



# **EL *HEARING OFFICER* DE LA COMISIÓN EUROPEA: POSIBLES APLICACIONES PRÁCTICAS PARA CHILE**

María Turner Bezanilla y Diego Hernández De Lamotte

# El *Hearing Officer* de la Comisión Europea: Posibles aplicaciones prácticas para Chile

Junio 2023



## Diego Hernández

Abogado de la Universidad de Chile, Diplomado en Derecho y Política de Libre Competencia de la Universidad de Chile, Magíster de Regulación Económica de la Universidad Adolfo Ibáñez, LL.M. in Competition Law de Kings College London y Master in Economics for Competition Law de King's College London. Es profesor de varios cursos de libre competencia tanto en pregrado como en postgrado en la Universidad Adolfo Ibáñez. Cuenta con varias publicaciones sobre la materia tanto en Chile como en el Reino Unido. Es uno de los socios de libre competencia de FerradaNehme.



## María Turner

Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Asociada del grupo de libre competencia de FerradaNehme.

**Abstract:** El presente artículo analiza la figura del *Hearing Officer* en el derecho europeo de libre competencia y se pregunta por la posibilidad de aplicar al derecho chileno de libre competencia algunos de los criterios que inspiran dicha institución. Así, se analiza su posible rol en temas de secreto profesional, confidencialidad o acceso al expediente, entre otros. Lo anterior, considerando que dicha aplicación podría tener beneficios en materia de resguardo de derechos de los investigados, de más eficiente asignación de recursos por parte de la Fiscalía y de eventual ahorro de tiempo en sede jurisdiccional. Todo ello, siempre teniendo presentes las evidentes diferencias de diseño institucional que existen entre nuestro derecho de libre competencia y el europeo.

## I. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos de libre competencia llevados adelante ante la Comisión Europea (“Comisión”), contemplan la figura del *Hearing Officer* o *consejero auditor*, cuya principal tarea es velar por el adecuado resguardo de los derechos procedimentales de los sujetos investigados y de terceros que participen de las investigaciones de la Comisión.

Si bien las diferencias de diseño institucional entre el derecho de competencia de la Unión Europea (“UE”) y el derecho chileno del mismo ramo son evidentes, podría existir cierto espacio para rescatar determinadas características de la figura del *Hearing Officer* y de la racionalidad que llevó a su creación y, con los ajustes que evidentemente son necesarios, intentar aplicarlas en el derecho chileno de libre competencia. Lo anterior, no solamente con el objeto de velar por el adecuado resguardo de los derechos de quienes participan en investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”), sino que también para permitir a los equipos de la Fiscalía poder concentrarse en los aspectos sustantivos de las investigaciones que llevan adelante.

## II. SOBRE EL HEARING OFFICER Y SU ROL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPETENCIA CONDUCTOS POR LA COMISIÓN

Tanto los procedimientos sancionatorios de defensa de la competencia, como aquellos referidos a operaciones de concentración conducidos por la Comisión, prevén la posibilidad de que, tras el desarrollo

de la investigación y la formulación de cargos por parte de la Comisión, las partes ofrezcan sus argumentos por escrito o durante una audiencia oral. Así, de forma previa a que la Comisión tome una determinada decisión –ya sea respecto de la existencia y orden del cese de una infracción, la aprobación o rechazo de una operación de concentración, la adopción de medidas cautelares o remedios conductuales o estructurales, o la imposición de sanciones– las regulaciones de ambas clases de procedimientos ofrecen a las partes la oportunidad de manifestar su opinión sobre los cargos imputados por la Comisión<sup>1</sup>.

De esta manera, si las partes –a las que la Comisión haya enviado un pliego de cargos o de otras partes interesadas– así lo solicitan, se llevará a cabo una etapa formal de audiencia, la que es organizada y conducida por el Hearing Officer<sup>2</sup>. Dicha figura, creada a principios de la década de 1980 para resguardar el desarrollo y la objetividad de la audiencia referida, ha ido evolucionando y expandiendo poco a poco su rol dentro de los procedimientos mencionados. Como resultado de dicha evolución, en la actualidad abarca tanto la observancia de las garantías procesales de los investigados como la resolución de disputas de carácter procedimental durante el transcurso de toda la investigación, y alcanza incluso labores consultivas respecto de cuestiones sustantivas<sup>3</sup>.

Hoy en día, sus funciones y labores específicas se encuentran establecidas en la [Decisión 2011/695](#) del Presidente de la Comisión sobre la función y el mandato del *Hearing Officer* en determinados procedimientos de competencia (“Decisión 2011/695” o los “Términos de Referencia”) <sup>4</sup>. Ésta establece que el rol de Hearing Officer “se debe confiar a una persona independiente, experimentada en materia de competencia y que posea la integridad necesaria para contribuir a la objetividad, la transparencia y la eficacia de estos procedimientos, la responsabilidad de velar por el respeto de tales derechos” <sup>5</sup>. Lo anterior deja en evidencia que su principal objetivo consiste en resguardar el correcto ejercicio de los derechos procesales de los investigados, contribuyendo a la imparcialidad, objetividad, transparencia y eficiencia de los procesos de competencia <sup>6</sup>.

