

ANT.: Investigación de oficio sobre asociación entre Pfizer Inc. y GlaxoSmithKline PLC. Rol N°2616-20 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 24 de enero de 2022

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE CUMPLIMIENTO

Por la presente vía informo al señor Fiscal Nacional Económico sobre la investigación del Antecedente, recomendado su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Durante el año 2018 se dio a conocer públicamente que las compañías farmacéuticas Pfizer Inc. (“**Pfizer**”) y GlaxoSmithKline PLC (“**GSK**” y junto a Pfizer, las “**Partes**”), acordaron crear una nueva compañía, GSK Consumer Healthcare Holdings Limited (“**GSK CH Holding**”), para la comercialización de distintos medicamentos de venta libre (productos “*over the counter*” u “**OTC**” por sus siglas en inglés), la cual combinaría la cartera de productos que las Partes tenían en dicho segmento a nivel global. Como resultado de esta transacción, Pfizer tendría una participación del 32% en la empresa conjunta y GSK el 68% restante (“**Operación**”)¹.
2. Según la información difundida por las propias empresas en sus respectivos sitios web, durante el segundo semestre de 2018 GSK y Pfizer habrían iniciado negociaciones en relación con la Operación², la que se habría perfeccionado a nivel global, en definitiva, el 1° de agosto de 2019 por medio de la formación de un *joint venture*:

“On 1st August 2019, we completed a transaction with Pfizer to combine our consumer healthcare businesses in to a world-leading Consumer Healthcare Joint Venture”³.
3. A partir de la información pública disponible, la Fiscalía Nacional Económica (“**Fiscalía**” o “**FNE**”) constató que la Operación fue notificada a diversas autoridades de competencia alrededor del mundo, siendo aprobada de forma pura y simple o con

¹ Véase, por ejemplo <<https://www.pharmaceutical-technology.com/news/gsk-pfizer-consumer-healthcare-joint-venture/>> [última consulta: 24 de enero de 2022].

² En efecto, la transacción se anunció el 19 de diciembre de 2018, fecha en que se firmó el Acuerdo de Compra de Acciones y Activos entre las Partes.

³ Información disponible en el sitio web <<https://www.gsk.com/en-gb/about-us/consumer-healthcare/>> [última consulta: 24 de enero de 2022].

medidas de mitigación por las autoridades de competencia de Estados Unidos de Norteamérica, Unión Europea, Brasil, Colombia, Australia, entre otras⁴. Sin embargo, la transacción no fue sometida al control preventivo de operaciones de concentración de nuestro país.

4. Previo al perfeccionamiento de la Operación, ambas Partes contaban con presencia jurídica y económica a nivel nacional, lo que sugería, *prima facie*, el posible cumplimiento de los requisitos establecidos en el Título IV del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, y sus modificaciones posteriores (“**DL 211**”) sobre la necesidad de someterse al control preventivo de operaciones de concentración.
5. En efecto, Pfizer desarrollaba sus negocios principalmente a través de su filial Pfizer Chile S.A. (“**Pfizer Chile**”)⁵, mientras que GSK lo hacía a través de su filial GlaxoSmithKline Chile Farmacéutica Limitada (“**GSK Chile**”)⁶. Asimismo, a partir de las bases de datos del Registro Sanitario del Instituto de Salud Pública (“**IPS**”)⁷ revisadas por esta Fiscalía, se observó que Pfizer Chile y GSK Chile registraban ventas a través de distintos canales de distribución (v.gr. farmacias, mercado de compras públicas, ventas a clínicas e instituciones de salud privadas, entre otras) y que eran actores relevantes tanto en el segmento de *consumer healthcare* como en la comercialización de medicamentos en general.
6. Por todo lo anterior, con fecha 15 de abril de 2020, la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE (“**División**”) dio inicio a una investigación de oficio bajo el Rol N°2616-20 FNE (“**Investigación**”) con el objeto de verificar una eventual infracción al artículo 3 bis letra a) del DL 211, por parte de los laboratorios farmacéuticos Pfizer y GSK.

⁴ Véase <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2000/12/glaxoana.htm>> [última consulta: 24 de enero de 2022]; <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4030> [última consulta: 24 de enero de 2022]; <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4030> [última consulta: 24 de enero de 2022]; <<https://www.sic.gov.co/boletin/juridico/pr%C3%A1cticas-comerciales-restrictivas-de-la-competencia/la-superintendencia-de-industria-y-comercio-autoriz%C3%B3-sujeto-condicionamientos-la-operaci%C3%B3n-de-integraci%C3%B3n-entre-las-compa%C3%B1%C3%ADas-glaxosmithkline-plc-y-pfizer-inc>> [última consulta: 24 de enero de 2022]; y <<https://www.accc.gov.au/public-registers/mergers-registers/public-informal-merger-reviews/glaxosmithkline-plc-proposed-acquisition-of-the-consumer-healthcare-business-of-pfizer-inc>> [última consulta: 24 de enero de 2022].

⁵ Respuesta de Pfizer Chile a Oficio Ord.0851, de fecha 22 de abril de 2020.

⁶ Respuesta de GSK Chile a Oficio Ord.0850, de fecha 22 de abril de 2020.

