

**KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM Y LA AUTONOMÍA DE
LAS PARTES: ILLUMINA /PACIFIC BIOSCIENCES Y PAYPAL/IZETTLE**

***KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM AND THE AUTONOMY OF THE
PARTIES: ILLUMINA /PACIFIC BIOSCIENCES AND PAYPAL/IZETTLE***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 80-99



Eduardo
Roberto
OROZCO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Partiendo del trabajo expuesto por Cunningham, Ederer y Ma titulado: "Killer Acquisition" publicado en el "Journal of Political Economy" en marzo 2021, se analizará la fusión de Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc (dos empresas del sector biotecnológico) y la de Paypal Holdings/iZettle con el fin de dar respuesta a las siguientes interrogantes:

¿La US Federal Trade Commission contaba con suficiente evidencia jurídica y económica para limitar la autonomía de las partes Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, en pro de la innovación y competencia o se trató de una coartación a la libertad contractual cuyo único objetivo era la maximización de los rendimientos económicos?"

PALABRAS CLAVE: Killer Acquisition, Autonomía Contractual, Illumnia /Pacific Biosciences, Paypal/iZettle.

ABSTRACT: Starting from the work presented by Cunningham, Ederer, and Ma entitled: "Killer Acquisition" published in the "Journal of Political Economy" in March 2021, we will analyze the merger of Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California, Inc (two companies from the biotechnology sector) and Paypal Holdings/iZettle to answer the following questions:

Did the US Federal Trade Commission have sufficient legal and economic evidence to limit the autonomy of the Illumnia, Inc/Pacific Biosciences of California parties, in favor of innovation and competition, or was it a limitation of contractual freedom whose sole objective was maximizing economic returns?

KEY WORDS: Killer Acquisition, Contractual Autonomy, Illumnia /Pacific Biosciences, Paypal/iZettle."

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM.- III. CASO ILLUMNINA/PACIFIC BIOSCIENCES.- I. Antecedentes- 2. Administrative Complaint de la US Federal Trade Commission- IV. CASO PAYPAL HOLDINGS, INC /iZETTLE AB.- I. Antecedentes- 2. Final Report Completed acquisition by PayPal Holdings, Inc. of iZettle AB- V. CONCLUSIONES.-

I. INTRODUCCIÓN

Las “Start-up” juegan un rol vital en el mercado. En efecto, son consideradas una fuente de nuevas ideas, productos y modelos de negocio. Además de ser una vía eficaz hacia la innovación, son también indispensables para obligar a los “incumbents”¹ a mejorar constantemente para no perder el favor del mercado que poseen. Sin embargo, en el mercado existen algunas distorsiones que inciden directamente en las Start-up y que benefician el predominio de los “incumbents” (Subsidios o rescates a las grandes empresas, la lenta actualización de las leyes de competencia, sin hablar de lo complejo que ha resultado regular la economía digital) Durante años, las agencias reguladoras de la competencia en Occidente, han tratado de crear un “suelo parejo” disminuyendo al mínimo posible las distorsiones de mercado que favorecen a los “incumbents” y se han concentrado en evitar el efecto “salami” (una gradual adquisición del mercado por parte de las grandes empresas y eventualmente, agregar una adquisición a gran escala)

Sin embargo, en 2015, se identificó una fracción cada vez mayor de empresas en los Estados Unidos que obtenían rendimientos anuales de 10%, 20% y hasta un 30%². La primera explicación de estos elevados rendimientos, fue la idea que se hubiera adoptado un enfoque excesivamente permisivo en la regulación de los procesos de fusiones y adquisiciones con el fin de salir plenamente de la depresión provocada por la crisis de los mercados financieros de 2007-2008. Dicha crisis provocó entre otras situaciones, un elevado escepticismo sobre la eficiencia del mercado, sobre todo después del anuncio de los millonarios rescates discrecionales hacia las grandes instituciones financieras.

Desde entonces, los organismos reguladores de la competencia en los Estados Unidos y en las Naciones Europeas han empezado a orientarse hacia un examen más detenido de las “Nascent Acquisitions”. En particular, han sido objeto de

1 Una antigua empresa monopolista que sigue ocupando una posición dominante en el mercado liberalizado, spec. los medios de comunicación y las telecomunicaciones.

2 FURMAN, J. Y ORSZAG P.: “Toward just Society” Columbia University Press, 2018, pp. 19-47.

• **Eduardo Roberto Orozco Martínez**
Doctorando Universidad de Messina.
eorozcomartinez@unime.it.

análisis las siguientes cuestiones: a) Definir con mayor precisión los parámetros que rigen la llamada: “Teoría del Daño” al mercado, b) Evaluación si las “Nascent Acquisitions” potencialmente anticompetitivas son adecuadamente captadas por los sistemas de notificación y por los umbrales de volumen de negocios previstos, y finalmente, c) si existe suficiente flexibilidad regulatoria para un re-examen de las fusiones y adquisiciones en caso de que no hayan sido correctamente evaluadas (Aún cuando hayan obtenido una autorización o una negación por parte del Ente regulador competente).

De esta evaluación parten las reflexiones que serán expuestas en estas páginas: ¿Hasta que punto la regulación de las fusiones y adquisiciones esta yendo al paso con el mercado que regulan? ¿Nos encontramos ante el desafío de actualizar dicha regulación para poder hacer frente a las necesidades y abusos de le mercado, teniendo en cuenta el rol las características de la nueva economía que ahora corre también por los rieles digitales? Nosotros consideramos que la regulación actual en fusiones y adquisidores requiere una actualización urgente ya que una regulación competencial “desenfocada” podría implicar:

A) Un gran despilfarro de recursos económicos y humanos, lo que provoca una pérdida importante de costes y oportunidades para la autoridad de la competencia. Pensemos, por ejemplo, en la primera gran “Cruzada” de la autoridad estadounidense contra el gigante tecnológico de hace cuarenta años: IBM. Teniendo en cuenta los cientos de miles de documentos examinados, los miles de horas de interrogatorios de testigos y expertos, y los millones de dólares invertidos en el caso, nadie duda de “que fue una de las mayores tonterías en la historia de los casos antimonopolio³” de ese país.