- 
- 1 [Reglamento N°1/2003 del Consejo](#) de la UE, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, de 16 de diciembre de 2002, artículo 27(1): “*Antes de adoptar las decisiones previstas en los artículos 7, 8, 23 y en el apartado 2 del artículo 24, la Comisión ofrecerá a las empresas o asociaciones de empresas sometidas al procedimiento instruido por la Comisión la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados por la Comisión. La Comisión únicamente basará sus decisiones en los cargos en relación con los cuales las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones. Los denunciantes participarán estrechamente en el procedimiento*”. En similar sentido, señala el [Reglamento N°139/2004 del Consejo](#) de la UE, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»), de 20 de enero de 2004, en su artículo 18(1): “*Antes de adoptar las decisiones previstas en el apartado 3 del artículo 6, en el apartado 3 del artículo 7, en los apartados 2 a 6 del artículo 8, así como en los artículos 14 y 15, la Comisión brindará a las personas, empresas y asociaciones de empresas afectadas la oportunidad de expresar, en todas de fases del procedimiento hasta la consulta al Comité consultivo, sus observaciones en lo relativo a las objeciones formuladas contra ellas*”.
  - 2 [Reglamento N°773/2004 de la Comisión](#), relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de 7 de abril de 2004, artículo 14(1): “*Las audiencias serán dirigidas con plena independencia por un consejero auditor*”; y, [Reglamento N°802/2004 de la Comisión](#), por el que se aplica el Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, de 21 de abril de 2004, artículo 15(1): “*El desarrollo de la audiencia correrá a cargo del consejero auditor actuando con plena independencia*”.
  - 3 Comisión (2014), *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, Documento de trabajo, par. 226: “*In addition, the Commission also revised the Terms of Reference of the Hearing Officer strengthening its role as the guardian of parties’ procedural rights. Parties can now refer disputes which arise at any stage of antitrust proceedings to the Hearing Officer for review. The Hearing Officer has new functions in the investigation phase of proceedings, including: (a) a dispute resolution function for disagreements about legal professional privilege; (b) a new role with regard to disputes about extensions of the deadline to reply to Article 18(3) decisions and the right to be informed of one’s procedural status; (c) other key functions in the investigative phase, for example, parties are able to call upon the Hearing Officer if they consider that they should not be compelled to reply to questions that might force them to admit responsibility for an infringement*”. Ver [aquí](#).
  - 4 [Decisión N°695/2011](#), del Presidente de la Comisión, relativa a la función y el mandato del consejero auditor en determinados procedimientos de competencia, de 13 de octubre de 2011.
  - 5 Considerando tercero de los Términos de Referencia.
  - 6 Michael Albers and Jérémie Jourdan (2011), *The Role of Hearing Officer in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective* 2(3) (Journal of European Competition Law and Practice), 188, ver [aquí](#).

Se erige, de esta manera, como un cargo permanente e independiente dentro de la Comisión<sup>7</sup>, el que, durante todo el desarrollo de la investigación llevada adelante por la autoridad de competencia, deberá resolver y aconsejar sobre materias de orden procedimental, tales como el acceso al expediente, la confidencialidad de ciertas piezas de este último, el resguardo del secreto profesional, así como del derecho a no auto incriminarse en sede administrativa<sup>8</sup>.

## **II.1. Rol del Hearing Officer y principales funciones según sus Términos de Referencia**

Los Términos de Referencia comienzan estableciendo la misión o rol central del Hearing Officer. En efecto, en su artículo 1(2) establecen que: “El consejero auditor garantizará el ejercicio efectivo de los derechos procesales durante los procedimientos de competencia desarrollados en la Comisión”<sup>9</sup>. Luego, se detalla dicho rol en una serie de poderes y/o potestades específicas, que pueden ser agrupadas en cuatro principales categorías: (i) la conducción del procedimiento de competencia; (ii) la revisión, resolución, recomendación y/o reporte sobre las solicitudes de los investigados relativas al correcto ejercicio de sus derechos procesales; (iii) la verificación, de oficio, del resguardo de las garantías procedimentales dentro de los procedimientos de competencia; y, (iv) la asesoría al Comisionado de Competencia en aspectos procedimentales o sustantivos<sup>10</sup>.

### **II.1.1. Roles de conducción del procedimiento de competencia**

Primero, el *Hearing Officer* tiene a su cargo la conducción de los procedimientos de competencia de la Comisión, aunque únicamente en lo que refiere a la audiencia<sup>11</sup>. En específico, frente al requerimiento de las partes, el *Hearing Officer* será quien organice la referida audiencia, fije la fecha, y lidere su desarrollo<sup>12</sup>. Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 5 de los Términos de Referencia, evaluará y resolverá las eventuales solicitudes de terceros para ser oídos dentro del procedimiento, quienes podrán hacerlo siempre que aduzcan un interés relevante<sup>13</sup>. Será el *Hearing Officer* quien decidirá, por resolución fundada y tras haber consultado a la Dirección General de Competencia (“DG de Competencia”), si las solicitudes formales de terceros de participar en el respectivo procedimiento tienen mérito suficiente para ser admitidas.

### **II.1.2. Roles de revisión, resolución, recomendación y reporte sobre las solicitudes de los investigados relativas al correcto ejercicio de sus derechos procesales**

Segundo, y en lo que interesa especialmente para efectos de este artículo, el *Hearing Officer* tiene también a su cargo la revisión de cuestiones relativas al ejercicio efectivo de los derechos procesales de

---

7 Para garantizar su independencia permanente respecto de la Dirección General de Competencia, “a efectos administrativos debe estar adscrito al miembro de la Comisión responsable de competencia”. Además, su nombramiento se realiza de conformidad con las normas del Estatuto de los funcionarios y del régimen aplicable a los otros agentes de la Unión Europea. Véase considerandos quinto y sexto de los Términos de Referencia.

8 “El consejero auditor debe actuar como árbitro independiente y tratar de resolver los problemas que obstaculicen el ejercicio efectivo de los derechos procesales de las partes concernidas, las otras partes interesadas, los denunciantes o los terceros interesados cuando no se hayan podido resolver tales problemas mediante contactos previos con los servicios de la Comisión responsables del desarrollo de los procedimientos de competencia, quienes deben respetar tales derechos procesales”. Considerando octavo de los Términos de Referencia.

9 Artículo 1(2) de los Términos de Referencia.

10 Wouter P.J. Wils (2012), “The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission”, 7, ver [aquí](#).

11 Ello pues, en general, y salvo estas referidas excepciones, el procedimiento en su integridad es conducido por la Dirección General de Competencia.