⁷ Información recopilada en el marco de la elaboración del Estudio de Mercado sobre Medicamentos de la FNE, EM03-2018, cuyo informe final fue publicado en enero de 2020 (“**Informe Estudio Medicamentos**”). Información disponible en el sitio web: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Final.pdf>> [última consulta: 24 de enero de 2022].

II. LA OPERACIÓN

a) Partes de la Operación

7. Pfizer es una empresa farmacéutica activa con presencia mundial en la investigación, desarrollo, fabricación y comercialización de medicamentos⁸.
8. A la fecha del cierre de la Operación, Pfizer dividía su negocio de *consumer healthcare* (“**Pfizer CH**”) en cinco áreas distintas: (i) analgésicos y productos para el tratamiento del dolor; (ii) salud gastrointestinal; (iii) productos respiratorios; (iv) suplementos dietéticos -incluyendo suplementos vitamínicos, omega 3, probióticos y suplementos de calcio-; y (v) productos de cuidado personal⁹⁻¹⁰. En Chile, las principales marcas de Pfizer presentes en este segmento, previo a la Operación, eran Centrum, Imedeem, Caltrate, Anacin y Chapstick¹¹⁻¹².
9. GSK, por su lado, es una compañía farmacéutica activa a nivel global en la investigación, desarrollo, fabricación y comercialización de productos que, previo a la Operación, contaba con presencia en tres segmentos distintos: (i) productos farmacéuticos de venta bajo prescripción médica¹³; (ii) vacunas; y (iii) productos correspondientes al área de *consumer healthcare* (“**GSK CH**”) ¹⁴.
10. A través de GSK CH, GSK se encontraba activa en la investigación, desarrollo, fabricación y comercialización de productos del área de *consumer healthcare*, la que se subdividía, a su vez, en cinco categorías: (i) analgésicos y alivio del dolor; (ii) productos respiratorios; (iii) salud bucal; (iv) nutrición y salud digestiva; y (v) cuidado de la piel¹⁵. En Chile, las principales marcas de GSK presentes en este segmento, previo a la Operación, eran Sensodyne, Parodontax, Panadol, ENO, Aquafresh y Corega¹⁶⁻¹⁷.

⁸ Notificación a la Comisión Europea, adjunta a la respuesta de GSK Chile a Oficio Ord.0991, de fecha 28 de mayo de 2020.

⁹ Ídem.

¹⁰ Actualmente, Pfizer Chile alberga las actividades de los dos negocios que subsisten de Pfizer: Pfizer Biopharmaceuticals Group y Upjohn. **Anexo confidencial [1]**. Respuesta de Pfizer Chile a Oficio Ord.0851, de fecha 22 de abril de 2020.

¹¹ Respuesta de Pfizer Chile a Oficio Ord.0851 de fecha 22 de abril de 2020.

¹² Las principales marcas a nivel mundial de Pfizer CH son Advil, ThermaCare, Robitussin, Centrum, Emergen-C, Caltrate, Preparation H y Chapstick. Véase respuesta de Pfizer Chile a Oficio Ord.0851 de fecha 22 de abril de 2020.

¹³ Incluidos los productos farmacéuticos para el VIH/sida a través de un *joint venture* con Pfizer denominado ViiV.

¹⁴ Notificación a la Comisión Europea, adjunta a la respuesta de GSK Chile a Oficio Ord.0991, de fecha 28 de mayo de 2020.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Respuesta de GSK Chile a Oficio Ord.0850, de fecha 22 de abril de 2020.

¹⁷ Las principales marcas globales de GSK CH son: Sensodyne, Parodontax, Poligrip, Voltaren, Panadol, Otrivin y Theraflu. Notificación a Comisión Europea, adjunta a respuesta de GSK Chile a Oficio Ord.0991, de fecha 28 de mayo de 2020.

b) Descripción de la Operación

11. Tal como se adelantó *supra*, con ocasión de la Operación acordada por las Partes, se creó una sociedad *holding* denominada GSK CH Holding, constituida de acuerdo a las leyes de Inglaterra, la cual retuvo el negocio preexistente de GSK CH y adquirió directamente el negocio de Pfizer CH.
12. Dicha adquisición se produjo mediante la celebración de un Contrato de Compraventa de Acciones y Activos ("*Stock and Asset Purchase Agreement*"), celebrado el día 19 de diciembre de 2018 ("**SAPA**"), mediante el cual Pfizer transfirió a GSK CH Holdings: (i) las acciones de todas las sociedades filiales de Pfizer dedicadas exclusivamente al negocio de *consumer healthcare*; y (ii) todos los activos residuales relacionados con el negocio de *consumer healthcare* pertenecientes a entidades de Pfizer que desarrollaban actividades relacionadas tanto al negocio de *consumer healthcare* como al farmacéutico.
13. De acuerdo con lo informado por las Partes, como contraprestación económica por la venta, GSK emitió capital social a favor de Pfizer, mediante lo cual esta obtuvo una participación minoritaria del 32% en la sociedad GSK CH Holding, es decir, en el negocio combinado de *consumer healthcare* creado a partir de la Operación¹⁸.

III. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA INDUSTRIA

14. De acuerdo a la regulación vigente, un medicamento o producto farmacéutico se define como cualquier sustancia natural, biológica, sintética o las mezclas de ellas, originada mediante síntesis o procesos químicos, biológicos o biotecnológicos, que se destine a las personas con fines de prevención, diagnóstico, atenuación, tratamiento o curación de las enfermedades o sus síntomas o de regulación de sus sistemas o estados fisiológicos particulares, incluyéndose en este concepto los elementos que acompañan su presentación y que se destinan a su administración¹⁹.
15. Los productos farmacéuticos pueden ser clasificados de forma diversa, de acuerdo su naturaleza, forma de dispensación, comercialización y al tipo de droga²⁰. Según la

¹⁸ Cabe hacer presente que, según la información pública difundida por las Partes, GSK proyecta escindir el negocio de *consumer healthcare* y crear una entidad independiente a mediados de 2022: "[...] As set out at GSK's Investor Update on 23 June 2021, subject to approval from shareholders, the separation of Consumer Healthcare will be by way of a demerger in mid-2022 of at least 80% of GSK's holding to shareholders. The new resulting Consumer Healthcare company is expected to attain a premium listing on the London Stock Exchange". Información disponible en el sitio web: <<https://www.gsk.com/en-gb/media/press-releases/brian-mcnamara-appointed-ceo-designate-of-new-independent-consumer-healthcare-company/>> y <https://www.gsk.com/media/7050/gsk-investor-update_23-06-21.pdf> [última consulta: 24 de enero de 2022].

¹⁹ Véase el artículo N°95 inciso primero del Decreto con Fuerza de Ley N°725 del Ministerio de Salud, que establece el Código Sanitario, conforme a la modificación introducida por la ley N°20.724, que Modifica el Código Sanitario en Materia de Regulación de Farmacias y Medicamentos, de 14 de febrero de 2014.

²⁰ Informe Estudio Medicamentos, p. 31.

forma de dispensación, es posible distinguir entre: (i) medicamentos éticos o de prescripción, que son aquellos que requieren de una receta médica extendida en forma previa a su venta; y (ii) los medicamentos de venta directa, también denominados OTC, que son aquellos que no requieren de una prescripción médica para su dispensación, tal como se mencionó *supra*²¹.

16. Los medicamentos OTC son vendidos de forma exclusiva en establecimientos del tipo farmacias y almacenes farmacéuticos y pueden ser expuestos en repisas, estanterías, góndolas, anaqueles, dispensadores u otros dispositivos similares que permitan el acceso directo al público²². Además, desde la dictación de la Ley de Fármacos se permite su publicidad y las demás actividades que pretendan dar a conocer al consumidor un producto farmacéutico, en los términos establecidos en sus respectivos registros sanitarios²³.
17. Con anterioridad a la Operación, tanto Pfizer Chile como GSK Chile comercializaban medicamentos OTC a través de sus líneas de negocio de *consumer healthcare*. Dicho portafolio estaba compuesto por los productos indicados en la Tabla 1 y 2 siguientes²⁴:

Tabla N°1: Listado de medicamentos OTC de Pfizer Chile

PRODUCTO	PRINCIPIO ACTIVO
Anacin	Ácido acetilsalicílico
Anacin Max	Ácido acetilsalicílico, paracetamol (+ cafeína)
Caltrate 600 + vit D	Carbonato de calcio + vitamina D
Caltrate 600+D Masticable (chocolate o vainilla)	Carbonato de calcio + vitamina D
Caltrate 600+D Plus	Carbonato de calcio + vitamina D + cobre + zinc + magnesio + manganeso
Imedeem	Varias vitaminas y minerales
Centrum	Varias vitaminas y minerales
Chapstick ²⁵	N/A

Fuente: Información aportada por las Partes.

²¹ El inciso primero del artículo 100 del Decreto con Fuerza de Ley N°725 del Ministerio de Salud, que establece el Código Sanitario, señala que "[l]a venta al público de productos farmacéuticos sólo podrá efectuarse previa presentación de la receta del profesional habilitado que los prescribe, salvo aquellos medicamentos que se autoricen para su venta directa en el respectivo registro sanitario".

²² Informe Estudio Medicamentos, p.147.

²³ Artículo N°100 del Código Sanitario.

²⁴ Véanse: (i) respuesta de Pfizer Chile a Oficio Ord.0851, de fecha 22 de abril de 2020; (ii) respuesta de GSK Chile a Oficio Ord.0850, de fecha 22 de abril de 2020; e (iii) información del Registro Sanitario de Productos Farmacéuticos del ISP²⁴.

²⁵ Producto no medicinal para el cuidado de los labios.

Tabla N°2: Listado de medicamentos OTC de GSK Chile

PRODUCTO	PRINCIPIO ACTIVO
Duofilm 15ml	Ácido láctico/ácido salicílico
ENO Frasco Liman 100g	Ácido cítrico/bicarbonato sódico/sodio carbonato
ENO Sobres Limón 5g x 60 sobres	Ácido cítrico/bicarbonato sódico/sodio carbonato
Eno Sobres Limón 5g x 12 sobres	Ácido cítrico/bicarbonato sódico/sodio carbonato
ENO Sobres Regular 5g x 60 sobres	Ácido cítrico/bicarbonato sódico/sodio carbonato
ENO Frasco Regular 100g	Ácido cítrico/bicarbonato sódico/sodio carbonato
Panadol Adulto Extra Advance x 14 comprimidos	Paracetamol/Cafeína
Panadol Adulto Advance 500g x 10 comprimidos	Paracetamol
Panadol Adulto Advance 500g x 50 comprimidos	Paracetamol
Panadol Infantil Gotas 30ml	Paracetamol
Panadol Infantil Jarabe 120ml	Paracetamol
Panadol Infantil 80mg x 16 comprimidos	Paracetamol
Aquafresh pasta dental	Sodium fluoride
Aquafresh enjuague	Sodium fluoride
Aquafresh cepillo	N/A
Corega adhesivo	N/A
Sensodyne pasta dental	Sodium fluoride
Sensodyne cepillo	N/A
Etiquet deo crema	Aluminium chlorohydrate
Etiquet deo <i>roll on</i>	Aluminium chlorohydrate
Fisiogel hidratante	Olea europaea fruit oil, olus oil, elaeis guineensis oil, glycerin
Fisiogel shampoo	Sodium cocoamphoacetate, disodium cocoamphodiacetate
Parodontax fluor	Sodium fluoride
Parodontax blanqueador	Sodium fluoride
Dermac antiacné	Ppg-10 methyl glucose ether / sodium tallowate / sodium palm kernelate
Breathe right	N/A
Ansolar protector solar	Avobenzene+bis-ethylhexyloxyphenol methoxyphenyl triazine+ethylhexyl triazone+isoamyl p-methoxycinnamate+octocrylene

Fuente: Información aportada por las Partes.

18. Según se desprende de las Tablas 1 y 2, la cartera de productos OTC de Pfizer Chile se centraba en el área de multivitamínicos y complementos alimenticios, mientras que

la de GSK Chile en productos para alivio del dolor, salud bucal, cuidado gastrointestinal y cuidado personal.

19. A dicho respecto, se observó que existía un posible traslape horizontal en productos para el alivio del dolor, pues previo al perfeccionamiento de la transacción GSK contaba con el medicamento Panadol y Pfizer comercializaba el producto Anacin. Sin perjuicio de lo anterior, los antecedentes recabados durante la investigación revelaron que las Partes contaban con una baja participación de mercado a nivel individual y combinada, incluso en los escenarios más conservadores de análisis²⁶ y que existía una multiplicidad de otros actores en este segmento en los primeros puestos de participación²⁷⁻²⁸.

IV. POTENCIAL INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 3 BIS LETRA A) DEL DL 211

20. El artículo 3 bis letra a) del DL 211 consagra una de las hipótesis denominadas doctrinariamente como *gun jumping*, infracción a la libre competencia regulada bajo el siguiente tenor: “[P]odrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: a) Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48²⁹.

²⁶ En efecto, según los antecedentes revisados por esta División, no existe uniformidad en los escenarios de análisis de mercado relevante utilizados por las distintas autoridades de competencia para efectos de resolver casos relativos a la industria de medicamentos. Véanse, por ejemplo: (i) Comisión Europea. Caso M.9274 - GlaxoSmithKline / Pfizer Consumer Healthcare Business, de 10 de julio de 2019; (ii) Consejo Administrativo de Defensa Económica. Parecer N° 11/2019/2019/CGAA1/SGA1/SG, de fecha 5 de septiembre de 2019; (iii) Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Resolución N°37233, de la de fecha 16 de agosto de 2019; (iv) Comisión Europea. Caso M.8974 – Procter & Gamble/Merck Consumer Health Business, de 27 de Agosto de 2018; (v) Comisión Europea. Caso M.7919 –Sanofi/Boehringer Ingelheim Consumer healthcare Business, de fecha 4 de Agosto de 2016; (vi) Comisión Europea. Caso M.6969 – Valeant Pharmaceuticals International/Bausch & Lomb Holdings, de fecha 5 de Agosto de 2013. Sin embargo, incluso si se utiliza el criterio más conservador de análisis, esto es, aquel que separa los medicamentos según clasificación terapéutica ATC recomendada por la Organización Mundial de la Salud, a nivel 3 (según sus indicaciones farmacológicas específicas o utilización prevista), el único traslape horizontal se daría en la categoría N2B, correspondiente a los productos para el alivio del dolor (analgésicos y antipiréticos). En este escenario, esta División corroboró que ambas empresas no tuvieron, en conjunto, más del [5-10%] del mercado entre los años 2017 y 2019. Véase (i) base de datos IQVIA (ex IMS Health) para el período 2017-2019, acompañada por GSK en presentación de fecha 1° de junio de 2020; y (ii) base de datos de IMS Health, de junio de 2016 a mayo de 2017, para la categoría ATC3 N2B, revisada por esta FNE a raíz del estudio de mercado sobre medicamentos.

²⁷ Véase respuesta de Pfizer Chile a Oficio Ord.0851, de fecha 22 de abril de 2020 y respuesta de GSK Chile a Oficio Ord.0850, de fecha 22 de abril de 2020.

