el gobierno quiere alcanzar. (Departamento Nacional de Planeación - DNP, 2015). Además, los objetivos se caracterizan por los siguientes aspectos:

1. Conectan el análisis del problema (y sus impulsores) con las opciones de respuesta normativa. (...)
2. Los objetivos deben ser específicos, medibles, alcanzables, pertinentes y de duración determinada (es decir, 'S.M.A.R.T.' [acrónimo conformado por sus siglas en inglés]).
3. Cuando los objetivos son múltiples e interrelacionados, es importante resaltar los vínculos entre ellos, en particular cualquier posible trade-off.
4. ¿Cuáles son los objetivos generales de la política? Estos son los objetivos basados en el Tratado que al que la política prevista contribuye.
5. ¿Cuáles son los objetivos específicos? Estos establecen de manera concreta lo que pretende la intervención regulatoria.
6. Deben ser lo suficientemente amplios para permitir la consideración de todas las alternativas normativas relevantes sin prejuzgar una solución particular. Para cada problema identificado, debe existir un conjunto de objetivos específicos que formen parte de la lógica de intervención: problemas-impulsores-objetivos específicos-opciones de política.
7. ¿Cómo se relacionan con el problema? ¿Cómo se relacionan los objetivos entre sí, es decir, ¿Existen sinergias o algún trade-off? (...) (Comisión Europea, 2017d, págs. 66 - 67)

Para identificar con mayor claridad los objetivos es necesario relacionarlos directamente con el problema, sus causas, las opciones de política, los criterios de comparación de las alternativas y las actividades de monitoreo y evaluación (a través de los objetivos S.M.A.R.T.) (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin, 2016).

Igualmente, para determinar con mayor facilidad los objetivos, el Departamento Nacional de Planeación – DNP propone tener como guía los siguientes interrogantes:

1. ¿Qué se quiere alcanzar con la intervención? ¿Cuál es el resultado o los resultados deseables de la intervención?

2. ¿Los objetivos propuestos son consistentes con las políticas del gobierno y con los objetivos macroeconómicos?
3. ¿Los objetivos generales se plantean en términos de impactos (reducir accidentes, aumentar número de empresas, etc.), y no de resultados de las acciones intermedias o de insumos necesarios (certificados emitidos, solicitudes recibidas, etc.)?
4. ¿Qué indicadores existen o podrían construirse para medir los objetivos? ¿Qué metas podrían plantearse y con qué horizonte de tiempo? Finalmente, los objetivos deben contener indicadores para que se pueda hacer seguimiento a su cumplimiento y a la obtención de los resultados intermedios. Los objetivos nos permitirán nutrir la sección de implementación y monitoreo del AIN. (Departamento Nacional de Planeación - DNP, 2015, pág. 18)

Las agencias de otros países consultadas –arriba referenciadas– coinciden en recomendar la técnica S.M.A.R.T. para la identificación de los objetivos, la cual se desagrega enseguida:

1. Los objetivos deben ser específicos, medibles, alcanzables, relevantes y limitados en el tiempo.
2. Específicos: los objetivos deben ser lo suficientemente precisos y concretos como para no estar abiertos a interpretaciones de diferentes personas.
3. Medibles: los objetivos deben definir un estado futuro deseado en términos mensurables, para permitir verificación de su logro. Dichos objetivos se cuantifican o se basan en una combinación de descripción y escalas de puntuación.
4. Alcanzables: los objetivos políticos alcanzables deben establecerse a un nivel ambicioso, pero al mismo tiempo, realista.
5. Relevantes: los objetivos deben estar directamente relacionados con el problema y sus causas fundamentales.
6. Limitados en el tiempo: los objetivos deben estar relacionados con una fecha fija o un período de tiempo preciso para permitir una evaluación de su cumplimiento.
7. Cuando los objetivos son múltiples e interrelacionados, es importante resaltar los vínculos entre ellos, en particular cualquier posible *trade-off*. Cuando los problemas son complejos y tienen muchos factores subyacentes, a menudo se identifican numerosos objetivos, ya sean generales, específicos u operativos. En estos casos, se puede utilizar un "árbol de objetivos" para representar gráficamente las relaciones entre diferentes objetivos. (Comisión Europea, 2017b, pág. 101)

Como se ve, la literatura clasifica los objetivos en tres clases: generales, específicos y operativos. Un ejemplo ilustrativo que permite aclarar sus diferencias es el siguiente:

Objetivo General: Prevenir la despoblación rural.
Indicador: Tasa de crecimiento en zonas rurales.

Objetivo Específico: Fomentar la actividad económica en zonas rurales.
Indicador: Número de nuevas empresas estableciéndose en zonas rurales.

Objetivos operativos: Proveer asistencia financiera a los proyectos para la creación de nuevas empresas en las zonas rurales.
Indicador: Número de Proyectos recibiendo asistencia financiera en zonas rurales. (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin , 2016, pág. 33)

Los objetivos generales están relacionados con los estatutos o leyes y con los beneficios a la sociedad o a la economía que la política busca ofrecer; los objetivos específicos tienen en cuenta la naturaleza de la materia que se quiere regular y se consideran el medio para lograr los objetivos generales; y los objetivos operativos se refieren a los entregables o acciones concretas de política (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin , 2016); (Departamento Nacional de Planeación - DNP, 2015)

Vale anotar que en la aplicación del AIN de *zero rating* en nuestro caso no se crearán indicadores del cumplimiento de los objetivos ni tampoco se establecerán objetivos operativos, porque al ser este un ejercicio académico, la solución escogida no será implementada.

En síntesis, en la presente investigación, por cada problema que se identifique, (i) se deberán determinar los objetivos regulatorios generales y específicos: los primeros serán los que guarden relación con las leyes de la República sobre la materia, mientras que los segundos establecerán de manera concreta lo que pretende la intervención; (ii) los objetivos deberán seguir la técnica S.M.A.R.T.

2.1.3 Determinación de las alternativas

Sobre este punto, la Comisión Europea señala que:

En la mayoría de los casos, identificar una opción política alternativa es un proceso iterativo. El objetivo es considerar tantas alternativas realistas como sea posible y luego reducirlas a las más relevantes para un análisis más detallado.

(...)

Se sugieren los siguientes cinco pasos para identificar un conjunto realista de opciones:

1. Construir un escenario base a partir de la cual los impactos de las opciones regulatorias serán analizados.
2. Empezar por compilar una amplia gama de alternativas;
3. Identificar las opciones más viables;
4. Verificar la idoneidad de las opciones conservadas; y
5. Describir con razonable detalle los aspectos clave de las opciones de política escogidas para que se pueda realizar un análisis en profundidad de los impactos asociados. (Comisión Europea, 2017b, pág. 102)

Cada uno de los cinco pasos propuestos por la Comisión Europea (2017b) se resume a continuación:

1. Establecer una línea base: para diseñarla se debe partir de un escenario sin cambios normativos, de manera que cubra todas las disposiciones que continuarán vigentes. Es importante incluir el nivel de compromiso político con la continuación de la actual normatividad.
2. Considerar una amplia variedad de opciones de política, contando el escenario base: para ello se recomienda “pensar con originalidad” y en lo posible mitigar los sesgos regulatorios. Es importante que el regulador se pregunte por los aspectos que pueden afectar las causas del problema y que pueden influir en los comportamientos para

abordar el problema, tratando de hallar tantas soluciones como sea posible, desde los más intervencionistas hasta los menos, y desde las herramientas más clásicas hasta los desarrollos de las disciplinas más recientes.

También se puede tener en cuenta la opción de mejorar la implementación de las normas existentes, como también su simplificación.

Se sugiere tener en cuenta las opciones planteadas por las distintas partes interesadas, expertos y por otros países. También es altamente recomendable evaluar alternativas no regulatorias y mecanismos de mercado, incluso en combinación con las alternativas regulatorias.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE (2020) señala algunas alternativas distintas a las tradicionales de “mando y control”, a saber:

- Las regulaciones basadas en el desempeño (la norma establece los objetivos, pero se da libertad para que los obligados establezcan los medios para alcanzarlos);
 - Las regulaciones basadas en procesos (la norma establece que los sujetos pasivos deben establecer enfoques sistemáticos para reducir riesgos);
 - Corregulación (la función de regulación se comparte entre gobierno e industria, por ejemplo, mediante códigos de prácticas);
 - Regulación económica (no solo dirigida a corregir fallas del mercado sino a buscar la efectividad de los mercados);
 - Instrumentos e incentivos económicos (como impuestos, subsidios, permisos, vales y similares);
 - Campañas de información, educación y publicidad;
 - Enfoques voluntarios y autorregulación (acuerdos emprendidos por la industria, no necesariamente respaldados o sancionados por los gobiernos);
 - Y enfoques de las ciencias del comportamiento.
3. Examinar las opciones: es fundamental enfocar el análisis en las alternativas viables, la exclusión de alternativas debería ser fácil de justificar. Para este proceso, los principales criterios que se deben tener en cuenta son: viabilidad legal, viabilidad técnica – de implementación, viabilidad política, decisiones regulatorias previas, coherencia con los objetivos políticos de país, eficacia y eficiencia, proporcionalidad y relevancia.
4. Verificar la pertinencia e idoneidad de las alternativas seleccionadas: teniendo como referencia el escenario base, escoger opciones realistas. El regulador debe abstenerse de proponer el escenario base, una alternativa “preseleccionada” y otras opciones “espantapájaros” o extremas.

Por otra parte, el regulador podrá tener dos conjuntos de opciones, uno para el contenido de la intervención y otro para el tipo de instrumento que la comprenderá. Igualmente, quien adelante un AIN podrá escoger si las opciones serán paquetes de medidas, soluciones alternativas, respuestas individuales específicas, o una combinación de ellas.

Finalmente, el regulador debe centrarse en los puntos críticos del problema para escoger de mejor manera las alternativas.

5. Resumir las opciones elegidas con mayor profundidad: en este punto, se deben establecer con claridad, detalladamente, los elementos que caracterizan y permiten diferenciar las alternativas, a la luz de los objetivos planteados inicialmente y en términos de cómo deberían ser implementadas y quiénes son los responsables de ejecutarlas. Es recomendable plantear las alternativas como acciones específicas, de ese modo es más fácil cuantificar y medir los impactos de las opciones.

A modo de conclusión, la escogencia de las alternativas “es una de las funciones clave de un proceso de evaluación de impacto. Cuando se hace bien, este es quizás el componente de evaluación de impacto más apreciado por las partes interesadas externas. Cuando se hace mal, tiende a ser el más criticado y socava significativamente la credibilidad de todo el ejercicio y su utilidad para la toma de decisiones políticas. (Comisión Europea, 2017c, pág. 8).

Por lo expuesto, en el presente ejercicio (i) se determinará el escenario base del AIN, partiendo de la regulación vigente en Colombia sobre las prácticas *zero rating*; (ii) se planteará un abanico de alternativas preliminares regulatorias y no regulatorias; (iii) se evaluarán las opciones y se identificarán las más viables; (iv) se explicará el alcance de cada una de las alternativas escogidas.

2.1.4 Identificación de los impactos

Con el propósito de establecer las implicaciones de cada una de las alternativas escogidas, la Comisión Europea (2017b) señala que el regulador debe:

1. Determinar los posibles impactos económicos, sociales y ambientales, cuando sean relevantes a la problemática de que se trate.
2. Enumerar los impactos positivos y negativos, directos e indirectos, intencionales y no intencionales;
3. Identificar los costos (impactos negativos) y beneficios (impactos positivos) para las partes interesadas, y cuantificarlos (en términos monetarios) cuando sea posible.

Algunos de los costos que pueden tenerse en cuenta son: cargos regulatorios, costos de cumplimiento sustantivo (inversiones y gastos en los que deben incurrir los sujetos de la norma), costos administrativos, costos de ejecución a cargo de las autoridades, costos indirectos (como cambios de precios, de calidad o de disponibilidad de bienes).

Por su parte, algunos de los beneficios que se pueden considerar son: beneficios regulatorios directos (mejora del bienestar de las personas, del medioambiente y en la eficiencia de los mercados), beneficios indirectos (como incremento del PIB o del empleo), y otros beneficios no monetizables (efectos positivos frente a derechos fundamentales, discriminación, seguridad, etcétera), y eficiencia regulatoria.

Algunos ejemplos de costos y beneficios asociados a una intervención se encuentran en las siguientes tablas:

Tabla 3 Ejemplos de beneficios asociados a una intervención regulatoria

Grupo afectado	Ejemplos de beneficios
Sector privado	<ul style="list-style-type: none"> • Reducción de accidentes en el lugar de trabajo; ganancia asociada a la productividad • Mejoras en la disponibilidad de información en el mercado, lo cual lleva a ganancia de eficiencia en la producción y la distribución • Aumento de la productividad y la eficiencia gracias a la prohibición regulatoria de conductas anti-competitivas
Consumidores	<ul style="list-style-type: none"> • Reducción de precios de productos o servicios • Mejoras en la seguridad de bienes y servicios • Mayor y mejor información sobre productos y servicios que facilitan hacer una mejor elección
Gobierno	<ul style="list-style-type: none"> • Mejora en la salud pública que puede resultar en menores costos de atención médica • Mayor disponibilidad de información para el gobierno, lo cual permite mejores tomas de decisiones • Beneficios en el costo de implementación, reduciendo las investigaciones de aquellos que no cumplen o las acusaciones.
Sociedad	<ul style="list-style-type: none"> • Beneficios distributivos, en caso se favorecer a ciertos grupos (pobres, pensionados, etc.) • Mejora en la competencia.

Fuente: Departamento Nacional de Planeación – DNP (2015, págs. 23, 25-26)

Tabla 4 Ejemplos de costos asociados a una intervención regulatoria

Grupo afectado	Ejemplos de costos
Sector privado	<ul style="list-style-type: none"> • Costos de familiarizarse con la regulación y planear cómo cumplir con ella. • Costos mayores de insumos debido a impactos en los costos de los materiales • Costos mayores de producción debido a cambios en la producción, transporte o marketing requeridos por la regulación • Costos por la pérdida de ventas debido a la restricción de acceso a mercados • Precios de licencias o autorizaciones u otras cargas que impone la regulación • Costo de reportar y dar información a las autoridades debido a requisitos impuestos por la regulación • Costo de inspecciones internas, o tasas de auditorías, etc. para asegurarse que se cumple con la regulación
Consumidores	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento de precios de productos o servicios • Reducción de disponibilidad de productos • Demoras en la introducción de nuevos productos
Gobierno	<ul style="list-style-type: none"> • Costo de administrar la regulación, pudiendo incluir el dar información al sector privado, capacitar a servidores públicos, procesar las licencias o el registro de productos, etc. • Costo de verificar el cumplimiento, incluyendo la conducción de inspecciones y auditorías, monitorear indicadores, etc.