B) Los continuos errores en la aplicación de la prohibición de abuso de posición dominante ponen en tela de juicio una restricción, por sí misma impopular. Las imprecisiones pueden crear precedentes que dificultan su aplicación en el futuro, favoreciendo la inseguridad jurídica y la imprevisibilidad económica;

C) Como sabemos, la regulación de las fusiones y adquisiciones tienden a limitar la libertad de contratación de las partes. Si bien dicha limitante es en pro de la competencia y la innovación, lo cierto es que los instrumentos antitrust deben estar bien calibrados a los tiempos modernos para evitar un abuso a la coartación de la libertad contractual en menoscabo del interés económico del privado.

En conclusión, una imprecisa regulación afecta al particular no sólo disminuyendo su libertad contractual y aumentando la incerteza jurídica, sino también provoca

3 Boudin, M. “Book Review: Forensic Economics”, *HeinOnline* 1984, núm 835, p. 838.

un empleo estéril de los impuestos que fueron recogidos en forma coactiva por parte del Estado.

Con el fin de llevar a cabo una reflexión ordenada, procederemos de la siguiente manera: Después de esta breve introducción, se reportará el trabajo de Cunningham, Colleen, Florian Ederer y Song Ma titulado: "Killer acquisitions", publicado en el Journal of Political Economy en 2020 haciendo particular énfasis en delimitar las características principales de la Killer Acquisition Theory of Harm y cómo éste se diferencia categóricamente a una "Nascent Acquisitions". Sucesivamente, se desarrollará el caso de Illumina, Inc⁴ y Pacific Biosciences of California, Inc⁵ dos empresas del sector biotecnológico que decidieron iniciar su proceso de fusión equivalente a 1.2 mil millones de dólares y desistiendo de su propósito en enero de 2020 debido al largo proceso de aprobación y a la continua oposición de la US Federal Trade Commission⁶ En particular, el Ente regulador afirmó que: [Illumina] "Mantendría ilegalmente su monopolio en el mercado de EE.UU. en los sistemas de secuenciación de ADN de próxima generación (NGS) extinguiendo PacBio, considerada una amenaza competitiva.naciente."⁷ La US FTC basó su decisión en el artículo 7 del Clayton Act que prohíbe acuerdos que eliminen la competencia presente y futura y en la sección 2 del Sherman Act el cual prohíbe intentar obtener o mantener un monopolio.

Del otro lado del Atlántico, se expondrá la fusión entre Paypal Holdings⁸ y iZettle AB⁹. El 20 de septiembre de 2018, PayPal adquirió iZettle. Ambas firmas estaban en el mercado para el suministro de puntos de venta móviles (mPOS). La Competition and Markets Authority del Reino Unido¹⁰ decidió no oponerse a la fusión ya que pudo evaluar que la empresa fusionada estaría limitada por otros competidores significativos. La UK CMA analizó cómo habría evolucionado la competencia en el mercado entre PayPal e iZettle y las estrategias comerciales probables de las partes si no se hubiera producido la fusión. Consideró la motivación de PayPal para la adquisición, así como la percepción de los clientes de dispositivos mPOS. Concluyó, además, que: [iZettle] "sólo habría podido desarrollar su oferta lentamente y habría seguido siendo un actor marginal en el futuro previsible"¹¹.

4 En adelante, Illumina.

5 En adelante, PacBio.

6 En adelante, US FTC.

7 Federal Trade Commission. (2019). FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperado el 5/10, 2021, from <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illumina-proposed-acquisition-pacbio> "[Illumina] unlawfully maintain its monopoly in the U.S. market for next-generation DNA sequencing (NGS) systems by extinguishing PacBio as a nascent competitive threat". Traducción al castellano a cura del autor.

8 En adelante, PayPal.

9 En adelante iZettle.

10 En adelante, UK CMA

11 CMA, Press Release: CMA clears PayPal / iZettle deal. Recuperado 14/11/ 2021, <https://www.gov.uk/government/news/cma-clears-paypal-izettle-deal> "iZettle would only have been able to develop its offering

A manera de conclusión se responderán a las siguientes cuestiones que inciden directamente en la autonomía contractual:

¿La US FTC contaba con suficiente evidencia jurídica y económica para limitar la autonomía de las partes: Illumnia/PacBio en pro de la innovación y competencia o se trató de una coartación a la libertad contractual cuyo objetivo era la maximización de los rendimientos económicos?

La UK CMA condicionó la autonomía contractual de las entidades PayPal e iZettle no sólo al parecer de agentes ajenos (la percepción de los clientes mPOS o a la existencia de competidores significativos), sino también basó su decisión en mediciones de competencia que podría o no verificarse en el futuro ¿Hasta qué punto es posible coartar la autonomía contractual, basados en proyecciones a priori que, por definición, cuentan con un considerable porcentaje de incerteza?

II. KILLER ACQUISITION THEORY OF HARM

Cunningham, Ederer y Ma definen el “Killer Acquisition Theory of Harm” como un evento en el que la empresa adquirente tiene como objetivo principal el: “interrumpir el desarrollo de los proyectos de innovación de la empresa adquirida y así evitar la competencia futura”.¹² Por la definición, es claro que se trata de una teoría del daño al mercado y no tanto de una categoría de adquisiciones. Dicho daño se materializa cuando el “incumbent” neutraliza el desarrollo de un producto/servicio a través de la adquisición de la empresa competidora.