²⁸ En efecto, durante dicho período, habrían existido al menos 10 actores con mayor participación de mercado en dicha categoría que las investigadas. Véase base de datos de IMS Health, correspondiente al período junio 2016-mayo 2017, revisada por la Fiscalía a raíz del estudio de mercado sobre medicamentos.

²⁹ El artículo 3 bis del DL 211 consagra dos tipos de conductas constitutivas de *gun jumping* en sus literales a) y b), a saber: aquella relativa a la omisión de notificar a la FNE una operación de concentración de manera previa a su perfeccionamiento, estando las partes obligadas a practicar la notificación en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 del DL 211; y aquella relacionada a la infracción del deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la FNE y que se encuentra suspendida de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 del DL 211, es decir, incumpliendo una *standstill obligation* mediante la implementación parcial o total de sus efectos. Adicionalmente, la doctrina y algunas jurisdicciones comparadas han identificado una hipótesis adicional de *gun jumping*, correspondiente a aquellos casos en que las partes de una operación de concentración, competidoras entre sí, participan de un intercambio de información unilateral o bilateral de información comercial sensible, o bien, coordinan su conducta competitiva en el mercado de manera previa a la notificación de la operación o en el período de suspensión (*substantive gun jumping*), conducta que debe analizarse de acuerdo a los criterios generales establecidos para los ilícitos anticompetitivos coordinados. Véase Stéphane Dionnet y Pauline Giroux, “Gun Jumping”, Lexis Nexis (2017), pp.1-3. Documento disponible en el sitio web: <<https://www.skadden.com/insights/publications/2017/02/gun-jumping>> [última consulta: 10 de diciembre de 2021].

21. La doctrina y jurisprudencia comparadas³⁰ son contestes en sostener que la hipótesis de *gun jumping* referida anteriormente se verifica por el solo hecho de la omisión de notificación de una operación sujeta al sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración, sin que sea necesario acreditar una afectación a la competencia en los mercados. Así lo ha sostenido también la FNE ante el TDLC al solicitar la aplicación de sanciones por un caso de esta naturaleza³¹.
22. En este sentido, la hipótesis infraccional prevista en el artículo 3 bis letra a) del DL 211 requiere acreditar la procedencia de los siguientes requisitos copulativos: (i) la existencia de una operación de concentración sujeta al control obligatorio por parte de la FNE, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 47 y 48 del DL 211; (ii) el perfeccionamiento de la respectiva operación de concentración; y (iii) la ausencia de notificación a la Fiscalía de manera previa a su perfeccionamiento.
23. Durante el curso de la Investigación, la Fiscalía solicitó antecedentes a las Partes en relación al cumplimiento de requisitos señalados en el párrafo anterior y recopiló información de diversas fuentes públicas³².
24. Sobre la base de dichos antecedentes, esta División pudo observar, en primer lugar, que la Operación entre Pfizer y GSK consistió efectivamente en una operación de concentración, pues la suscripción del acuerdo SAPA anteriormente referido tuvo por efecto que dos agentes económicos que eran previamente independientes en el mercado cesaran en su independencia, tal como exige el encabezado del artículo 47 del DL 211. El cumplimiento de este requisito fue además reconocido por las Partes durante la Investigación, sin perjuicio de que la naturaleza específica de dicha operación de concentración fue controvertida, según se verá *infra*.
25. En cuanto a la verificación de los requisitos (ii) y (iii) referidos en el párrafo 22 anterior, cabe señalar la Operación fue perfeccionada por las Partes el 1° de agosto de 2019, según la información pública disponible y de acuerdo a lo señalado por éstas durante la Investigación. Adicionalmente, la Operación fue notificada a diferentes autoridades de competencia del mundo (v.gr. Unión Europea, Brasil, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos de Norteamérica, entre otros), mientras que en Chile no fue sometida al procedimiento de control preventivo establecido en el Título IV del DL 211, ni tampoco fue puesta en conocimiento de la Fiscalía bajo el mecanismo de pre notificación de manera previa a su perfeccionamiento.

³⁰ Véase Comisión Europea. Caso M.4994 Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, de 10 de junio de 2009; Caso M.7184 – Marine Harvest / Morpol, de 23 de julio de 2014; y Caso M.969 A.P. Møller No IV., de 10 de febrero de 1999.

³¹ Véase requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y JBS S.A., Rol C-346-18 TDLC, de fecha 6 de abril de 2018.

³² Véase Oficio Ord.N°0850, de fecha 22 de abril de 2020; Oficio Ord. N°0851, de fecha 22 de abril de 2020; y Oficio Ord. N°0991, de fecha 28 de mayo de 2020.