	<ul style="list-style-type: none"> • Costo de hacer cumplir la regulación, por ejemplo investigando la posibilidad de no-cumplimiento o realizando investigaciones por acusaciones
Sociedad	<ul style="list-style-type: none"> • Costos de reducir la competencia; por ejemplo, al favorecer a productores existentes y haciendo difícil el ingreso al mercado de otros competidores, dando como resultado pérdidas de eficiencia y transferencias de costos de los productores a los consumidores por mayores precios • Costos distributivos; por ejemplo, si grupos vulnerables o pobres resienten los costos de una manera más agudizada • Restricciones a la innovación y la habilidad de desarrollar y vender nuevos productos y servicios

Fuente: Departamento Nacional de Planeación – DNP (2015, págs. 23, 25-26)

También es recomendable, cuando sea posible, asignar probabilidades (alta, baja o media) de que el impacto se produzca (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin, 2016). Por lo tanto, el impacto puede evaluarse con base a la interacción de su cuantificación y probabilidad de ocurrencia.

Es importante establecer los impactos en los agentes más afectados positiva o negativamente (como, sectores empresariales, ciudadanos, pymes, empresas en particular, consumidores, ciudadanos, entidades públicas o regiones, la sociedad en su conjunto, según sea el caso).

El Osinergmin (2016) precisa que, una vez identificados los efectos distribucionales, es decir los impactos en las partes interesadas, el regulador está en capacidad de identificar agentes “ganadores” y “perdedores” bajo cada una de las opciones bajo estudio. Esto permite adelantarse a los obstáculos y replantear el diseño de las alternativas.

Finalmente se deben indicar los obstáculos en la implementación de la opción de que se trate.

Planteado de otra manera, lo importante en esta etapa es permitir la comparación entre las distintas alternativas de solución del problema teniendo como referencia el escenario sin cambio regulatorio, para ello se tendrán en cuenta los efectos directos e inmediatos, y los indirectos o secundarios (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin , 2016).

Para el presente AIN, respecto de cada alternativa (i) se determinarán los impactos con relación a las partes interesadas; (ii) los impactos se clasificarán como positivos (beneficios) o negativos (costos) en términos de competencia entre PAI, entre PCAS y libertad de elección del usuario.

2.1.5 Comparación de las alternativas

Uno de los principales aspectos que deben tenerse en cuenta en una evaluación de impacto, es la incidencia de las alternativas propuestas en la competencia en los mercados, para ese propósito el Departamento Nacional de Planeación – DNP (2015) recomienda

tener en cuenta los impactos contenidos en la Lista de verificación de competencia elaborada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE (2011)².

Entre otros aspectos, el cuestionario busca indagar si la regulación limita el número o variedad de empresas competidoras, limita la capacidad de las empresas para competir, reduce los incentivos para competir o limita las alternativas e información disponibles para los consumidores.

Además de esa valoración que servirá como criterio auxiliar en el presente AIN, es importante realizar una comparación que contemple otras variables. La Comisión Europea (2017d) recomienda que esta comparación se haga en formato de tabla e indique:

1. La medida en que alcanzarían los objetivos (efectividad);
2. Los respectivos impactos económicos, sociales y ambientales clave, y la relación beneficio / costo, costo -efectividad, u otros medios para clasificar las alternativas, como el análisis multicriterio (eficiencia); y
3. La coherencia de cada opción con otros objetivos políticos (...) e instrumentos normativos (coherencia);

En el estudio de las alternativas, es necesario que el regulador también:

1. Compare las opciones frente al escenario base
2. Present[e] una visión resumida de todos los impactos positivos y negativos económicos, sociales y ambientales de las opciones que ha analizado en detalle. (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin, 2016, pág. 48)

Teniendo en cuenta el alcance académico del presente trabajo, las restricciones de información y la difícil cuantificación y, más aún, de monetización de los factores asociados al *zero rating* (por ejemplo, libertad de elección del consumidor, exclusividad, disponibilidad de servicios, etcétera), no se aplicarán las principales opciones metodológicas disponibles para los reguladores en un AIN como los son: el análisis del menor costo, el análisis de costo-efectividad, el análisis de costo-beneficio y el análisis multicriterio (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE, 2015).

Así las cosas, la valoración de cada una de las alternativas preseleccionadas se realizará estimando cualitativamente el impacto frente a las tres dimensiones elegidas: competencia entre PCAS, competencia entre PAI y libertad de elección del usuario, adoptando una forma simplificada del análisis multicriterio.

Esta metodología se caracteriza por permitir que el regulador plantee un conjunto de objetivos y criterios particulares al problema que se estudia, los cuales son ponderados para analizar cada una de las alternativas de solución.

² La Guía del Departamento Nacional de Planeación – DNP (2015) también recomienda el cuestionario contenido en el artículo 1 de la Resolución 44649 de 2010 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC para la labor de abogacía de la competencia, sin embargo, esta excluye el último ítem sobre limitaciones a las alternativas e información disponibles para los consumidores.

La Comisión Europea (2017b) recomienda esta técnica cuando se trata de impactos cualitativos o que no pueden expresarse en términos monetarios, asimismo, es aconsejable utilizarla existen varios objetivos normativos específicos y tiene como ventaja que posibilita la evaluación simultánea de eficiencia, efectividad y coherencia de las políticas, y que presenta las sinergias y *trade-offs* entre dimensiones, partes interesadas y grupos de criterios.

Los pasos para desarrollar esta metodología presentados por el Osinergmin (2016), se resumen a continuación: identificar los criterios de evaluación para comparar las opciones; ponderar los criterios; calificar y evaluar el desempeño de cada opción de acuerdo con los criterios de evaluación; y concluir con base a los resultados.

En el último punto corresponde presentar como solución al problema, la alternativa evaluada que arrojó el mejor puntaje en el desarrollo del AIN por lo que se deberá cerrar con la explicación de por qué es superior a las demás opciones consideradas, indicando si fuere el caso, elementos de análisis adicionales que no fueron considerados al aplicar el análisis metodológico, pero que permitan concluir su idoneidad para alcanzar los objetivos propuestos (Departamento Nacional de Planeación - DNP, 2015).

En la fase de escogencia de la mejor o mejores alternativas: (i) se evaluará su incidencia en la competencia teniendo como referencia la Lista verificación de competencia de la OCDE; (ii) se identificarán los criterios de evaluación de las alternativas; (iii) se calificará el desempeño de cada una de las alternativas frente a los criterios de evaluación; y (iv) se presentarán las conclusiones correspondientes respecto de la idoneidad de la o las alternativas seleccionadas como solución al problema.

2.2 Elementos de análisis sobre el estado de la regulación de las ofertas *zero rating* en Colombia

Es fundamental que el regulador de comunicaciones tenga en cuenta las consecuencias de establecer o no reglas más estrictas sobre al *zero rating*, y que además sea consciente de los indicios que señalan la conveniencia de modificar o de dictar una nueva regulación de la tarifa cero.

De acuerdo con Pranesh Prakash (2015), las prácticas discriminatorias en el acceso a Internet generan el siguiente conjunto de preocupaciones:

1. Libertad de expresión y expresión, libertad de asociación, libertad de reunión y privacidad.
2. Daño a la competencia efectiva
 - a. Esto incluye la competencia entre los ISP y la competencia entre los proveedores de contenido.
 - b. La subregulación aquí puede causar daños a la innovación a nivel del proveedor de contenido, incluso al erigir barreras de entrada.
 - c. La sobrerregulación aquí puede causar daño a la innovación en términos de modelos de negocio de ISP.
3. Daño a los consumidores
 - a. La subregulación aquí puede dañar la elección del consumidor y el derecho a la libertad de expresión, expresión y comunicación.

- b. La regulación excesiva en este terreno puede dañar la innovación a nivel de las tecnologías de red y perjudicar a los consumidores a largo plazo.
- 4. Daño a la "apertura" y la interconexión de Internet, incluida la diversidad (de acceso, de contenido, etc.)
 - a. Las excepciones para los servicios especializados deben limitarse para preservar la apertura e interconexión de Internet y de la *World Wide Web*. (pág. 11).

Por lo tanto, tanto la subregulación como la sobrerregulación pueden generar daños a la competencia a nivel de operadores y de proveedores de contenidos, crear barreras de entrada a los PCAS y afectar la innovación en esquemas comerciales. Así mismo, pueden perjudicar la elección del consumidor y afectar la creación de nuevos contenidos, aplicaciones y servicios.

En concreto sobre el *zero rating* como forma de discriminación positiva, Prakash (2015) recomienda no permitir aquellas variedades que tengan un impacto negativo en la competencia efectiva, así que expone una serie de modalidades de *zero rating* jerarquizadas de las más a las menos deseables:

1. Independiente del contenido, origen y destino.
2. Basada en contenido y origen / destino, sin acuerdos comerciales, elegida libremente por los usuarios.
3. Basada en contenido y origen / destino, sin acuerdos comerciales, con total transparencia.
4. Basado en contenido y origen / destino, sobre la base de un acuerdo comercial con acceso parcial a precio cero a todo el contenido, con acceso no discriminatorio al mismo acuerdo para todos con total transparencia.
5. Basada en contenido y origen / destino, sobre la base de un acuerdo no comercial, sin ningún beneficio monetario o de otro tipo, que fluya directa o indirectamente del proveedor del contenido de tasa cero al ISP, con total transparencia.
6. Basada en contenido y origen-destino, en todas las redes de telecomunicaciones, con precios estándar, acceso no discriminatorio y total transparencia.
7. Basada en contenido y origen-destino, con precios estándar, acceso no discriminatorio y total transparencia.
8. Basada en contenido y origen-destino, con acceso no discriminatorio y total transparencia.
9. Basada en contenido y origen-destino, con acceso no discriminatorio y transparencia para el regulador.
10. Basada en contenido y origen-destino, sin ningún marco regulatorio establecido. (Prakash, 2015)

El caso colombiano se encuentra en el último lugar (posición 10) de la jerarquía expuesta debido a que en la actualidad el trato diferenciado a los CAS incluidos en el programa está basado en contenidos particulares, sin consideraciones regulatorias de transparencia, precios estándar, acceso no discriminatorio o estímulos a la elección del usuario.

Hacia el mismo sentido apuntan las Directrices sobre la aplicación de las normas europeas de neutralidad de red del BEREC (2016) que instan a que al evaluar las prácticas *zero rating*, los Estados verifiquen si se cumplen los objetivos de proteger el tratamiento igual y

no discriminatorio del tráfico, y de garantizar el funcionamiento de Internet como motor de innovación, así mismo los convoca a intervenir ante las prácticas comerciales que resulten en una reducción material en la elección de los usuarios finales

Por lo tanto, estas entidades deberán entrar a evaluar las condiciones comerciales y técnicas de las ofertas que eludan esos objetivos generales, valorando: la influencia de la gratuidad; si un PAI o PCAS cuenta con una posición de mercado fuerte; si el resultado es que disuade a que nuevos PCAS entren al mercado; si el PAI elige ganadores y perdedores; o si el PAI crea barreras técnicas y administrativas para que los PCAS entren a los programas *zero rating*.

Frente a la limitación a la elección del usuario, las autoridades europeas deben estimar si las restricciones a la elección reducen las opciones con las que cuentan los usuarios de manera sustancial, en términos de gama y variedad, o de incentivos para utilizar aplicaciones específicas.

Como se ve, varios de los elementos de sospecha enunciados por el BEREC se pueden encontrar en el caso colombiano.

A su vez, Van Schewick (2015) sugiere que “para determinar si una práctica tiende a reducir la innovación y la libre expresión, la FCC debería evaluar si la práctica preserva los siguientes tres factores:

1. Elección del consumidor.
2. Agnosticismo frente a las aplicaciones.
3. Bajos costos de la innovación en aplicaciones y libertad de expresión”.

De manera que, si la oferta viola al menos uno de esos criterios debería prohibirse o restringirse, de acuerdo con lo expuesto en el caso colombiano se evidencia que no siempre se protegen esos elementos.

Pero adicionalmente, la literatura aquí presentada insiste en que “el *zero rating* únicamente generará preocupaciones a nivel de libre competencia cuando alguna de las partes detenta un poder sustancial de mercado” (Márquez & Arciniegas, 2019, pág. 93), por lo que siempre deberá evaluarse el poder de mercado de los PAI y los PCAS.

Por último, de acuerdo con la OCDE (2019), los reguladores deben determinar adecuadamente los beneficios y costos del *zero rating*, teniendo en cuenta el nivel de competencia en el mercado de los operadores y de los PCAS.

2.3 Desarrollo del Análisis de Impacto Normativo (AIN) para las prácticas *zero rating*

A partir de lo expuesto con relación al *zero rating* y a la herramienta del Análisis de Impacto Normativo (AIN), enseguida se desarrollan cada uno de sus pasos:

2.3.1 Definición del problema

La neutralidad de red y, en particular, el *zero rating*, fueron regulados en el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, este es el Plan de Desarrollo 2010 – 2014 “Prosperidad para todos” del primer gobierno de Juan Manuel Santos (Ver numeral 1.4.2. *supra*)

El texto de esa norma proviene del Proyecto de Ley 246 de 2011 Senado (Congreso de la República, 2011). En la exposición de motivos de esa iniciativa no se ofreció explicación alguna sobre la disposición “los prestadores del servicio de internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación”.

Por otra parte, la regulación de la neutralidad de red expedida por la CRC en 2011 permite expresamente que los PAI ofrezcan servicios de Internet segmentados según sus perfiles de usuarios. Sin embargo, se observa que, al momento de la expedición esta regulación, en Colombia no se propendía por implementar las políticas de mejora regulatoria de la OCDE, por lo tanto, la CRC no adelantó un AIN en sentido estricto, sino que en el documento soporte a la expedición de la resolución figura que se hizo una investigación sobre las posturas de los PAI, PCAS y usuarios en diversos países más una consulta pública. Esto último, si bien supone que la CRC incorporó algunos elementos del AIN en la expedición de la regulación, no puede considerarse un AIN como tal.