Los autores hipotizan que existen dos supuestos en los que es muy conveniente para un “incumbent” fusionarse o adquirir un potencial competidor:

A) Cuando éste no desea sufrir la pérdida de ingresos causados por la normal maduración de su producto o servicio en el mercado y;

B) Cuando es más rentable adquirir una “Nascent Acquisition” que invertir en su propia innovación.

Por lo tanto, podemos concluir que la “Killer Acquisition Theory of Harm”, tiene como principales características que: a) son fusiones de naturaleza horizontal, y b) buscan incidir sobre en la proyección o no de un producto/servicio terminado.

slowly and would have remained a marginal player for the foreseeable future”.

12 CUNNINGHAM, C.; EDERER, F.; MA, S. Killer acquisitions. *Journal of Political Economy*, 2021, núm. 129.3: pp.649-702: “Firms may acquire innovative targets to discontinue the development of the targets’ innovation projects in order to preempt future competition. We call such acquisitions “killer acquisitions.” Traducción al castellano a cura del autor.

Evidentemente, cuando se menciona el "Killer Acquisition Theory of Harm", no sólo engloba a aquellos incumbents que disminuyen la competencia adquiriendo y eliminando un producto o servicio terminado, sino también y, es un fenómeno más común, a aquellos que adquieren un producto/servicio para controlar su desarrollo (sin matarlo) y así evitar la futura rivalidad. Cuando Facebook, Inc adquirió Instagram, Inc en 2012, se pensó que dicha adquisición por casi mil millones de dólares se trataría de una estrategia del gigante del "social network" para controlar el desarrollo y la competencia de la start up que había innovado de forma radical el photosharing gracias a sus numerosos filtros y efectos artísticos. A más de 8 años de distancia de la adquisición, podemos confirmar que no existe una disminución considerable de la competencia entre ambas plataformas digitales que actualmente son dirigidas a mercados diferentes segmentados por estratos generacionales. Sin embargo, podemos constatar que la adquisición de Instagram permitió a Facebook mejorar la gestión de fotos de sus usuarios y su experiencia de photosharing gracias a la eliminación del obstáculo legal y económico que representan las patentes. El pasado 28 de octubre, Facebook, Instagram junto con Whatsapp, Oculus VR entraron en una nueva fase: serán parte del "Metavers" de Zuckerberg, el cual se propone como una realidad virtual alterna en la que será posible desarrollar la propia vida personal y laboral en un sólo ambiente a través de un "avatar" personalísimo. Esta iniciativa del todo innovadora es considerada por los expertos como el primer intento de "colonización" de la realidad virtual; realidad que aún escapa a la regulación antimonopólica.

En este punto, es de suma importancia realizar una neta diferenciación entre una "Killer Acquisition" y una "Nascent Acquisition". La primera representa per se una teoría de daño y está dirigida a controlar el destino de un producto o servicio que ya está terminado y que ha sido lanzado al mercado. Naturalmente, el "Killer acquisition theory of harm" no limita la existencia contemporánea de otras teorías de daño como: las teorías verticales del daño; las teorías de conglomerado de daño etc. En cambio, las "Nascent Acquisitions" constituyen toda una categoría de adquisiciones de empresas jóvenes con productos o servicios cuya importancia competitiva sigue siendo muy incierta. Por ejemplo, el objetivo de la joven empresa puede no haber llegado aún al mercado, o puede que lo hayan hecho recientemente, pero aún no han madurado. En cualquier caso, un análisis estático del mercado puede ofrecer un indicador poco fiable del futuro. Existe un alto nivel de incertidumbre si dicha fusión o adquisición dañará el mercado.

III. CASO ILLUMNINA/PACIFIC BIOSCIENCES

I. Antecedentes

Illumina es una empresa estadounidense constituida el 1º de abril de 1998 que desarrolla, fabrica y comercializa sistemas integrados para el análisis de la

variación genética y función biológica. La compañía proporciona una línea de productos y servicios que sirve a los mercados de secuenciación, genotipado y expresión génica. Su sede se encuentra en San Diego, California. La clientela target incluye: centros de investigación genómica, empresas farmacéuticas, instituciones académicas, organizaciones de investigación clínica y empresas de biotecnología.

Illumina define su objetivo en su página oficial: "As a startup, Illumina aspired to transform human health. Our initial products enabled researchers to explore DNA at an entirely new scale, helping them create the first map of gene variations associated with health, disease, and drug response. Every breakthrough opened up a new world, and showed us how much further there is to go"¹³.

En 2014, la compañía anunció un producto multimillonario, el "HiSeq X Ten" preveía la obtención de secuenciación de genoma completo a gran escala por sólo \$1,000 por genoma (Muy por debajo del millón de dólares que se requería en 2007). La empresa afirmó que 40 máquinas "HiSeq X Ten" serían capaces de secuenciar más genomas en un año que los producidos por todos los demás secuenciadores hasta ese momento. En enero de 2014, Illumina ya poseía el 70% del mercado de máquinas de secuenciación del genoma que representaban más del 90% de todos los datos de ADN producidos. De hecho, la cantidad de datos producidos por las "HiSeq X Ten" era tal que Illumina tuvo que invertir en la adquisición de la empresa "Precomercial Enancio" en 2020 la cual desarrolló un algoritmo de compresión de datos de ADN específicamente dirigido a las máquinas de Illumina, capaces de reducir la huella de almacenamiento en un 80%.

PacBio En cambio, es una empresa estadounidense de biotecnología fundada en 2004 que desarrolla y fabrica sistemas para la secuenciación de genes y otras nuevas observaciones biológicas en tiempo real.

En su página institucional describen su producto estrella de la siguiente manera: "In an effort to push the boundaries of molecular biology, our founders invented a new way to study the synthesis and regulation of DNA, RNA, and proteins. Harnessing advances in biochemistry, optics, nanofabrication, and more, we developed Single Molecule, Real-Time (SMRT) Sequencing technology. This powerful technology transforms the understanding of biological systems by enabling real-time analysis of biomolecules with single-molecule resolution.

PacBio sequencing offers the most comprehensive view of genomes, transcriptomes, and epigenomes, including the full spectrum of genetic variation, by providing the longest average read lengths, highest consensus accuracy, and

13 Illumina Official Web Page. (2021). About us. Recuperada 11/13, 2021, de <https://emea.illumina.com/company/about-us.html>

most uniform coverage of any sequencing technology on the market today. Ideal for de novo genome assembly and genetic variation characterization of humans, animals, plants, and microbes, this system features high-performance optics, automated liquid handling, and an intuitive, intelligent operating system”¹⁴.

El 1° de noviembre de 2018, Illumina concordó comprar PacBio por US\$1.200 millones en efectivo (US\$8.00 por acción). Se esperaba que dicho acuerdo se cerrara en el cuarto trimestre de 2019. Sin embargo, En diciembre de 2019, la US FTC bloqueó la adquisición haciendo uso de sus facultades. Los esfuerzos de fusión fueron abandonados definitivamente el 2 de enero de 2020. Illumina pagó a PacBio una indemnización previamente pactada de US \$98 millones por rescisión de contrato.

2. Administrative Complaint de la US Federal Trade Commission

La US FTC autorizó la acción para bloquear la propuesta de adquisición de PacBio por parte de Illumina por \$1.2 mil millones. La Comisión alegaba que Illumina estaba tratando de mantener ilegalmente su monopolio en el mercado de EE.UU. para los sistemas de secuenciación de ADN de próxima generación¹⁵ extinguiendo PacBio como una amenaza competitiva¹⁶.

La Administrative Complaint¹⁷ también alegaba que la adquisición propuesta era ilegal, pues reduciría sustancialmente la competencia en el mercado de NGS de EE.UU. al eliminar la competencia actual e impedir la futura competencia entre Illumina y PacBio. La US FTC también autorizó a su personal a solicitar a un juez federal una orden de alejamiento temporal de los consejos de administración de ambas empresas con el fin de mantener el status quo a la espera del procedimiento administrativo.

Según la Complaint, la NGS es una tecnología de rápida expansión utilizada en la investigación genética y pruebas clínicas. Illumina es el proveedor líder mundial de estos productos. Sus sistemas emplean tecnología de secuenciación de lectura corta, que ha sido la tecnología NGS predominante en los Estados Unidos durante la última década. PacBio en cambio, es una de las otras tres empresas que fabrica y vende sistemas NGS en el mercado de EE.UU. Las plataformas de PacBio emplean

14 Pacific Biosciences of California, Inc. (2021). About US. Recuperado 11/13, 2021, de <https://www.pacb.com/company/about-us/>

15 En adelante. NGS por sus siglas en inglés.

16 Según la US FTC, la adquisición, si consumada, violaría: La sección 2 del Sherman Act, 15 U.S.C. § 2, la Sección 7 del Clayton Act, 15 U.S.C. § 18, la Sección 5 del FTC Act, 15 U.S.C. § 45, y que, al considerar la Comisión que un procedimiento al respecto sería de interés público, presenta su denuncia de conformidad con la Sección 5(b) of the FTC Act, 15 U.S.C. § 45(b), la Sección 11(b) del Clayton Act, 15 U.S.C. § 21(b),

17 La Comisión emite una “Administrative Complaint” En adelante, Complaint, cuando tiene razones para creer que la ley ha sido o está siendo violada, y la Comisión considera que un procedimiento es de interés público. La presentación de la denuncia administrativa marca el comienzo de un proceso en el que las denuncias serán juzgadas en audiencia formal ante un juez de derecho administrativo.

tecnología de secuenciación de lectura larga, una herramienta importante en la que PacBio fue pionera y que ha mejorado significativamente con el tiempo.

“Cuando un monopolista compra a un rival potencial, puede dañar la competencia”, dijo Gail Levine, directora adjunta de la US FTC. “Estos acuerdos ayudan a los monopolistas a mantener el poder. Por eso estamos desafiando esta adquisición.¹⁸”

La Complaint afirma que PacBio ha realizado importantes avances tecnológicos en los últimos años que han aumentado la precisión y el rendimiento general de sus sistemas, al tiempo que han reducido el coste. Como resultado, PacBio es una alternativa más innovadora que la de Illumina. Los clientes ya han empezado a cambiar algunos volúmenes de secuenciación de Illumina a PacBio para ciertos casos de uso y aplicaciones y PacBio se está preparando para tomar volúmenes más amplios de secuenciación.

La Complaint también declaraba que la adquisición perjudicaría a la competencia al reducir el incentivo de la empresa combinada para innovar y desarrollar nuevos productos: La competencia entre Illumina y PacBio impulsa la innovación mutua, y la adquisición eliminaría ese incentivo. La votación de los miembros de la US FTC para emitir la Complaint, y autorizar al personal a solicitar una orden de restricción temporal fue de 5-0. El inicio del juicio administrativo estaba previsto para empezar el 20 de agosto de 2020. Sin embargo, el 2 de enero de 2020 Illumina y PacBio anunciaron el desistimiento a la fusión alegando la excesiva inversión de tiempo y recursos en el largo proceso de aprobación y a la continua oposición de la US FTC: “Considering the lengthy regulatory approval process the transaction has already been subject to and continued uncertainty of the ultimate outcome, the parties decided that terminating the agreement is in the best interest of their respective shareholders and employees. In accordance with the merger agreement, Illumina will pay Pacific Biosciences a termination fee of \$98 million.¹⁹”

IV. CASO PAYPAL HOLDINGS, INC /IZETTLE AB

I. Antecedentes

PayPal es una empresa estadounidense de comercio electrónico creada en marzo de 2000 que se especializa en transferencias de dinero por Internet. Fue

¹⁸ Federal Trade Commission. (2019). FTC challenges Illumina’s proposed acquisition of PacBio. Recuperado el 5/10, 2021, from <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illumina-proposed-acquisition-pacbio> “When a monopolist buys a potential rival, it can harm competition,” said FTC Bureau of Competition Deputy Director Gail Levine. “These deals help monopolists maintain power. That’s why we’re challenging this acquisition.” Traducción al castellano a cura del autor.