12 Artículos 6(1) y 10 de los Términos de Referencia.

13 El *Hearing Officer* será quien evalúe si el tercero cuenta con un interés suficiente, para lo cual analizará si el tercero en cuestión se vio suficientemente afectado por la conducta objeto del procedimiento de competencia. Para los procedimientos de concentración, revisará si los terceros cumplen con los requisitos estipulados por el artículo 18(4) del Reglamento N°139/2004.

los involucrados. En ese sentido, y según constata el antiguo *Hearing Officer* Wouter Wils, “el consejero auditor ofrece una salvaguarda, ya que las partes pueden remitir al consejero auditor para una revisión independiente cualquier cuestión relativa al ejercicio efectivo de sus derechos procesales que no se haya resuelto en contactos previos con la Dirección General de Competencia”<sup>14</sup>. Se trata, como es posible apreciar, de una facultad bastante amplia, pues podría referirse a cualquier cuestión relativa a los derechos procedimentales contemplados en los diversos instrumentos de la UE.

Siguiendo los Términos de Referencia, el *Hearing Officer* tendrá facultades resolutorias respecto de ciertas solicitudes de orden procedimental, entre las que destacan las siguientes:

**(i) Extensión de plazo para dar respuesta a un requerimiento de información.** En procedimientos de competencia, de conformidad con el artículo 18(3) del Reglamento 1/2003, la Comisión puede requerir a empresas o asociaciones de empresas que acompañen cierta información específica, dentro de un plazo determinado<sup>15</sup>. En caso de que algún afectado por dicho requerimiento haya solicitado prórroga fundada respecto del plazo límite para acompañar la información, y habiendo sido ésta rechazada por la DG de Competencia, podrá el afectado referir la materia al *Hearing Officer*. Este último decidirá, tomando en cuenta la longitud y complejidad de la solicitud de información, sobre la procedencia de una extensión del plazo originalmente establecido.

Cabe mencionar que la referida potestad no se concibe para solicitudes de información efectuadas por la Comisión a propósito de un procedimiento de operación de concentración. Lo anterior, se encuentra justificado en el hecho de que este último procedimiento no implica la eventual imposición de una sanción, sino que refiere más bien a una eventual autorización administrativa<sup>16</sup>. Bajo esa consideración, se estima como admisible una menor intensidad en el resguardo al derecho de defensa de las partes involucradas, en pos del interés público y de la celeridad del procedimiento<sup>17</sup>.

**(ii) Derecho a ser informado de calidad de investigado.** Si quien se encuentra sujeto a medidas investigativas llevadas a cabo por la Comisión, solicita a la DG de Competencia información sobre su calidad de investigado, y considera luego que la respuesta de la agencia es insuficiente, podrá elevar dicha solicitud al *Hearing Officer*<sup>18</sup>.

**(iii) Derecho al acceso al expediente.** Para el ejercicio del derecho al acceso al expediente, puede el afectado por una investigación recurrir a la DG de Competencia, en caso de considerar que la Comisión no le ha dado acceso a ciertos documentos que considera necesarios para su debida defensa. Posterior a ello, podrá elevar el asunto al *Hearing Officer*, quien por resolución fundada resolverá si otorgar o negar la solicitud de acceso efectuada<sup>19</sup>.

**(iv) Solicitudes en materia de confidencialidad.** Según disponen los Términos de Referencia, el *Hearing Officer* cuenta con amplias potestades en materias de confidencialidad<sup>20</sup>. Por un lado, podrá dar pie atrás

---

14 Traducción libre de: “*The Hearing Officer provides a safeguard, in that parties may refer to the Hearing Officer for independent review any issues regarding the effective exercise of their procedural rights which have not been resolved in prior contacts with DG Competition*”. Véase, Wouter P.J. Wils (2012), “The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission”, 10, ver [aquí](#).

15 Artículo 18(1) y (3) de Reglamento N°1/2003 del Consejo de la Comisión, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, de 16 de diciembre de 2002.

16 Véase Wouter P.J. Wils (2012), “The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission”, 13, ver [aquí](#).

17 Ibid, 14.

18 Artículo 4(2) (d) de los Términos de Referencia.

19 Artículo 7 de los Términos de Referencia.

20 En efecto, constata el antiguo *Hearing Officer*, Wouter P.J. Wils: “*The Hearing Officer’s competence covers any objection based on a ground,*

a la decisión de la Comisión de levantar la confidencialidad de determinada información, si un afectado así lo solicita –por ejemplo, por contener la información secretos comerciales, y/o verse afectado un interés merecedor de superior protección. Por otro lado, podrá otorgar a aquel investigado que lo solicite, acceso –limitado– a piezas confidenciales del expediente, de considerar que ello indispensable para el ejercicio del derecho a defensa de aquella parte<sup>21</sup>.

Luego, para el debido resguardo de los derechos procesales, el *Hearing Officer* cuenta también con ciertos poderes de recomendación, específicamente respecto de dos materias:

**(i) Secreto profesional.** En caso de existir controversia entre la DG de Competencia y un investigado sobre la admisibilidad de no acompañar un determinado documento por estar este sujeto a secreto profesional, podrá solicitarse al *Hearing Officer* que revise la disputa. Tras examinar la información en cuestión, el *Hearing Officer* comunicará una opinión preliminar a las partes, a fin de que éstas promuevan una resolución que sea mutuamente aceptable para ambas. De no ser esto último posible, el *Hearing Officer* emitirá una recomendación al respecto –careciendo por tanto de fuerza vinculante– al Comisionado de Competencia<sup>22</sup>.

En procedimientos de operaciones de concentración, se limita nuevamente el rol del *Hearing Officer*, pues su rol consultivo no alcanza aquellos documentos solicitados por la Comisión a propósito de una notificación de operación de concentración, en ejercicio de sus facultades de requerir información<sup>23</sup>.

**(ii) Derecho a la no auto incriminación.** Para aquellos casos en que se requiera información bajo el artículo 18(2) del Reglamento 1/2003 –vale decir, sin arriesgar sanción de por medio en virtud de haberse desplegado conductas anticompetitivas–, si el afectado se opone a responder determinadas preguntas, amparándose en su derecho a la no *auto incriminación*, podrá recurrir al *Hearing Officer*, quien emitirá una recomendación sobre si aplica el derecho a la no *auto incriminación* en el caso en particular.

Asimismo, también en relación con el resguardo de los derechos procesales, el *Hearing Officer* cuenta a su vez con poderes generales de revisión, la posibilidad de que, ante el requerimiento de un investigado, revise de forma independiente cualquier otra solicitud relativa a la protección de los derechos procesales de los afectados, si ésta no ha podido ser previamente resuelta por la DG de Competencia<sup>24</sup>.

### **II.1.3. Roles de verificación (de oficio) del resguardo de las garantías procedimentales dentro de los procedimientos de competencia**

Tercero, el *Hearing Officer* tiene a su cargo verificar –de oficio– que se dé pleno cumplimiento a los derechos procesales de los investigados. Para ello, emitirá una serie de reportes al Comisionado de

---

*arising from rules or principles of EU law, relied on by the interested person in order to claim protection of the confidentiality of the contested information, as well as whether there is an overriding interest in its disclosure*". Véase Wouter P.J. Wils (2012), "The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission", 21, ver [aquí](#).

21 Artículo 8 de los Términos de Referencia.

22 Véase artículo 4(2)(a), en relación con artículo 3(7) de los Términos de Referencia.

23 De esta manera, en procedimientos de operaciones de concentración ante la Comisión, y en el marco de discusiones sobre secreto profesional, se circunscribe el rol de recomendación del *Hearing Officer* a las solicitudes de información que efectúa la Comisión en virtud de sus poderes de inspección o de investigación (en el contexto de un procedimiento para la imposición de una multa).

24 Dicha prerrogativa se encuentra disponible durante todas las fases de los distintos procedimientos, y alcanza incluso procedimientos de compromiso y transacción. Véase los siguientes artículos de los Términos de Referencia: artículo 1(2) y considerando octavo, en relación con artículo 3(7); y artículo 15(1) y (2) en relación con artículo 3(7).

Competencia y a los miembros de la Comisión en general, los que versarán sobre la efectividad del ejercicio de los derechos procesales durante el desarrollo de la audiencia, y a lo largo del procedimiento en general<sup>25</sup>. Dichos reportes, incluso podrían incluir aspectos que no han sido suscitados previamente por los investigados, pero que han llegado igualmente a su conocimiento.

En términos prácticos, este resguardo de las garantías procedimentales se materializa en la emisión, por parte del *Hearing Officer*, de un informe provisional, y posteriormente de un informe final, los que enviará al Comisionado de Competencia, a la DG de Competencia, y a los demás servicios competentes de la Comisión<sup>26</sup>. En éstos, deberá constatar si la decisión de la Comisión se produjo respecto de formulaciones de cargos que hayan sido debidamente conocidos por las partes, y respecto de los cuales estas últimas hayan tenido la oportunidad de ofrecer sus propios argumentos o defensas.

#### **II.1.4. Roles de asesoría al Comisionado de Competencia en aspectos procedimentales o sustantivos**

Cuarto, los Términos de Referencia incluyen en su artículo 3(5) la facultad de que, en cualquier etapa, el *Hearing Officer* formule observaciones sobre toda materia que se suscite dentro de los procedimientos de competencia o de operaciones de concentración. De esta manera, se concibe al *Hearing Officer* ya no sólo con un rol meramente procedimental, sino que dicho rol se extiende ya a uno de orden sustantivo. Ello, al estimarse que, dado que el *Hearing Officer* ha podido conocer de los documentos y antecedentes del caso en particular, posee una base técnica suficiente (y útil) para efectuar observaciones al Comisionado de Competencia<sup>27</sup>.

### **II.2. Una breve mirada a la práctica: la evolución del rol del *Hearing Officer***

Según la descripción recién ofrecida, y dada la extensión de su alcance, pareciera ser que la figura del *Hearing Officer* posee un rol ambicioso en los procedimientos de competencia llevados a cabo ante la Comisión. Pues bien, ¿acompaña la práctica dicha pretensión?

De una revisión de la doctrina autorizada al respecto, las opiniones en principio parecen ser divididas. Por una parte, hay quienes consideran que la figura ha sido un acierto en salvaguardar el derecho de defensa de los investigados, así como en favorecer la publicidad y transparencia de los procedimientos administrativos, elementos claves del derecho a una buena administración<sup>28</sup>. En esa línea, de hecho, se ha abogado por reforzar y extender sus potestades, en especial en aspectos sustantivos, aduciendo que robustecer sus

---

25 Cristina Teleki (2021), "Due process and fair trial in EU competition law: the impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights", 266, ver [aquí](#).

26 Artículos 14 y 16 de los Términos de Referencia.

27 Al respecto, refiere el antiguo *Hearing Officer*, Wouter P.J. Wils: "The *Hearing Officer* has in fact many possibilities to provide advice also on the substance of the case. The *Hearing Officer* is normally always invited to the weekly meeting between the Competition Commissioner and DG Competition, also attended by the Legal Service, in which pending cases are discussed. In particular after the oral hearing, the *Hearing Officer* would normally also give their views on the case. The *Hearing Officer* also has, at regular intervals, individual, separate meetings with the Competition Commissioner, where oral advice can be given without DG Competition and the Legal Service being present. Finally, Articles 3(5) and 14(2) of Decision 2011/695/ EU provide for the possibility of written observations to the Competition Commissioner, copies of which are sent to DG Competition and the Legal Service. Such written observations are only for internal use and not accessible to the parties or the public". Véase, Wouter Wils (2022), "Looking back at his experience as *Hearing Officer* for competition proceedings at the European Commission", 18, ver [aquí](#).