Pero más allá de lo anterior, la discusión regulatoria en ese momento giró sobre la neutralidad de red en general y muy poco se enfocó en el emergente conjunto de prácticas comerciales que hoy conocemos como *zero rating*.

En el documento soporte a la regulación, la mención a las ofertas segmentadas se ata a aspectos técnicos, como se indica enseguida:

(...) Se deben generar acciones complementarias que cubran las siguientes materias: [p]osibilidad de desarrollar planes diferenciales que incluyan la integración de aplicaciones y contenidos de interés del usuario de manera empaquetada, y donde se establece manejos específicos de tráfico en capas superiores a favor de aplicaciones previamente definidas por el usuario, o la incorporación de herramientas que afectan el contenido en capas superiores a la capa 3, como es el caso de los sistemas de antivirus o de control parental. En este escenario se debe resaltar que se trata no sólo de una provisión de servicio de acceso a Internet, sino además de la provisión empaquetada de aplicaciones diseñadas para los fines descritos (Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, 2011c, pág. 45)

Entonces, la CRC abordó ese asunto a la luz de la calidad del servicio, el empaquetamiento de aplicaciones y contenidos y la gestión de tráfico en las capas superiores, pero no desarrolló sus implicaciones respecto de la competencia y la libertad de elección del usuario, siendo estos algunos de los principales puntos en los cuales se centró la discusión en los años posteriores. Por supuesto, en el 2011 era imprevisible el rumbo que tomaría el mercado y la discusión que se generaría.

Y frente a los comentarios presentados por los agentes del sector sobre la posibilidad de hacer ofertas segmentadas en el marco de la propuesta regulatoria de la neutralidad de red en particular, la CRC respondió que es requisito informar debidamente al usuario sobre las restricciones y las alternativas de planes y que de ninguna forma esas ofertas pueden

tornarse en discriminaciones arbitrarias de contenidos y aplicaciones o en vulneraciones al principio de libre elección (Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, 2011b).

En consecuencia, puede afirmarse que no se discutió a profundidad el efecto de la segmentación de ofertas comerciales, a diferencia de lo que ocurrió con otros aspectos derivados o relacionados con la neutralidad de red, como las prácticas de gestión de tráfico (PGT), con seguridad porque no era un aspecto importante en esa época. En ese momento era difícil prever las dinámicas que surgirían globalmente con relación a este tipo de prácticas comerciales.

Por otra parte, la regulación amplió el alcance de lo ya plasmado en el citado artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, por ende, no podía ir en contravía o alejarse de lo allí dispuesto en materia de neutralidad en Internet.

Finalmente, a partir del 2015 fue cuando realmente se empezó a hablar de *zero rating* por la campaña emprendida por distintas organizaciones de la sociedad civil en contra del lanzamiento de *Free Basics*. A raíz de esa reacción, en el 2016 se encuentran los primeros análisis académicos sobre el *zero rating*, consolidando de ahí en adelante las posturas a favor y en contra respecto de las distintas modalidades de estas ofertas que empezaron a ser identificadas.

Como consecuencia de lo anterior es necesario evaluar si la normatividad vigente obedece realmente a las dinámicas actuales del sector TIC y si es adecuada para proteger la competencia a nivel de PAI y PCAS y la libertad de elección de los usuarios.

Como se ha indicado, de entre todos los aspectos que guardan relación con el *zero rating*, la competencia y la libre elección son los aspectos elegidos para el análisis, ello, sobre muchos otros elementos conexos como la conectividad, las tarifas que pagan los usuarios y el impacto en los topes de datos.

Dicho lo anterior, a pesar de que la regulación vigente —es decir, la permisión absoluta de las ofertas segmentadas según los perfiles de consumo—, otorga beneficios tanto al consumidor como a la creación de nuevas ofertas por parte de los PAI, en algunos casos, , puede representar riesgos para la entrada de competidores al mercado de PCAS debido al considerable impacto de la gratuidad en la decisión de consumo .

Se evidencia que la regulación no es del todo clara y que el movimiento del mercado, dentro del marco legal vigente, puede conducir a un resultado indeseable, esto es, que los usuarios utilicen preponderante o exclusivamente el puñado de aplicaciones que se encuentran incluidas en los esquemas *zero rating*, al limitar la posibilidad de que los demás CAS lleguen a los usuarios y al restringir los incentivos para que los consumidores exploren contenidos que sí les serán tarifados.

De suerte que es necesario evaluar si se debe ajustar el diseño regulatorio actual para reducir la probabilidad de la concreción de riesgos asociados al *zero rating*.

Al momento de expedición de la norma seguramente no fue posible prever las distintas modalidades que el *zero rating* tomaría ni los cuestionamientos que se presentarían sobre sus nacientes tipologías, de modo que es recomendable que el regulador realice un examen sobre la regulación actual en el país.

Dicho lo anterior, se evidencia que los actores afectados por el problema son:

- Los proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios debido a que solo unos pocos son incluidos en esquemas *zero rating*, lo que afecta su posibilidad de competir y llegar a más usuarios teniendo en cuenta el fuerte efecto de la gratuidad.

Se observan pocos estímulos para la entrada de medianos y pequeños desarrolladores, dentro de los que se encuentran los PCAS locales.

Esta situación se agrava por la existencia de un PAI con posición de dominio, debido a que: (i) ese operador tiene mayores posibilidades de favorecer el consumo de sus propias aplicaciones (autopatrocinio) sobre el contenido producido por terceros, si incluye sus propios servicios en programas *zero rating*; (ii) puede reforzar a los jugadores dominantes en el mercado de contenidos, aplicaciones y servicios al incluirlos en sus esquemas *zero rating*, de forma que podría intensificar los efectos de red, influenciar en el resultado del mercado y en las preferencias de los usuarios.

- Los usuarios que prefieran contenidos, aplicaciones o servicios distintos o adicionales a los incluidos generalmente en los esquemas *zero rating*.

Al igual que con los PCAS, “[c]on respecto a la elección del consumidor, la línea entre resultados deseables y resultados adversos también es muy delgada: el *zero rating* puede simultáneamente permitir que algunos clientes descubran nuevas aplicaciones y sitios web con el acceso gratuito que se les proporciona, y alentar a otros a ceñirse a las aplicaciones y sitios web en *zero rating*” (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE, 2019, pág. 30).

Por lo tanto, una posible consecuencia de esta práctica es la reducción en el consumo de contenidos y aplicaciones no incluidos en los programas tarifa cero. Por supuesto, esta no es una regla general, sino que ese resultado dependerá de distintos factores, por ejemplo: si los contenidos incluidos en un programa *zero rating* son los favoritos de los usuarios, se esperararía que estos no exploren otras alternativas; pero si se trata de un mercado emergente, la inclusión de una aplicación en un esquema *zero rating* puede hacer que esta logre la masa crítica de usuarios más fácil que sus competidores.

Resta señalar que existe una relación clara entre la gratuidad, la elección del usuario y el consumo de determinados CAS.

- Los Proveedores de Acceso a Internet, en menor medida. Particularmente, aquellos PAI que no están en capacidad de replicar determinadas ofertas *zero rating* como las de datos patrocinados y autopatrocinio.

Es probable que esta situación se intensifique cuando exista un PAI con posición de dominio, ya que este podrá construir ofertas ante las que los otros PAI no puedan responder, por ejemplo, cuando: incluya sus propias aplicaciones, patrocine servicios que consuman un gran volumen de datos, patrocine la tarifa de suscripción a algún servicio o incluya CAS bajo condiciones de exclusividad.

A pesar de que los anteriores son escenarios plausibles, la categorización de ofertas expuesta en capítulos anteriores no permite inferir que por la existencia de un operador

dominante en Colombia algún PAI se encuentre en desventaja en materia de ofertas *zero rating*.

De acuerdo con lo expuesto en el capítulo sobre las perspectivas en contra de las prácticas *zero rating*, los potenciales efectos negativos de una regulación inadecuada —o de la ausencia de regulación cuando sea necesaria— que se podrían cristalizar en el país dadas sus particularidades, se pueden resumir en lo siguiente:

- Distorsión de la competencia en el mercado de PCAS:
 - Si existen condiciones preferenciales hacia ciertos PCAS, los PCAS menos fuertes económicamente, y en general aquellos que no sean incluidos en esquemas *zero rating*, quedarían en desventaja para alcanzar nuevos usuarios.
 - Puede limitar los incentivos para el desarrollo de contenidos y aplicaciones locales, especialmente en los países en vías de desarrollo, constituyéndose en barrera de entrada.
 - Los operadores podrían terminar escogiendo PCAS “ganadores” y “perdedores”.
 - El *zero rating* puede orientar en gran medida la decisión de consumo, lo que puede resultar en que los usuarios consuman principalmente las aplicaciones de los pocos PCAS beneficiados.
 - Cuando un PAI es dominante, las ofertas de contenidos autopatrocinados podrían favorecer indebidamente sus propias aplicaciones. Sin embargo, en la actualidad no son preocupantes los casos estudiados (es decir, Claro Video, Claro Música, Claro Drive y Lola Music).
 - Puede reforzar inapropiadamente los efectos de red existentes.
 - Existe riesgo de exclusividad al momento de incluir CAS en los programas *zero rating*.

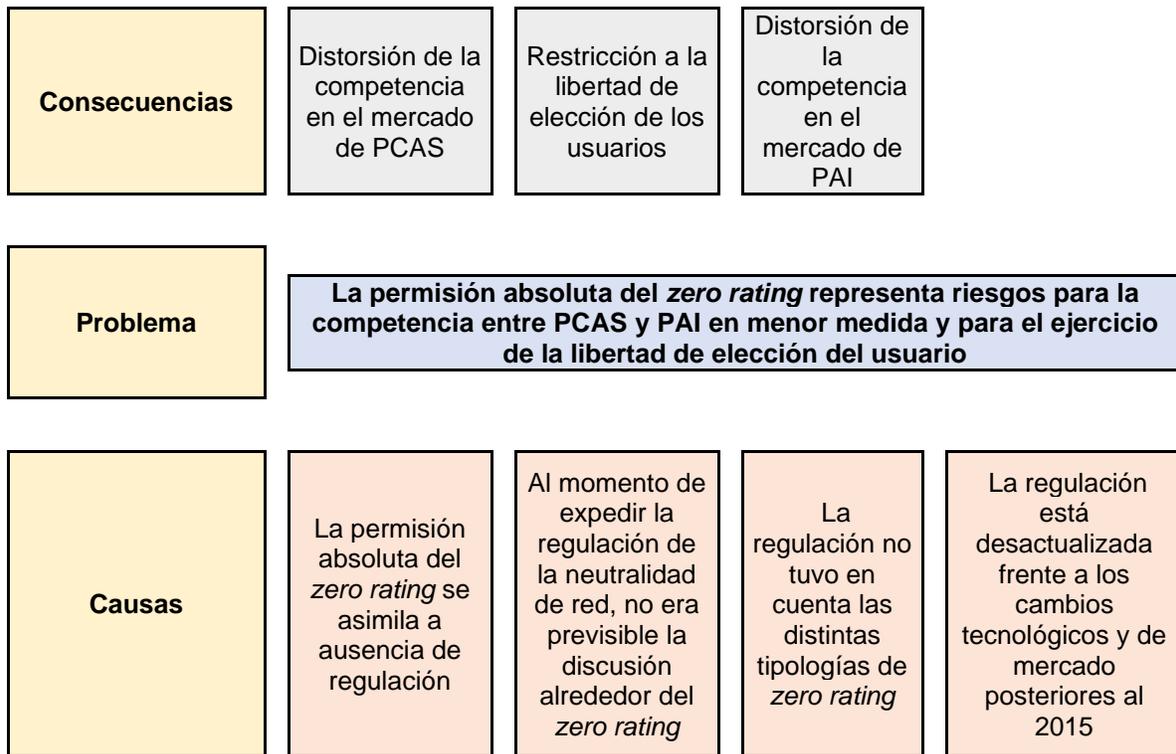
- Restricción a la libertad de elección de los usuarios:
 - En los casos en que el programa *zero rating* se restringe a contenidos específicos elegidos por el operador, se reduce la libertad de elección del usuario.
 - Puede afectar el interés de los usuarios en descubrir aplicaciones, servicios y contenidos distintos de los ofrecidos en la modalidad de tarifa cero.

- Distorsión de la competencia en el mercado de PAI:
 - Principalmente en los casos en que existen condiciones de exclusividad o preferenciales por parte de un operador hacia algún PCAS en particular.
 - Cuando un PAI es dominante, las ofertas de contenidos autopatrocinados pueden favorecer indebidamente sus propias aplicaciones. No obstante, a la fecha, las ofertas de autopatrocinio no representan riesgos a la competencia entre operadores, lo que no obsta para que en el futuro se puedan concretar estas amenazas.

La literatura recomienda incluir el nivel de compromiso estatal con la continuidad de la normatividad vigente, así, se puede considerar que es medio porque en años pasados la CRC ha manifestado su interés en adelantar un AIN para revisar la regulación expedida sobre la neutralidad de red y las prácticas *zero rating*.

Por lo tanto, el problema, sus causas y consecuencias se plantean como sigue:

Figura 7 Árbol de problema



Fuente: elaboración propia

2.3.2 Definición de los objetivos

El objetivo general de la intervención regulatoria es:

1. Garantizar que la regulación de las ofertas *zero rating* promueva de mejor manera la libre competencia entre operadores móviles y entre PCAS, y la libertad de elección de los usuarios.

Por su parte, los objetivos específicos de la intervención son:

1. Asegurar que los PAI y los PCAS se puedan beneficiar de los potenciales efectos positivos del *zero rating* en la competencia y la innovación.
2. Mitigar las potenciales distorsiones del *zero rating* a la competencia, en particular, frente a la consolidación de efectos de red, dominancia en los mercados y barreras de entrada.
3. Proteger la libertad de elección de los usuarios en los esquemas *zero rating*.

El objetivo general contiene los ejes que orientan la búsqueda de la solución al problema identificado, es decir, la promoción de la competencia principalmente entre PCAS, pero también entre los PAI; y a su vez, que promueva la libre elección de los usuarios, sobre las cuales se deben generar los resultados esperados de la intervención.

Ese objetivo guarda correspondencia con las causas del problema, ya que, al momento de expedir la legislación y la regulación en materia de neutralidad de red, no era previsible la discusión que emergería sobre las ofertas *zero rating*.

Con relación a los objetivos específicos, los críticos de las distintas modalidades de *zero rating* son enfáticos en señalar sus potenciales efectos negativos en la innovación y la competencia en el nivel de PAI y de PCAS, de forma que debe ser evaluada la aptitud de la regulación vigente frente a esos aspectos y contra otras posibilidades que puede adoptar el regulador para aprovechar los beneficios del *zero rating* en la competencia y para satisfacer los fines previstos en las Leyes 1340 de 2009, 1341 de 2009, 1480 de 2011 y en la Resolución 5050 de 2016.

Frente a las relaciones entre los objetivos planteados, los primeros dos objetivos específicos son complementarios puesto que abordan los impactos positivos y negativos, respectivamente, de las ofertas *zero rating* en la libre competencia. Por su parte, el tercer objetivo específico pretende que la intervención que se adopte salvaguarde la libertad de elección de los usuarios, lo cual también tiene relación con los dos anteriores.

Es pertinente anotar que ni el objetivo principal ni los específicos prejuzgan alguna solución, sino que plasman los fines a los que deben apuntar las opciones que se consideren en el AIN.

2.3.3 Determinación de las alternativas

En primer lugar, el escenario base comprende la continuación de la política actual sobre el *zero rating* contenida en el numeral 1 del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 2.9.3.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016.

El escenario base consistirá entonces en que los operadores pueden hacer ofertas de acceso a Internet según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, y además pueden limitar el acceso a tipos genéricos de servicios, contenidos y aplicaciones, garantizando en todo momento el derecho del usuario a elegir el proveedor específico del contenido, aplicación o servicio.

Así, los PAI pueden crear distintos tipos de planes de acceso a Internet de acuerdo con las preferencias de uso de los usuarios, con distintos toques de consumo, de manera que están facultados para ofrecer, por ejemplo, WhatsApp, Facebook y Twitter sin que cuenten contra el límite de datos contratado; y también pueden ofrecer paquetes de acceso a géneros de CAS como “redes sociales”, “mensajería” o a servicios compuestos (como *Free Basics*).

En resumen, se toma la línea base como una permisión absoluta de las ofertas *zero rating* en todas sus modalidades. Ello sin perjuicio del control ex post si es que, por ejemplo, mediante el *zero rating* se constituye una conducta contraria a la libre competencia.

Dicho lo anterior, a continuación, se presentan distintas alternativas no regulatorias y regulatorias, algunas complementarias entre sí, que pueden dar solución al problema:

Alternativas no regulatorias

- a. Establecer obligaciones de transparencia hacia los usuarios.
- b. Revelación de información a la CRC sobre las ofertas de datos patrocinados, autopatrocinio y compuestas, seguimiento activo del *zero rating* y elaboración de un comparador de ofertas por parte de la CRC.
- c. Incentivar el desarrollo de programas *zero rating* abiertos y categóricos.

- d. Incentivar la inclusión de PCAS locales en los programas *zero rating*.
- e. Desarrollo de programas *zero rating* patrocinados por el Estado para PCAS nacionales destacados.

Alternativas regulatorias

- f. Prohibir el *zero rating* en todas sus variedades.
- g. Prohibir la exclusividad de las ofertas / los esquemas *zero rating* cerrados.
- h. Prohibir las ofertas de autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y compuestas.
- i. Las ofertas *zero rating* compuestas solo se podrán ofrecer si al usuario se le da acceso completo a Internet por cortos periodos de tiempo, a cambio de ver anuncios o a bajas velocidades.
- j. Establecer estándares o condiciones mínimas no discriminatorias en el diseño de las ofertas y en los acuerdos entre PCAS y PAI.
- k. Prohibición atenuada, que acepta únicamente el *zero rating* de interés público.
- l. Las ofertas de autopatrocinio, datos patrocinados, *carrier initiated* y compuestas solo serán permitidas previo concepto favorable de la CRC y tendrán el carácter de sospechosas.
- m. Ordenar la interoperabilidad en las aplicaciones de mensajería y redes sociales.
- n. Permitir que el usuario renuncie al *zero rating*, recibiendo una compensación en datos o en el valor de la tarifa.
- o. Permitir las ofertas *zero rating*, siempre y cuando, además de las aplicaciones elegidas por el PAI, el usuario pueda escoger al menos un CAS para que no le sea tarifado.

Una vez recopilada esta variedad de alternativas regulatorias y no regulatorias, no exhaustiva pero suficiente, en esta etapa del AIN se deben descartar las opciones menos viables para luego identificar las más idóneas.

Las alternativas que no se tendrán en cuenta y las razones de su eliminación son las siguientes:

- a. Establecer obligaciones de transparencia hacia los usuarios

Se prefiere la opción b. sobre esta porque, aunque es necesario otorgar información precontractual clara y suficiente al usuario, la revelación de información sobre los tipos de ofertas *zero rating* más riesgosos y las particularidades de los acuerdos entre los PAI y PCAS no es información útil para el consumidor y podría resultar en una sobrecarga.

Para facilitar la elección del usuario es preferible que el regulador elabore un comparador de planes, que incluya ofertas *zero rating*, con base en la información remitida por los operadores, como se explica en la opción b.

- c. Incentivar el desarrollo de programas *zero rating* abiertos y categóricos

Esta opción propone que el regulador diseñe incentivos para que los operadores creen programas en los que más PCAS puedan entrar a esquemas *zero rating*, bajo el cumplimiento de un conjunto de condiciones técnicas o comerciales; y también para

que los PAI estimulen a los usuarios para que elijan la aplicación beneficiada dentro de una categoría de CAS.

Esta opción es preferible como una alternativa accesoria a las que resulten seleccionadas. De otra parte, su implementación dependerá del incentivo en concreto que el regulador decida adoptar para motivar a los operadores.

d. Incentivar la inclusión de PCAS locales en los programas *zero rating*

Aunque obedece a un fin loable reiterado por la doctrina, esta opción no tiene la entidad para ser una alternativa independiente, por lo que se tendrá en cuenta en las opciones j. y o.

e. Desarrollo de programas *zero rating* patrocinados por el Estado para PCAS nacionales destacados

Al igual que las últimas dos alternativas mencionadas, esta puede ser complementaria de las que resulten elegidas.

En este caso se puede tratar de contenidos y aplicaciones tanto desarrollados por el Estado como por particulares, y el propósito de esta iniciativa sería impulsar el consumo de servicios que sean de utilidad para los colombianos, de forma que el Estado cubra el consumo de datos o fomente alianzas con los operadores para que esos contenidos sean incluidos en esquemas *zero rating*.

f. Prohibir el *zero rating* en todas sus variedades

Esta es la más radical del abanico de opciones, a pesar de que hay adeptos a esta forma de abordar las ofertas *zero rating*, no será tenida en cuenta porque es una medida desproporcionada con relación a las metas y además incumple el segundo objetivo específico del presente AIN, es decir, aprovechar los beneficios que ofrece el *zero rating*.

g. Prohibir la exclusividad de las ofertas / los esquemas *zero rating* cerrados

La exclusividad y los esquemas cerrados son dos particularidades de los programas *zero rating* que podrían crear barreras para que nuevos PCAS lleguen a los consumidores, puesto que limitan los contenidos y aplicaciones que serán gratuitos para los usuarios.

Ahora bien, estos son apenas dos de los muchos aspectos que pueden incidir en la estructuración de las ofertas *zero rating* por lo que se prefiere evaluar la alternativa j., que propone que el regulador determine lineamientos mínimos o cláusulas prohibidas en los acuerdos entre operadores y PCAS, dentro de esos puntos se pueden incluir la exclusividad de las ofertas y los programas cerrados.

h. Prohibir las ofertas de autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y compuestas

Esta alternativa busca que los operadores no puedan crear programas *zero rating* de las variedades que generan mayores preocupaciones, de manera que solo se permitirían las ofertas categóricas y falsas.

Esta alternativa se descarta porque la opción I. modula su alcance al establecer que los programas de autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y compuestos sí se podrán ofrecer, pero mediando previo concepto favorable del regulador.

i. Las ofertas zero rating compuestas solo se podrán ofrecer si al usuario se le da acceso completo a Internet por cortos periodos de tiempo, a cambio de ver anuncios o a bajas velocidades

Una de las objeciones más frecuentes sobre la práctica de *zero rating* compuesto es que la visión de Internet que tienen los usuarios se asemeja a un “jardín vallado” por lo que solo conocen y consumen los pocos contenidos incluidos en el programa. Por lo tanto, una forma de reducir este efecto es que el usuario cuente con la posibilidad de navegar libremente en Internet (i) por cortos periodos de tiempo, (ii) a bajas velocidades o (iii) a cambio de ver anuncios publicitarios.

Esta clase de *zero rating*, muy discutida entre 2015 y 2016, ha perdido relevancia en el mundo y en Colombia, por lo que esta opción no será estudiada en el AIN.

Las opciones elegidas para ser analizadas contra el escenario base, de acuerdo con consideraciones de viabilidad jurídica y económica, amplitud y coherencia, son las siguientes, su alcance se explica en su orden a continuación:

b. Revelación de información a la CRC sobre las ofertas de datos patrocinados, autopatrocinio y compuestas, seguimiento activo del zero rating y elaboración de un comparador de ofertas por parte de la CRC

Consiste en que los operadores deberán suministrar información al regulador sobre los aspectos más delicados de las ofertas *zero rating* potencialmente más riesgosas que pueden incidir en comportamientos anticompetitivos.

Entre los puntos que se deben informar se encuentran los PCAS involucrados, las condiciones de los acuerdos y ofertas, y, en caso de que aplique, la existencia de exclusividad y las tarifas que se le cobran a los PCAS para ser incluidos en un esquema tarifa cero.

A diferencia de la alternativa a) que comprende informar a los consumidores, los operadores podrán mantener los términos de los acuerdos celebrados con los PCAS con la protección prevista para los secretos comerciales (Prakash, 2015).

En consecuencia, el regulador conocerá de primera mano la presencia de “banderas rojas”, invirtiendo la regla actual, bajo la cual la CRC podrá solicitarle a los PAI la información que considere relevante. En particular, la celebración de acuerdos de exclusividad, si existe pago de por medio y si hay cobro de tarifas asimétricas a los PCAS, serán algunos de los datos más útiles que puede recaudar el regulador.

Uno de los productos tangibles será la elaboración de un comparador de ofertas de planes prepago y pospago de servicios de comunicaciones, donde la CRC incluirá las tarifas, el límite de navegación, la vigencia, y los contenidos incluidos bajo un esquema *zero rating*.

Por otro lado, la adopción de esta alternativa permitiría subsanar la falta de información sobre el impacto de los esquemas *zero rating*, en: la conectividad y la compra del primer plan de datos, la inversión en redes de comunicaciones, la evolución del tope de datos y de las tarifas, la influencia en el consumo de CAS, la creación de contenidos locales; y se podrían conocer las características de los operadores que implementan estos programas, el tipo de programas que desarrollan, y los contenidos son los beneficiados (Stallman & Adams, 2016).

Para que esta opción sea realmente efectiva, se requiere que el regulador realice informes públicos semestrales o anuales que permitan dar cuenta del *zero rating* en la práctica para que sirvan como insumo al tomar acciones cuando se requieran.

h. Prohibir las ofertas de autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y compuestas

Tal y como se expuso en el primer capítulo, las preocupaciones sobre el *zero rating* se concentran principalmente en las modalidades de datos patrocinados, *carrier initiated* autopatrocinio y compuestas por las posibles restricciones a la competencia entre PAI y entre PCAS y a la libertad de elección de los usuarios, por ello, prohibir estas clases de *zero rating* restringe significativamente el riesgo de esas vulneraciones.

Las autoridades deberán prestar especial atención a que esta medida no vaya en desmedro del límite de datos con el que actualmente cuentan los usuarios, ni que tampoco redunde en un desestimular las prácticas *zero rating* en general.

Por otra parte, se prefiere esta opción sobre la prohibición total del *zero rating* porque de escogerse esta última no se podrían explotar los beneficios de las ofertas *zero rating* lo que iría contra de lo dispuesto en el primer objetivo específico del AIN.

Esta es la alternativa preseleccionada que ofrece menos posibilidades de complementariedad con las restantes opciones, puede considerarse que es la más radical.

j. Establecer términos estándar o condiciones mínimas no discriminatorias en el diseño de las ofertas y en los acuerdos entre PCAS y PAI

Algunos autores como Pranesh Prakash (2015) indican que la regulación puede tomar la forma de estándares aplicables para los acuerdos entre PAI y PCAS, sin importar si media o no pago alguno.

En particular, se podrá prohibir la inclusión de cláusulas de exclusividad, el cobro de tarifas asimétricas a los PCAS, o promover los programas abiertos, que permitan la libertad de elección, con niveles diferenciales y variaciones si es necesario. E incluso se podrían establecer reglas sobre las tarifas, de la misma forma que ocurre con los precios en el sector mayorista.

El regulador también podría establecer condiciones particulares para cada tipo de ofertas. Por ejemplo, frente a las ofertas compuestas la CRC podría establecer los requisitos previstos en la alternativa i), es decir, que solo se pueden ofrecer si al usuario se le da acceso completo a Internet por cortos periodos de tiempo, a cambio de ver anuncios o a bajas velocidades. O también podría establecer que determinadas ofertas deberán incluir contenidos y aplicaciones locales.

Asimismo, se podrían establecer condiciones particulares para el autopatrocinio de manera que se reduzcan los potenciales efectos anticompetitivos de esta modalidad de tarifa cero, por mencionar algunos ejemplos, si con este tipo de prácticas se corre un riesgo concreto de alterar la competencia en un mercado de CAS, se pueden establecer limitaciones temporales a esas ofertas o se podría disponer que el PAI debe incluir al menos un CAS que compita en esa categoría dentro de su programa *zero rating*.

l. Las ofertas de autopatrocinio, datos patrocinados, *carrier initiated* y compuestas solo serán permitidas previo concepto favorable de la CRC y tendrán el carácter de sospechosas.

Tal y como se expuso en los primeros capítulos, las preocupaciones sobre el *zero rating* se concentran principalmente en las modalidades de datos patrocinados, autopatrocinio, *carrier initiated* y compuestas por las posibles restricciones a la competencia entre PAI y entre PCAS y a la libertad de elección de los usuarios.

A diferencia de la opción de prohibir esas modalidades, esta alternativa modula la acción del regulador, al plantear que serán sospechosas, y por lo tanto el regulador deberá autorizarlas antes de que sean ofrecidas a los usuarios.

La CRC deberá tener especial precaución con la modalidad de autopatrocinio cuando sea desplegada por el operador dominante.

Esto correlativamente implica que el *zero rating* categórico, falso o de utilidad pública se podrá ofrecer sin restricciones, por ser esas, variedades consideradas neutrales o benignas para los asuntos que conciernen a esta investigación.

n. Permitir que el usuario renuncie al *zero rating*, recibiendo una compensación en datos o en el valor de la tarifa.

Esta alternativa regulatoria busca ampliar el espectro de la elección del usuario en las ofertas actuales, de forma que si este no está interesado en los contenidos, aplicaciones y servicios ofrecidos por el operador en un esquema *zero rating* pueda rechazar la oferta y recibir una compensación en consumo de Internet o en una reducción del valor de su plan.

Esta propuesta sería muy útil, por ejemplo, para los usuarios que no utilizan redes sociales, así, estos seguramente preferirán contar con navegación libre en los CAS que prefieren.

Por supuesto, las condiciones de esa compensación deberán ser informadas previamente a los usuarios para que estos puedan hacer uso de esta facultad con conocimiento. Esta herramienta deberá ser acompañada de la prohibición regulatoria de que en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones se incluyan

cláusulas que limiten la solicitud de compensación por parte del usuario que decida no adherirse a un programa *zero rating*.

Además, esta opción permitiría restringir la influencia de los PAI en las decisiones de consumo de los usuarios, lo que podría tener un impacto considerable en la competencia entre PRST.

Resta decir que para el operador puede ser más fácil determinar la compensación en datos que en el valor de la tarifa. En el primer evento, el PAI puede tomar como indicador el promedio mensual de consumo de sus usuarios en las aplicaciones incluidas en un programa *zero rating*, para así saber cuántos datos tendría que reembolsar al usuario que decida renunciar al *zero rating*.

En el segundo caso, el operador podría determinar la compensación en valor al tomar ese consumo promedio y multiplicarlo por el valor del Mbps (megabit por segundo) que corresponda al plan elegido por el usuario.

En todo caso, el regulador deberá establecer condiciones y lineamientos para la compensación tanto en datos como en el valor de la tarifa.

o. Permitir las ofertas zero rating, siempre y cuando, además de las aplicaciones elegidas por el PAI, el usuario pueda escoger al menos un CAS para que no le sea tarifado

Esta última opción consiste en que las prácticas *zero rating* serán completamente permitidas para los operadores, quienes continuarán en libertad de incluir en sus programas los contenidos, aplicaciones y servicios que consideren, pero, deberán también permitir que el usuario elija por lo menos un CAS en la modalidad *zero rating* dentro de una o varias categorías de aplicaciones, contenidos y servicios.

Así, un operador podrá conformar sus ofertas *zero rating*, bajo la condición de que el usuario pueda elegir, por ejemplo, otra red social o aplicación de mensajería de su preferencia.

Esta alternativa permite que mayor libertad de elección en cabeza de los usuarios sin restringir las iniciativas de los operadores.

Al igual que la opción anterior, su efectividad estará sujeta a que el regulador prohíba que en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones se incluyan cláusulas que restrinjan la elección de al menos un contenido, aplicación o servicio adicional a los seleccionados por el operador en un programa *zero rating*.

Por último, el regulador también deberá establecer las condiciones regulatorias para que esta medida pueda funcionar adecuadamente. En ese sentido, la CRC deberá determinar los criterios para que los operadores puedan diseñar las categorías o listados dentro de los cuales los usuarios podrán elegir una o varias aplicaciones gratuitas y deberá señalar las restricciones que los operadores podrán imponer a la elección de los consumidores.

De esta manera se garantiza que la elección del usuario sea razonable y acotada a un grupo de CAS competitivo y diverso sin ir en desmedro del operador. No se trata de que el usuario pueda elegir cualquier aplicación para que sea gratuita porque ese sería

un incentivo a que los usuarios elijan los servicios que más datos y ancho de banda consumen.

La regulación deberá incentivar la inclusión de contenidos, aplicaciones y servicios colombianos.

A continuación, se presentan las alternativas preseleccionadas según el grado de intervención que se propone:

Figura 8 Alternativas preseleccionadas según el grado de intervención en las ofertas zero rating

Alternativas de acuerdo con el grado intervención de la regulación en las ofertas zero rating 

n/a	(o.)	(n.)	(b.)	(j.)	(l.)	(h.)
Statu quo. Permision total de las ofertas zero rating sin restricciones	Permitir que el usuario pueda escoger al menos un CAS para que no le sea tarifado	Permitir que el usuario renuncie al zero rating, recibiendo una compensación	Revelación de información a la CRC, seguimiento activo del zero rating y comparador de ofertas	Establecer términos estándar o condiciones mínimas en el diseño de las ofertas y en los acuerdos entre PCAS y PAI	Autopatrocio, datos patrocinados, carrier initiated y compuestas necesitan concepto previo favorable de la CRC	Prohibir las ofertas de autopatrocinio, carrier initiated, datos patrocinados y compuestas

Fuente: elaboración propia

2.3.4 Identificación de los impactos

En este apartado se presenta una evaluación cualitativa de los impactos de la implementación de cada una de las alternativas en términos de costos y beneficios, con relación a los PAI, PCAS, usuarios y autoridades del Estado relevantes, que, en este caso, son la CRC y la SIC, y contra el escenario base.

Es fundamental reiterar que existe dominancia en el mercado de los operadores móviles y que existen indicios de lo mismo en el mercado de PCAS, lo que sin duda incide en la estimación de los efectos del zero rating, especialmente los anticompelitivos, como lo ha advertido la literatura presentada.

La estimación que se presenta enseguida se alimenta de lo expuesto en los capítulos de consideraciones a favor y en contra del zero rating y de prácticas zero rating en Colombia:

Alternativa 1. Statu quo – Continuar con la permisión sin restricciones de las ofertas zero rating

– Impactos positivos – beneficios

PAI: esta opción no representa costos adicionales para los operadores ni limitaciones a las ofertas que lanzan a los consumidores.

PCAS: los proveedores que en este momento están incluidos en algún programa *zero rating* seguirían en la misma condición.

Usuarios: continuarán disfrutando de los CAS más populares sin que cuenten contra su tope de datos.

CRC o SIC: no tendrían que invertir recursos en la expedición de una nueva regulación.

– Impactos negativos - costos

PAI: en el caso de ofertas de datos patrocinados, no todos los PAI estén en condición económica de responder.

PCAS: los proveedores que en este momento no se encuentran incluidos en algún programa *zero rating* no contarían con condiciones competitivas para alcanzar a más usuarios, lo cual también se extiende para los desarrolladores de CAS especialmente nacionales.

Usuarios: ante la ausencia de planes *zero rating* categóricos o falsos, seguirán contando con pocas opciones no tarifadas, tradicionales y significativamente influyentes en su decisión de consumo.

Alternativa 2. Revelación de información a la CRC sobre las ofertas de datos patrocinados, autopatrocinio y compuestas, seguimiento activo del zero rating y elaboración de un comparador de ofertas por parte de la CRC

– Impactos positivos - beneficios

PAI: pueden tener mayor seguridad en que la CRC está vigilando que los PAI rivales estén desarrollando programas *zero rating* acordes a la libre competencia. No representa cargas adicionales para los operadores ni limitaciones a las ofertas que presentan a los consumidores.

PCAS: contarían con más garantías de que la inclusión en esos programas obedece a criterios que propician la competencia en su mercado. No representa cargas adicionales para los PCAS. Puede darle más garantías de competencia a los PCAS no incluidos en algún programa *zero rating* en la actualidad

Usuarios: continuarán disfrutando de los CAS más populares sin que cuenten contra su tope de datos, a largo plazo, podrían recibir ofertas con CAS más variados. Podrán hacer uso del comparador de planes elaborado por el CRC lo que les facilitará tomar decisiones adecuadas a su perfil de consumo.

CRC o SIC: podrían contar con la información que requieren para hacer análisis de las variables involucradas y tomar decisiones informadas.

– **Impactos negativos - costos**

PAI: tendrán que revelar información estratégica al regulador sobre el desarrollo de sus programas tarifa cero. Puede generar mayor presión en el comportamiento de los PAI por tratarse de una vigilancia especial.

PCAS: algunos de los términos de los programas tarifa cero en los que están o serán beneficiados, serán revelados por el PAI al regulador.

Usuarios: ante la ausencia de planes *zero rating* categóricos o falsos, seguirán contando con pocas opciones no tarifadas, tradicionales y significativamente influyentes en su decisión de consumo.

SIC: incremento en los costos administrativos para la vigilancia del *zero rating*.

CRC: carga de la elaborar el comparador de planes, analizar la información suministrada por los PAI, y realizar de forma periódica del informe de seguimiento.

Alternativa 3. Prohibir las ofertas de autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y compuestas

– **Impactos positivos**

PAI: pocos, salvo que puede estimular la innovación en nuevos modelos de *zero rating* abiertos.

PCAS: favorece la competencia entre PCAS, ya que la decisión de consumo no estaría influida por razón de que un contenido esté incluido en un esquema *zero rating*, puede incentivar el desarrollo de CAS locales.

Usuarios: mayor variedad en las ofertas *zero rating* y más libertad para escoger los contenidos favorecidos. Considerablemente más libertad de elección, la inclusión de un contenido en un programa *zero rating* ya no es un factor que determine la decisión de consumo.

CRC o SIC: pocos, excepto que facilita la vigilancia y el cumplimiento de los objetivos legales que corresponden a sus funciones.

– **Impactos negativos**

PAI: restricción significativa en la libertad de estructurar sus programas. Es muy probable que desestime el desarrollo de ofertas *zero rating*.

PCAS: afectación a los PCAS tradicionalmente incluidos en esquemas tarifa cero.

Usuarios: el cambio de las ofertas que ya le eran familiares y es probable que esta medida desestime el ofrecimiento de planes *zero rating*.

CRC o SIC: esta modificación deberá introducirse por medio de una ley. incremento en los costos administrativos para la vigilancia del *zero rating*. Las autoridades deberán prestar especial atención a que esta medida no vaya en desmedro del límite de datos con el que actualmente cuentan los usuarios.

Alternativa 4. Establecer términos estándar o condiciones mínimas no discriminatorias en el diseño de las ofertas y en los acuerdos entre PCAS y PAI.

– **Impactos positivos**

PAI: Mayor transparencia en las reglas de juego y garantías para todos los operadores.

PCAS: favorece la competencia entre PCAS. Puede reducir considerablemente los riesgos que representan las modalidades más cuestionadas de tarifa cero.

Usuarios: puede incrementar las alternativas de elección y puede resultar en que los usuarios tomen más decisiones sobre los contenidos favorecidos con la gratuidad.

SIC: incremento bajo en los costos administrativos de vigilancia del *zero rating*, ya que solo tendrían que verificar que efectivamente se hayan incluido y se cumplan los estándares.

– **Impactos negativos**

PAI: Es una opción invasiva en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad. Puede desestimular el desarrollo de ofertas *zero rating*.

PCAS: es una opción invasiva en la libertad contractual.

Usuarios: ninguno, salvo por el posible cambio de las ofertas que ya le eran familiares.

CRC: la carga de diseñar adecuadamente los estándares, determinar los riesgos.

SIC: costos de vigilar que se reflejen dichos estándares en los acuerdos y en los contratos celebrados entre operadores y usuarios.

Alternativa 5. Las ofertas de autopatrocinio, datos patrocinados, *carrier initiated* y compuestas solo serán permitidas previo concepto favorable de la CRC y tendrán el carácter de sospechosas

– **Impactos positivos**

PAI: puede estimular la innovación en nuevos modelos de *zero rating* abiertos, así como la competencia. Puede resultar en una medida atractiva para los PAI no dominantes y con menor posibilidad económica de estructurar ofertas *zero rating* atractivas.

PCAS: favorece a los PCAS que no son incluidos tradicionalmente en programas *zero rating*, ya que es un incentivo indirecto para que los PAI desarrollen programas *zero rating* abiertos y que permitan la elección del usuario.

Usuarios: es un incentivo indirecto para desarrollar programas de *zero rating* abiertos y que permitan la elección del usuario.

CRC o SIC: facilita el cumplimiento de los objetivos legales que corresponden a sus funciones.

– **Impactos negativos**

PAI: restricción media en la libertad de estructurar sus programas. Impone la carga administrativa de justificar ante la CRC la conveniencia del programa que desean implementar. Posiblemente desestimula el desarrollo de ofertas *zero rating*.

PCAS: afectación a los PCAS tradicionalmente incluidos en esquemas tarifa cero debido a que las ofertas actuales tendrían las características para ser sospechosas (por ser en su mayoría *carrier initiated* o autopatrocinio).

Usuarios: ninguno, salvo por el cambio de las ofertas que ya le eran familiares.

CRC o SIC: La carga adicional de realizar un análisis de cada una de las ofertas sospechosas puestas a su consideración.

Alternativa 6. Permitir que el usuario renuncie al *zero rating*, recibiendo una compensación en datos o en el valor de la tarifa

– **Impactos positivos**

PAI: no interfiere en la elaboración de sus programas *zero rating*.

PCAS: para los PCAS competidores de los habitualmente incluidos en esquemas *zero rating* puede incrementar su posibilidad de ser elegidos por los consumidores.

Usuarios: muy favorable para los usuarios que prefieren aplicaciones distintas de incluidas en los esquemas *zero rating*. Para los usuarios que tienen preferencia por las mismas aplicaciones que están incluidas en el *zero rating*, esta alternativa no debería afectarlo dado que no optarán por la compensación.

CRC o SIC: ninguno.

– **Impactos negativos**

PAI: crea la carga de determinar adecuadamente la compensación en el valor de la tarifa o en datos para los usuarios que no acepten adherirse a la oferta. La posibilidad de que el usuario solicite una reducción de la tarifa podría representar una reducción en sus ingresos.

PCAS: si las renunciaciones son significativas puede reducirse el consumo de las aplicaciones generalmente incluidas en los esquemas *zero rating*.

Usuarios: ninguno.

CRC: deberá incluir este aspecto en el listado de contenidos prohibidos en los contratos de servicios de comunicaciones. Además, deberá establecer condiciones para realizar la compensación en datos o el valor de la tarifa.

SIC: carga de vigilar que los PAI no obstaculicen la facultad del usuario de renunciar a la oferta *zero rating* y que cumplan la regulación sobre la compensación en datos o en el valor de la tarifa.

Alternativa 7. Permitir las ofertas *zero rating*, siempre y cuando, además de las aplicaciones elegidas por el PAI, el usuario pueda escoger al menos un CAS para que no le sea tarifado

– **Impactos positivos**

PAI: salvo por la aplicación que puede elegir el usuario, los operadores pueden continuar estructurando sus programas como mejor consideren.

PCAS: no afecta a los PCAS tradicionalmente incluidos en esquemas *zero rating*, pero sí incrementa las opciones de que sus competidores sean escogidos libremente por los usuarios.

Usuarios: mejora el alcance de la libertad de elección de los usuarios sin perder la posibilidad de que disfruten de los CAS no tarifados escogidos por el PAI.

CRC o SIC: facilita el cumplimiento de los objetivos legales que corresponden a sus funciones.

– **Impactos negativos**

PAI: modifica la estructuración de las ofertas, al imponer que los operadores deben permitir que el usuario elija al menos un CAS en *zero rating*.

PCAS: puede representar una pérdida gradual de la participación de los actores tradicionales en el mercado correspondiente, puesto que puede ser un incentivo para que los usuarios exploren CAS competidores o nuevos que ahora también serán gratuitos.

Usuarios: ninguno.

CRC: deberá incluir este aspecto en el listado de contenidos prohibidos en los contratos de servicios de comunicaciones y deberá expedir una regulación para establecer el marco de la elección del usuario.

SIC: carga de vigilar el cumplimiento de esta garantía por parte de los PAI, de forma que nunca se prohíba el ejercicio de esta facultad en cabeza del usuario, en los términos de la regulación.

2.3.5 Comparación de las alternativas

A continuación, se evaluará la incidencia en la competencia y en la libertad de elección que tiene cada una de las alternativas modificatorias propuestas de acuerdo con la Lista de verificación de competencia de la OCDE (2011), que busca determinar si una propuesta contiene cualquiera de los siguientes cuatro impactos: (A) limita el número o variedad de proveedores; (B) limita la capacidad competitiva de los proveedores; (C) reduce los incentivos de los proveedores de competir vigorosamente; o, (D) limita las alternativas e información disponibles para los consumidores.

A continuación, se explican cada uno de los ítems en los términos de la OCDE (*ibid.*), con el propósito de establecer cuáles impactos se pueden encontrar en las alternativas bajo estudio.

Así, para determinar si una medida limita el número o variedad de proveedores (A), se debe evaluar si:

1. Otorga derechos exclusivos a un proveedor para prestar servicios u ofrecer bienes: es decir si la propuesta crea un monopolio privado regulado o un monopolio natural para la producción de determinado bien o la prestación de un servicio.

Respuesta: Ninguna de las alternativas otorga ese tipo de exclusividad.

2. Establece un proceso de obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para operar: este ítem se refiere a los requisitos que puede establecer una norma que redundan en reducir la entrada de participantes a un mercado.

Respuesta: Ninguna de las opciones crea licencias o requisitos similares para que los PAI o PCAS puedan operar.

3. Limita la capacidad de ciertos tipos de proveedores para prestar un servicio u ofrecer un bien: esto es, cuando la medida limita las posibilidades de algunos oferentes de participar en determinada actividad comercial, lo que resulta en reducir indebidamente el número de oferentes en el mercado, “[p]or ejemplo, algunos gobiernos requieren que todos los corredores de bienes raíces proporcionen un número obligatorio de servicios gubernamentales, limitando o prohibiendo así la prestación de servicios por parte de corredores de bajo costo o que prestan servicios por un honorario” OCDE (2011, pág. 15).

Respuesta: Bajo ese entendido, ninguna de las opciones estudiadas limita la capacidad de los operadores de ofrecer sus servicios porque si bien algunas alternativas establecen nuevas condiciones para la oferta de planes, no restringen la actividad comercial de los PAI, no conllevan una reducción en el número de operadores ni tampoco establecen condiciones que pongan en desventaja a algunos operadores en particular.

4. Eleva de forma significativa el costo de entrada o de salida para un proveedor: este tipo de medidas conllevan la reducción en el número de oferentes, por ejemplo, cuando una regulación establece requisitos excesivos en pruebas de productos o niveles exageradamente altos de preparación técnica.

Respuesta: Ninguna de las alternativas incrementa de manera significativa los costos de entrada o de salida de los operadores.

5. Crea una barrera geográfica a la capacidad de las empresas de ofrecer bienes o servicios, invertir capital u ofrecer mano de obra.

Respuesta: Ninguna de las alternativas establece limitaciones al flujo geográfico de bienes, servicios, capital o trabajo.

Tabla 5 Evaluación de las alternativas según la Lista de verificación de competencia de la OCDE – Impacto (A)

	Alternativa 2	Alternativa 3	Alternativa 4	Alternativa 5	Alternativa 6	Alternativa 7
(A) Limita el número o variedad de proveedores, si:						
1. Otorga derechos exclusivos a un proveedor para prestar servicios u ofrecer bienes	No	No	No	No	No	No
2. Establece un proceso de obtención de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para operar	No	No	No	No	No	No
3. Limita la capacidad de ciertos tipos de proveedores para prestar un servicio u ofrecer un bien	No	No	No	No	No	No
4. Eleva de forma significativa el costo de entrada o de salida para un proveedor	No	No	No	No	No	No
5. Crea una barrera geográfica a la capacidad de las empresas de ofrecer bienes o servicios, invertir capital u ofrecer mano de obra	No	No	No	No	No	No

Fuente: elaboración propia.

Para establecer si una propuesta limita la capacidad competitiva de los proveedores (B), se debe determinar si:

1. Limita la capacidad de los vendedores para establecer los precios de los bienes o de los servicios o impone control de precios: este ítem hace referencia a las regulaciones que establecen precios máximos o mínimos, las cuales deben ser implementadas con una evaluación rigurosa.

Respuesta: Ninguna alternativa estudiada establece controles de precios.

2. Limita la libertad de los proveedores de promocionar o de comercializar sus bienes o servicios: esto ocurre cuando la propuesta restringe la publicidad o las estrategias de comercialización de los oferentes, lo que resulta con frecuencia en afectar innecesariamente la competencia, por eso se prefieren las alternativas que solo prohíben la publicidad engañosa.

Respuesta: La opción 3. tendrá un sí en este indicador porque al prohibir las ofertas de autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y compuestas se restringen las estrategias más usadas por los operadores para comercializar planes de datos, de forma que solo podrían ofrecer programas de *zero rating* categóricos o falsos.

Asimismo, la opción 5. limita la libertad de promocionar y comercializar planes de datos puesto que se requerirá de un concepto favorable de la CRC para poder ofrecer ciertas variedades de *zero rating*.

3. Establece normas de calidad de los productos que sean más ventajosas para algunos proveedores que para otros o que superen el nivel que elegiría un gran número de consumidores bien informados: las normas sobre calidad de bienes y servicios generalmente otorgan beneficios a los consumidores, no obstante, cuando son excesivas: pueden poner a algunos oferentes en ventaja sobre otros (cuando no todos están en capacidad de cumplir con ciertos estándares), pueden conducir a sobrecargar al consumidor con información que no le es relevante o pueden sobredimensionar la importancia de la calidad para el usuario incrementando el costo.

Respuesta: Las alternativas estudiadas no establecen propiamente normas de calidad sobre los contenidos, aplicaciones y servicios o sobre los programas *zero rating*, salvo por la alternativa 4. que establece condiciones regulatorias estándar en los acuerdos entre PCAS y PAI y en el diseño de las ofertas dirigidas a los usuarios.

Pero como los términos que busca establecer son generales y dirigidos a todos los operadores, la respuesta será no para este ítem, teniendo también en cuenta que no sobrecarga a los usuarios con información ni supera el nivel de calidad que los consumidores preferirían.

4. Eleva de manera significativa la producción de algunos proveedores con respecto a otros (en especial al tratar a los operadores actuales en el mercado de manera diferente que a los nuevos).

Respuesta: Ninguna de las opciones eleva los costos de uno o algunos operadores con respecto a otros, ni tampoco establecen condiciones diferenciales para los incumbentes o para nuevos participantes.

Tabla 6 Evaluación de las alternativas según la Lista de verificación de competencia de la OCDE – Impacto (B)

	Alternativa 1	Alternativa 2	Alternativa 3	Alternativa 4	Alternativa 5	Alternativa 6	Alternativa 7
(B) Limita la capacidad competitiva de los proveedores, si:							
1. Limita la capacidad de los vendedores para establecer los precios de bienes o de servicios - control de precios	No						
2. Limita la libertad de los proveedores de promocionar o de comercializar sus bienes o servicios.	No	No	<u>Sí</u>	No	<u>Sí</u>	No	No
3. Establece normas de calidad de los productos que sean más ventajosas para algunos proveedores que para otros o que superen el nivel que elegiría un gran número de consumidores bien informados.	No						
4. Eleva de manera significativa la producción de algunos proveedores con respecto a otros (en especial al tratar a los operadores actuales en el mercado de manera diferente con respecto a los nuevos)	No						

Fuente: elaboración propia.

Con el fin de establecer si una opción normativa reduce los incentivos de los proveedores para competir vigorosamente (C), se debe determinar si:

1. Genera un régimen de autorregulación o corregulación: de acuerdo con la OCDE ese tipo de regímenes pueden tener impactos anticompetitivos importantes, puesto que las asociaciones, gremios e industrias tienden a crear regulaciones que reducen los incentivos para competir entre sí y a adoptar reglas estrictas para desestimular la entrada de nuevos competidores.

Respuesta: Las opciones estudiadas no plantean la creación de regímenes de autorregulación o correulación.

2. Exige o fomenta la publicación de información sobre producción, precios, ventas o costos de los proveedores: esto es cuando los proveedores u oferentes deben hacer pública su información en materia de niveles de precios o de producción, lo que incrementa el riesgo de la formación de carteles.

Respuesta: Según la OCDE, el impacto negativo se reduce cuando la información no se publica, sino que se remite directamente al Estado o cuando la publicación no hace referencia a oferentes puntuales, sino que solo se revelan estadísticas generales.

La opción 2. es la más relacionada con este tema, sin embargo, no contiene este impacto porque la revelación de información será hacia el regulador y no hacia el público en general, como sí lo preveía una de las alternativas descartadas inicialmente.

3. Exime la actividad de los proveedores de un grupo o industria en particular de operar bajo los lineamientos de la ley general de competencia.

Respuesta: Las alternativas no establecen excepciones a la Ley 1340 de 2009 ni crean regímenes especiales de competencia para operadores o PCAS.

Tabla 7 Evaluación de las alternativas según la Lista de verificación de competencia de la OCDE – Impacto (C)

	Alternativa 1	Alternativa 2	Alternativa 3	Alternativa 4	Alternativa 5	Alternativa 6	Alternativa 7
(C) Reduce los incentivos de los proveedores de competir vigorosamente, si:							
1. Genera un régimen de autorregulación o correulación	No						
2. Exige o fomenta la publicación de información sobre producción, precios, ventas o costos de los proveedores	No						
3. Exime la actividad de los proveedores de un grupo o industria en particular de operar bajo los lineamientos de la ley general de competencia	No						

Fuente: elaboración propia.

Finalmente, la alternativa restringirá las alternativas e información disponibles para los consumidores (D), si:

1. Limita la capacidad de los consumidores para decidir de quién comprar: esto ocurre cuando la norma reduce las alternativas de elección de los usuarios, por ejemplo, si una regulación establece que los consumidores solo podrán comprar ciertos productos nacionales, iría en desmedro de los productos importados y afectaría a los consumidores, pues tal vez la producción local no pueda satisfacer la demanda al mismo precio.

Respuesta: No obstante, ninguna de las alternativas establece restricciones para que los usuarios elijan el operador o el PCAS que prefieran.

2. Reduce la movilidad de los clientes entre proveedores de bienes o prestadores de servicios mediante el incremento de los costos explícitos o implícitos de un cambio de proveedor.

Respuesta: Las alternativas presentadas no interfieren con los costos para cambiar de operador, ya que no se modifican las reglas de portabilidad numérica y cláusulas de permanencia.

3. Modifica fundamentalmente la información necesaria para que los compradores compren de manera efectiva: este tipo de medidas consisten en la eliminación o cambio de la información que requieren los consumidores para comparar adecuadamente productos o servicios y tomar decisiones de compra.

Respuesta: Ninguna de las alternativas elimina o modifica información útil para la decisión de consumo de los usuarios de servicios de comunicaciones.

Tabla 8 Evaluación de las alternativas según la Lista de verificación de competencia de la OCDE – Impacto (D)

	Alternativa 1	Alternativa 2	Alternativa 3	Alternativa 4	Alternativa 5	Alternativa 6	Alternativa 7
(D) Limita las alternativas e información disponibles para los consumidores, si:							
1. Limita la capacidad de los consumidores para decidir de quién comprar	Si, en algunos casos	No	No	No	No	No	No
2. Reduce la movilidad de los clientes entre proveedores de bienes o prestadores de servicios mediante el incremento de los costos explícitos o implícitos de un cambio de proveedor	No	No	No	No	No	No	No
3. Modifica de manera fundamental la información necesaria para que los compradores compren de manera efectiva	No	No	Sí	No	No	No	No

Fuente: elaboración propia

La OCDE indica que si la propuesta bajo estudio contiene cualquiera de los cuatro impactos arriba estudiados sería necesario realizar una evaluación de los efectos sobre la competencia.

Así, la alternativa 3, es decir, prohibir las ofertas de autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y compuestas cuenta con una respuesta afirmativa, puesto que al no permitir ciertas modalidades de tarifa cero se limitaría la capacidad de los PAI para comercializar sus servicios.

La alternativa 5 tiene también una respuesta afirmativa, puesto que al establecer que las modalidades de autopatrocinio, datos patrocinados, *carrier initiated* y compuestas necesitan concepto previo favorable de la CRC, se limita la facultad de los operadores de ofrecer planes de datos con programas *zero rating*.

Las alternativas 2, 4, 6 y 7, que corresponden en su orden a la revelación de información a la CRC, a establecer términos estándar, a la facultad del usuario de renunciar al *zero rating* y a habilitar al usuario a que elija un CAS en *zero rating*; solo cuentan con respuestas negativas.

Este es buen indicador para comparar las alternativas preseleccionadas. De manera que los resultados arrojados por esta herramienta indican que, en primera medida, las opciones 2, 4, 6 y 7 son las más benignas frente a la competencia y a libertad de decisión de los usuarios.

Ahora bien, enseguida se hará una evaluación de las alternativas preseleccionadas de acuerdo con los impactos expuestos en materia de competencia a nivel de operador y a nivel de PCAS, y de garantía a la libertad de elección del usuario.

Las calificaciones que se asignarán a cada impacto positivo y negativo serán: alto, medio o bajo, según corresponda. De manera que se preferirán las alternativas con más impactos positivos y menos impactos negativos.

De acuerdo con los resultados arrojados se determinará las opciones de política recomendadas teniendo en cuenta que varias de estas se complementan entre sí.

La siguiente tabla resume la valoración de los impactos, las calificaciones asignadas y los puntajes:

Tabla 9 Comparación y evaluación de las alternativas preseleccionadas

	Alternativas													
	1. - Statu quo - Permision total de las ofertas zero rating sin restricciones		2. - Revelación información a CRC, seguimiento y comparador		3. - Prohibir ofertas de autopatrocinio, <i>carrier initiated</i> , datos patrocinados y compuestas		4. - Establecer términos estándar o condiciones mínimas en el diseño de las ofertas y en los acuerdos entre PCAS y PAI		5. - Autopatrocinio, datos patrocinados, <i>carrier initiated</i> y compuestas necesitan concepto previo favorable de la CRC		6. - Permitir que el usuario renuncie al <i>zero rating</i> , recibiendo una compensación		7. - Permitir que el usuario pueda escoger al menos un CAS para que no le sea tarifado	
	Impacto positivo	Impacto negativo	Impacto positivo	Impacto negativo	Impacto positivo	Impacto negativo	Impacto positivo	Impacto negativo	Impacto positivo	Impacto negativo	Impacto positivo	Impacto negativo	Impacto positivo	Impacto negativo
Competencia PAI	Medio	Bajo	Bajo	Medio	Bajo	Alto	Medio	Alto	Medio	Alto	Medio	Medio	Medio	Bajo
Competencia PCAS	Bajo	Alto	Bajo	Bajo	Medio	Medio	Medio	Alto	Medio	Alto	Bajo	Bajo	Alto	Bajo
Elección Usuario	Bajo	Alto	Medio	Bajo	Medio	Alto	Medio	Bajo	Medio	Bajo	Alto	Bajo	Alto	Bajo

Fuente: elaboración propia

Entonces, la alternativa statu quo (opción 1.) es la que más impactos negativos presenta para la competencia entre PCAS y para la libre elección de los usuarios, correlativamente sus beneficios en esos dos aspectos son bajos. Principalmente porque la gratuidad de las pocas aplicaciones incluidas en los programas *zero rating* tiene un peso significativo en la decisión de consumo del usuario y reduce los incentivos para desarrollar nuevos CAS.

La opción 2. cuenta con beneficios medios y costos bajos en términos de libre elección del usuario, puesto que el comparador de planes puede ser una herramienta útil para la toma de decisiones informadas; por otra parte, la carga de revelar información estratégica podría resultar en un impacto negativo a los operadores y PCAS que sobrepasa los beneficios.

La prohibición de ofertas autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y compuestas (opción 3.) es una de las que más aspectos negativos tiene, en particular frente a los operadores puesto que limita significativamente los modelos de negocio que pueden desarrollar y sobre todo puede desestimular la oferta de programas *zero rating*, lo que sin duda afectaría al usuario.

Por su parte, establecer términos estándar o condiciones mínimas no discriminatorias en el diseño de las ofertas y en los acuerdos entre PCAS y PAI (opción 4.) ofrece un balance negativo porque la intromisión del regulador en la libertad contractual de operadores y PCAS es muy significativo y puede desincentivar el desarrollo de nuevos programas *zero rating*.

La alternativa 5. es la segunda con más impactos negativos ya que condicionar las prácticas de autopatrocinio, datos patrocinados, *carrier initiated* y compuestas al concepto favorable de la CRC se puede frenar la oferta de programas *zero rating*, y esta consecuencia afectará de manera importante al consumidor.

La opción de permitir que el usuario renuncie al *zero rating*, recibiendo una compensación en datos o en el valor de la tarifa (opción 6.) no tiene mayor efecto en fomentar la competencia entre los PCAS, especialmente si el consumidor prefiere el reembolso en la tarifa. Aunque es una de las dos mejores opciones en lo que respecta a la libre escogencia del consumidor.

Finalmente, la alternativa 7, es decir, permitir las ofertas *zero rating* solo cuando el usuario pueda escoger al menos un CAS para que no le sea tarifado es la que presenta el mejor balance en los tres aspectos evaluados, en especial respecto de la competencia entre PCAS y la libertad de elección. Esto obedece a que el usuario podrá extender ese beneficio a contenidos o aplicaciones adicionales que seleccione de acuerdo con sus preferencias bajo las condiciones que establezca la regulación, incentivando la competencia entre PCAS, sin afectar desproporcionadamente la configuración del programa *zero rating* del PAI.

Con relación al buen desempeño de las alternativas 6 y 7 se observa congruencia con los resultados obtenidos en la aplicación de la Lista de verificación de competencia de la OCDE, ya que allí ninguna de esas dos contó con impactos negativos; asimismo, la alternativa 3 obtuvo la peor calificación tanto en la evaluación de impactos del AIN como en el instrumento referido de la OCDE.

2.3.6 Conclusiones del Análisis de Impacto Normativo (AIN)

Con el fin principal de que la normatividad que rige las ofertas *zero rating* proteja la libre competencia entre operadores y entre PCAS, así como la libertad de elección de los usuarios; además teniendo como objetivo que los PAI y los PCAS se puedan beneficiar de los potenciales efectos positivos de esta práctica, y que a su vez las normas mitiguen las potenciales distorsiones a la competencia, del Análisis de Impacto Normativo aplicado a la regulación de las prácticas *zero rating* en el país se puede concluir que:

Se descarta la viabilidad del statu quo, es decir, de continuar con la permisión absoluta de las ofertas *zero rating* como alternativa idónea para proteger la competencia entre operadores y PCAS, como también para salvaguardar e impulsar la libertad de elección en cabeza de los usuarios.

Dicho lo anterior, la principal recomendación que resulta de esta investigación es que se permita que los usuarios tengan un mayor margen para elegir los contenidos, aplicaciones y servicios que prefieran, a través de esquemas *zero rating* más flexibles, que fomenten la competencia entre PCAS sin que la gratuidad sea un factor tan determinante en el consumo

de CAS y sin restringir en exceso la libertad de configuración de las ofertas con la que cuentan los operadores en la actualidad.

En concreto, las opciones 7 y 6, son las alternativas más favorables para alcanzar los objetivos propuestos. En este punto vale resaltar la complementariedad de las dos opciones por lo que se sugiere que la normatividad permita las prácticas *zero rating* solo cuando el usuario pueda escoger al menos un CAS para que no le sea tarifado y además pueda renunciar a la oferta, recibiendo una compensación en datos o en el valor de la tarifa.

Para que esas opciones puedan ser implementadas exitosamente, se requerirá que la CRC expida las condiciones regulatorias que determinen el marco de elección del usuario y las reglas aplicables al funcionamiento de la compensación. Asimismo, a la SIC le corresponderá verificar que en los contratos de servicios de comunicaciones no se incluyan cláusulas que obstaculicen el ejercicio de esos nuevos derechos de los usuarios.

Por otra parte, aunque la alternativa 2 obtuvo una baja calificación no puede descartarse la elaboración de un comparador de planes elaborado por el regulador en el que se incluyan las ofertas de todos los operadores, incluido el *zero rating*, ya que los contenidos allí favorecidos pueden ser un elemento clave en la decisión de compra del usuario. Sus beneficios dependerán de lo intrusivo que sea el medio de recolección de la información y de la difusión que se haga de esa herramienta para la consulta abierta del público en general.

No se recomienda la alternativa 4, esto es, que el regulador desarrolle términos estándar o condiciones mínimas no discriminatorias en el diseño de las ofertas y en los acuerdos entre PCAS y PAI, puesto que implica una intervención muy fuerte en la libertad contractual y en la autonomía privada.

Las alternativas 3 y 5 establecen acciones para contrarrestar los efectos negativos de las variedades que generan más sospecha —es decir, autopatrocinio, *carrier initiated*, datos patrocinados y ofertas compuestas—, no obstante, la evaluación realizada señala que tienen altos impactos negativos que pueden resultar en desalentar definitivamente la oferta de programas tarifa cero, de forma que se recomienda no optar por este tipo de intervenciones.

Ahora bien, se puede esperar que al ampliar el espectro de la elección del usuario se reduzca la incidencia negativa de esas clases de *zero rating* en la competencia entre operadores y entre PCAS.

2.4 Conclusiones

El panorama de las prácticas *zero rating* en Colombia se caracteriza por una normatividad que las permite sin mayores restricciones y por programas con cierta homogeneidad, en los que se incluyen las aplicaciones más populares entre los usuarios, como WhatsApp y Facebook, y otros CAS pertenecientes a las categorías de redes sociales, *streaming* de música y *streaming* de video. Las variedades de *zero rating* más frecuentes entre los operadores del país son *carrier initiated* y autopatrocinio.

Por otra parte, se destaca la existencia de un PAI dominante en Colombia y de PCAS con una fuerte participación de mercado en sus correspondientes segmentos.

En suma, se evidencia la necesidad de evaluar las normas vigentes contra nuevas medidas que permitan que los PCAS que no son incluidos en esquemas *zero rating*, es decir la gran mayoría, tengan la posibilidad de llegar a los consumidores colombianos, y que estos a su vez, puedan tener un mayor margen de elección de contenidos y aplicaciones no tarifados.

Por lo anterior, en este trabajo se realizó un Análisis de Impacto Normativo (AIN) por ser una herramienta flexible y útil para encontrar soluciones prácticas a los problemas, identificar riesgos y comparar tanto alternativas regulatorias como no regulatorias. Asimismo, las alternativas fueron estudiadas bajo la Lista de verificación de competencia de la OCDE.

Los resultados arrojaron que es preferible optar por esquemas que amplíen el espectro de elección del usuario a través de programas *zero rating* más flexibles, que también le garanticen al operador la libertad de configurar sus ofertas.

En concreto, es recomendable permitir que el usuario elija una o varias aplicaciones dentro de categorías o listados determinados por el operador bajo las condiciones estimadas por el regulador; y también que el usuario que no esté interesado en los contenidos ofrecidos en un esquema *zero rating* pueda obtener una compensación en datos o en el valor de la tarifa. También se recomienda que el regulador elabore un comparador de planes dirigido a los usuarios, de fácil consulta, donde se incluyan los CAS ofrecidos en *zero rating*.

De esa manera, se puede esperar que nuevos proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios —entre ellos, los generados en Colombia—, tengan un mayor alcance y que la elección del usuario no sea influida de una forma tan determinante por la gratuidad propia de los esquemas *zero rating*.

Para futuras investigaciones, es importante indagar por la relación entre la evolución de los topes de datos y los programas tarifa cero en un entorno comparado y por los programas *zero rating* como una política pública del Estado dirigida a impulsar contenidos sociales, gubernamentales o CAS destacados que se desarrollen en el país.

Finalmente, se propone hacer seguimiento a la tendencia emergente de obsequiar suscripciones de servicios premium, principalmente de video y música, como gancho publicitario en los planes con topes de consumo más alto o ilimitados, por lo que en principio no parece ser propiamente una práctica *zero rating*.

3 Bibliografía

- Ard, B. (2016). Beyond Neutrality: How Zero Rating Can (sometimes) advance user choice, innovation and democratic participation. *Maryland Law Review*, 984 - 1028. Obtenido de <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3719&context=mlr>
- Avantel. (2021). *Avantel Tienda*. Recuperado el Marzo y julio de 2021, de <https://www.avantel.co/tienda>
- Bancolombia. (2021). *Bancolombia A La Mano*. Recuperado el 4 de Marzo de 2021, de <https://www.grupobancolombia.com/personas/productos-servicios/cuentas/ahorro/transaccional/ahorro-a-la-mano>
- Belli, L. (2016). Zero Rating: From Generative Internet to Mobile Minitel? . En U. I. Neutrality, & L. Belli (Ed.), *Net Neutrality reloaded : Zero Rating, specialised service, ad blocking and traffic management* (págs. 23-52). Rio de Janeiro : FGV Direito Rio. Recuperado el 5 de 12 de 2020, de <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17532/Net%20Neutrality%20Reloaded.pdf>
- BEREC - Body of European Regulators on Electronic Communications. (2016). *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. Obtenido de https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation_0.pdf
- Björkstén, G., Singh Chima, R. J., & Massé, E. (2016). Zero Rating: a Global Threat to the Open Internet. En U. I. Neutrality, & L. Belli (Ed.), *Net Neutrality Reloaded: Zero Rating, Specialised Service, Ad Blocking and Traffic Management* (págs. 106-117). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio. Recuperado el 6 de 12 de 2020, de <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17532/Net%20Neutrality%20Reloaded.pdf>
- Brake, D. (2016). *Mobile Zero Rating: the economics and innovation behind free data*. Washington: Information Technology & Innovation Foundation. Obtenido de <http://www2.itif.org/2016-zero-rating.pdf>
- Carrillo, A. J. (2016). Having Your Cake and Eating it Too? Zero-Rating, Net Neutrality and International Law. *Stanford Technology Law Review (STLR)*, 19(3), 364-429. Recuperado el 18 de Octubre de 2020, de <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=7790681250741181111170850810121100280340020080020530381051120070711040111171261161240431101061150331000100941031241161171110681230000080150720790931131200890970840340790160080900721231090840240910090701270160160>
- Castañeda, J. D., & González, L. (2017). *Neutralidad de la red y ofertas comerciales en Colombia*. Fundación Karisma, Bogotá.
- Claro. (2021). *Servicios Móviles*. Recuperado el Marzo y Julio de 2021, de <https://www.claro.com.co/personas/servicios/servicios-moviles/>
- Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC. (2016a). *Los Esquemas de Precios Diferenciados en los Mercados de Datos Móviles – Zero Rating - Documento de Diálogo Regulatorio*. Bogotá. Recuperado el 13 de Febrero de 2021, de https://www.crcm.gov.co/pp/Zero_rating_esp.pdf
- Comisión de Regulación Comunicaciones - CRC. (2016a). *Los Esquemas de Precios Diferenciados en los Mercados de Datos Móviles – Zero Rating - Documento de Diálogo Regulatorio*. Bogotá. Recuperado el 13 de Febrero de 2021, de https://www.crcm.gov.co/pp/Zero_rating_esp.pdf

- Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. (2011b). *Documento de respuestas a comentarios al proyecto regulatorio de Neutralidad en Internet*. Bogotá. Recuperado el 15 de Marzo de 2021, de https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/Neutralidad_Internet/DocumentoRespuestas_Dic19_11.pdf
- Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. (2011c). *Neutralidad de Red - documento soporte*. Bogotá. Obtenido de https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/Neutralidad_Internet/Documento_Soporte.pdf
- Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC. (2011d). *Neutralidad en Internet*. Bogotá. Recuperado el 15 de Febrero de 2021, de https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/Neutralidad_Internet/Documento_Soporte.pdf
- Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. (2017a). *Concepto 583703*. Bogotá. Recuperado el 2 de Marzo de 2021, de https://normograma.info/crc/docs/pdf/concepto_crc_0583703_2017.pdf
- Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. (1 de Noviembre de 2017b). Conferencia Neutralidad (incluyendo Zero Rating). *4to Foro colombiano de Gobernanza de Internet*. Bogotá. Recuperado el 3 de Marzo de 2021, de https://www.youtube.com/watch?v=2btOLMvVAbU&ab_channel=MesacolombianaDeGobernanzadeInternet
- Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. (2019). *Aproximación a los mercados de dos lados en el entorno digital*. Bogotá: CRC. Recuperado el 2 de 12 de 2020, de <https://www.crc.com.gov.co/es/noticia/crc-publica-estudio-aproximacion-a-los-mercados-de-dos-o-m-s-lados-en-el-entorno-digital>
- Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. (2020). *El rol de los servicios OTT en el sector de las comunicaciones en Colombia - año 2019*. Recuperado el 17 de Febrero de 2021, de <https://www.crc.com.gov.co/uploads/images/files/CRC-EstudioOTT-2020-publicar-vf.pdf>
- Comisión Europea. (2017a). *Zero-rating practices in broadband markets*. Bruselas: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Obtenido de <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>
- Comisión Europea. (2017b). *Better regulation "Toolbox"*. Bruselas: Comisión Europea. Obtenido de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_2.pdf
- Comisión Europea. (2017c). *Better regulation guidelines - Impact assessment*. Bruselas: Comisión Europea. Recuperado el 19 de Febrero de 2021, de <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines-impact-assessment.pdf>
- Comisión Europea. (2017d). Tool #12. Format of the report. En C. Europea, *Better regulation: guidelines and toolbox* (págs. 63-76). Bruselas. Obtenido de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-12_en_0.pdf
- Congreso de la República. (2011). Proyecto de Ley 246. *Por medio del cual se establece la neutralidad en Internet*. Recuperado el 19 de Marzo de 2021, de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2010-2011/article/246-por-medio-de-la-cual-se-establece-la-neutralidad-en-internet>
- Correa Pérez, M. (2018). Zero rating y la neutralidad de la red en Chile. *Revista chilena de Derecho y Tecnología*, 7(1), 107-135. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0719-25842018000100107&lng=pt&nrm=iso&tlng=en

- Cortés Bernal, V. (12 de Diciembre de 2020). El mal año de Facebook. *El Tiempo*. Recuperado el 2020 de Diciembre de 12, de <https://www.elespectador.com/noticias/tecnologia/el-mal-ano-de-facebook/>
- DataReportal. (11 de Febrero de 2021). *Digital 2021*. Recuperado el 4 de Marzo de 2021, de Digital 2021: Colombia: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-colombia>
- DaviPlata. (2021). *DaviPlata*. Recuperado el 4 de Marzo de 2021, de <https://comunicaciones.daviplata.com/descargar-daviplata-app/home?>
- Departamento Nacional de Planeación - DNP. (2015). *Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo*. Bogotá. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Empresarial/Gu%C3%ADa%20Metodol%C3%B3gica%20de%20An%C3%A1lisis%20de%20Impacto%20Normativo.pdf>
- Drossos, A. (2015). *The real threat to the open Internet is zero-rated content*. Washington: World Wide Web Foundation . Obtenido de <https://webfoundation.org/2015/02/guest-blog-the-real-threat-to-the-open-internet-is-zero-rated-content/>
- Eisenach, J. (2015). *The Economics of Zero Rating*. Washington: Nera Consulting. Obtenido de <https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicsofZeroRating.pdf>
- European Commission - EU. (2009). *EU study on the legal analysis of a single market for the Information Society*. Obtenido de http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=837
- Evaluamos. (29 de Enero de 2021). *CRC declara dominante a Claro Comcel y reacciones de operadores*. Recuperado el 3 de Marzo de 2021, de La Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC
- Facebook. (11 de Enero de 2021). *Internet.org by Facebook*. Obtenido de Free Basics by Facebook: <https://info.internet.org/en/story/free-basics-from-internet-org/>
- Flórez Duncan, F. (2016). *Zero rating: free access to content but at what price?* Obtenido de Oxera: <https://www.oxera.com/agenda/zero-rating-free-access-to-content-but-at-what-price/>
- Fontanals, G. (2017). La neutralidad de la red y el zero rating. *Revista Fibra: Tecnologías de la Comunicación*. Obtenido de <http://papel.revistafibra.info/la-neutralidad-la-red-zero-rating/>
- Fundación Wikimedia. (16 de Febrero de 2018). *Building for the future of Wikimedia with a new approach to partnerships*. Recuperado el 12 de Febrero de 2021, de <https://diff.wikimedia.org/>: <https://diff.wikimedia.org/2018/02/16/partnerships-new-approach/>
- Gautier, A., & Somogyi, R. (2018). *Prioritization vs Zero-Rating: discrimination on the Internet*. Munich: Munich Society for the Promotion of Economic Research - CESifo. Obtenido de https://www.ifo.de/DocDL/cesifo1_wp7185.pdf
- Gobierno de Australia. (2014). *The Australian Government Guide to Regulation*. -. Recuperado el 19 de Febrero de 2021, de https://www.pmc.gov.au/sites/default/files/publications/Australian_Government_Guide_to_Regulation.pdf
- Goodman, E. (2016). Zero Rating Broadband Data: Equality and Free Speech at the Network's Other Edge. *Colorado Technology Law Journal*, 15(1), 63-92. Recuperado el 13 de 11 de 2019, de <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=37112300812109500100712412109011010800807805203400502712612301812312607002408507909812301602704>

- 311410004612309506910109710802901109401208705010106807310309707307
60900140911270911170981200700801260980710650061080
- Hoernig, S., & Monteiro, F. (2020). Zero-rating and network effects. *Economics Letters*, 186.
- Jullien, B., & Sand-Zantman, W. (2017). Internet regulation, two-sided pricing and sponsored data. *TSE Working Papers*, 12 - 327. Obtenido de <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167718718300183>
- Krämer, J., & Peitz, M. (2018). *A fresh look at zero rating*. Bruselas: Centre on Regulation in Europe (CERRE). Obtenido de https://cerre.eu/sites/cerre/files/CERRE_ZeroRating_FinalReport_0.pdf
- Layton, R., & Elaluf-Calderwood, S. (2016). *Free Basics Research Paper: Zero Rating, Free Data, and Use Cases in mhealth, Local Content and Service Development, and ICT4D Policymaking* (Vol. 44). Schretz: TPRC. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757384#
- León Alcalde, Á. (2017). Neutralidad de red: una visión crítica. En Z. H. González López. Édgar (dir.), & o. (coords.), *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TUC* (págs. 1237 - 1277). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Márquez, C. P., & Arciniegas, M. F. (2019). Zero rating en América Latina: una propuesta para adoptar un enfoque casuístico en aras de promover el bienestar de los consumidores y cerrar la brecha digital. En C. d. CRC, *Reflexiones en torno al desarrollo de los servicios y la regulación TIC* (págs. 74 - 94). Bogotá. Obtenido de <https://www.crcm.gov.co/uploads/images/files/REFLEXIONES%20SOBRE%20LA%20PROTECCIO%CC%81N%20DEL%20CONSUMIDOR%20EN%20LA%20ERA%20DE%20LOS%20ALGORITMOS%20Y%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL%20%20final.pdf>
- Marsden, C. (2016). Comparative Case Studies in Implementing Net Neutrality: a critical analysis of zero rating. *ScriptEd*, 13(1). Obtenido de <https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/04/marsden.pdf>
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. (Septiembre de 2020). *Participación de abonados de proveedores por demanda a nivel nacional - 2020 3T*. Recuperado el 3 de Marzo de 2021, de Colombia TIC: <https://colombiatic.mintic.gov.co/679/w3-propertyvalue-47272.html>
- Movistar. (2021). *Movistar*, <https://www.movistar.co/pospago>. Recuperado el Febrero y julio de 2021, de <https://www.movistar.co/>
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería del Perú - Osinergmin . (2016). *Guía de Política Regulatoria N°1: Guía Metodológica para la realización de Análisis de Impacto Regulatorio en Osinergmin*. Lima: Osinergmin. Recuperado el 19 de Febrero de 2021, de https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/RIA/Guia-Politica-Regulatoria-N-1.pdf
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE. (1997). *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*. Paris: OECD. Recuperado el 17 de Febrero de 2021, de <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258828.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE. (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*. París: Ediciones OCDE. Recuperado el 18 de Febrero de 2021, de https://read.oecd-ilibrary.org/governance/recomendacion-del-consejo-sobre-politica-y-gobernanza-regulatoria_9789264209046-es#page3

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE. (2020). *OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy: Regulatory Impact Assessment*. París: OCDE. Recuperado el 18 de Febrero de 2021, de https://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-assessment_7a9638cb-en
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE. (2021). *How do laws and regulations affect competitiveness: The role for regulatory impact assesment* (Vol. OECD Regulatory Policy Working Papers). París. Recuperado el 17 de Febrero de 2021, de <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/7c11f5d5-en.pdf?expires=1613607431&id=id&accname=guest&checksum=C26892AC6A4BFD3C80FC064C18773461>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. (2011). *Herramientas para la Evaluación de la Competencia* (Vol. I: Principios). París: OCDE. Recuperado el 27 de Febrero de 2021, de <https://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. (2015). *Regulatory Impact Assessment and Regulatory Policy*. En O. p. OCDE, *Regulatory Policy in Perspective: A Reader's Companion to 2015 Regulatory Policy Outlook* (págs. 35 - 107). París: OCDE. Recuperado el 27 de Febrero de 2021, de https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-policy-in-perspective_9789264241800-en#page7
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. (2019). *The effects of zero rating* (Vol. OECD Digital Economy Papers). París: OECD Publishing. Obtenido de <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/6eefc666-en.pdf?expires=1581531808&id=id&accname=guest&checksum=639C9B918155627EAB55600618E3775D>
- Prakash, P. (2015). *Regulatory Perspectives on Net Neutrality*. Nueva Delhi: Center for Internet & Society. Obtenido de <https://cis-india.org/internet-governance/blog/regulatory-perspectives-on-net-neutrality>
- Rogerson, W. (2016). *The economics of data caps and free data services in mobile broadband*. Washington: CTIA. Obtenido de <https://api.ctia.org/docs/default-source/default-document-library/081716-rogerson-free-data-white-paper.pdf>
- Somogyi, R. (2017). *The Economics of Zero Rating and Net Neutrality*. (C. f. Université catholique de Louvain, Ed.) *CORE Discussion Papers, 2016047*. Obtenido de <https://ideas.repec.org/p/cor/louvco/2016047.html>
- Stallman, E., & Adams, S. (2016). *Zero rating: a framework for assessing benefits and harms*. Bruselas: Center for Democracy & Technology. Obtenido de https://cdt.org/wp-content/uploads/2016/01/CDT-Zero-Rating_Benefits-Harms5_1.pdf
- Tigo. (Marzo y julio de 2021). *Tigo Móvil*. Obtenido de <https://compras.tigo.com.co/movil/>
- Valora Analitik. (24 de Septiembre de 2020). *Las apps más usadas en Colombia entre marzo y agosto*. Recuperado el 4 de Marzo de 2021, de <https://www.valoraanalitik.com/2020/09/24/las-apps-mas-usadas-en-colombia-entre-marzo-y-agosto/>
- Van Schewick, B. (2015). *Analysis of proposed network neutrality rules*. Stanford: Center for Internet and Society (CIS). Obtenido de <https://cyberlaw.stanford.edu/downloads/vanSchewick2015AnalysisofProposedNetworkNeutralityRules.pdf>
- Virgin. (2021). *Virgin Mobile: antiplanes y bolsas*. Recuperado el Marzo y julio de 2021, de <https://www.virginmobile.co/inicio/>
- WOM. (15 de Julio de 2021). *Planes prepago y pospago*. Obtenido de <https://www.wom.co/>

- Wu, T. (2002). *A Proposal for Network Neutrality*. Charlottesville: University of Virginia. Obtenido de <http://www.timwu.org/OriginalNNProposal.pdf>
- Wu, T. (2003). Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Wu, Tim, Network Neutrality, Broadband Discrimination. Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 141 - 180. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863
- Wu, T. (2016). Prefacio. En U. I. Neutrality, *Net neutrality reloaded : zero rating, specialised service, ad blocking and traffic mangement* (págs. 6-15). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio. Obtenido de <http://www.ict-21.ch/com-ict/IMG/pdf/Net-Neutrality.pdf>