¹⁹ PacBio Web Page. (2020). Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada 11/15, 2021, from https://www.pacb.com/press_releases/illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/

el producto de una fusión entre “X.com, Inc” y “Confinity, Inc”, y permitió a sus usuarios realizar pagos o transferir dinero entre cuentas en una transacción segura en línea.

Después de que PayPal se convirtió en la principal opción de los compradores de subastas de Internet, el gigante del mercado online, eBay, adquirió PayPal por \$ 1.5 mil millones en octubre de 2002. La mejora que Paypal ofrecía a los usuarios en aquella época y que revolucionó el mercado de las transacciones en la red, fue la posibilidad de vincular la cuenta de internet con sus propias cuentas bancarias, haciendo transferencias y pagos más eficientes y ágiles que los giros postales o cheques. EBay cobraba costos extras por ciertas transacciones y eran determinados basándose en cantidad y la naturaleza de la transacción o bien en el tipo de moneda empleado. En 2015 PayPal se convirtió en una entidad independiente, pero continuó siendo utilizada mayormente por eBay.

Una sofisticada serie de avances de seguridad ayudó a PayPal a seguir siendo una empresa respetada en términos de prevención del robo de identidad. La compañía implementó medidas anti-phishing y anti-hacking efectivos, y desarrolló un dispositivo clave portátil que requería activación manual antes de procesar cualquier transferencia desde una cuenta PayPal. Además, permitía a los usuarios impugnar y solicitar reembolso en las transacciones que eran declaradas fraudulentas. Finalmente, ofrecía un tipo de protección limitada para los vendedores e incluía un sistema que desactivaba las cuentas cuando se observaba actividad sospechosa o excesiva.

Zettle by PayPal²⁰ En cambio, es una compañía sueca de tecnología financiera fundada por Jacob de Geer y Magnus Nilsson en abril de 2010. Lanzó su primera aplicación en 2011. La compañía ofrece una gama de productos financieros que incluyen pagos on line, puntos de venta, financiación y solicitudes de socios. iZettle fue la primera en desarrollar un lector de tarjetas chip y una aplicación para el comercio móvil basado en teléfonos inteligentes que cumple con los estándares internacionales de seguridad.

El producto estrella de iZettle es el llamado POS Zettle POS que consiste en un lector de tarjetas y una aplicación punto de venta que ha sido considerada intuitiva y estable por los usuarios. Alguno de los beneficios de este POS son los siguientes: a) Compra segura para todos los métodos de pago b) Informes inmediatos sobre los productos y las ventas c) Sin costos vinculantes o comisiones.

La adquisición de iZettle por parte de PayPal se concluyó en el tercer trimestre de 2018 con un valor de \$ 2,2 mil millones de dólares.

20 Anteriormente conocida como iZettle

2. Final Report Completed acquisition by PayPal Holdings, Inc. of iZettle AB

El 12 de junio de 2019 la UK CMA publicó su "Final Report acquisition by PayPal Holdings, Inc. of iZettle AB" en el cual afirma que: "As a result of our assessment, we have concluded that the Merger has not resulted, and is not expected to result, in a substantial lessening of competition in the UK"²¹.

Hemos tomado dos conclusiones del Final Report de la UK CMA que son interesantes para nuestras reflexiones:

"Our evaluation of this Merger takes into account that the payment services industry is a fast-moving and dynamic market. Such markets are distinguished by rapid growth in a relatively short period of time and notable technological and commercial developments that often result in disruption to the current state of competition and how consumers interact in the marketplace. In this context, we do not consider it sufficient to assess the impact of the Merger with reference solely to the current state of competition; we instead need to consider the likely impact on competition as it is expected to develop in relation to the markets it will affect. For this reason, we have taken account of a range of forward-looking evidence and, in particular, evidence that allows us to form expectations about future competition, both with and without the effects of the Merger. This has required us to investigate thoroughly evidence available from internal documents, of the Parties and third parties, that are relevant to possible future developments"²².

Con esta primera conclusión, la UK CMA afirma lo que se ha discutido por más de 20 años en lo concerniente a la regulación de la economía digital: Es una economía dinámica y cuya legislación debe ser continuamente actualizada. Hoy en día, y, como no podía ser de otra manera en un sector cuyo modelo de negocio es innovador, dinámico y en cierto modo "disruptivo", existen una serie de atributos añadidos que afectan fuertemente al mercado y que han reconfigurado el panorama digital: el hecho de que las start-ups operen en más de una plataforma (multi sided markets); el uso de la popularidad y éxito de las redes sociales para promoverse; la recopilación, organización y tránsito de Big Data en el centro de su modelo de negocio y, finalmente, una fuerte migración del modelo empresarial de un web-based economy a un app-based economy²³.

La segunda conclusión a la que llegó la UK CMA y que es de sumo interés para nuestras reflexiones es la siguiente:

21 Competition and Markets Authority. (2019). Completed acquisition by PayPal holdings, inc. of iZettle AB Final Report) p.126

22 Ibid pp. 6-7.

23 Actualmente, Internet no solo es utilizado por una PC, sino a través de aplicaciones de dispositivos móviles como: tabletas, teléfonos inteligentes, etc.

“We also considered whether the acquisition might have been motivated by an intention to prevent future competition from an emerging rival. We examined whether the consideration paid by PayPal for iZettle (which was much higher than the expected IPO valuation) suggested that it had taken account of a potential reduction in competition. However, after careful review we have found no evidence to suggest that this was the case. We also found that the consideration appeared justified by commercial valuation and calculations of synergies including increased sales volumes and cost savings²⁴”.

Para llegar a la conclusión que la adquisición de iZettle por parte de PayPay no dañaría sustancialmente la competencia y la innovación en el mercado del Reino Unido se utilizó el método del “Contrafactual Situation”. En nuestro caso: ¿Qué pasaría si no se llevara a cabo dicha fusión? y a partir de esta hipótesis proyectar el desarrollo de ambas empresas buscando si en un futuro existiría un menoscabo a la competencia y a la innovación.

La UK CMA se basó no sólo en sus instrumentos de medición antitrust, sino también en los alegatos que ambas empresas aportaron.

La justificación de PayPay fue que la fusión trataría de reunir empresas en gran medida complementarias para crear una oferta omnicanal más fuerte para los comerciantes más pequeños ya que los consumidores finales exigen cada vez más la capacidad de comprar y vender a través de esos canales. Por este motivo, se encontró con la necesidad de ponerse al día con los proveedores que ya ofrecieran un servicio omnicanal que cumpliera con los estándares internacionales de seguridad. iZettle, a su vez, afirmó que estaría lejos de ser capaz de competir fuertemente en el mercado omnicanal si la fusión no se hubiera suscitado.

Por otra parte, la UK CMA consideró que, en ausencia de la fusión, iZettle se habría expandido en la prestación de servicios de pago en línea, pero: “Sólo habría podido desarrollar su oferta lentamente y habría seguido siendo un actor marginal en el futuro previsible²⁵”. En sus alegatos, iZettle declaró que se centraba más en las capacidades de gestión empresarial que en los pagos en línea, y que, de no haberse producido la fusión, no habría estado en condiciones de expandirse rápidamente en este segmento.

24 Competition and Markets Authority. (2019). Completed acquisition by PayPal holdings,inc. of iZettle AB No. Final Report) p. 6.

25 CMA, Press Release: CMA clears PayPal / iZettle deal. Recuperado 14/11/ 2021, <https://www.gov.uk/government/news/cma-clears-paypal-izettle-deal> “iZettle would only have been able to develop its offering slowly and would have remained a marginal player for the foreseeable future”.

V. CONCLUSIONES

Analizando de manera detenida la complaint de la US FTC, podemos afirmar que el ente regulador contaba con bases suficientes para limitar la libertad de contratación de Illumina y PacBio en pro de la innovación. La justificación de dicha limitación, la encontramos en la misma complaint. Nos permitimos traducir al castellano los puntos fundamentales que nos ayudan a fundamentar la respuesta a nuestra posición:

27. “Los sistemas de lectura larga de PacBio tienen características y usos similares a los de Illumina. A medida que PacBio siga mejorando el coste, la precisión y el rendimiento de sus sistemas de lectura larga, sus características y usos se volverán aún más similares a los de los sistemas de lectura corta de Illumina”²⁶.

28. “En algunos casos, los clientes han cambiado el volumen de secuenciación de Illumina a PacBio como resultado de mejoras en el costo, precisión y rendimiento de los sistemas de PacBio. PacBio espera seguir mejorando el costo, la precisión y rendimiento en el futuro, y los clientes esperan cambiar el volumen adicional de Illumina a PacBio como resultado de esas mejoras”²⁷.

37. “Evidencia directa sustancial demuestra el poder de monopolio duradero de Illumina. Para muchos proyectos y casos de uso, los clientes tienen pocas o ninguna alternativa comercialmente razonable a Illumina”²⁸.

38. “Los clientes reconocen que tienen pocas alternativas comercialmente razonables y carecen de negociación para obtener precios más bajos o mejores contratos de Illumina. Cuando Illumina ha implementado aumentos de precios, esos aumentos han sido ventajosos y no han impulsado las ventas hacia otros sistemas de secuenciación de ADN”²⁹.

26 Federal Trade Commission. (2019). Administrative Complaint on the matter of Illumina, incorporated a corporation, and pacific biosciences of california, incorporated (PacBio) P. 5 PacBio's long-read systems have characteristics and uses similar to those of Illumina's short-read systems for certain projects and use cases. As PacBio continues to improve the cost, accuracy, and throughput of its long-read systems, their characteristics and uses will become even more similar to those of Illumina's short-read systems. Traducción al castellano a cura del autor.

27 Ibid. p. 6: In some instances, customers have switched sequencing volume from Illumina to PacBio as a result of past improvements in the cost, accuracy, and throughput of PacBio's systems. PacBio expects to continue improving its system's cost, accuracy, and throughput in the future, and customers expect to switch additional volume from Illumina to PacBio as a result of those improvements. Traducción al castellano a cura del autor.

28 Ibid p. 6: Substantial direct evidence demonstrates Illumina's durable monopoly power. For many projects and use cases, customers have few, if any, commercially reasonable alternatives to Illumina.

29 Ibid p. 6: Customers recognize that they have few commercially reasonable alternatives and lack bargaining leverage to obtain lower prices or better contract terms from Illumina. When Illumina has implemented price increases, those increases have been profitable and have not driven sales toward other DNA sequencing systems. Traducción al castellano a cura del autor.

61. “Los documentos internos de los encuestados demuestran la intensificación de la competencia cara a cara y el reconocimiento mutuo de la amenaza que un PacBio independiente representaba para Illumina. Como el CEO de PacBio dijo a los inversores en agosto de 2018: “Queda demostrado que un análisis PacBio de alta calidad del genoma humano se puede realizar a un costo competitivo. Esto es un éxito que anticipa ver mayores usuarios de muestras de secuenciación de población pasar a PacBio”³⁰.

73. “La fusión reduce los incentivos de la empresa combinada para innovar y desarrollar nuevos productos en relación con los incentivos que PacBio e Illumina enfrentan como competidores independientes. Después de la adquisición, Illumina habría reducido los incentivos para desarrollar nuevos sistemas de lectura larga que podrían canibalizar su negocio de lectura corta existente, e Illumina tendría poco o ningún incentivo para continuar sus esfuerzos para lanzar nuevos productos de lectura larga después de la adquisición de PacBio. Como resultado, los consumidores tendrían menos productos innovadores para elegir, y perderían los beneficios de precio y calidad que la competencia entre los nuevos productos de Illumina y PacBio habría creado sin la fusión”³¹.

81. “La adquisición, si se consuma, eliminaría la amenaza competitiva naciente que un PacBio de propiedad independiente plantea al poder monopolístico de Illumina. La Adquisición es una conducta anticompetitiva porque elimina la competencia entre Illumina y PacBio. La Adquisición es una conducta anticompetitiva razonablemente capaz de contribuir significativamente al mantenimiento del poder monopolístico de Illumina”³².

Siguiendo con las conclusiones propuestas al inicio de estas páginas, cuanto respecta al caso PayPal e iZettle, hemos confirmado que la UK CMA de Reino Unido tuvo que condicionar la fusión de las entidades PayPal e iZettle a mediciones

30 Ibid. p. 9: Respondents’ internal documents demonstrate intensifying head-to-head competition and a mutual recognition of the threat that an independent PacBio posed to Illumina going forward. As PacBio’s CEO told investors in August 2018, PacBio was getting close to “demonstrat[ing] that a high-quality PacBio analysis of the human genome can be performed at a comparable cost [to short-read technologies],” a “milestone” where it “anticipate[s] seeing larger cohorts of population sequencing samples shift over [from short-read] to PacBio.”

31 Ibid. P.11: The merger reduces the combined firm’s incentives to innovate and develop new products relative to the incentives PacBio and Illumina faced as independent competitors. Post-acquisition, Illumina will have reduced incentives to develop new long-read systems that would cannibalize its existing short-read business, and Illumina will have little or no incentive to continue its efforts to launch new long-read products after acquiring PacBio’s long-read business. As a result, consumers will have fewer innovative products to choose from, and they will lose the price and quality benefits that competition between Illumina’s and PacBio’s new products would have created absent the merger. Traducción al castellano a cura del autor.

32 Ibid. P.12: The Acquisition, if consummated, would eliminate the nascent competitive threat that an independently owned PacBio poses to Illumina’s monopoly power. The Acquisition is anticompetitive conduct because it eliminates competition between Illumina and PacBio. The Acquisition is anticompetitive conduct reasonably capable of contributing significantly to Illumina’s maintenance of monopoly power. Traducción al castellano a cura del autor.

de competencia que podría o no verificarse en el futuro y a la existencia de competidores, pues como lo hemos afirmado anteriormente, los mercados digitales son talmente activos, innovadores y, sobre todo cambiantes y por ende, es casi imposible realizar una proyección completamente acertada sobre el comportamiento del mercado y de las empresas que ahí transitan.

Con el fin de fundamentar la tesis sobre el constante cambio que sufre el ecosistema digital, nos permitimos citar las características fundamentales de los mercados digitales contenidas en el Final Report de la Comisión Europea titulado: "Competition Policy For he Digital Era" de 2019:

"Extreme returns to scale. The cost of production of digital services is much less than proportional to the number of customers served. While this aspect is not novel as such (bigger factories or retailers are often more efficient than smaller ones), the digital world pushes it to the extreme and this can result in a significant competitive advantage for incumbents.

Network externalities. The convenience of using a technology or a service increases with the number of users that adopt it. Consequently, it is not enough for a new entrant to offer better quality and/or a lower price than the incumbent does; it also has to convince users of the incumbent to coordinate their migration to its own services. Network effects could thus prevent a superior platform from displacing an established incumbent. The size of this "incumbency advantage" depends on a number of factors, including the possibility of multi-homing, data portability, and data interoperability.

The role of data. The evolution of technology has made it possible for companies to collect, store, and use large amounts of data. Data is not only one of the key ingredients of Artificial Intelligence but also a crucial input to many online services, production processes, and logistics. Therefore, the ability to use data to develop new, innovative services and products is a competitive parameter whose relevance will continue to increase³³".

Para una ulterior fundamentación de nuestra tesis, hemos citado también a los expertos³⁴ en materia que han declinado las características del ecosistema digital contenidas en la "Competition Policy For he Digital Era" en siete:

A) Empresas de plataformas multilaterales: si bien este no es necesariamente el caso para todas, muchos de estos mercados de alta tecnología a menudo se

³³ European Commission. (2020). Competition policy for the digital era Final Report PP. 2-3

³⁴ DIEZ ESTRELLA F. "La aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital" (Casos Google, Facebook, Apple/Shazaam, y el Informe de la Comisión Europa de Abril 2019)." Anuario de derecho de la competencia 2019. Thomson Reuters-Civitas, 2019 pp. 5-6.

estructuran en torno a plataformas que conectan dos o más mercados distintos. Se diferencian en esto de la configuración clásica en la que un mercado cambia únicamente a través de precios y transacciones entre licitadores y solicitantes de un bien o servicio. En este sentido, la "Competition Policy for the Digital Era" dedica todo el capítulo 4, subrayando la importancia de promover la competencia por el mercado evitando estrategias Empresas dominantes que impiden la entrada de nuevas plataformas, tanto de competencia en el mercado, es decir, dentro de la propia plataforma.

B) Configuración especial de barreras de entrada: a diferencia de cualquier otro mercado o sector, el ecosistema digital es un entorno empresarial fluido y cambiante, en el que la inversión es mínima y cualquiera puede entrar y amenazar la posición dominante de la firma líder. Es cierto que la existencia de una empresa consolidada dificulta la aparición de nuevos competidores, pero esto es inherente a cualquier mercado, y ciertamente no constituye una barrera de entrada en el sentido que le da la ley de competencia.

C) Costos marginales cercanos a cero: los bienes y servicios ofrecidos en el entorno digital y en la economía basada en aplicaciones tienen un costo marginal cercano a cero. Es cierto que las inversiones iniciales son considerables, pero una vez desarrollado el producto o aplicación en cuestión, el costo de "fabricar" una unidad adicional es insignificante. Es por eso que la "Competition Policy for the Digital Era" (Capítulo 3) habla de retornos "extremos" y cómo el costo de producir servicios y productos digitales es mucho menos proporcional al número de clientes atendidos.

D) Oferta de servicios gratuitos. en el caso seguido por la Comisión contra Google Inc se percibe claramente, ya que se aplica un precio asimétrico por el uso del buscador; haciéndolo gratuito para los usuarios y cobrando sumas elevadas a las empresas que anuncian en su sitio web. Lo mismo ocurre con una infinidad de productos y servicios propios de mercados altamente sofisticados y que operan con TIC: redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter); mensajería instantánea (Whatsapp, Line, Messenger); correo electrónico (Gmail, Yahoo, Hotmail); voz sobre IP (Skype, Viber); etc.

E) Multihoming: dado que los costos de cambio son mínimos en el ecosistema digital, el usuario insatisfecho con un producto o servicio puede arriesgarse a probar más opciones en el mercado sin que esto signifique una disminución significativa de su poder adquisitivo. A diferencia, por ejemplo, de lo que sucedió con Microsoft durante los años 80 y 90: una vez adquirido e instalado Windows en la PC, el costo de cambiar el sistema operativo era alto (no tanto por el precio, sino por las molestias de desinstalarlo, instalar el nuevo, agregar aplicaciones, el riesgo de perder información relevante, etc.). Hoy en día, los estudios de mercado

muestran que los usuarios a veces trabajan con múltiples buscadores (Google, Bing, Safari, FireFox etc.) abiertos al mismo tiempo, de la misma forma que muchos otros suelen administrar múltiples cuentas de correo electrónico (Gmail, Yahoo, Hotmail, Outlook, etc.) o tener un perfil en diferentes redes sociales (Facebook, LinkedIn, Instagram, etc.).

F) Presencia de efectos de red: Esta característica se deriva de la estructura multiplataforma mencionada anteriormente: con un mayor número de usuarios, una plataforma atrae a un mayor número de empresas tecnológicas especializadas, haciéndola más innovadora y provocando la llegada de nuevos usuarios. Este efecto cíclico no dura para siempre; la misma naturaleza evolutiva y dinámica de los mercados y las demás características del entorno digital hacen que la empresa o plataforma que domina el mercado sea reemplazada por otra.

G) El papel de Big Data: por último, y no menos importante, el papel de los datos en la nueva economía digital. Hoy podemos decir que "digital" es equivalente a impulsado por datos, por lo que la importancia competitiva atribuida a este factor será decisiva para la aplicación de las leyes antimonopolio en estos mercados. El impacto de los datos en el poder de mercado de una empresa digital ya ha sido estudiado por la doctrina. Esto tampoco es nada nuevo en la práctica de toma de decisiones de la Comisión Europea, que durante más de una década ha prestado mucha atención al Big Data en el proceso competitivo.

BIBLIOGRAFÍA

BECKERT, J., & DEWEY, M. The architecture of illegal markets: Towards an economic sociology of illegality in the economy Oxford University Press. 2017.

BOUDIN, M. Book review: Forensic economics. Heinonline, 1983.

Competition and Markets Authority. PayPal holdings, inc / iZettle AB merger inquiry. Recuperada 5/10, 2020, de <https://www.gov.uk/cma-cases/paypal-holdings-inc-izettle-ab-merger-inquiry#history> 2018.

Competition and Markets Authority. Completed acquisition by PayPal holdings, inc. of iZettle AB Final Report. 2019.

CUCINOTTA, A., PARDOLESI, R., & VAN DEN BERGH, R. Post-chicago developments in antitrust law Edward Elgar Publishing. 2002

CUNNINGHAM, C., EDERER, F., & MA, S. Killer acquisitions. Journal of Political Economy, 2021.

Diez Estrella F. La Aplicación de Derecho de Competencia en la Era Digital (casos google, facebook, Apple/Shazaam, y el informe de la Comisión Europea de abril 2019). Anuario De Derecho De La Competencia. 2019

European Commission. Competition Policy for the Digital Era Final Report. 2020

Federal Trade Commission. Administrative Complaint on the matter of Illumina, incorporated a corporation, and pacific biosciences of California, incorporated (PacBio). 2019

Federal Trade Commission. (FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperada el 5/10, 2021, de <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illuminas-proposed-acquisition-pacbio> 2019.

Furman, J., & Orszag, P. x. A firm-level perspective on the role of rents in the rise in inequality. presentation at "A just society" centennial event in honor of joseph stiglitz columbia university. 2015.

Illumina Official Web Page. About us. Recuperada: 11/13, 2021, de <https://emea.illumina.com/company/about-us.html> 2021

PacBio, I. Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada: 5/10, 2021, de https://www.pacb.com/press_releases/

illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/
2020.

PacBio Web Page. Illumina and pacific biosciences announce termination of merger agreement. Recuperada: 11/15, 2021, de https://www.pacb.com/press_releases/illumina-and-pacific-biosciences-announce-termination-of-merger-agreement/ 2020.

Pacific Biosciences of California, Inc. About US. Recuperada: 11/13, 2021, de <https://www.pacb.com/company/about-us/> 2021.

Temple, J. Illumina's CEO on the promise of the \$1,000 genome -- and the work that remains. Recuperada: 4/10, 2021, de <https://www.vox.com/2014/3/25/11624902/illuminas-ceo-on-the-promise-of-the-1000-genome-and-the-work-that> 2014.

US Federal Trade Commission. FTC challenges Illumina's proposed acquisition of PacBio. Recuperada: 11/13, 2021, de <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illuminas-proposed-acquisition-pacbio> 2019