

hiperderecho

Lima, 6 de noviembre de 2015

Señores

Gerencia de Políticas Regulatorias y de Competencia

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones

Calle de la Prosa No. 136, San Borja

Lima

Asunto: Comentarios al Proyecto de “Reglamento de Neutralidad de Red”

De mi consideración:

Hiperderecho es una organización sin fines de lucro dedicada a investigar las relaciones entre los derechos humanos y la tecnología. Como parte de nuestro trabajo, producimos investigación y llevamos a cabo actividades de divulgación sobre libertad de expresión, privacidad, innovación y transparencia.

Mediante la presente carta les hacemos llegar nuestros comentarios al Proyecto de “Reglamento de Neutralidad de Red”, publicado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 104-2015-CD/OSIPTEL aparecida en el Diario Oficial “El Peruano” el 8 de septiembre de 2015. Conforme lo dispone la propia resolución, acompañamos como anexo a esta carta nuestros comentarios según el formato establecido.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

Miguel Morachimo

Hiperderecho

ANEXO 1
COMENTARIOS AL PROYECTO DE “REGLAMENTO DE NEUTRALIDAD DE RED”

Artículo del Proyecto	Comentario
<p>Artículo 1 <i>Objeto</i></p>	<p>Debe añadirse como otro objetivo del Reglamento la promoción de la libre competencia entre Operadores de Telecomunicaciones y Proveedores de Acceso a Internet, evitando prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa en el mercado. Creemos que este criterio debe de servir de guía al momento de determinar actividades contrarias a la Neutralidad de la Red, ya que castigar las conductas que no tiene un efecto exclusorio sobre competidores significaría castigar conductas potencialmente beneficiosas o inocuas antes de que se implementen. Esto resulta consistente los principios que inspiran la intervención regulatoria en las telecomunicaciones, conforme a los artículos 6¹ y 38² de la Ley General de Telecomunicaciones y con el artículo 11 de su Reglamento.³</p>
<p>Artículo 5 <i>Principios aplicables a las medidas relativas a la Neutralidad de Red</i></p>	<p>Debe añadirse a la lista de principios aplicables a las medidas relativas a la Neutralidad de Red el “Principio de Neutralidad,” en los términos en los que está definido en el artículo 11 del Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones.⁴ La finalidad de esta adición es que estos principios sirvan de guía para los casos en los que OSIPTEL tenga que aprobar o rechazar temporal o definitivamente medidas relativas a la Neutralidad de Red.</p>
<p>Artículo 6</p>	<p>En un marco legal que busca promover la libertad de los usuarios de elegir y usar los servicios de su preferencia, las obligaciones de</p>

¹ **Decreto Supremo No. 013-03-TCC, Ley General de Telecomunicaciones, Artículo 6.**— El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.

² **Decreto Supremo No. 013-03-TCC, Ley General de Telecomunicaciones, Artículo 38.**— Las empresas explotadoras de servicios portadores y teleservicios o servicios finales, para explotar servicios de valor añadido, deben necesariamente garantizar que no utilizarán su condición de operadores de tales servicios, para obtener ventajas en relación a empresas competidoras explotadoras de servicios de valor añadido, impidiendo la sana competencia.

³ **Decreto Supremo No. 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Artículo 11.— Principio de neutralidad**
 Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.

⁴ Ver nota al pie número 3

<p><i>Información a los usuarios por parte del Operador de Telecomunicaciones sobre las medidas relativas a la Neutralidad de Red</i></p>	<p>información y transparencia el mercado deben de cumplir un rol primordial. En concreto, es necesario que la norma establezca lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La existencia de una o más medidas relativas a la Neutralidad de Red implementadas por una empresa operadora no solo debe de ser adecuadamente informada a los usuarios existentes sino que necesariamente debe de ser comunicada a los nuevos usuarios antes de la firma de un contrato por un servicio sujeto a estas restricciones. Esto resulta de vital importancia porque obliga a que el cumplimiento del marco legal sobre Neutralidad de Red sea un factor de competencia en el mercado y el usuario sepa lo que está contratando. • OSIPTEL debe establecer el formato único o estandarizado que se utilizará para informar de la implementación de estas medidas. Esto permitiría a los usuarios comparar de manera más fácil las distintas ofertas comerciales de las empresas operadoras y elegir la que se ajuste mejor a sus necesidades o preferencias. • La publicidad comercial que anuncie un servicio respecto del cual se lleve a cabo alguna medida relativa a la Neutralidad de Red debe de transparentar este hecho y, de existir, acompañar la referencia a la decisión de OSIPTEL que aprobó la implementación de forma similar a como se anuncian las condiciones aplicables a promociones comerciales (stock mínimo, etc)
<p>Artículo 7 <i>Información de las medidas relativas a la Neutralidad de Red por parte de OSIPTEL</i></p>	<p>Al tratarse de un mercado tan dinámico como el de acceso a Internet, es imprescindible que regulador, empresas y usuarios puedan apreciar fácilmente la forma en la que el nuevo marco legal viene implementándose. Por ello, resulta necesario que OSIPTEL publique estadísticas agregadas en forma trimestral o semestral sobre medidas relativas a la Neutralidad de Red indicando número de solicitudes recibidas, número de solicitudes aprobadas, naturaleza, permanencia en el tiempo, número de usuarios involucrados, entre otros.</p>
<p>Artículo 11 <i>Gestión de Ancho del Banda</i></p>	<p>No todos los casos de Gestión de Ancho del Banda pueden producir efectos negativos para el mercado o para los consumidores. Muchas legislaciones modernas sobre Neutralidad de Red reconocen la legalidad de “servicios especializados” sustentados en Internet como ofrecer conexiones optimizadas para telefonía, televisión, video llamadas, hardware crítico de seguridad o de uso clínico, para dispositivos conectados permanentemente a Internet, entre otros.</p>

	<p>Mediante estas prácticas, no se bloquea ni filtra ningún servicio pero sí se le otorga una prioridad a un servicio o protocolo de comunicación en especial. Para lograr ofrecer estos servicios, los operadores tienen que llevar a cabo prácticas de gestión de red como priorización de tráfico que resultan indispensables para asegurar la calidad del servicio de estas conexiones y el correcto desempeño de los aparatos conectados a ellas. Sin embargo, según el modelo planteado por el Reglamento, solo se podrían llevar a cabo estas medidas cuando tengan como finalidad “garantizar el funcionamiento adecuado de la red” (tal como lo señala el Anexo 2). Por ende, cualquier otra forma de priorización que no afecte la libre competencia ni la capacidad de elección del usuario respecto de su conexión a Internet quedaría prohibida según la propuesta. En la práctica, esto implicaría reducir la capacidad de nuestro mercado para diversificar la oferta de acceso a Internet y responder a la demanda generada por tendencias como la de la Internet de las Cosas, poniendo en riesgo la innovación que el propio principio de Neutralidad de Red reconoce como objetivo. Por lo señalado, las prácticas de Gestión de Ancho de Banda deben de poder justificarse cuando ello resulta necesario para ofrecer calidad de servicio y podrán autorizarse siempre que no afecten la libre competencia, impliquen un bloqueo o filtrado del acceso a Internet, ni comprometan su rendimiento, accesibilidad o calidad. Así mismo, deberá de señalarse que las ofertas para brindar servicios especializados deben ser proporcionadas sin discriminación y su adopción por parte de los usuarios debe ser voluntaria.</p>
<p>Artículo 15 <i>Diferenciación por Diseño Comercial del Producto</i></p>	<p>La definición de las prácticas que constituyen una Diferenciación por Diseño Comercial del Producto debe precisar que, en ningún caso, estas pueden implicar la gestión de tráfico respecto de aplicaciones, protocolos, tipos de tráfico o servicios. Esta precisión servirá para diferenciarlas de los casos de Gestión del Ancho de Banda, definidas en el artículo 11. Por el contrario, si OSIPTEL considera que las prácticas de Diferenciación sí pueden implicar la gestión de red deben de fusionarse los artículos 11 y 15 para evitar que ambas figuras se superpongan en cuanto a lo que implican realmente.</p>
<p>Artículo 18 <i>Identidad entre la medida a ser implementada y la previamente autorizada</i></p>	<p>El análisis de “identidad” que llevará a cabo OSIPTEL respecto de las solicitudes de implementación de medidas sujetas a aprobación previa que ya fueron previamente aprobadas deberá de tener en cuenta la cuota de mercado de la empresa operadora solicitante y la potencialidad de que dicha práctica afecte la libre competencia.</p>

<p>Artículo 21 <i>Medidas en situación de emergencia</i></p>	<p>La definición de lo que constituye una situación de emergencia debe de abarcar exclusivamente aquellos atentados contra la integridad o seguridad de la red o la disponibilidad de los servicios que brinda a sus usuarios. Debe retirarse la referencia a “algún otro servicio soportado sobre Internet” porque resulta demasiado amplia y podría prestarse a que se lleven a cabo prácticas en resguardo de intereses o servicios comerciales o políticos. No es el rol de las empresas operadoras de telecomunicaciones proveer servicios de seguridad privada o mitigar riesgos en redes o infraestructura lógica de terceros a través del bloqueo o la gestión de red.</p>
<p><i>Comentarios generales</i></p>	<p>Es necesario que el Reglamento defina la compatibilidad de su régimen de autorizaciones previas respecto del marco legal de libre competencia dispuesto por el Decreto Legislativo No. 1034. Así, por ejemplo, podría darse el caso que una medida de Diferenciación por Diseño Comercial del Producto llevada a cabo por un operador dominante y autorizada por OSIPTEL en la práctica termine excluyendo a un competidor en un mercado aguas abajo. De la misma manera, podría negarse la autorización a ciertas prácticas de Gestión de Ancho de Banda o de Diferenciación por Diseño Comercial del Producto sin que ello constituya una práctica contraria a la libre competencia.</p>
<p><i>Otros comentarios</i></p>	<p>Debe de añadirse una disposición complementaria al Reglamento que establezca la necesidad de que al cabo de un año de su entrada en vigencia y posteriormente con periodicidad anual OSIPTEL elabore informe público que contenga un reporte estadístico sobre la implementación de este modelo y un diagnóstico respecto de la idoneidad del sistema de autorizaciones previas de cara a formular recomendaciones de reforma legislativa o regulatoria. Los mercados tecnológicos son extremadamente dinámicos y las condiciones en las que se oferta y se accede a Internet hoy necesariamente serán distintas en los próximos años. Por ello, es necesario que cualquier aproximación regulatoria a este mercado tenga mecanismos de revisión y actualización explícitos que permitan que se adapte a los nuevos contextos.</p>