28 Alexander Italianer (2012), "The European Commission's new procedural package: increasing interaction with parties and enhancing the role of the hearing officer", 31-34, ver [aquí](#).

funciones permitiría profundizar los niveles de transparencia y justicia del procedimiento<sup>29</sup>. A la vez, mejoraría el desarrollo de la audiencia ya referida, con el impacto que ello tiene en la decisión final de la Comisión<sup>30</sup>.

Por el contrario, hay quienes han sido más críticos con la existencia de los referidos resguardos procedimentales, pues se ha argüido que con ello se ha tendido a un sistema lento y engorroso, cuyos “cuellos de botella” procedimentales habrían impedido a las autoridades resolver las fallas de mercado a tiempo<sup>31</sup>. Lo anterior, a su vez, habría provocado la marcada tendencia al uso de acuerdos extrajudiciales, justamente para “desformalizar” y acelerar el procedimiento<sup>32</sup>. El caso *Intel*, cuya resolución tardó cerca de una década, constituiría un claro ejemplo de lo anterior<sup>33</sup>.

Una tercera línea argumental considera que el *Hearing Officer* no resulta lo suficientemente útil para sus cometidos, transformándose en una figura “de papel”, que no permite el real resguardo de los derechos de los investigados<sup>34</sup>.

De una revisión de la jurisprudencia, empero, la respuesta a la pregunta sobre si el rol práctico es consistente con su regulación ambiciosa pareciera ser positiva<sup>35</sup>. Si atendemos al número de audiencias realizadas, éstas han ido aumentando de forma exponencial en el tiempo<sup>36</sup>, en especial en procedimientos de operaciones de concentración. Asimismo, con mayor frecuencia se observan disputas de secreto profesional y confidencialidad<sup>37</sup>, en las que el *Hearing Officer* juega un rol fundamental que, además, en la práctica se va extendiendo cada vez más<sup>38</sup>.

---

29 Michael Albers y Jérémie Jourdan (2011), “The Role of Hearing Officer in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective”, 2(3) *Journal of European Competition Law and Practice*, 199, ver [aquí](#).

30 Terry Calvani y Jenny Leahy (2018), “A larger role for the hearing officer: a modest proposal”, 24-29, ver [aquí](#).

31 Así lo consideró, por ejemplo, el legislador belga el año 2013, al reformar su legislación de competencia. Véase, Nicolas Petit, Norman Neyrinck (2015), “Les fonctions de la procédure en droit européen de la concurrence”, 495-496, ver [aquí](#).

32 Ibid.

33 Caso [T-286/09, Intel v. Comisión Europea](#), sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta ampliada), de 26 de enero de 2022.

34 Comisión, *Directorate- General for Competition. DG Competition Stakeholder Study: Stakeholder Report: Lawyers* (2010), 23: “the hearing officer made sure that the coffee is served at the right time and that the interpreters aren’t too tired. They have no real role”. Citado en: Cristina Teleki (2021), “Due process and fair trial in EU competition law: the impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, 205, ver [aquí](#).

35 En efecto, la Comisión constató que, para los años 2017 y 2018, hubo un fuerte desarrollo de criterios del *Hearing Officer* en materias procedimentales, tales como el derecho a ser oído, el acceso al expediente, y sobre reclamos de confidencialidad en el contexto de publicación de decisiones de la Comisión. Comisión (2019), *Activity Report 2017-2018*.

36 Sobre el aumento de audiencias, el *Hearing Officer* notó el incremento de audiencias orales tanto en procedimientos sancionatorios como de operaciones de concentración, aumentando desde 5 en 2017, a 11 en 2018, número más alto hasta aquel momento. Ibid.

37 A modo de ejemplo, véase la discusión dada recientemente en el *Caso Trucks (Scania)*, relativa a la posibilidad de Scania de acceder a ciertos antecedentes integrantes del expediente de investigación de la DG de Competencia –correspondientes a algunas respuestas al pliego de cargos y a antecedentes incorporados en virtud del programa de clemencia–. Caso [T-799/17, Scania v. Comisión Europea](#), informe final del *Hearing Officer*, de 30 de junio de 2020, y sentencia del Tribunal General (Sala Décima ampliada), de 2 de febrero de 2022.

38 Véase, por ejemplo, la disputa de confidencialidad suscitadas en el *Caso Hydrogen Peroxide and Perborate*, a propósito de la intención de la Comisión de publicar una versión no confidencial de su decisión, que incluía información acompañada por Evonik en el marco del procedimiento de clemencia al cual se sujetó. Evonik remitió el asunto al *Hearing Officer*, solicitando se excluyese de la versión no confidencial de la decisión toda la información proveniente de su comunicación de clemencia. El *Hearing Officer* rechazó la solicitud, aduciendo que se encontraba fuera de sus competencias. El asunto fue levantado ante la Corte de Justicia Europea, la que, al resolverlo, estableció que las facultades del *Hearing Officer* no se encuentran limitadas a ciertas causales de confidencialidad, sino más bien deben cubrir toda objeción basada en la infracción de normas y/o principios de la UE. Caso T-162/15 P, sentencia del Tribunal General (Gran Sala), de 14 de marzo de 2017.



Prueba de lo anterior, es que la figura ha sido replicada en algunos Estados Miembros de la UE, que con mayor o menor intensidad la han incorporado a sus diseños institucionales internos<sup>39</sup>. Así, por ejemplo, la autoridad de competencia francesa contempla un “*Conseiller Auditeur*”, cuyo rol en principio es el mismo, pero cuyas facultades son meramente consultivas o de recomendación. Otras autoridades de competencia, como la de Reino Unido, Grecia y Hungría, si bien no contemplan la figura como tal, aducen tener instituciones que ejercen potestades similares, ofreciendo resguardos procedimentales adicionales<sup>40</sup>.

De esta manera, es posible sostener que el *Hearing Officer* se ha erigido como una figura que provee herramientas útiles para los investigados, las que han sido utilizadas razonablemente por éstos.

### III. EL SISTEMA INSTITUCIONAL CHILENO Y EL RESGUARDO DE DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES ANTE EL ÓRGANO PERSECUTOR DE LIBRE COMPETENCIA

Como bien se sabe, nuestro diseño institucional de libre competencia se estructura en base a una agencia de competencia especializada que, para la correcta protección de la libre competencia, lleva adelante una serie de procedimientos administrativos sujetos a una ley especial y, en subsidio, a la normativa general sobre procedimientos administrativos.

Así, de acuerdo al Decreto con Fuerza de Ley N°211 (“DL 211”), la Fiscalía deberá –entre otras materias que exceden este artículo– (i) instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones al DL 211, tras lo cual, ejercerá sus funciones acusadoras ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), o desestimaré las investigaciones con informe fundado; y, (ii) fijar los umbrales, recibir las notificaciones de operaciones de concentración –según lo dispuesto por el artículo 48 del DL 211–, para luego tomar conocimiento de éstas y proceder a su evaluación.

En el ejercicio de ambas potestades, por tanto, se concibe necesariamente una fase de investigación reglada, de acuerdo con lo dispuesto por el DL 211, la Ley N°19.880 –que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado–, así como con las directrices *infra* legales que establece el “[Instructivo Interno Para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica](#)”, de mayo de 2013<sup>41</sup>. Tal reglamentación, sin embargo, no provee reglas procedimentales en una serie de materias relevantes, ni contempla mecanismos generalizados para el resguardo de los derechos de las personas afectadas por la investigación.

Con el paso del tiempo, y frente a la ausencia de normativa en determinados aspectos, la FNE ha ido elaborando sus propios procedimientos, más o menos formalizados, a fin de sujetarse a mayores estándares de transparencia y de intentar asegurar el derecho de defensa de quienes se encuentran siendo investigados<sup>42</sup>.

---

39 Así, por ejemplo, la regulación italiana de competencia contempla la existencia de un *Hearing Officer*.

40 Véase, OECD (2010), “Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings”, 102-103; 112; 153, ver [aquí](#).

41 Respecto del procedimiento de control preventivo de operaciones de concentración, rige además el Reglamento sobre notificación de una operación de concentración, además de las guías internas relativas a éste.

42 Ejemplo de ello es el tratamiento que de forma reciente se ha dado al secreto profesional, cuestión a la que referiremos con mayor detalle a continuación.

Al mismo tiempo, tras la dictación de la Ley N°20.945, la Fiscalía ha adquirido mayores prerrogativas para el desarrollo de su labor investigativa y de fiscalización, lo que vuelve todavía más relevante esta materia.

Frente a tales mayores prerrogativas, y en concordancia con la necesidad de las agencias de competencia de ser eficaces y transparentes, podría resultar interesante evaluar la incorporación de herramientas que aseguren dichos mayores estándares en objetividad y transparencia, así como la adecuada protección del derecho de defensa de quienes se encuentran sujetos a una investigación y el debido respeto de los derechos de terceros, sea por hechos anticompetitivos o por procesos de operaciones de concentración<sup>43</sup>. Lo anterior, con el beneficio adicional de que, si se saca del ámbito de competencias del equipo de la Fiscalía la revisión de materias como las referidas en esta presentación, dicho equipo podrá centrar su tiempo y esfuerzo en el análisis sustantivo de la investigación que esté desarrollando. Pero, inclusive, en cierta medida dichas herramientas podrían ser beneficiosas de cara a los procedimientos iniciados ante el TDLC, al resolver en sede administrativa materias que, de otra manera, serían muy probablemente discutidas luego en sede infraccional (por ejemplo, asuntos relativos a la confidencialidad de ciertas piezas del expediente de investigación).

A continuación, intentaremos resolver si la incorporación de una figura de este tipo también resultaría lo suficientemente provechosa para el resguardo del derecho de defensa de los investigados, incluyendo a quienes son parte de un proceso de análisis de operación de concentración, sin socavar o dificultar la labor investigativa de la FNE.

#### **IV. BAJO EL DISEÑO INSTITUCIONAL CHILENO DE COMPETENCIA, ¿TIENE SENTIDO REPLICAR UNA FIGURA COMO LA DEL *HEARING OFFICER*, O AL MENOS, LOS PRINCIPIOS O FUNDAMENTOS QUE LA INSPIRAN?**

De lo expuesto hasta este punto, debiera resultar evidente que una serie de decisiones y atribuciones que en el derecho europeo de la libre competencia toma y ejecuta el *Hearing Officer* -una figura *ad hoc* creada para esos efectos-, en nuestro país son tomadas y ejecutadas por el propio equipo de la FNE a cargo de una investigación. En efecto, si bien en la mayoría de los casos serán los propios integrantes del equipo de la Fiscalía a cargo del caso en cuestión los que resolverán las distintas materias tratadas *supra*, en algunas ocasiones quedarán a cargo de profesionales de la FNE que no forman parte del equipo a cargo de la investigación, quienes, sin embargo, dada la actual estructura organizacional de la Fiscalía, no reúnen niveles de independencia y autonomía asimilables a los del *Hearing Officer*. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de delación compensada y de discusión sobre secreto profesional.

Resulta razonable preguntarse, por tanto, si es que existirían beneficios para la institucionalidad chilena de libre competencia al intentar aplicar en nuestro derecho de competencia algunos de los principios que inspiran a la figura del *Hearing Officer* -tales como el aseguramiento de independencia y autonomía a la hora de resolver conflictos en el ejercicio de derechos procedimentales-, teniendo siempre presentes las evidentes diferencias de diseño institucional que existen entre nuestro derecho y el derecho comunitario europeo. De hecho, son esas diferencias las que nos llevan a preguntarnos por la posibilidad de aplicar los principios o fundamentos detrás de la herramienta, y no la regulación del derecho europeo sin más. Ello, pues es evidente que esta última alternativa enfrentaría serias dificultades en Chile, considerando su particular diseño institucional. En concreto, en un modelo de agencia de libre competencia como el de la UE, en que

---

43 Al respecto, véase Claudio Lizana (2022), "Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica y debido proceso", Investigaciones CeCo (febrero), ver [aquí](#).

es la propia agencia quien investiga y decide los casos en una primera instancia, la figura del *Hearing Officer* requiere atribuciones tan relevantes como las que en definitiva se le otorgaron. En Chile, considerando que salvo respecto de las materias referidas en el Título IV del DL 211, es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no la FNE quien decide los casos en primera instancia, resulta natural que los resguardos que requieren los sujetos investigados y los terceros son distintos de aquellos aplicables en la UE.

El punto central en esta discusión en Chile es si, considerando que la FNE no impone sanciones, en rigor la lesividad de los derechos de los investigados tendría menos consecuencias prácticas que en el derecho europeo. Luego, podría argumentarse, el costo institucional de incorporar una figura como el *Hearing Officer* en Chile podría estar menos justificado desde esta perspectiva. Donde sí lo estaría es en los procedimientos de operaciones de concentración, en que la Fiscalía toma decisiones vinculantes para las partes. Anticipamos que una figura como la que se viene discutiendo podría también reducir costos de administración del sistema, por cuanto la externalización de ciertas materias procedimentales podría hacer que el proceso en su conjunto sea más eficiente para todas las partes.

Por ello, nuestra primera aproximación es que efectivamente podría ser razonable sustraer del ámbito decisional del equipo que lleva a su cargo una determinada investigación cuestiones tales como discusiones sobre confidencialidad, secreto profesional, acceso al expediente y la ampliación de plazos para responder oficios de la Fiscalía, y radicarlas en un tercero con un mayor grado de independencia. Una opción, si se quiere, intermedia, sería admitir la posibilidad de hacerlo –esto es, trasladar las referidas materias a un tercero con un mayor grado de autonomía– para aquellos casos en que no hubiera un entendimiento común en estas materias entre el equipo de la FNE a cargo de un caso en concreto y el agente económico en cuestión.

Estimamos que con ello, nuestra institucionalidad de libre competencia podría beneficiarse en al menos tres sentidos: **(i)** podría permitir a la Fiscalía centrar los esfuerzos del equipo a cargo de una investigación en el análisis y ponderación de los aspectos más sustantivos de la misma, dejando en manos de un tercero el análisis de cuestiones más bien procedimentales o vinculadas con los derechos de los investigados; **(ii)** podría permitir velar de mejor manera por el adecuado resguardo de los derechos de los investigados particularmente en casos de operaciones de concentración, dado que quien estaría tomando las decisiones sobre la materia sería una persona que no estaría directamente involucrada en la investigación que se está llevando adelante; y, **(iii)** en ciertos casos –por ejemplo, en situaciones referidas a discusiones sobre confidencialidad o secreto profesional–, las decisiones que adopte la persona que estaría a cargo de estas materias podrían ahorrar tiempo en la discusión que al respecto suele tener lugar luego en sede jurisdiccional ante el TDLC.

Por ejemplo, en materia de confidencialidad, en ciertos tipos de investigaciones llevadas adelante por la Fiscalía –particularmente en aquellas referidas al control de operaciones de concentración–, las versiones públicas de la información aportada por los sujetos investigados y/o terceros a la investigación tienen un rol importante, particularmente cuando la investigación se extiende a la Fase II en los términos consagrados en el artículo 54 letra c) y 55 inciso tercero del DL 211. Si bien, por regla general, el tiempo dedicado a las discusiones de confidencialidad con la Fiscalía suele no ser desproporcionado, igualmente supone distraer al equipo a cargo de la investigación, en uno de los momentos más críticos de su desarrollo, para poder revisar y discutir con los agentes económicos cuál es la versión pública aceptable de cada documento acompañado al expediente de investigación.

Del lado de los agentes económicos, en aquellos casos en que existen discrepancias con el equipo de la Fiscalía a cargo de un caso determinado, para el resguardo adecuado de sus derechos, posiblemente sería más conveniente que un tercero distinto del equipo a cargo de la investigación resuelva dicha diferencia de opinión. Finalmente, si el expediente de la Fiscalía se presenta ante el TDLC en virtud de la interposición de un recurso de revisión especial –en los términos del artículo 57 inciso final del DL 211–, la ventaja de que un

tercero imparcial haya decidido respecto de la confidencialidad de las piezas que componen el expediente de investigación de la Fiscalía permite que pueda prescindirse de dicha discusión en sede jurisdiccional.

Una lógica similar se observa en materia de secreto profesional. A la fecha, entendemos que, en la mayoría de los casos, son profesionales de la misma división de la Fiscalía que está llevando adelante una investigación quienes deciden respecto de si otorgar o no la confidencialidad de cierta información, por estar ésta cubierta por el privilegio cliente-abogado. En nuestra experiencia, la División de Fusiones de la FNE ha desplegado esfuerzos muy valorables, orientados a que la persona que resuelva estas materias no esté involucrada en el equipo a cargo de la investigación. Sin embargo, ello podría no ser suficiente cuando existe una discrepancia entre dicha persona y el agente económico en cuestión, respecto de si cierta pieza del expediente está o no cubierta por secreto profesional. Ello, pues en dicho caso, tenderá a prevalecer el criterio de la Fiscalía, sin que exista un contrapeso efectivo. Las consecuencias de lo anterior son muy relevantes, pues implican que un documento, que a juicio de un agente económico se encuentra cubierto por secreto profesional, termine igualmente siendo conocido por la autoridad. Por ello, al permitir que, en casos de discrepancias, recaiga la decisión en un tercero con una posición más imparcial, se podría ayudar a dar mayor legitimidad a este tipo de decisiones por parte de la FNE.

Lo mismo ocurre respecto de discusiones asociadas al acceso al expediente de investigación o a prórroga de plazos para contestar solicitudes de la Fiscalía. Al igual que para las otras materias, estimamos que, en caso de desacuerdos entre el agente económico y el equipo de la Fiscalía, podría ser más conveniente que un tercero –con un grado mayor de imparcialidad e independencia– resuelva el asunto.

Tras la revisión de las principales materias –de orden, principalmente, procedimental– en que creemos valioso incorporar parte de los principios que inspiran la figura del *Hearing Officer*, la pregunta evidente que surge a continuación refiere a cómo lograr, en una institucionalidad como la chilena, que la persona que cumpla estos roles lo haga de forma imparcial, considerando nuestro diseño institucional, las atribuciones de la Fiscalía y su organización interna. Una alternativa que estimamos como razonable es que se trate de una persona que dependa directamente del Fiscal Nacional Económico<sup>44</sup>, y no así de uno/a de los Jefes de División de la Fiscalía. Si bien no se trata de una estructura óptima, pareciera ser la más practicable en nuestro actual diseño institucional. Otra alternativa, a nuestro parecer menos practicable, sería que se trate de una persona que se desempeñe en el TDLC. Sin embargo, esta última fórmula podría distorsionar el tipo de relación entre ambos órganos y las bases de nuestro diseño institucional, en que la independencia entre el TDLC y la FNE es fundamental.

## V. CONCLUSIONES

La existencia de una figura como la del *Hearing Officer* en el derecho comunitario europeo, si bien en principio ajena y extraña a nuestra institucionalidad de competencia, constituye igualmente una figura que nos parece interesante de observar y analizar. Ello, en especial en atención a los principios o fundamentos que justifican su existencia, por cuanto constituyen principios plenamente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico nacional de competencia, cuya aplicación ha sido profundizada por la Fiscalía en el desarrollo de sus investigaciones.

En ese sentido, y con miras a fortalecer la protección del derecho de defensa –y muy especialmente, de los derechos y resguardos procedimentales– de quienes se encuentran involucrados en una investigación

---

44 En cuando al financiamiento de este profesional, una opción sería, si no que quisiera realizar utilizando fondos públicos, que sea un privado financiado por las partes que soliciten su designación. Una solución equivalente fue propuesta en Benjamín Mordoj H (2022), “El auxiliar de confidencialidad: una propuesta de reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973”, Investigaciones CeCo (junio), ver [aquí](#).

ante la FNE -sea de análisis de conducta o de operación de concentración-, como también a beneficiar el desarrollo de la labor investigativa sustantiva de la Fiscalía, e incluso de la consecución del procedimiento jurisdiccional ante el TDLC, es que estimamos sería positivo extraer ciertos principios de la figura del *Hearing Officer* que podrían ser útiles en nuestro derecho de competencia.

En particular, podría analizarse la incorporación en nuestro derecho de competencia de una persona que cuente con mayores grados de independencia e imparcialidad, para que, en el marco de investigaciones llevadas adelante por la FNE, intervenga en materias tales como discusiones de confidencialidad, secreto profesional, acceso al expediente, así como la ampliación de plazos para responder a oficios. Propiciar la intervención de un tercero en las referidas discusiones permitiría avanzar en mayores estándares de transparencia, celeridad, y, en último término, otorgar inclusive mayor legitimidad a las decisiones de la Fiscalía en el marco de sus investigaciones, además de permitir conciliar intereses legítimos de protección de derechos de los agentes económicos.

## BIBLIOGRAFÍA:

Alexander Italianer (2012), "The European Commission's new procedural package: increasing interaction with parties and enhancing the role of the hearing officer", ver [aquí](#).

Benjamín Mordoj H (2022), "El auxiliar de confidencialidad: una propuesta de reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973", Investigaciones CeCo (junio), ver [aquí](#).

Claudio Lizana (2022), "Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica y debido proceso", Investigaciones CeCo (febrero), ver [aquí](#).

Cristina Teleki (2021), "Due process and fair trial in EU competition law: the impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights", ver [aquí](#).

Comisión (2019), *Activity Report 2017-2018*.

Comisión (2014), *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, Documento de trabajo.

Michael Albers y Jérémie Jourdan (2011), "The Role of Hearing Officer in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective", 2(3) *Journal of European Competition Law and Practice*, ver [aquí](#).

Nicolas Petit, Norman Neyrinck (2015), "Les fonctions de la procedure en droit européen de la concurrence", ver [aquí](#).

OECD (2010), "Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings", ver [aquí](#).

Terry Calvani y Jenny Leahy (2018), "A larger role for the hearing officer: a modest proposal", ver [aquí](#).

Wouter P.J. Wils (2012), "The Role of the Hearing Officer in Competition Proceedings before the European Commission", ver [aquí](#).

Wouter Wils (2022), "Looking back at his experience as Hearing Officer for competition proceedings at the European Commission", ver [aquí](#).



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:  
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

María Turner Bezanilla y Diego Hernández De Lamotte, "El *Hearing Officer* de la Comisión Europea: Posibles aplicaciones prácticas para Chile", *Investigaciones CeCo* (junio, 2023),  
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a [info@centrocompetencia.com](mailto:info@centrocompetencia.com)  
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile