

380-SUTEL-SCS-2020

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria 004-2020, celebrada el 16 de enero del 2020, mediante acuerdo 034-004-2020, de las 15:00 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-022-2020

“SE ARCHIVA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN PRESENTADA POR LAS SOCIEDADES BOOMERANG WIRELESS, S.A. Y OTHOS TELECOMUNICACIONES, S.A.”

EXPEDIENTE O0032-STT-MOT-CN-01794-2019

RESULTANDO

1. Que el 29 de noviembre de 2019 mediante escrito sin número (NI-14885-2019) las empresas BOOMERANG WIRELESS, S.A. (en adelante Boomerang) y OTHOS TELECOMUNICACIONES, S.A. (en adelante Othos) presentan de forma conjunta ante la SUTEL, solicitud de autorización de concentración del proceso de fusión entre ambas sociedades. (Folios 2 a 191)
2. Que el 19 de diciembre del 2019 mediante oficio 11367-SUTEL-DGM-2019 el Órgano Técnico de Competencia (en adelante OTC) realizó una prevención al solicitante para que completara y aclarara los requisitos de presentación de solicitud de autorización de concentración. (Folios 192 a 197)
3. Que el 20 de diciembre del 2019 mediante escrito sin número de oficio (NI-15868-2019) las empresas Boomerang y Othos respondieron a lo prevenido mediante oficio 11367-SUTEL-DGM-2019. (Folios 198 a 318)
4. Que el 07 de enero del 2020 mediante oficio 00029-SUTEL-DGM-2020 el Órgano Técnico de Competencia (OTC) presenta ante el Consejo de la SUTEL el informe sobre la procedencia de la notificación previa ante la SUTEL de la fusión entre las sociedades Boomerang y Othos.
5. Que se han llevado a cabo las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SOBRE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES SUJETAS A CONTROL PREVIO

El esquema de control previo de concentraciones económicas dispuesto en el artículo 56 de la Ley 8642, tiene por objeto evitar formas de prestación conjunta de servicios que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Dicho artículo define las concentraciones económicas como:

*“[...] la fusión, la adquisición, la compraventa del establecimiento mercantil, la alianza estratégica o cualquier otro acto o contrato, en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos, los poderes de dirección o los activos en general; que **se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí** y que resulten en la **adquisición duradera de control económico** por parte de uno de ellos sobre el otro u otros, o en la formación de un nuevo operador o proveedor de telecomunicaciones bajo el control conjunto de dos o más operadores o proveedores de telecomunicaciones, así como cualquier transacción mediante la cual cualquier persona física o*

380-SUTEL-SCS-2020

jurídica, pública o privada, adquiera el control de dos o más operadores o proveedores de telecomunicaciones independientes entre sí". (El destacado es intencional.)

Lo cual es concordante con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 9736 que dispone:

"Se entiende por concentración la fusión, la adquisición, la compraventa del establecimiento mercantil, la alianza estratégica o cualquier otro acto o contrato, en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos, los poderes de dirección o los activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, que han sido independientes entre sí y que resulten en la adquisición duradera del control económico por parte de uno de ellos sobre el otro u otros, o en la formación de un nuevo agente económico bajo el control conjunto de dos o más agentes económicos, así como cualquier transacción mediante la cual cualquier persona física o jurídica, pública o privada, adquiera el control de dos o más agentes económicos independientes entre sí".

De esta forma, la normativa de rito define tres determinantes estructurales los cuales deberán estar presentes en toda transacción comercial, circunscrita al ámbito de aplicación del esquema de control previo de concentraciones económicas en telecomunicaciones; a saber:

1. La operación involucra al menos dos o más operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.
2. Los agentes económicos involucrados en la transacción son independientes entre sí.
3. La transacción resulta en la adquisición duradera de control económico por parte de un operador de redes y/o proveedor de servicios de telecomunicaciones sobre el otro u otros.

Cabe señalar en este apartado que lo relevante en el contexto de análisis de competencia del esquema de control previo de concentraciones económicas en el sector de telecomunicaciones (artículo 56 de la Ley 8642) se refiere al análisis de efectos y no a la figura jurídica empleada en las transacciones comerciales; toda vez que múltiples instrumentos jurídicos y mercantiles son empleados en dichos procedimientos, no existiendo vinculación directa entre la figura jurídica empleada y los efectos anticompetitivos o procompetitivos derivados de dichas transacciones.

SEGUNDO: SOBRE LA TRANSACCIÓN CUYA AUTORIZACIÓN SE SOLICITA

1.1. Partes de la transacción

- Boomerang Wireless, S.A. (Boomerang): cédula jurídica 3-101-124386, empresa autorizada para la prestación de servicios de telecomunicaciones de transferencia de datos en la modalidad de acceso a internet, redes virtuales privadas y canales punto a punto en los cantones de San José, Moravia, Montes de Oca, Curridabat, Escazú, Desamparados, Goicoechea, Santa Ana, Alajuelita, Tibás, Alajuela, Heredia, Barva, Santo Domingo, Santa Bárbara, San Rafael, San Isidro, Belén, Flores, San Pablo, Cartago, Paraíso, La Unión y El Guarco, mediante la resolución RCS-157-2014 del 9 de julio de 2014. (Expediente: B0181-STT-AUT-00800-2014)
- Othos Telecomunicaciones, S.A. (Othos): cédula jurídica 3-101-576391, empresa autorizada para la prestación del servicio de telecomunicaciones de telefonía IP y mensajería instantánea en el Gran Área Metropolitana mediante la resolución RCS-139-2011 del 30 de junio de 2011. (Expediente: O0032-STT-AUT-OT-00181-2010)

1.2. Sobre la transacción

La transacción comercial notificada consiste en la fusión entre las sociedades Boomerang y Othos mediante el procedimiento de fusión por absorción de establecimiento mercantil, bajo los términos y condiciones

380-SUTEL-SCS-2020

dispuestos en el Capítulo X, artículo 220 del Código de Comercio prevaleciendo la denominación social Boomerang Wireless, S.A.

Con respecto a la incidencia económica directa sobre la industria de las telecomunicaciones derivada de la fusión por absorción notificada, el gestionante señala que esta conllevará la **absorción de todos los activos de Othos por parte de Boomerang incluyéndose la totalidad de la cartera de clientes, equipos, contratos, así como las licencias y/o autorizaciones requeridas para la operación del establecimiento mercantil traspasado**. Lo anterior resultará en la ampliación de la oferta comercial (inclusión de los servicios de telefonía IP y mensajería instantánea) y área de cobertura (a todas las zonas de la Gran Área Metropolitana -GAM-) de los servicios prestados por Boomerang.

TERCERO: SOBRE LA PROCEDENCIA DEL ANÁLISIS DE LA TRANSACCIÓN SOMETIDA A AUTORIZACIÓN

- I. Que para el análisis de la operación de concentración sometida a autorización conviene extraer del informe técnico presentado por el OTC mediante oficio 00029-SUTEL-DGM-2020, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, lo siguiente:

[...]

5.1. Sobre si la operación involucra al menos dos o más operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

El párrafo segundo del artículo 56 de la Ley 8642 establece la obligación de notificación previa de concentraciones económicas ante la SUTEL, por parte de los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

Para el caso de las empresas Boomerang y Othos, la información contenida en sus respectivos expedientes administrativos de gestión de autorización de servicios ante la SUTEL (B0181-STT-AUT-00800-2014 y O0032-STT-AUT-OT-00181-2010) corrobora lo indicado en el apartado 2 del presente documento, en cuanto a su condición de proveedores de servicios de telecomunicaciones, los cuales se encuentran inmersos en un proceso de fusión por absorción en los términos del artículo 220 del Código de Comercio, según expone el gestionante en su escrito de notificación de concentración (NI-14885-2019).

5.2. Sobre si los agentes económicos involucrados en la transacción son independientes entre sí.

La resolución del Consejo de la SUTEL RCS-138-2018 "Criterios para la declaratoria de un grupo de interés económico", establece a la unidad de dirección y la existencia de control económico como determinantes de la valoración del criterio de dependencia económica.

*En materia de unidad de dirección (dirección estratégica) y control económico de las empresas en estudio, es criterio de este OT que pese a que cada empresa fue autorizada por parte del Consejo de la SUTEL para la prestación de servicios de telecomunicaciones diferenciados (transferencia de datos en la modalidad de acceso a internet, redes virtuales privadas y canales punto a punto para el caso de Boomerang y telefonía IP y mensajería instantánea para el caso de Othos), las certificaciones de personería jurídica de las sociedades de cita contenidas en el escrito de notificación de concentración (NI-14885-2019), **establecen la coincidencia pre-transaccional de la estructura de junta directiva de ambas empresas, cuya representación judicial y extrajudicial con facultades de apoderados generalísimos sin límite de suma, actuando conjunta o separadamente, recaerá en ambos casos sobre su presidente y secretario**, siendo el señor Tyson McLean Ennis Mackay (cédula de identidad 1-0982-0074) el presidente de las sociedades Boomerang y Othos, el señor Terence James Ennis Jones (cédula de identidad 8-058-0304) secretario de Boomerang y la señora Denisse Elizabeth Salman Mahomar (cédula de identidad 8-058-0304) secretaria de Othos.*

*Adicionalmente, los documentos NI-10683-2013 del 28 de noviembre de 2013 (folios 0166 y 0167 del expediente administrativo O0032-STT-AUT-OT-00181-2010) y NI-03023-2014 del 3 de abril de 2014 (folios 0002 al 0068 del expediente administrativo B0181-STT-AUT-00800-2014), **exponen estabilidad y un control estratégico y económico común entre las empresas Boomerang y Othos.***

380-SUTEL-SCS-2020

La presencia en la materialidad de una dirección y control económico común en las empresas bajo análisis es una condición destacada por los agentes económicos Boomerang y Othos en su notificación de concentración económica (NI-14885-2019), al indicar:

“BOOMERANG WIRELESS S.A se encuentra en proceso de fusión de sociedades, las cuales pertenecen a un mismo grupo económico, entre ellas se encuentra la entidad jurídica **OTHOS TELECOMUNICACIONES S.A.** [...]” (Folio 04)

El artículo 1, inciso c) de la Ley 9736 define control económico como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva, de hecho o de derecho, sobre un agente económico o sus activos, entendida como el poder de adoptar o de bloquear decisiones que determinen su comportamiento comercial estratégico.

En este orden de ideas, la información contenida en el escrito de notificación económica de cita¹, establece la titularidad del 100% del capital social de las empresas Boomerang y Othos (tanto en el escenario pre-transaccional como post-transaccional), por parte de 4 personas físicas según se ilustra a continuación:

Cuadro 1.

Titularidad de Capital Social. Boomerang Wireless, S.A. (Pre-transaccional)

Titular	Porcentaje
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Elaboración propia con base en el documento NI-14885-2019.

Cuadro 2.

Titularidad de Capital Social. Othos Telecomunicaciones, S.A. (Pre-transaccional)

Titular	Porcentaje
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Elaboración propia con base en el documento NI-14885-2019.

Cuadro 3.

Titularidad de Capital Social. Boomerang Wireless, S.A. (Post-transaccional)

Titular	Porcentaje
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Elaboración propia con base en el documento NI-14885-2019.

En razón de lo expuesto, es criterio de este OT que la documentación contenida en los expedientes administrativos B0181-STT-AUT-00800-2014, O0032-STT-AUT-OT-00181-2010 y O0032-STT-MOT-CN-01794-2019, establecen la existencia de unidad de decisión, control económico común y por ende dependencia

¹ Documentación presentada por el apoderado generalísimo sin límite de suma de las empresas Boomerang y Othos con carácter de declaración jurada, de conformidad con el artículo 92 de la Ley 9736.

380-SUTEL-SCS-2020

económica, para el caso de las empresas Boomerang y Othos desde el año 2013 a la fecha. **Por lo que se considera que no se trata de operadores independientes entre sí.**

5.3. Sobre si la transacción resulta en la adquisición duradera de control económico por parte de un operador de redes y/o proveedor de servicios de telecomunicaciones sobre el otro u otros.

En virtud de lo analizado en el apartado 5.2 sobre la independencia de los proveedores de servicios de telecomunicaciones involucrados en la transacción, se considera que no es necesario continuar con el estudio de si la transacción resulta en la adquisición duradera de control económico por parte de un operador de redes y/o proveedor de servicios de telecomunicaciones sobre el otro u otros. Lo anterior, debido a que la transacción se realiza entre operadores de telecomunicaciones que no son independientes entre sí, siendo entonces que la transacción no cumple con una de las tres características previas que debe contar toda transacción para estar sujeta a un proceso de control previo de concentración.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En virtud de lo desarrollado se concluye:

- i. Que el artículo 56 de la Ley 8642 define los determinantes estructurales que deberán estar presentes en toda transacción comercial para que esta sea circunscrita al ámbito de aplicación del esquema de control previo de concentraciones económicas en el sector de las telecomunicaciones; a saber:
 - a. La operación involucra al menos dos o más operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.*
 - b. Los agentes económicos involucrados en la transacción son independientes entre sí.*
 - c. La transacción resulta en la adquisición duradera de control económico por parte de un operador de redes y/o proveedor de servicios de telecomunicaciones sobre el otro u otros.**
- ii. Que la información contenida en los expedientes administrativos de gestión de autorización de servicios ante la SUTEL de las empresas Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A. (B0181-STT-AUT-00800-2014 y O0032-STT-AUT-OT-00181-2010, respectivamente), establecen la condición de proveedores de servicios de telecomunicaciones de ambas denominaciones sociales.*
- iii. Que la documentación contenida en los expedientes administrativos de cita y el documento NI-14885-2019 (documento presentado ante la Autoridad Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones bajo fe de juramento), establecen la condición de dependencia económica entre las sociedades Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A.*
- iv. Que la documentación contenida en los expedientes administrativos de cita y el documento NI-14885-2019, establecen coincidencia y estabilidad en materia de control económico entre las sociedades Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A. desde el año 2013 a la fecha.*
- v. Que las empresas Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A. son proveedores de telecomunicaciones que no son independientes entre sí, sino que forman parte del mismo grupo de interés económico.*
- vi. Que la transacción notificada no cumple con una de las determinantes estructurales que deben estar presentes en toda transacción comercial para que esta sea circunscrita al ámbito de aplicación del esquema de control previo de concentraciones económicas en el sector de las telecomunicaciones, establecido en el artículo 56 de la Ley 8642.*

En razón de lo anterior se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar:

- 1. Dar por recibido el presente oficio en relación con la procedencia de la notificación previa ante la SUTEL, de la fusión entre las sociedades Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A.**
- 2. Informar a las empresas Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A. que la transacción sometida a autorización de concentración, por su naturaleza y características, no requiere de la autorización previa de la Superintendencia de Telecomunicaciones.**

380-SUTEL-SCS-2020

3. *Archivar el expediente administrativo O0032-STT-MOT-CN-01794-2019, de conformidad con el artículo 105, inciso a) de la Ley 9736, toda vez que la transacción comercial notificada entre las sociedades Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A. carece de los elementos estructurales que definen a una concentración susceptible al esquema de control previo de concentraciones económicas en telecomunicaciones, definido en el artículo 56 de la Ley 8642.*”

- II. Que la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, establece en su artículo 105 establece:

“ARTÍCULO 105- Archivo de las notificaciones

El Órgano Superior de cada autoridad de competencia podrá no iniciar un procedimiento de control de concentraciones o acordar el archivo de las actuaciones, en cualquier estado del proceso, en los siguientes casos:

- a) **Cuando la operación notificada no sea una concentración sujeta al procedimiento de notificación previa, según lo previsto en la presente ley.**
- b) *Cuando las partes de una concentración desistan de su solicitud de autorización o la autoridad de competencia correspondiente tenga información fehaciente de que no tienen intención de realizarla.*
- c) *Cuando los solicitantes omitan contestar, de forma completa, los requerimientos de documentos o de información que válidamente se le formulen durante el procedimiento, conforme a las reglas establecidas al efecto.*

Contra la resolución de archivo cabrán los recursos de reposición ante el Órgano Superior correspondiente, que se deberán interponer dentro del plazo de quince días hábiles posteriores a la notificación del archivo del expediente. El Órgano Superior deberá resolver dicho recurso dentro de un plazo de quince días hábiles.” (lo destacado es intencional)

- III. Que el artículo 2 párrafo segundo de la Ley 9736 indica que:

“[...] La Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley N.º 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos.”

- IV. Que el Órgano Superior de la autoridad de competencia sectorial, la SUTEL, es el Consejo, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 9736.

- V. Que de conformidad con el inciso a) del artículo 105 de la Ley 9736 y según lo expuesto en los considerandos que anteceden, la solicitud presentada por las empresas Boomerang y Othos debe ser archivada debido a que la transacción notificada no se trata de una concentración sujeta al procedimiento de notificación previa, según lo previsto en la Ley 8642, por cuanto, las empresas notificantes no son independientes entre sí.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736; Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593; Ley General de la Administración Pública, Ley 6227.

**EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:**

380-SUTEL-SCS-2020

1. **ARCHIVAR** la notificación de concentración presentada por las sociedades Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A. y tramitada en el expediente administrativo O0032-STT-MOT-CN-01794-2019, de conformidad con el artículo 105, inciso a) de la Ley 9736, toda vez que la transacción comercial carece de los elementos estructurales que definen que una concentración es susceptible al esquema de control previo de concentraciones económicas definido en el artículo 56 de la Ley 8642.
2. **INFORMAR** a las empresas Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A. que la transacción sometida a autorización de concentración, por su naturaleza y características, no requiere de la autorización previa de la Superintendencia de Telecomunicaciones.
3. **INDICAR** a las empresas Boomerang Wireless, S.A. y Othos Telecomunicaciones, S.A. que deberán notificar oficialmente a la Superintendencia de Telecomunicaciones el momento a partir del cual se realice la transacción entre ambas empresas para efectos de actualización en el Registro Nacional de Telecomunicaciones.

ACUERDO FIRME NOTIFIQUESE

La anterior transcripción se realiza a efectos de comunicar el acuerdo citado adoptado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

380-SUTEL-SCS-2020

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN

RCS-022-2020

**“SE ARCHIVA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN PRESENTADA POR LAS
SOCIEDADES BOOMERANG WIRELESS, S.A. Y OTROS TELECOMUNICACIONES, S.A.”**

EXPEDIENTE O0032-STT-MOT-CN-01794-2019

Se notifica la presente resolución a:

REGISTRO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. a través del correo electrónico
InscripcionesdelConsejoSutel@sutel.go.cr

NOTIFICA: _____ FIRMA: _____