26. En este escenario, la Fiscalía dio inicio a la Investigación de oficio bajo el supuesto de que la Operación consistía en un *joint venture* entre Pfizer y GSK, de conformidad a la hipótesis descrita en el literal c) del artículo 47 del DL 211, transacción que no había estado sometida al control preventivo de operaciones de concentración pese al cumplimiento aparente de los requisitos para su notificación obligatoria a la luz del DL 211.
27. En efecto, existían antecedentes públicos que daban cuenta del cumplimiento de los umbrales de notificación obligatoria establecidos en la Resolución Exenta FNE N°667, toda vez que conforme lo dispuesto en el artículo 48 del DL 211 y en la Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración, de junio de 2017 de la FNE (“**Guía de Umbrales**”), para aquellas transacciones que se enmarcan en lo dispuesto en el literal c) del artículo 47 del DL 211, corresponde contabilizar las ventas en Chile de los agentes económicos que se asocian, así como las de sus respectivos grupos empresariales, requisito que -en principio- se podría haber cumplido en la especie al tratarse de grupos económicos con importantes niveles de ventas en el ámbito nacional.
28. A dicho respecto, durante el curso de la Investigación las Partes señalaron que, no obstante lo aparecido en medios de prensa, en los hechos la Operación no consistiría en un *joint venture*, sino en una adquisición de derechos por parte de GSK que le permitía ejercer control o influencia decisiva sobre el negocio de *consumer healthcare* de Pfizer, transacción que se subsumía, más precisamente, en lo dispuesto en la letra b) del artículo 47 del DL 211³³⁻³⁴.
29. En este escenario de análisis, las Partes habrían arribado a la convicción de que la Operación no debía someterse a un control preventivo obligatorio de operaciones de concentración, toda vez que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 48 del DL 211 y la Guía de Umbrales ya referida³⁵, al tratarse de una adquisición de influencia decisiva la transacción no superaba los umbrales de notificación vigentes en la época

³³ El artículo 47 letra b) del DL 211 señala: “*Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías: (b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.*”

³⁴ En relación a esta materia, adicionalmente señalaron que: “*Alternativamente, dado que el componente local de la Operación consistirá en la transferencia de ciertos activos (es decir, las autorizaciones de comercialización de determinados productos de Pfizer CH), tal como se explicará más adelante, también podría resultar aplicable el artículo 47 letra d) del DL 211. En cualquier caso, de conformidad con el artículo 48 del DL 211, el análisis de umbrales relativo a esta disposición sería el mismo, lo que significa que no se requeriría una aprobación previa de la operación de concentración en Chile.*” Respuesta de GSK Chile al Oficio ORD.N°0850, de fecha 22 de abril de 2020.

³⁵ Según se señala en la Guía de Umbrales de la FNE, si la transacción se considera una adquisición de control de aquellas contempladas en la letra b) del artículo 47 del DL 211, para el cálculo de los umbrales sólo deben contabilizarse las ventas efectuadas por el agente económico adquirido (el objetivo), y las ventas de las entidades que éste controla directa o indirectamente. Véase Guía de Umbrales, pp. 8-9.

de perfeccionamiento de la Operación, correspondientes a 290.000 UF como umbral de ventas individual y a 1.800.000 UF como umbral de ventas conjunto³⁶.

30. Consultadas sobre esta materia, las Partes informaron que los ingresos de la entidad objetivo durante el ejercicio anterior a la operación ascendieron a **Anexo confidencial [2]**³⁷, por lo que, en dicho escenario, no se habrían alcanzado los umbrales que gatillaban la notificación obligatoria³⁸.
31. Más específicamente, Pfizer Chile señaló que las bajas ventas del área de *consumer healthcare* de la compañía previo al perfeccionamiento de la Operación habrían respondido a **Anexo confidencial [4]**. Así, en noviembre de 2018, Pfizer Chile habría dejado de importar productos de Pfizer CH y habría liquidado el inventario pendiente en el período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de julio de 2019³⁹.
32. Ponderados los antecedentes revisados durante el curso de la Investigación, esta División concluyó que existían una serie de argumentos que daban cuenta de una estructura accionaria, directiva y operacional en línea con la definición propuesta por las Partes sobre la calificación jurídica de la Operación, lo que hacía plausible lo señalado por estas.
33. En efecto, para argumentar que la Operación correspondía a aquellas descritas en la letra b) del artículo 47 del DL 211, las Partes señalaron que la estructura de la Operación y las reglas de administración y control darían cuenta que la pérdida de independencia entre las compañías se habría generado, precisamente, producto de la adquisición de influencia decisiva –de manera indirecta y exclusiva– por parte de GSK plc sobre el negocio de *consumer healthcare* de Pfizer.
34. Sobre este punto, las Partes indicaron que el acuerdo SAPA celebrado entre ellas supuso la venta por parte de Pfizer de todos sus negocios globales de *consumer healthcare* (esto es, todas las acciones y todos los activos) a GSK CH Holding, una subsidiaria de propiedad y bajo el control exclusivo de GSK plc⁴⁰⁻⁴¹. Como

³⁶ Atendida la fecha de perfeccionamiento de la operación, se deben considerar los umbrales de ventas contenidos en la Resolución Exenta FNE N°667, que fija Umbrales para las Operaciones de Concentración, de fecha 24 de noviembre de 2016.

³⁷ Según lo informado por Pfizer Chile, el negocio de *consumer healthcare* de la compañía registró ventas por **Anexo confidencial [3]** durante el año 2018, lo que equivalía al [0-10]% de las ventas totales de Pfizer en Chile. Véase respuesta de Pfizer Chile al Oficio Ord. N°0851, de fecha 22 de abril de 2020.

³⁸ Respuesta de GSK Chile al Oficio Ord. N°0850, de fecha 22 de abril de 2020.

³⁹ Respuesta de Pfizer Chile al Oficio Ord. N°0851, de fecha 22 de abril de 2020: **Anexo confidencial**

[5].

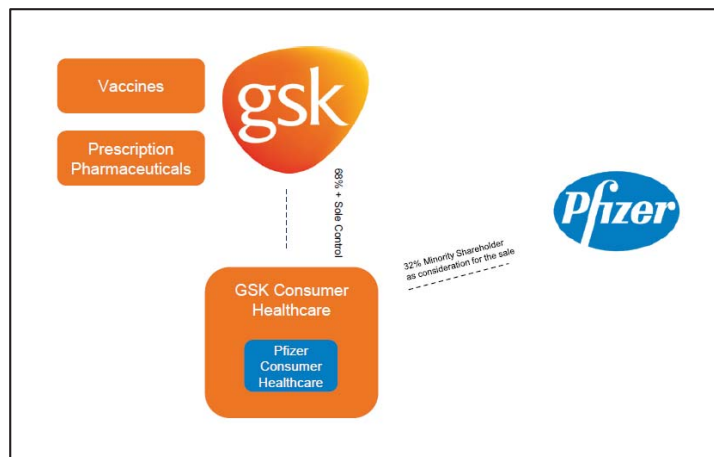
⁴⁰ Como se desprende del contrato marco de la Operación "SAPA", Pfizer acordó transferir a GSK CH Holding las acciones de todas las subsidiarias de Pfizer dedicadas exclusivamente al negocio *consumer healthcare* y todos los activos relacionados con el negocio de *consumer healthcare* pertenecientes a entidades de Pfizer que desarrollaban actividades relacionadas tanto al negocio de *consumer healthcare* como al farmacéutico. En este sentido, la transferencia incluyó, entre otras cosas: **Anexo confidencial [6]**.

⁴¹ Atendida la estructura del contrato antes descrita, Pfizer Inc. figura como matriz vendedora o *seller parent*; GSK plc figura como matriz compradora o *purchaser parent*; y GSK CH Holding como comprador o *purchaser*.

contrapartida de la venta, Pfizer habría recibido un porcentaje de acciones en GSK CH Holding, de manera que obtuvo una participación minoritaria no controladora del 32%⁴².

35. Adicionalmente, previo a la Operación, GSK plc concentraba las tres áreas de negocio de la compañía, a saber, vacunas, medicamentos bajo prescripción médica y el área de *consumer healthcare*. Sin embargo, a raíz de la Operación, GSK habría experimentado una reestructuración empresarial que significó la escisión del negocio de *consumer healthcare*, que pasó a manos de la nueva sociedad GSK CH Holdings, y sobre esta última sociedad es que Pfizer habría recibido, como contraprestación de la transacción, el 32% del capital accionario ya referido, tal como se desprende de la Imagen N°1 siguiente:

Imagen N°1: Reestructuración de GSK con ocasión de la Operación



Fuente: Presentación de abogados de GSK a nivel global, de fecha 1° de junio de 2020.

36. Esta División examinó los documentos societarios acompañados por las Partes y constató que, en virtud de los términos del SAPA y del pacto de accionistas, GSK plc efectivamente tendría facultades para ejercer un control o influencia decisiva, de manera exclusiva, sobre el GSK CH Holding (el denominado “negocio combinado”) y, por tanto, sobre el negocio de *consumer healthcare* de Pfizer. Ello, habida cuenta de las siguientes consideraciones principales:

- i. GSK plc es titular del 68% de la propiedad en GSK CH Holdings, versus un 32% de Pfizer Inc.

⁴² SAPA. Sección 2.7: “*Delivery of the Purchase Consideration*”. Anexo confidencial [7].

- ii. GSK plc nombra a la mayoría de los miembros del Directorio (seis directores sobre un total de nueve), organismo a cargo de la administración del negocio combinado.
 - iii. Todas las decisiones que determinan el desempeño competitivo de GSK CH Holding se toman por mayoría simple de los miembros de Directorio, lo que implica que Pfizer no tiene un “control negativo” por medio de un derecho a veto.
 - iv. El consentimiento de Pfizer sólo se requiere para algunas decisiones específicas de GSK CH Holding, pero ninguna de ellas es constitutiva de “influencia decisiva”⁴³. Según se pudo observar, estos derechos de consentimiento previo de Pfizer corresponden a aquellos que típicamente se establecen para proteger la inversión de la entidad no controladora, pero no confieren una injerencia directa y sustantiva en las decisiones comerciales relevantes de la entidad resultante de la operación de concentración⁴⁴.
 - v. GSK plc tiene el control sobre el nombramiento y remoción de los ejecutivos principales del negocio combinado. En particular: (i) el CEO y el CFO de GSK CH Holdings son nombrados entre los seis directores designados por GSK; y (ii) el nombramiento de los restantes miembros del *Executive Management*, responde a una decisión exclusiva del CEO⁴⁵.
37. Adicionalmente, existen otros antecedentes que dan cuenta de una continuidad del negocio de GSK a propósito de la transacción con Pfizer y que serían consistentes con su calidad de único controlador del negocio combinado, a saber: (i) que el negocio combinado es operado por GSK bajo su marca y todas las filiales que se desprenden de él son consideradas filiales de GSK plc; y (ii) que los principales cargos directivos de la sociedad GSK CH Holdings como negocio combinado están ligados a GSK y no a Pfizer⁴⁶.
38. En último término, esta División pudo corroborar que la Operación fue notificada en otras jurisdicciones precisamente como una adquisición de control y no como un *joint venture*, calificación que no fue controvertida por las respectivas autoridades de competencia al momento de aprobar la operación de concentración⁴⁷.

⁴³ Véase Guía de Competencia de la Fiscalía, de junio de 2017 (“**Guía de Competencia**”), pp.18 y siguientes.

⁴⁴ Según se desprende del pacto de accionistas de GSK CH Holdings, estos incluyen, entre otras materias: **Anexo confidencial [8]**. Véase sección 4 del pacto de accionistas de GSK CH Holdings.

⁴⁵ Véase sección 2 y sección 7 del pacto de accionistas de GSK CH Holdings.

⁴⁶ Véase Presentación de abogados de GSK a nivel global, de fecha 1° de junio de 2020 y respuesta de GSK Chile al Oficio Ord. N°0850, de fecha 7 de mayo de 2020.

⁴⁷ En efecto, la División solicitó a las Partes acompañar las versiones confidenciales de las notificaciones y resoluciones de aprobación de la Operación en otras jurisdicciones, específicamente las correspondientes a la Unión Europea, Estados Unidos, Australia, Brasil y Colombia. Véase respuesta a oficio Ord. N°0991, de fecha 28 de mayo de 2020.

39. Con todo, corresponde señalar que, a la época de la Operación, existía la instancia de pre-notificación precisamente para aquellos casos en que se presentaban legítimas dudas, sean sustantivas o procedimentales, de cara al cumplimiento de los requisitos para una notificación obligatoria según el Título IV del DL 211. Dicho procedimiento hoy en día se encuentra regulado en el Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración, disponible en el sitio web de la FNE⁴⁸, cuyo objetivo es precisamente generar una etapa voluntaria, informal, colaborativa y confidencial, que evite problemas de interpretación normativa que eventualmente puedan derivar en una hipótesis de *gun jumping* sancionable de conformidad al DL 211⁴⁹.

V. CONCLUSIONES

40. Esta División inició de oficio la Investigación habida cuenta de antecedentes públicos relacionados al perfeccionamiento a nivel internacional de una operación de concentración entre Pfizer y GSK no notificada a la FNE, pese al cumplimiento aparente de los requisitos establecidos en el Título IV del DL 211, así como la notificación de la Operación ante otras autoridades de competencia en el mundo.
41. Ponderados los antecedentes de la Investigación, fue posible establecer que las Partes no notificaron la Operación a la FNE bajo el entendimiento que, en Chile, no se superaban los umbrales de notificación obligatoria vigentes a la época de perfeccionamiento de la Operación. Ello, por cuanto la transacción entre las Partes sería, en su opinión, una adquisición de control o influencia decisiva de GSK sobre Pfizer CH, cuyos umbrales debían contabilizarse a la luz de lo establecido en la Guía de Umbrales para este tipo de operaciones, esto es, considerando sólo las ventas efectuadas por el agente económico adquirido (el objetivo), y las ventas de las entidades que éste controlaba directa o indirectamente.
42. A la luz de los antecedentes revisados por esta División, fue posible advertir la existencia de argumentos plausibles relacionados a la estructura accionaria, directiva y operacional de GSK CH Holding, que permiten entender que la naturaleza de la Operación es consistente con la hipótesis consagrada en el literal b) del artículo 47 del DL 211.
43. Con todo, cuando se presentan legítimas dudas, sean sustantivas o procedimentales, de cara al cumplimiento de los requisitos para una notificación obligatoria según el Título IV del DL 211, existe la instancia de pre notificación ante esta FNE, que consiste

⁴⁸ Documento disponible en el sitio web: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/20210416.-Instructivo-Pre-Notificacion-rev-CI-30.04.pdf>> [última consulta: 24 de enero de 2022].

⁴⁹ Véase numerales 16 (i) y 28 del Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración.

en un procedimiento que, si bien existía con anterioridad y también a la época de la Operación, hoy en día se encuentra regulado en el Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración, disponible en el sitio web de la Fiscalía⁵⁰, cuyo objetivo es precisamente generar una etapa voluntaria, informal, colaborativa y confidencial, que evite problemas de interpretación normativa que eventualmente puedan derivar en una hipótesis de *gun jumping* sancionable de conformidad al DL 211⁵¹.

44. En consecuencia, salvo mejor parecer del señor Fiscal, esta División sugiere archivar los antecedentes. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia y de la posibilidad de analizar la apertura de una nueva investigación, en caso de contar con antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,

**Manfred
Zink Papic** Firmado digitalmente
por Manfred Zink Papic
Fecha: 2022.01.24
14:33:29 -03'00'

MANFRED ZINK
JEFE DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE
CUMPLIMIENTO

PRC/SMR/GAA

⁵⁰ Documento disponible en el sitio web: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/20210416.-Instructivo-Pre-Notificacion-rev-CI-30.04.pdf>> [última consulta: 24 de enero de 2022].

⁵¹ Véase numerales 16(i) y 28 del Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración.