

Santiago, tres de agosto de dos mil cinco.

VISTOS:

1.- Informe de la FNE:

Esta causa se inició con el informe de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) a la H. Comisión Preventiva Central, en adelante también CPC, de fecha 12 de mayo de 2004, y que rola a fojas 1, en el que indica que don Héctor Sotomayor Inostroza, comercializador de aparatos telefónicos, repuestos y accesorios en la ciudad de Arica, interpuso una denuncia en contra de ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A. (**Entel PCS**) o por prácticas que implicarían restricciones a la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil, consistentes en el bloqueo de la tarjeta SIM (o *SIM Card, Subscriber Identity Module Card*), con que operan los aparatos que comercializa esta compañía, impidiendo su utilización en otros aparatos telefónicos.

Señala en su denuncia que en septiembre de 2002 vendió a un par de marinos filipinos Tarjetas SIM de ENTEL PCS, las que fueron insertadas en equipos móviles de propiedad de los compradores para su utilización. Sin embargo, debió anular la venta porque al llamar a ENTEL PCS para cargar el tráfico prepago, una grabación informó que el *chip* que está utilizando no corresponde al equipo "ALO PCS" del *pack* adquirido. Las condiciones comerciales incorporadas en el envase de "ALO PCS" indican que el tráfico incorporado en la tarjeta SIM está programado para ser usado, exclusivamente, por medio del teléfono incluido en el empaque.

ENTEL PCS ha justificado su proceder ante la FNE señalando que el bloqueo de la tarjeta SIM es una medida de protección legítima para evitar el comercio separado del tráfico gratuito, promocional, entregado junto al paquete de prepago por una parte y del aparato telefónico, por la otra, medida que, en su versión, estaría avalada por la Resolución N° 661 de la H. Comisión Resolutiva.

El Informe analiza el mercado de la telefonía móvil señalando que, según información de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), para fines del año 2003 es posible estimar en más de 7 millones los abonados a la telefonía móvil, lo que conlleva una penetración de más de un 40%. Esto en un contexto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

crecimiento anual de un 20% y con un predominio creciente de abonados de prepago.

Señala que este mercado es concentrado y en él operan solo cuatro empresas, lideradas por ENTEL con un 38% de los abonados, seguido de Telefónica Móvil de Chile con un 30% de los equipos y, a cierta distancia, BellSouth Comunicaciones con un 16% y Smartcom con igual porcentaje de participación (información a junio de 2003). La concentración de este mercado (IHH de 0,38%) obliga a juzgar los comportamientos de estas empresas con mayor rigor.

Modalidades de comercialización:

El servicio móvil es comercializado bajo dos modalidades comúnmente designadas como prepago y pospago. Ambas implican un contrato de suministro telefónico y se diferencian según pague el cliente este suministro antes o después de su utilización. Por razones de ingreso y hábitos de consumo, los equipos de prepago representaban, a la fecha del informe, cerca del 80% del total de 5 millones de equipos y, en este universo, ENTEL tenía una participación superior al 40%.

Las operadoras entregan el uso de equipos móviles a precios probablemente inferiores a sus costos e incluyendo tráfico gratuito por una determinada suma, protegiendo su inversión mediante el bloqueo de los mismos para el suministro de otro operador, práctica que, bajo ciertas condiciones, los organismos de defensa de la competencia no han considerado anticompetitivas en el pasado.

Compatibilidades Tecnológicas:

La utilización de la Tarjeta SIM y más recientemente la portabilidad del número que la primera facilita, favorece enormemente el proceso de estandarización y competencia, pues para cambiar de teléfono y/o operador, basta con trasladar o cambiar la tarjeta SIM.

A la época del informe de la FNE, los equipos móviles de ENTEL y buena parte de los equipos de su más grande competidor de la época, Telefónica Móvil, eran compatibles entre sí (en banda 1900 MHz). Los equipos BellSouth y Smartcom eran compatibles entre sí, pero no con los de ENTEL y Telefónica Móvil que operan con otra técnica de acceso (salvo en el caso de la banda 800 MHz, en los que los equipos de BellSouth y Telefónica Móvil sí lo eran).

En este escenario, la FNE considera especialmente reprochable toda práctica que tienda a generar barreras de salida a los clientes y en la práctica privar a los usuarios de los beneficios de la tarjeta SIM.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La tarjeta SIM:

Es un *microchip* informático pequeño y delgado propio de la red europea GSM, que identifica al usuario y su número telefónico frente a la red del operador y, a través de éste, frente a los demás operadores móviles. Permite independizar al equipo de la red y los datos del usuario, fortaleciendo los beneficios que la compatibilidad tecnológica presenta para la libre competencia.

Gracias a la tarjeta SIM el usuario puede adquirir el equipo telefónico que más le convenga a sus posibilidades y preferencias. Así, en el caso de que decida cambiar de operador, le bastará con adquirir de éste una nueva tarjeta SIM e insertarla en su antiguo equipo. Todavía más, el usuario ni siquiera está obligado a renunciar al servicio del primer operador para acceder a las mejores tarifas del segundo, pues podrá alternar Tarjetas SIM y con ello, operadores, aprovechando las mejores tarifas de uno y otro. Además si un usuario desea emigrar de uno o de todos los operadores, sus costos de salidas se ven reducidos enormemente pues la existencia de un mercado profundo de equipos (SIC) posibilita la reventa. Lo mismo sucede con las tarjetas SIM con tráfico ya incorporado.

Regulación aplicable:

A.- Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones (LGT), que en el marco de la libertad tarifaria que existe para la telefonía móvil, prescribe el acceso universal al servicio, su continuidad y la interconexión.

B.- Reglamento del Servicio Público Telefónico, Decreto Supremo N° 426, de diciembre de 1996, de Subtel (el Reglamento). Su artículo 36 prohíbe las ventas atadas de equipo y suministro telefónico. Su artículo 44 proscribire las barreras artificiales de salida o que entraben el cambio de operador.

Bloqueo de la Tarjeta SIM:

Según señala el denunciante ENTEL PCS bloquearía la tarjeta SIM impidiendo su utilización en equipos telefónicos diversos de aquél con que fue adquirida, perjudicando al usuario de la siguiente manera:

A.- Para contratar suministro con ENTEL PCS deberá adquirir de ella, junto con la tarjeta SIM, un equipo telefónico.

B.- Para cambiar de equipo, deberá adquirirlo también directamente de ENTEL PCS o asumir, junto con el cambio de número, el cambio de operador y en ese último caso, postergar el cambio hasta consumir el tráfico ya incorporado o cargado en la Tarjeta SIM.

C.- Como presumiblemente la conducta de ENTEL PCS, en un mercado oligopólico en proceso de concentración, sea imitada, para cambiar de operador

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

deberá incurrir en el costo adicional de un nuevo equipo, a menos que contrate directamente con ese nuevo operador.

D.- No podrá alternar operadores con un mismo equipo, aprovechando las mejores tarifas de uno y otro, a menos que haya contratado directamente con uno de ellos. No podrá vender su equipo ni su tarjeta SIM, porque un nuevo usuario tendrá las mismas limitaciones que él.

En cuanto a las resoluciones Nros. 661, de 20 de septiembre de 2002, y 679, de 5 de marzo de 2003, ambas de la H. Comisión Resolutiva:

Según la FNE, estas resoluciones hacen excepción a los principios y normas expuestas, por lo que deben interpretarse restrictivamente. Ambas, bajo ciertas condiciones de publicidad, temporalidad y provisionalidad, consideran legítimo bloquear los equipos para el suministro de otro operador, como medida de protección a la venta bajo costo de los mismos.

Según la FNE el bloqueo denunciado no cumple los requisitos reseñados, no afecta a los equipos telefónicos ni protege inversión alguna, pues el costo de la Tarjeta SIM es marginal. Además dicha tarjeta es independiente del teléfono y extender a ella el bloqueo del equipo equivale a interpretar extensivamente una excepción.

Conclusiones de la FNE:

A.- Prevenir a la denunciada que debe cesar en la práctica referida y cualquier otra que implique condicionar el suministro del servicio telefónico móvil al uso de determinado equipo, salvo el bloqueo telefónico contemplado en las resoluciones de la H. Comisión Resolutiva que se citan.

B.- Prevenir en igual sentido a las demás operadoras móviles.

C.- Comunicar lo resuelto a Subtel para que adopte medidas para precaver o reprimir infracciones.

A fs. 83 de autos rola la presentación de fecha 13 de mayo de 2005 mediante la que la FNE se hizo parte en este proceso.

Instrumentos acompañados por la FNE:

A.- Denuncia del señor Sotomayor, con sus antecedentes fundantes.

B.- Informe sobre la denuncia evacuado por ENTEL PCS, con sus antecedentes.

C.- Lista de Tarjetas SIM afectadas según el denunciante.

D.- Informe de Subtel sobre la materia.

E.- Ratificación de la denuncia del señor Sotomayor.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

F.- Resoluciones Exentas N°s 468, de 2005, y 1498, de 2004, ambas de Subtel.

2.- Posición de la denunciante:

A fs. 87 corre una presentación del Sr. Sotomayor, quien realizó la denuncia ante la FNE que derivó en el informe de ese organismo. En resumen, dicha presentación, repasa los antecedentes que sirvieron de base a la denuncia. Así, señala que en el año 2001 la denunciada desconoció unilateralmente la práctica comercial que había imperado anteriormente, consistente en la posibilidad de vender a público, separadamente, equipos telefónicos y tarjetas SIM. Para ello bloqueó estas últimas en los casos en que fueran usadas en equipos distinto al asignado en el *pack* ALO PCS (para ello insertó nuevas cláusulas en el empaque de los productos a vender). Esta limitación sólo se aplicaba a comerciantes que vendían el *pack* en cuestión y no a quienes comercializaban tarjetas SIM directamente en los locales de la denunciada.

Alega que el Sr. Sotomayor entregó a la denunciada el *diskette* que contenía el listado de Tarjetas SIM que se encontraban en su poder, Entel PCS procedió a anularlas. Concluye que el procedimiento usado por Entel PCS para el bloqueo o enrutamiento de la Tarjeta SIM en sus equipos, transgrede el derecho de la competencia y las normas sectoriales aplicables a las concesionarias de el servicio público de telecomunicaciones.

La denunciante, en esta instancia, acompañó los siguientes documentos:

- 1) Diez fotocopias autorizadas ante notario de igual cantidad de facturas que dan cuanta de algunas de las compras de equipos telefónicos, realizadas por la denunciante a Entel PCS los años 2000 y 2001.
- 2) Fotocopia de parte del libro de compra y ventas del denunciante, en que figura el ingreso y declaración de nueve facturas emitidos por Entel PCS y que dan cuanta de la compra de equipos telefónicos en los años 2000 y 2001.

3.- Posición de la denunciada:

ENTEL PCS evacuó el traslado con fecha 21 de junio de 2004 y su presentación rola a fs. 67 y sostiene que el informe de la FNE adolece de errores atribuibles, tanto al desconocimiento de la tecnología GSM, como a la forma de comercialización de equipos de prepago de Entel PCS.

En cuanto a la tecnología GSM, la relación del usuario con la red se efectúa a través de la denominada "estación móvil" o terminal, constituido por la SIM Card

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(que identifica al usuario dentro de una red particular de un operador determinado) y por el equipo telefónico móvil (que proporciona el interfaz de radio y es el dispositivo de entrada o salida con cualquier red). Ambos elementos deben ser usados en conjunto.

La tarjeta SIM de Entel PCS sólo permite acceder al servicio de la red de esa compañía. Para que pueda ser usado en un equipo perteneciente a otra red, éste no debe estar provisto del mecanismo de protección "SIM Lock", aplicado por el operador que entrega el aparato, o debe ser desbloqueado por ENTEL PCS.

Añade que la modalidad de prepago contempla dos etapas claramente diferenciadas:

A.- Compra inicial del *pack* de prepago (caja con equipo, tarjeta SIM y un cupo precargado de dinero para llamadas). Este conjunto se vende bajo su costo (subsidiado en cerca de un 45%), lo que ha sido clave para la penetración y desarrollo de la telefonía móvil en Chile.

B.- Recarga posterior del cupo de uso.

La idea de vender estos *packs* subsidiados es que los usuarios permanezcan posteriormente usando la red del operador correspondiente.

Podría producirse una utilidad al vender el equipo subsidiado en el exterior y en el mercado local la Tarjeta SIM, que sólo puede usarse en Chile, con el cupo inicial de crédito.

Que el local comercial de la denunciante se encuentra en la ciudad de Arica, donde existe el mayor riesgo de fuga de equipos telefónicos móviles hacia Perú. Cuando el denunciante solicitó a la compañía liberar el cupo de llamadas precargadas, tenía para comercializar a terceros 378 SIM Cards, de las que sólo 19 correspondían a *packs* directamente comprados por él.

En el año 2002 la denunciada solicitó al denunciante los documentos que acreditaran la compra de los 359 SIM Cards restantes, para liberarlas, sin que haya entregado esa información hasta hoy. La razón es que sólo 15 *packs* han sido usados en la red PCS y en Chile.

Según Entel PCS, el denunciante y familiares tienen relación con actividades exportadoras.

Por otra parte, Entel PCS afirma que no bloquea la Tarjeta SIM si no que realiza un enrutamiento del número telefónico móvil durante los minutos originalmente asignados a dicha tarjeta (hasta que se consuma el crédito). Una vez empleados estos minutos, la Tarjeta SIM asociada a un determinado número queda automáticamente habilitada para ser empleada en cualquier GSM, de cualquier proveedor compatible, pero desprovisto de SIM lock.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, ENTEL PCS señala que la FNE, al imponer una carga a una determinada tecnología (GSM), está discriminando arbitrariamente y beneficiando a tecnologías que compiten con ella.

Solicita se rechacen las conclusiones de la FNE y la denuncia efectuada por el señor Sotomayor.

Instrumentos acompañados por la denunciada:

A.- Copia de 8 facturas que dan cuenta de la venta de *packs* de prepago a la empresa Distribuidora de Industrias Nacionales S.A. (DIN) entre diciembre de 2001 y marzo de 2002, que corresponden a algunos *packs* que incluían las SIM Cards, cuya fotocopia el denunciante acompañó a estos autos.

B.- Planilla de cálculo en el que se detallan los números de la tarjetas SIM acompañadas a los autos por la denunciante, con individualización de la empresa a la que realmente Entel PCS vendió el *pack* de prepago que incluía dicha Tarjeta, el número de factura respectiva y la individualización del aparato telefónico asociado.

A fs. 106 de autos corre la resolución del Tribunal que declara que no existen en autos hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos que ameriten recibir la causa a prueba.

CONSIDERANDO:

En cuanto a la objeción de documentos:

PRIMERO: Que a fojas 161, ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A. objetó diversos documentos acompañados por el denunciante a fojas 107 los que consisten en facturas, asientos de contabilidad del denunciante y fotocopias autorizadas de tarjetas SIM que habrían sido bloqueadas por la demandada y que en la actualidad se encontrarían inoperantes. Que las objeciones no se refieren a la falta de integridad o de autenticidad de los documentos sino al alcance probatorio que dichos instrumentos tendrían. Por ello este Tribunal rechazará las objeciones sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se otorgue a los referidos documentos.

En cuanto al fondo:

SEGUNDO: Que, según informó la FNE a fs. 1, don Héctor Sotomayor Inostroza, comerciante de aparatos, repuestos y accesorios telefónicos, interpuso ante dicha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fiscalía una denuncia en contra de ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A., por prácticas que importarían restricciones a la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil, consistentes en el bloqueo de la tarjeta SIM (o *SIM Card*, *Subscriber Identity Module Card*) con que operan los teléfonos que comercializa esta compañía, impidiendo su utilización en otros aparatos telefónicos.

TERCERO: Que consta de los antecedentes de autos, que a fines del año 2001, ENTEL PCS introdujo una nueva cláusula o advertencia en los envases de sus paquetes de prepago -que es un producto por medio del cual comercializa el servicio de telefonía móvil- según consta a fs. 28 del expediente y que dice:

“La tarjeta SIM está programada para ser usada exclusivamente en el producto de este empaque. Su inobservancia faculta a ENTEL PCS para eliminar el cupo de tráfico no consumido y para limitar la recepción de llamadas.”

CUARTO: Que, según lo señalado en la denuncia, algunas tarjetas SIM, comercializadas por el denunciante y que formaban parte de los paquetes de prepago vendidos por ENTEL PCS, no pudieron ser utilizadas en otros teléfonos móviles distintos al perteneciente al paquete de prepago.

QUINTO: Que ENTEL PCS ha justificado su proceder señalando que el denominado bloqueo de la tarjeta SIM constituye una medida de protección, legítima, y que estaría amparada en la Resolución N° 661, de 23 de septiembre de 2002, de la H. Comisión Resolutiva.

Esta medida, según la empresa, estaría destinada a evitar que las personas que adquieren los paquetes de prepago, comercialicen por separado sus subproductos, esto es, por una parte, la tarjeta SIM y, por la otra, el aparato telefónico.

SEXTO: Que a juicio de la FNE el bloqueo de la tarjeta SIM restringe la competencia pues se priva a los usuarios de los beneficios de la compatibilidad tecnológica potenciados por esta tarjeta, a saber, en primer lugar, la generación de un mercado de equipos que son comercializados en forma independiente del suministro telefónico y, en segundo lugar, el beneficio de la profundización del mercado de la telefonía móvil, ya que posibilita el cambio y la alternancia de operadores con un mismo equipo.

SEPTIMO: Que la FNE considera, además, que la información proporcionada por ENTEL PCS a los adquirentes de un paquete de prepago no es completa ni veraz, por cuanto no queda claro para el usuario que la limitación que se informa en los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

envases del paquete conlleve la completa inutilización de la tarjeta SIM en otros aparatos telefónicos.

OCTAVO: Que, debe tenerse presente que la comercialización de los denominados paquetes de prepago implica la integración de tres subproductos: el equipo móvil, la tarjeta SIM y el cupo inicial de crédito de llamadas a que da derecho la compra del paquete.

NOVENO: Que, según consta en los antecedentes de autos, la Tarjeta SIM (consistente en un *microchip* que identifica al usuario y su número telefónico ante la red del operador móvil y, a través de éste, ante los demás operadores) es programada al momento de efectuarse la configuración del paquete de prepago; esto es, se preasignaría una cierta cantidad de minutos de tráfico al número telefónico móvil correspondiente a la tarjeta SIM del paquete.

DECIMO: Que este Tribunal estima que, si bien en este caso particular los subproductos se comercializan de manera conjunta, mediante un paquete o *pack* de prepago, es un hecho público y notorio que existen mercados en operación en los que concurren tanto oferta como demanda para la comercialización particular y separada de equipos telefónicos y de tarjetas SIM, asociadas a la tecnología GSM, utilizada hoy por ENTEL PCS.

A mayor abundamiento, por un lado, los distribuidores y los revendedores tienen la oportunidad de comercializar tanto el paquete de prepago como los equipos telefónicos y las tarjetas SIM de manera individual; y, por el otro, los consumidores no enfrentan restricciones en el conjunto de posibilidades de elección, toda vez que pueden acceder a los tres productos en función de sus necesidades. Cabe destacar que inclusive ENTEL PCS, por la vía de su cadena de distribuidores, participa de este mercado comercializando los productos por separado.

UNDECIMO: Que, en virtud de lo previamente expuesto, este Tribunal entiende que, en el caso de los paquetes de prepago, el equipo telefónico, la tarjeta SIM y el cupo inicial de crédito en llamadas forman parte de un único producto.

DUODECIMO: Que atendido lo expresado en los considerandos décimo y undécimo, esto es, que la comercialización de paquetes de prepago implica la adquisición conjunta del equipo, la tarjeta SIM y el suministro telefónico, dicha conducta no configura el ilícito de la venta atada, toda vez que aún siendo una forma de venta conjunta de productos, se realiza en condiciones de mercado caracterizadas por la existencia de tarjetas SIM y aparatos telefónicos que pueden ser comprados en forma separada. Es decir, la venta de uno de los elementos no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

está condicionada a la de los otros, requisito propio de esta práctica restrictiva de la libre competencia.

DECIMO TERCERO: Que, por lo tanto, en opinión de este Tribunal, el hecho de que la empresa ENTEL PCS impida o dificulte la comercialización separada de los productos que forman parte del paquete de prepago, no constituye una conducta que restrinja la competencia en cuanto se ofrezcan adicionalmente en el mercado cada uno de los elementos que conforman el paquete.

Lo anterior, teniendo asimismo en consideración que, según lo indicado en autos por ENTEL PCS, luego del uso o vencimiento del tráfico asociado a la compra del prepago, la tarjeta SIM quedaría habilitada para ser empleada en cualquier equipo con tecnología GSM, en cuyo caso tampoco se daría la figura de bloqueo de la tarjeta SIM que ha sido denunciada en autos. A juicio de este Tribunal es recomendable que ENTEL PCS en el futuro continúe actuando de tal manera, ya que con ello disminuyen los costos que enfrentan los consumidores para cambiar de equipo telefónico, lo que incentiva la competencia tanto en el mercado de la telefonía móvil como en el de los equipos telefónicos.

DECIMO CUARTO: Que, con todo, cabe reiterar que las condiciones de uso de los servicios de telefonía móvil bajo la modalidad de prepago, deben estar claramente publicitadas a fin de que el usuario conozca con antelación las limitaciones y cargos que le afectan respecto del uso de un producto que adquiere para sí y sobre el cual entiende legítimamente que puede ejercer todas las facultades inherentes al dominio.

DECIMO QUINTO: Que las consideraciones precedentes llevan a este Tribunal a rechazar la denuncia de autos por cuanto las conductas imputadas a ENTEL PCS no constituyen atentados contra la libre competencia.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley N° 211 y en el Auto Acordado N° 2, de este Tribunal, **se resuelve,**

1º.- Rechazar la objeción de documentos de fojas 161, deducida por ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A.; y,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2°.- Rechazar la denuncia de autos formulada en contra de ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

ROL C 35-04.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Pablo Serra Banfi. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.