



INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LIBRE COMPETENCIA: NECESIDAD Y DESAFÍOS DE LA COLABORACIÓN EN CHILE

Stefan Goecke Ruz y María Hamilton Echavarri

Inteligencia artificial y libre competencia: necesidad y desafíos de la colaboración en Chile

Febrero 2024



Stefan Goecke R.

Abogado de la Universidad de Chile. Asociado del grupo Regulatorio y Libre Competencia de Bofill Escobar Silva. Procuró en la Fiscalía Nacional Económica y fue ayudante de Derecho Civil y Administrativo en la Universidad de Chile.



María Hamilton E.

Abogada de la Universidad de Chile. Diplomado en Inteligencia Artificial, Universidad de Chile (2023). Asociado del grupo Mercado de Capitales de Barros & Errázuriz.

Abstract: El presente artículo tiene por objeto analizar el desarrollo de la inteligencia artificial, su regulación, y la necesidad de colaboración entre empresas competidoras para una aplicación responsable y socialmente beneficiosa. Lo anterior, implica una tensión crítica entre la necesidad de colaboración y el espíritu de las normas de libre competencia. En particular, el artículo estudia cómo la normativa y la jurisprudencia han abordado la colaboración entre competidores a nivel nacional, y qué mecanismos se han adoptado en derecho comparado, con la finalidad de impulsar el desarrollo de la inteligencia artificial, sin transgredir los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la competencia. En el documento, además, se realizan propuestas concretas que podrían adoptarse en el sistema chileno de libre competencia para conciliar ambas materias.

ÍNDICE

I. Introducción.....	4
I.A. Desarrollo de la IA.....	5
I.B. En atención a los riesgos que genera, la IA debe ser regulada.....	5
I.B.1. Política nacional de IA.....	7
II. Necesidad de colaboración en materia de IA para potenciar adecuadamente su desarrollo.....	8
III. Desafíos que la colaboración en materia de IA genera para la libre competencia.....	9
III.A. Cuestión preliminar: dificultad en la determinación del mercado relevante al analizar sistemas de IA.....	10
III.B. En Chile no existe un reconocimiento en la normativa de libre competencia que permita la colaboración entre competidores.....	11
III.B.1. Desarrollo de las autoridades de competencia sobre la colaboración entre competidores.....	12
III.B.2. Desarrollo a nivel comparado sobre la colaboración entre competidores.....	14
III.C. Lecciones de la implementación de la Ley REP: resguardos que se deben adoptar en la colaboración entre empresas desarrolladoras de sistemas de IA.....	15
IV. Sugerencias y soluciones para otorgar certeza jurídica en la colaboración en materia de IA.....	16
IV.A. Utilizar el procedimiento de consulta ante el TDLC.....	17
IV.B. Consolidar la aplicación de la regla de la razón conforme al artículo 3° letra a) del DL 211.....	18
IV.C. Elaboración de una guía por parte de la FNE.....	20
IV.D. Posibilidad de solicitar un informe previo al TDLC en la futura legislación de IA.....	21
IV.E. Incorporar una exención a la letra a) del artículo 3° del DL 211.....	22
V. Conclusiones.....	23
BIBLIOGRAFÍA.....	24

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, la tecnología y el desarrollo de la ciencia han experimentado un crecimiento sin límites, en donde la Inteligencia Artificial (en adelante “IA”) ha adquirido un rol fundamental.

Ahora bien, muchos se han formulado la siguiente pregunta: ¿Qué se entiende por IA?, y la realidad es que existe poco consenso en torno a la adopción de una definición universal.

Prueba de lo anterior son las distintas definiciones que organismos internacionales han esbozado en un breve periodo de tiempo. En el año 2019, la OCDE afirmó que la IA correspondía a “un sistema basado en la máquina que, para objetivos previamente definidos por el ser humano, puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo en entornos reales o virtuales, sobre ciertos objetivos definidos por los humanos”¹. Luego, el 2020, la UNESCO indicó que los sistemas de IA “son tecnologías de procesamiento de la información que incorporan modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos reales y virtuales”².

Recientemente, en noviembre de 2023 la OCDE modificó su definición de la IA y señaló que corresponde a “un sistema basado en la máquina que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, desde los insumos que recibe, cómo generar resultados como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”³. Esta definición fue seguida por el Parlamento Europeo en el proceso de elaboración de la primera Ley de IA⁴.

Lo que resulta clave en la distinción entre la IA y otras tecnologías computacionales, es que la primera dice relación con “la capacidad de una máquina para realizar funciones cognitivas asociadas con la mente humana, como la percepción, el razonamiento, el aprendizaje, la interacción con el entorno, la resolución de problemas e incluso la expresión de la creatividad”⁵.

Sin lugar a dudas, uno de los mayores exponentes del desarrollo de la IA es la herramienta de procesamiento de lenguaje natural “ChatGPT”. Pues bien ¿cómo define Chat GPT a la IA?: “La inteligencia artificial (IA) se refiere a la simulación de procesos de inteligencia humana mediante la programación de algoritmos en sistemas informáticos. El objetivo principal de la inteligencia artificial es desarrollar sistemas que puedan realizar tareas que normalmente requieren de la inteligencia humana, como el razonamiento lógico, el aprendizaje, la percepción visual, el reconocimiento del habla, la toma de decisiones y la resolución de problemas”⁶.

Sin importar cómo se define la IA, hoy es un hecho que la mayoría de los países se encuentran en una carrera por impulsar su desarrollo. Sin perjuicio de ello, a pesar de que existe consenso sobre el hecho de que la IA ha permitido avances y beneficios en múltiples áreas, ella conlleva diversos desafíos.

1 OECD, *Artificial Intelligence in Society* (2019), <https://doi.org/10.1787/eedfee77-en>.

2 UNESCO, *Documento final: primera versión del proyecto de recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial* (septiembre 2020), 6, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434_spa.

3 Stuart Russel, Karine Perset, y Marko Grobelnik, “Updates to the OECD’s definition of an AI system explained”, *OECD.AI Policy Observatory* (29 de noviembre, 2023), <https://oecd.ai/en/work/ai-system-definition-update>.

4 Parlamento Europeo, “Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial”, *Noticias Parlamento Europeo* (14 de junio, 2023), <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20230601STO93804/ley-de-ia-de-la-ue-primer-normativa-sobre-inteligencia-artificial>.

5 MCKINSEY & COMPANY, “What is AI?”, *Mckinsey & Company* (24 de abril, 2023), <https://www.mckinsey.com/featured-insights/mckinsey-explainers/what-is-ai#/>.

6 CHAT GPT, Definición de IA, última visita: 27 de diciembre de 2023, <https://chat.openai.com/>.

I.A. Desarrollo de la IA

“En la primera mitad del siglo XX, la ciencia ficción familiarizó al mundo con el concepto de robots artificialmente inteligentes. Comenzó con el ‘sin corazón’ Hombre de Hojalata de El Mago de Oz y continuó con el robot humanoide que suplantaba a María en Metrópolis. Para la década de 1950, teníamos una generación de científicos, matemáticos y filósofos con el concepto de inteligencia artificial culturalmente asimilado en sus mentes. Una de esas personas fue Alan Turing, un joven polímata británico que exploró la posibilidad matemática de la inteligencia artificial. Turing sugirió que los humanos utilizan la información disponible, así como la razón, para resolver problemas y tomar decisiones, entonces, ¿por qué las máquinas no pueden hacer lo mismo?”⁷ ¿pueden las máquinas pensar?

Un par de años más tarde, en 1956, se celebró una conferencia en Dartmouth organizada por Marvin Minsky, Claude Shannon y Nathaniel Rochester, la cual constituyó un momento crucial para el desarrollo y perfilamiento de la IA como la conocemos hoy. En esta conferencia se reunieron alrededor de diez investigadores, “para formalizar el concepto de inteligencia artificial como un nuevo campo de estudio científico”⁸. En este sentido, se planteó la idea de que la inteligencia del ser humano podría ser replicada en las máquinas. Esta conferencia marcó sin duda la pauta para lo que fueron los siguientes veinte años de desarrollo de la IA.

Hoy, la situación y el desarrollo es claro, la IA se encuentra presente a lo largo de toda la vida del ser humano. Ésta es usada para los asistentes virtuales y los *chatbots* (como ChatGPT), para el reconocimiento de imágenes e incluso de rostros, para mecanismos de procesamiento del lenguaje natural, para sistemas de recomendación, en campos de la medicina, y en la conducción autónoma, entre otros.

I.B. En atención a los riesgos que genera, la IA debe ser regulada

Los lanzamientos de diversas plataformas de IA y otras tecnologías han generado un debate acerca de la necesidad de regular su uso. En este sentido, por una parte, los países quieren permitir la libertad suficiente para el desarrollo de sistemas de IA y, por el otro, existen aprehensiones relevantes que justificarían regularlas.

A este respecto, si bien las “nuevas herramientas de IA en general ofrecen un gran potencial para el desarrollo de la industria, la agricultura, la salud, la educación y otras áreas”⁹, han sido varios los científicos y políticos que han solicitado el “establecimiento de un marco legal y ético para evitar impactos potencialmente perjudiciales”¹⁰.

Uno de los riesgos más graves del uso de la IA es el hecho de que la información con la cual se alimenta al modelo de IA -es decir, su “dataset”- puede ser simplemente incorrecta¹¹. Por ejemplo, si le preguntamos a Chat GPT al mes de diciembre de 2023, ¿quién es el actual Presidente de Chile? Su respuesta es Sebastián Piñera, cuando en realidad el actual Presidente de Chile es Gabriel Boric. En este caso, el error se encuentra en los datos suministrados para entrenar al sistema, toda vez que ChatGPT solamente opera con datos hasta enero del año 2022.

7 Rockwell Anyoha, “The History of Artificial Intelligence”, *Harvard University* (28 de agosto, 2017), <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>.

8 Andrés Abeliuk y Claudio Gutiérrez, “Historia y Evolución de la Inteligencia Artificial”, *Revista Bits de Ciencia* (3 de agosto, 2021), <https://revistasdex.uchile.cl/index.php/bits/article/view/2767>.

9 Marcin Grajewski, “Artificial intelligence: [What Think Tanks are thinking]”, *EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE* (23 de marzo, 2023), <https://epthinktank.eu/2023/03/23/artificial-intelligence-what-think-tanks-are-thinking-2/>.

10 Grajewski, “Artificial intelligence: [What Think Tanks are thinking].”

11 Esto es especialmente relevante para los modelos de IA desarrollados conforme al paradigma sub-simbólico, es decir, que operan en base a patrones de datos (*data driven*), y no en base al razonamiento lógico e inferencial (como ocurre en los modelos que siguen el paradigma simbólico).

Aún peor, la información que entregan las plataformas basadas en IA “puede estar sesgada (debido a los sesgos de género, racial y varios otros que se encuentran presentes e instaurados en internet y en la sociedad en general), e incluso la información puede ser manipulada para facilitar actividades poco éticas o criminales”¹². Por ello, “las organizaciones que dependen de modelos generativos deben considerar los riesgos de reputación y legales asociados con la publicación involuntaria de contenido sesgado, ofensivo, o incluso con lo relativo a derechos de autor”¹³.

En relación con el riesgo de sesgos, la IA incluso puede amplificarlos si es que no se implementa de manera responsable. Lo anterior es especialmente relevante si es que se utiliza en áreas sensibles. En este sentido, los datos para entrenar los modelos de IA podrían incorporar sesgos que conlleven a “decisiones discriminatorias en áreas como la contratación, la atención médica o la justicia penal, con consecuencias injustas para ciertos grupos de población”¹⁴.

En lo que respecta al empleo, hay quienes temen que el desarrollo exponencial de la IA vaya a reemplazar a la mano de obra humana. Si bien hoy existe consenso en torno a que la ocurrencia de dicho escenario es poco probable, sí es efectivo que existen una serie de labores que se han ido automatizando (lo que incluso ha afectado al rubro de la abogacía)¹⁵. Un estudio realizado por la consultora McKinsey sugiere que el impulso actual apunta a la probabilidad de que las tecnologías de IA sean eventualmente adoptadas a nivel global en una variedad aún más amplia de entornos e industrias, y una de las consecuencias más importantes sería que las máquinas se encarguen de una variedad de tareas que siempre han sido realizadas por humanos. Asimismo, un informe de McKinsey Global Institute analizó más de 2.000 actividades laborales en 800 ocupaciones en la economía global, y parecería técnicamente factible que el 50% de las actividades laborales actuales podrían ser automatizadas usando tecnologías actualmente demostradas¹⁶. En esta misma línea hay quienes sugieren que “es cierto que, probablemente, la introducción de la IA conlleve la desaparición o la transformación drástica de hasta la mitad de los empleos”¹⁷.

Por otro lado, con el desarrollo de la IA hay quienes se formulan la siguiente pregunta ¿estaremos frente a la extinción de la privacidad? y por supuesto, es una interrogante bastante fundada. Los modelos de IA se entrenan con el suministro de datos, siendo la mayoría de ellos, datos personales. Esto evidentemente requiere que exista regulación sobre el tratamiento de datos personales que proteja efectivamente los derechos de sus titulares¹⁸.

Finalmente, entre los múltiples riesgos que pueden derivarse del uso de la IA se encuentra aquel relativo a la toma de decisiones éticas. Por ejemplo, el caso de “la asignación de responsabilidades en caso de errores o daños causados por sistemas de IA”¹⁹. Un clásico ejemplo de lo anterior es el caso en que una persona condujo siguiendo Google Maps, su ruta lo llevó por un camino que implicaba cruzar por un puente que no

12 MCKINSEY & COMPANY, “What is AI?”.

13 MCKINSEY & COMPANY, “What is AI?”.

14 Sebastián Ríos, “Los riesgos de la Inteligencia Artificial”, *Revista Mensaje* (Mayo, 2023), <https://www.dii.uchile.cl/wp-content/uploads/2023/05/02-REVISTA-MENSAJE-Los-riesgos-de-la-Inteligencia-Artificial.pdf>.

15 Ver: Irene Cortés, “El futuro sombrío de la abogacía: entre el 30% y el 50% de la fuerza laboral desaparecerá en 2050”, *El Confidencial* (29 de junio, 2021), https://www.elconfidencial.com/juridico/2021-06-29/futuro-abogacia-fuerza-laboral-desaparecera-en-2050_3155859/?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=BotoneraWeb.

16 Ver: Dominic Barton, Jonathan Woetzel, Jeongmin Seong, y Qinzhen Tian, “Artificial Intelligence: Implications for China”, *MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE* (Abril, 2017), <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Featured%20Insights/China/Artificial%20Intelligence%20Implications%20for%20China/MGI-Artificial-intelligence-implications-for-China.ashx>.

17 Kai-Fu Lee, “El trabajo en la era de los Datos, La inteligencia artificial y el futuro del trabajo: una perspectiva china” (2020), <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/inteligencia-artificial-y-futuro-del-trabajo-perspectiva-china/#c16n4>.

18 En Chile, por ejemplo, en lo que respecta a datos personales, la Ley N°21.096 introdujo una modificación a la Constitución Política de la República, consagrando en el artículo 19 N°4 expresamente el derecho a la protección de los datos personales, también conocido como autodeterminación informativa. Ahora bien, el sistema chileno ha fallado en crear una estructura que permita efectivamente proteger dicho derecho, principalmente debido a la falta de herramientas legales. Más detalles en: Pablo Contreras, “El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales* 18, N°2 (2020), https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-52002020000200087#fn2.

19 Ríos, “Los riesgos de la Inteligencia Artificial”, 41.

existía hace ya años, y al cruzar, falleció²⁰. ¿Quién es responsable de los daños causados? ¿Google Maps? Si es que lo es ¿quién dentro de la organización? ¿o es el conductor? Y así son múltiples las interrogantes que surgen en torno a la asignación de responsabilidad.

Los riesgos del desarrollo de la IA anteriormente descritos deben ser analizados con particular cautela respecto de los sistemas de *machine learning*. Ello, por cuanto dichos sistemas pueden generar resultados que exceden las capacidades interpretativas del ser humano, entregando datos cuya fuente no es identificable muchas veces, en donde los algoritmos no son transparentes, y que pueden adolecer de sesgos discriminatorios.

Como se ha expuesto, el uso de la IA puede conllevar riesgos que la sociedad no está dispuesta a tolerar, y justamente por ello es que se requiere su regulación respecto a determinadas materias. Por lo mismo, “los gobiernos, la sociedad civil y la opinión pública, actualmente se centran en la necesidad de una IA segura, beneficiosa y responsable”²¹.

Sin duda, hoy el foco está puesto en la ética de la IA y su gobernanza, y por tanto las preguntas que se formulan son ¿cómo deberíamos desarrollar e implementar sistemas de IA? dada su posible repercusión en el bienestar y otros valores profundamente arraigados, como la autonomía o la dignidad; y ¿cómo garantizamos el desafío ético de la IA? ya sea a través de regulaciones, marcos de gobernanza, o enfoques más flexibles como estándares y pautas éticas²².

I.B.1 Política nacional de IA

En el mes de septiembre de 2019, la Comisión Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación del Senado de la República de Chile, aprobó la idea de acordar una hoja de ruta en materia de IA. En virtud de lo anterior, desde el año 2021, Chile cuenta con una Política Nacional de Inteligencia Artificial²³.

Si bien la adopción de esta política tiene por fundamento promover el desarrollo de la IA responsable a nivel nacional, ésta no contiene una regulación integral, y hoy no contamos con más que mociones parlamentarias que pretenden regular algunos aspectos particulares del uso de la IA²⁴. Este documento no es por tanto –al menos actualmente– más que una hoja de ruta o mera declaración.

Sin perjuicio de lo anterior, la misma Política Nacional de IA señala que “dado que en la región existe un nivel de desarrollo y discusión distinto al del hemisferio norte, es urgente que los países emergentes se hagan presentes en las instancias internacionales de deliberación –y que, quienes las promueven, hagan un esfuerzo activo de incorporarlos– a la vez que se avanza en principios y gobernanzas locales”²⁵.

20 María José Gómez, “Viuda demanda a Google tras muerte de su esposo: aplicación Maps le indicó conducir por puente derrumbado”, *La Tercera* 125 de septiembre, 2023), <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/viuda-demanda-a-google-tras-muerte-de-su-esposo-aplicacion-maps-le-indico-conducir-por-puente-derrumbado/NGQS2J7U2RAUHOLPO5PGJNGPKY/>.

21 Shin-Shin Hua y Haydn Belfield, “AI & Antitrust: Reconciling Tensions between Competition Law and Cooperative AI Development”, *Yale Journal of Law & Technology*, 23 (2021). Adicionalmente, distintos países –además del Parlamento Europeo– han realizado aproximaciones regulatorias, tales como el Alemania, Reino Unido, Estados Unidos y China.

22 Seán S. ÓhÉigeartaigh, Hess Whittlestone, Yang Liu, Yi Zeng y Zhe Liu, “Overcoming Barriers to Cross-cultural Cooperation in AI Ethics and Governance”, *Philosophy & Technology*, 33:571-593 (Mayo, 2020), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s13347-020-00402-x.pdf>.

23 Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, *Política Nacional de Inteligencia Artificial*, (2020).

24 A este respecto, se destacan las siguientes mociones parlamentarias: **(i)** boletín N°16387-19 “Permite el uso de inteligencia artificial en la evaluación de exámenes de mamografía” ingresado con fecha 23 de octubre de 2023 y actualmente en prime trámite constitucional; **(ii)** boletín N°16112-07 “Modifica el Código Penal en lo relativo al delito de usurpación de identidad en el contexto de uso de inteligencia artificial” ingresado con fecha 17 de julio de 2023 y actualmente en prime trámite constitucional; **(iii)** boletín N°16021-07 “Modifica el Código Penal, para incorporar, como circunstancia agravante de la responsabilidad, el uso de inteligencia artificial en la comisión de un delito” ingresado con fecha 13 de junio de 2023 y actualmente en prime trámite constitucional; **(iv)** boletín N°15935-07 “Modifica el Código Penal para sancionar el mal uso de la inteligencia artificial” ingresado con fecha 15 de mayo de 2023 y actualmente en prime trámite constitucional; y **(v)** boletín N°15869-19 “Regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de aplicación” ingresado con fecha 24 de abril de 2023 y actualmente en prime trámite constitucional.

25 Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, *Política Nacional de Inteligencia Artificial*, 10.

Finalmente, resulta relevante mencionar que tal como se ahondará más adelante, sin perjuicio de que es importante contar con regulación en materia de libre competencia, la Política Nacional de IA no incluye ningún lineamiento ni pronunciamiento a este respecto.

II. NECESIDAD DE COLABORACIÓN EN MATERIA DE IA PARA POTENCIAR ADECUADAMENTE SU DESARROLLO

Habiendo analizado previamente qué se entiende por IA, cuáles son los riesgos derivados de su uso y la importancia de regularlos, es relevante estudiar qué medidas pueden adoptarse para disminuir la probabilidad de ocurrencia de dichos riesgos. En este sentido, se ha planteado que sin cooperación entre empresas competidoras desarrolladoras de IA, el desarrollo de la industria es inseguro y los riesgos asociados a su uso pueden incrementarse²⁶.

La cooperación entre empresas competidoras es necesaria para efectos de que desarrollen e implementen sistemas de IA de manera responsable, es decir, de forma segura, protegida y con beneficios distribuidos ampliamente entre los consumidores²⁷. Además, La cooperación puede ayudar a alcanzar un mayor nivel de innovación y potenciar la interoperabilidad²⁸.

Respecto a la mitigación de riesgos, la cooperación podría acelerar el desarrollo responsable de la IA, por ejemplo, mediante la colaboración en la investigación sobre una aplicación socialmente beneficiosa (por ejemplo, reconocimiento de imágenes para enfermedades en cultivos²⁹) o compartiendo detalles sobre una forma especialmente efectiva de eliminar sesgos en un modelo³⁰.

Adicionalmente, la cooperación entre las empresas puede tener un impacto directo en la sustentabilidad de la industria, considerando su gran impacto ambiental (debido al alto consumo de energía eléctrica que requiere la infraestructura de hardware que sostiene a estos modelos). Un estudio de la Universidad de Massachusetts evaluó el ciclo de vida para entrenar varios modelos grandes y comunes de la IA, descubriendo que el proceso puede llegar a emitir casi 284.000 kilogramos de CO₂e³¹. Por ello, muchas veces cooperar en esta carrera puede permitir concentrar los esfuerzos y por tanto generar un impacto medioambiental menor que el que se generaría en el desarrollo de carreras paralelas.

En este sentido, las empresas Anthropic, Google, Microsoft y OpenAI lanzaron el “Frontier Model Forum”, que es una iniciativa centrada en el desarrollo de modelos de IA, seguros y responsables, con el objetivo de que, basados en la experiencia técnica y operativa de las empresas miembros, pueda beneficiarse todo el ecosistema de IA. Lo anterior, incluye evaluaciones técnicas, referencias y el desarrollo de mejores prácticas y estándares de la industria³².

26 Ver: ÓhÉigeartaigh, Whittlestone, Liu, Zeng y Liu, “Overcoming Barriers to Cross-cultural Cooperation in AI Ethics and Governance”.

27 Amanda Askill, Miles Brundage, y Gillian Hadfield, “The Role of Cooperation in Responsible AI Development” (2019).

28 En este sentido, una propuesta, por ejemplo, ha sido que las empresas desarrolladoras de IA y de hardware trabajen juntas para explorar la viabilidad de desarrollar enclaves seguros para su aplicación en aceleradores de IA, o bien, diseñar mejores prácticas sobre cómo utilizar enclaves seguros, en contextos de aprendizaje automático. Ver: Hua y Belfield, “AI & Antitrust: Reconciling Tensions between Competition Law and Cooperative AI Development”.

29 Ministerio de Agricultura, “Inteligencia Artificial permite detectar con una fotografía enfermedades en los cultivos agrícolas”, *Noticias Ministerio de Agricultura* (20 de mayo, 2021), <https://www.fia.cl/inteligencia-artificial-permite-detectar-con-una-fotografia-enfermedades-en-los-cultivos-agricolas/>.

30 Ver: Hua y Belfield, “AI & Antitrust: Reconciling Tensions between Competition Law and Cooperative AI Development”.

31 Karen Hao, “Entrenar una sola IA emite tanto CO₂ como cinco coches en su vida útil”, *MIT Technology Review* (14 de junio, 2019), <https://www.technologyreview.es/s/11222/entrenar-una-sola-ia-emite-tanto-co2-como-cinco-coches-en-su-vida-util>.

32 Jedidiah Bracy, “After White House announcement, top tech companies form AI partnership”, *IAPP* (26 de julio, 2023), <https://iapp.org/news/a/after-white-house-announcement-top-tech-companies-form-ai-partnership/>.

A este respecto, la cooperación entre las empresas desarrolladoras de IA también ayuda y facilita el reporte de incidentes informático que pueden tomar lugar en las plataformas, particularmente relevantes en materia de ciberseguridad, y estandarizar parámetros de operación segura.

A su vez, mediante la colaboración entre empresas desarrolladoras de sistemas de IA se pueden generar otros beneficios y eficiencias como la generación de economías de escala y mitigar riesgos del mal uso de estas plataformas.

Tan relevante es la cooperación en esta industria que se han establecidos buenas prácticas a este respecto por parte de los desarrolladores de modelos de IA. Por ejemplo, se creó la *Windfall Clause*, un compromiso adoptado de manera previa por parte de algunas empresas de IA, en que se acuerda donar una cantidad significativa de cualquier eventual ganancia extremadamente alta. Por “ganancias extremadamente altas” se refiere a las ganancias que una empresa no podría obtener sin lograr avances fundamentales y económicamente transformadores en las capacidades de la IA³³.

Así entonces, cada vez existe más consenso en torno a que la cooperación estratégica entre empresas de IA puede prevenir una variedad de riesgos y daños. Así, puede ayudar a desarrollar sistemas de IA responsable que produzcan resultados beneficiosos, sin sesgos, seguros, predecibles y que protejan la privacidad de los usuarios, sin embargo ¿cómo conciliamos la necesaria colaboración con el derecho de la competencia?

En este sentido, es relevante considerar que las estrategias de cooperación entre desarrolladores de IA incluyen celebrar acuerdos entre competidores, incluyendo el monitoreo mutuo e intercambio de información, estableciendo estándares uniformes para difundir las mejores prácticas de la industria³⁴. Esto naturalmente implica una tensión crítica entre la cooperación y el derecho de competencia, pues uno de sus principales objetivos es proteger el proceso competitivo dentro de los mercados por la vía de resguardar la interacción de rivalidad entre las empresas³⁵. Por lo mismo, es relevante buscar fórmulas regulatorias que, por una parte, impulsen la cooperación responsable entre competidores, permitiendo disminuir los riesgos derivados del uso de la IA y, por la otra, logren proteger la normativa de libre competencia, el proceso competitivo en los mercados y se fomente el bienestar de los consumidores.

III. DESAFÍOS QUE LA COLABORACIÓN EN MATERIA DE IA GENERA PARA LA LIBRE COMPETENCIA

Según se expuso supra, sin regulación ni cooperación, no se puede confiar en que el desarrollo de la IA sea seguro y, por tanto, responsable. Más aún, la colaboración entre competidores en este mercado es fundamental para fomentar la innovación y generar mayores beneficios para los consumidores.

Ahora bien, ello levanta una serie de alertas desde la perspectiva de la competencia, atendido que la pérdida de independencia en la toma de decisiones por parte de agentes económicos que compiten en un mercado es precisamente uno de las principales efectos que busca evitar la normativa de libre competencia.

En el caso particular de acuerdos de colaboración entre empresas desarrolladoras de sistemas de IA, el análisis de riesgos utilizado en materia de competencia es plenamente aplicable, toda vez que existen

33 Future of Humanity Institute, “The Windfall Clause: Distributing the Benefits of AI”, última visita: 28 de diciembre de 2023, <https://www.fhi.ox.ac.uk/windfallclause/>.

34 Hua y Belfield, “AI & Antitrust: Reconciling Tensions between Competition Law and Cooperative AI Development”, 427.

35 Hua y Belfield, “AI & Antitrust: Reconciling Tensions between Competition Law and Cooperative AI Development”, 420.

riesgos ciertos de coordinación de precios u otras variables comerciales relevantes, bloqueo de nuevos competidores, *boicots* colectivos, e intercambio de información comercial sensible, entre otros.

En este sentido, existen un riesgo cierto de que, durante la cooperación en materia de IA, se produzcan múltiples instancias de contactos entre competidores –lo que es particularmente riesgoso cuando ello involucra a ejecutivos relevantes– y se establezcan mecanismos de monitoreos que puedan dar lugar a traspaso de información comercial sensible. A su vez, la cooperación en materia de IA podría dar lugar a riesgos unilaterales de exclusión de otros desarrolladores de sistemas de IA mediante el establecimiento de requisitos o estándares arbitrarios, de restricciones a su entrada o a su desenvolvimiento competitivo, pudiendo así quedar relegados del mercado.

III.A Cuestión preliminar: dificultad en la determinación del mercado relevante al analizar sistemas de IA

Como cuestión previa, un primer desafío que presenta la IA para el análisis de competencia dice relación con la determinación del mercado relevante aplicable en el análisis de estos casos. La determinación y definición del mercado relevante en los casos de libre competencia es fundamental, toda vez que constituye un ejercicio necesario para identificar a todas las empresas que ejercen presión competitiva entre sí dentro de una industria. Es decir, circunscribir un mercado relevante separa los productos y servicios que compiten entre sí (sustitutos), de aquellos que no.

Conforme a la guía más reciente de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) sobre la materia, “[s]e entiende por ‘mercado relevante’ el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tal que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”³⁶. En este sentido, la definición del mercado relevante actúa como un marco de referencia para el análisis de las conductas de los agentes en un sector económico determinado, garantizando una adecuada segmentación en el análisis de competencia.

En la misma línea, pero en otra guía, la FNE, explica que “[e]l mercado relevante contiene las alternativas más probables con que los consumidores de las entidades que se concentran pueden sustituir sus productos. Su definición resulta útil como marco de referencia para el análisis competitivo y sirve de base a la determinación de las participaciones de mercado de las partes y de los indicadores de concentración del mercado, entre otros”³⁷.

Pues bien, la definición del mercado relevante resulta especialmente difícil en la industria de la IA, toda vez que el dinamismo del mercado y la velocidad con que se desarrolla la tecnología impide realizar definiciones precisas y duraderas en el tiempo, tal como se expuso *supra*. Ello, naturalmente dificulta el análisis para las autoridades de competencia.

En este sentido, una aspecto importante para definir el mercado relevante en casos de competencia sobre el desarrollo de sistemas de IA, es determinar si se está desarrollando una nueva tecnología (que podría implicar un mercado relevante por sí solo) o bien, si el desarrollo en cuestión corresponde a una mejora a una tecnología o sistema existente (y, por tanto, se integraría a un mercado relevante ya definido).

36 Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales* (mayo 2022), 10, 7, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf>.

37 Fiscalía Nacional Económica, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales* (mayo 2022), 11, 7.

III.B. En Chile no existe un reconocimiento en la normativa de libre competencia que permita la colaboración entre competidores

En el capítulo anterior establecimos la importancia que tienen los acuerdos entre desarrolladores de sistemas de IA para una ejecución segura y responsable. Pues bien, una de las principales premisas sobre las cuales se estructura el derecho de la competencia es la proscripción de los acuerdos entre competidores. Ello, por cuanto implica la supresión de las decisiones comerciales independientes y de la posición de rivalidad entre sí.

La legislación nacional es clara a este respecto, estableciendo expresamente en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley 211 ("DL 211") que los acuerdos o prácticas concertadas que involucren competidores entre sí serán sancionados con las medidas señaladas en el artículo 26 (esto es, multas, prohibición de contratar con el estado, entre otras). Más aún, con la modificación al DL 211 del año 2016 mediante la Ley 20.945, las personas naturales que incurran en este tipo de acuerdos o prácticas concertadas, particularmente sobre ciertas variables del mercado, son aptos de ser perseguidos penalmente, con penas de presidio efectivo³⁸.

La normativa nacional es concordante con las principales regulaciones de competencia a nivel comparado. A modo de ejemplo, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que son incompatibles con el mercado los acuerdos y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. En el mismo sentido, la sección 1 de la Sherman Act estadounidense declara ilegal todo acuerdo, contrato, combinación o conspiración que restrinja el desarrollo natural del comercio.

Ahora bien, cabe hacer presente que desde la reforma del año 2016 al DL 211, existe una diferencia en el análisis de estas prácticas según la variable competitiva que se afecte mediante el acuerdo o práctica concertada. En efecto, en caso de fijarse precios, límites a la producción, cuotas de mercado o afectar el resultado de proceso de licitación, no sería necesario analizar si el acuerdo confirió poder de mercado a los competidores involucrados. Por su parte, en caso de acuerdos o prácticas concertadas que determinen condiciones de comercialización o excluyan a actuales o potenciales competidores, sí es necesario acreditar que aquello confirió a poder de mercado a los competidores involucrados³⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") y de la Excm. Corte Suprema ha sido consistente en señalar que los acuerdos entre competidores corresponden a la conducta anticompetitiva más grave que se puede realizar en el derecho de la competencia⁴⁰.

De esta manera, es un hecho indiscutido que la actual normativa del DL 211 no contempla explícitamente hipótesis de acuerdos colaborativos legítimos entre competidores. Ello, naturalmente dificulta la

38 DL 211, artículo 62: "[e]l que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo".

39 Esta diferencia ha dado lugar a una discusión respecto de la aplicación de la regla *per se* y la regla de la razón según el artículo 3 letra a) del DL 211. Atendido que no es el objeto de este trabajo, para más información al respecto ver: Ignacio Peralta, "La regla *per se* y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia (y la aptitud objetiva de los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores para afectar la libre competencia como presupuesto de su sanción)", *Revista De Estudios De La Justicia*, N° 36, (junio 2022), 159-184.

40 En una de sus últimas sentencias, el TDLC señaló que "la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia porque importa socavar los fundamentos de un sistema económico basado en el mercado como asignador eficiente de los recursos productivos y, por tanto, merece el mayor reproche". *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, C-393-2020, Sentencia TDLC N° 185/2023, c. 397. En el mismo sentido ver: *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, C-280-2014, Sentencia TDLC N° 148/2015, c. 132; *Requerimiento de la FNE en conta de Fresenius y Otros*, C-312-2016, Sentencia TDLC N° 165/2018, c. 150; y *Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras*, C-292-2015, Sentencia TDLC N° 171/2019, c. 226. De la misma manera se ha pronunciado la Excm. Corte Suprema en: *FNE c/ Fresenius y otros*, Rol N° 278-2019, Sentencia Corte Suprema (2020), c. 18; y *FNE c/ CCNI S.A. y otras*, Rol N° 15.005-2019, Sentencia Corte Suprema (2020), c. 18.

aceptación de la necesaria cooperación en materia de IA. En este sentido, como señalan Toro, Viertel y Ureta, “[l]a ausencia de regulación en materia de acuerdos lícitos de colaboración entre competidores ha obligado a la FNE, TDLC y Corte Suprema a construir los requisitos y condiciones en virtud de los cuales este tipo de asociaciones se encontrarían permitidas”⁴¹.

III.B.1 Desarrollo de las autoridades de competencia sobre la colaboración entre competidores

Conforme se explicó, la normativa nacional de libre competencia no aporta luces respecto a cómo incorporar los posibles acuerdos de colaboración entre desarrolladores de sistemas de IA en el sistema chileno de libre competencia. Por tanto, resulta necesario analizar qué es lo que han señalado las autoridades competentes sobre la materia, para efectos de obtener pautas y directrices útiles.

En cuanto a la agencia nacional de libre competencia, la FNE, a pesar de que en su Cuenta Pública del año 2018 anunció que se encontraba trabajando en una “Guía sobre Colaboración entre Competidores” y estimó “que ciertos tipos de acuerdos entre competidores, en ciertos mercados específicos, pueden ser legítimos y traer aparejadas eficiencias reales y efectivas que se traspasen a los consumidores”, ello –lamentablemente– aún no ha ocurrido⁴².

De esta manera, respecto a instrumentos de *Soft Law* de la FNE, no queda más que remitirnos a su consultada Guía de Asociaciones Gremiales, que señala “[l]a colaboración entre agentes económicos que compiten en el mercado (esto es, la colaboración desde el punto de vista horizontal) puede producir beneficios para la sociedad si tiene como resultado un incremento de la eficiencia en el mercado”⁴³.

Ahora bien, más recientemente, con ocasión de la pandemia del Covid-19, la FNE emitió una declaración pública ante las dudas que se habían originado respecto a la colaboración entre competidores a raíz de la crisis sanitaria. En dicha oportunidad, señaló “es necesario recordar que, a diferencia de los carteles, los acuerdos de colaboración entre competidores en algunos casos pueden ser lícitos conforme al DL 211”⁴⁴ y aportó ciertos criterios para su análisis:

“Para determinar la licitud o ilicitud de un acuerdo de colaboración entre competidores, debe realizarse un ejercicio de balance o ponderación de sus efectos, eficiencias y riesgos. Si un acuerdo de colaboración entre competidores genera eficiencias, éstas son mayores a sus riesgos anticompetitivos, se adoptan mecanismos para restringir al máximo la interacción entre los competidores y no existe un mecanismo menos lesivo de la competencia para alcanzar dichas eficiencias que su celebración, siendo por tanto necesario, un acuerdo de colaboración entre competidores sería lícito conforme al DL 211”⁴⁵.

En cuanto al órgano jurisdiccional especializado en libre competencia, el TDLC, en los últimos años ha ido efectuando aportes para analizar la colaboración entre competidores la cual, como ya se dijo, es necesaria para un desarrollo seguro y responsable de IA.

41 Luis Eduardo Toro, Macarena Viertel y Guillermo Ureta, “Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno”, *Investigaciones CeCo* (septiembre 2020), 10, <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.

42 Fiscalía Nacional Económica, *Cuenta Pública Participativa* (mayo 2019), 14, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/05/discurso_cuenta_publica_2018.pdf.

43 Fiscalía Nacional Económica, *Guía Asociaciones Gremiales y Libre Competencia* (agosto 2011), 11, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_asociaciones_gremiales.pdf.

44 Fiscalía Nacional Económica, *Declaración Pública* (abril 2020), 1, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Declaracion-C3%B3n-P%C3%BAblica-FNE-030420.pdf>.

45 Fiscalía Nacional Económica, *Declaración Pública* (abril 2020), 1.

En su [Resolución N°54/2018](#), el TDLC catalogó los acuerdos de colaboración como análogos de la figura comercial del *joint venture*, señalando de forma preliminar que estos acuerdos “no siempre son dañinos [...]. Más aún, algunos joint ventures son valiosos en la medida que crean nuevos mercados más extendidos que los existentes. Por ello, su propósito puede ser legítimo y socialmente deseable. La cuestión radica en establecer de manera clara si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de poder establecer la eventual aplicación de la regla per se establecida en la letra a) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. N° 211”⁴⁶.

Posteriormente, el TDLC ahondó en el análisis de este tipo de acuerdos, afirmando que “los acuerdos de cooperación tienen el potencial de generar eficiencias para los consumidores y deben estar ‘razonablemente relacionados o ser razonablemente necesarios para alcanzar beneficios procompetitivos a partir de una integración de la actividad económica que incrementa la eficiencia”⁴⁷. De manera similar a la FNE, el TDLC también se pronunció sobre la colaboración entre competidores con ocasión de la pandemia del Covid-19. En este sentido, el Tribunal permitió materializar convenciones durante la tramitación del procedimiento de consulta, siempre y cuando generaren “eficiencias que superen los riesgos anticompetitivos”⁴⁸.

Ahora bien, el TDLC ha reparado explícitamente en los riesgos aparejados a este tipo de acuerdos relativos a la reducción de la intensidad competitiva y aumento de precios en los productos o servicios involucrados⁴⁹. A su vez, también ha destacado los beneficios económicos que pueden conllevar, tales como permitir el ahorro de costos a través de economías de escala, incrementar la eficiencia en los mercados, entre otros⁵⁰.

Adicionalmente, a diferencia de la FNE, el Tribunal sí ha señalado pautas y directrices claras para considerar estos acuerdos de colaboración como legítimos y no constitutivos de infracciones a la normativa de libre competencia:

“En términos generales, los acuerdos de cooperación entre competidores son permitidos en sede de competencia sólo en la medida que aumenten la capacidad y los incentivos de los agentes económicos que colaboran entre sí para competir y que, por consiguiente, pueden generar eficiencias para los consumidores, tales como menores precios, mejor calidad o más innovación, esto es, que produzcan un efecto neto procompetitivo. En particular, los acuerdos de colaboración entre competidores pueden ser tolerados por el derecho de la competencia cuando persigan generar eficiencias que no podrían lograrse por otra vía menos restrictiva para la competencia [...] Adicionalmente, y entre otras condiciones, para que un acuerdo de cooperación de esta clase se considere lícito desde el punto de vista de la libre competencia, debe generar eficiencias verificables y traspasables a los consumidores en una medida tal que compense los efectos restrictivos a la competencia provocados por este”⁵¹.

Finalmente, la Excm. Corte Suprema también ha reflexionado sobre instancias de colaboración entre competidores. En este sentido, ha admitido que los acuerdos de colaboración horizontal requieren ponderar los riesgos y beneficios que de ellos deriven, señalando al efecto que “[e]n cambio, los segundos [acuerdos de colaboración], son actos que si bien importan un comportamiento anticompetitivo,

46 Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras, NC-434-2016, Resolución TDLC N° 54/2018, c. 13.

47 Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P Nuevo S.A. y otros, C-361-2018, Sentencia TDLC N° 175/2020, c. 71.

48 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Auto Acordado N°21/2020 (abril 2020). 2-2, <https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf>.

49 Consulta de Exacta Digital Media Research SpA sobre el acuerdo de contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido televisivo, NC-497-2021, Resolución TDLC N° 76/2022, párrafo 25.

50 *Ibid.*, párrafo 26.

51 Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P Nuevo S.A. y otros, C-361-2018, Sentencia TDLC N° 175/2020, c. 73.

eventualmente, pueden generar sinergias o eficiencias en el mercado que superan con creces los efectos negativos en el mercado competitivo, razón por la que para su sanción, se acude a la regla de la razón estudiando concretamente los efectos que se producen en el mercado”⁵².

Asimismo, el máximo tribunal del país ha dejado claro en que “se debe ser enfático en señalar que esta Corte no se opone a la aprobación de este tipo de acuerdos, empero, para que aquello ocurra se debe acreditar de manera contundente que existe un beneficio cierto que será traspasado a los consumidores y que el potencial riesgo que su naturaleza conlleva se neutraliza por las eficiencias”⁵³.

De esta manera, es posible concluir que, si bien las autoridades de competencia observan con cierto resquemor los acuerdos de colaboración entre competidores, admiten que existe la posibilidad que éstos sean lícitos, siempre y cuando los beneficios y eficiencias aparejadas sean superiores a los riesgos anticompetitivos generados.

III.B.2 Desarrollo a nivel comparado sobre la colaboración entre competidores

Parte del lamento con el desarrollo actual de la normativa nacional de libre competencia sobre esta materia, y con la falta de un instrumento de *Soft Law* de la FNE que regule y entregue directrices respecto de la colaboración entre competidores dice relación con que, en derecho comparado, se trata de un asunto que se encuentra bastante más avanzado, tanto a nivel normativo como en materia de guías de las autoridades de competencia.

A este respecto, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) enunciado *supra* contiene una excepción a la prohibición general de acuerdos entre competidores. Su numeral 3º, permite realizar acuerdos o prácticas concertadas entre empresas, en el caso de que contribuyan a mejorar la producción o distribución de productos, o fomentar el progreso técnico-económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Sin embargo, estos acuerdos no pueden imponer restricciones que no sean indispensables para los objetivos señalados ni eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

A nivel europeo ya existen autores que directamente plantean que los acuerdos de colaboración entre competidores y desarrolladores de sistemas de IA podrían acogerse a la exención del artículo 101 (3) del TFUE: “[e]n relación con el desarrollo responsable de IA, las empresas de IA que quieran acogerse a la exención deberían demostrar ganancias de eficiencias en el desarrollo de un sistema de IA mejorado, por ejemplo, que ha sido sometido a pruebas éticas o de seguridad más rigurosas, en beneficio de los consumidores”⁵⁴.

La normativa europea descrita es similar a la *Rule of Reason* que se ha construido jurisprudencialmente a partir de la aplicación de la Sherman Act estadounidense. Según explica el órgano persecutor de libre competencia de Estados Unidos (Department of Justice), esta regla señala que “si una práctica anticompetitiva se ve compensada por los efectos pro competitivos de la conducta, ésta no es ilegal”⁵⁵.

A nivel latinoamericano, Brasil también contempla una autorización expresa a este tipo de acuerdos en su Ley de Competencia. Así, dicha normativa “prohíbe los actos de concentración que eliminen de forma sustancial la

52 FNE c/ CCNI S.A. y otras, Rol N° 15.005-2019, Sentencia Corte Suprema (2020), c. 27.

53 Consulta de ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras, Rol N° 31.502-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), c. 25.

54 Hua y Belfield, “AI & Antitrust: Reconciling Tensions between Competition Law and Cooperative AI Development”, 539.

55 U.S. Department of Justice, *Archived Antitrust Resource Manual* (noviembre 2017), <https://www.justice.gov/archives/jm/antitrust-resource-manual-1-attorney-generals-policy-statement#:~:text=Under%20the%20%E2%80%9Crule%20of%20reason%2C%E2%80%9D%20if%20any%20anticompetitive%20harm,the%20%E2%80%9Cper%20se%E2%80%9D%20rule.>

competencia en un mercado en específico y que pudieran establecer o incrementar una posición dominante en el mismo. Sin embargo, se excluyen de la prohibición a los acuerdos que se limiten estrictamente a incrementar la productividad o competencia, mejorar la calidad de los bienes o servicios, entre otros beneficios⁵⁶.

Por otro lado, existen múltiples jurisdicciones con instrumentos de *Soft Law* que ayudan a los usuarios con pautas y directrices para celebrar acuerdos de colaboración entre competidores, entregando certeza jurídica para los administrados. Sin entrar en detalle, las respectivas agencias de competencia de Estados Unidos⁵⁷, Países Bajos⁵⁸, Reino Unido⁵⁹, Canadá⁶⁰, Nueva Zelanda⁶¹, entre otras, han dictado guías que analizan la situación de los acuerdos de colaboración entre competidores, definen conceptos y establecen criterios para su estudio.

A modo de ejemplo, la guía de la Autoriteit Consument & Markt neerlandesa señala que “[a]unque la colaboración entre competidores no sea algo valorable, puede permitirse si además produce beneficios económicos positivos (también llamados mejoras de eficiencia) [...] Los requisitos para poder acogerse a esta excepción son: 1) Tiene que haber una mejora de la producción o la distribución, o un fomento del progreso técnico o económico (una “mejora de la eficiencia”); 2) Los usuarios deben poder participar equitativamente en la mejora de la eficiencia; 3) La restricción de la competencia debe ser indispensable para lograr la mejora de la eficiencia; 4) Debe existir suficiente competencia en el mercado”⁶².

III.C. Lecciones de la implementación de la Ley REP: resguardos que se deben adoptar en la colaboración entre empresas desarrolladoras de sistemas de IA

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, no podemos dejar de sistematizar los aportes que la Ley N°20.920 de Responsabilidad Extendida del Productor (Ley REP), en tanto instancia que agrupa a competidores para la gestión de residuos, ha dejado en sede de libre competencia.

En palabras del TDLC ([Informe N° 31/2023](#)), “[l]os sistemas colectivos de gestión suponen una colaboración entre empresas que pueden ser competidoras en distintos mercados, lo que implica riesgos para la competencia en función de la interacción que se da entre los socios con motivo de la conformación y funcionamiento de esos sistemas, y de la información comercialmente sensible que puede ser objeto de intercambio, entendiéndose por ésta la información estratégica que puede incidir en el comportamiento de un agente económico en el mercado”⁶³.

Precisamente, los riesgos que se derivan de tal interacción entre competidores fue una de las razones por la cual el legislador requirió la participación del Tribunal, quien –conforme al artículo 24 de la Ley REP– debe previamente evacuar un informe favorable para los sistemas colectivos de gestión de residuos en que declare que las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos socios, el funcionamiento del sistema y sus bases de licitación no impiden, restringen o entorpecen la libre competencia.

56 Luis Eduardo Toro, Macarena Viertel y Guillermo Ureta, “Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno”, 6.

57 Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (abril 2000), https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf.

58 Netherlands Authority for Consumers and Markets, *Collaborations between competitors* (septiembre 2020), <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-09/guidelines-regarding-arrangements-between-competitors.pdf>.

59 Competition & Markets Authority, *Joint Venture Business Advice* (abril 2018), <https://www.gov.uk/government/publications/joint-ventures-and-competition-law-dos-and-donts/joint-venture-business-advice>.

60 Competition Bureau Canada, *Competitor Collaboration Guidelines* (mayo 2021), <https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/how-we-foster-competition/education-and-outreach/competitor-collaboration-guidelines>.

61 Commerce Commission New Zealand, *Competitor Collaboration Guidelines* (enero 2018), https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0036/89856/Competitor-Collaboration-guidelines.pdf.

62 *Autoriteit Consument & Markt* (2020). *Guidelines Collaborations between competitors*, 8 (traducción libre).

63 *Solicitud de Informe respecto las bases de licitación, reglas y procedimientos del funcionamiento del sistema de gestión colectivo CampoLimpio*, NC-513-2022, Informe TDLC N°31/2023, c. 4.

Pues bien, en esta labor, a partir de los siete informes elaborados por el TDLC a la fecha, y de los aportes realizados por la FNE en los respectivos procedimientos no contenciosos⁶⁴, es posible extraer ciertas pautas y directrices que resultan aplicables ante posibles acuerdos de cooperación entre competidores en el desarrollo de IA.

En general, el TDLC ha establecido que debe resguardar que los sistemas colectivos: “puedan desenvolverse como entes económicos autónomos que compiten en un mercado por incorporar asociados y en particular que: (i) tengan incentivos para conformarse, y que los actores del mercado o productores tengan, a su vez, incentivos para ingresar a dichos sistemas de gestión; (ii) permitan el cambio de productores de un sistema a otro, de manera que se mantengan sus incentivos a competir y a ser más eficientes una vez establecidos en el mercado; (iii) actúen en beneficio de la totalidad de sus asociados y no de intereses particulares de algunos socios; y (iv) no incentiven o faciliten la coordinación, colusión o el traspaso de información sensible entre sus asociados”⁶⁵.

En cuanto a regulaciones particulares, el Tribunal –así como la FNE– ha valorado particularmente la existencia de directores independientes en los sistemas colectivos, lo que resultaría particularmente aplicable si de la asociación con fines de un mejor desarrollo de IA se conformare alguna corporación para dichos efectos.

También, el TDLC ha valorado positivamente la existencia de sistemas de auditorías y/o mecanismos de compliance internos. La FNE ha ido aún más allá, señalando que “basado en la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema, a nivel de estatutos debía incluirse: ‘(i) obligatoriedad de implementar un programa de *compliance* que satisfaga los requisitos de la Guía sobre Programas de Cumplimiento, el que deberá contemplar el mayor nivel de efectividad contemplado en ella’ o, en términos similares, ‘que deberá contemplar el mayor nivel de intrusión contemplado en ella’”⁶⁶.

Finalmente, otro consenso en los distintos procesos llevados a cabo con ocasión de la Ley REP dice relación con el establecimiento de criterios objetivos y legítimos para incorporarse a estos sistemas. En este sentido, al celebrarse un pacto de colaboración entre empresas desarrolladoras de sistemas de IA resulta fundamental tener en cuenta esta variable en caso de posibles interesados.

IV. SUGERENCIAS Y SOLUCIONES PARA OTORGAR CERTEZA JURÍDICA EN LA COLABORACIÓN EN MATERIA DE IA

Cualquier acuerdo que se proponga para dar cabida a la colaboración entre competidores en materia de IA debe partir de la base que sus objetivos no sean contrarios a la libre competencia, sin tener por objeto eliminar o disminuir la intensidad competitiva de sus integrantes en el mercado.

En este sentido, las acciones de colaboración que necesariamente se deban ejecutar para asegurar un desarrollo seguro, responsable y sostenible de sistemas de IA únicamente deben obedecer a esos fines, debiendo estar dotadas de instrumentos que den cuenta de un compromiso real, serio y creíble de cumplir con las normas de libre competencia, de manera que ello sea exigible y auditable.

De esta manera, los acuerdos entre desarrolladores de sistemas de IA deben establecer de manera formal cuáles son los objetivos y mecanismo de su adopción, de tal forma de limitar que su implementación derive en otros fines. Asimismo, es relevante en este tipo de instancias documentar periódicamente las actividades,

64 Causas seguidas ante el TDLC bajo (i) Rol NC-492-2021; (ii) Rol NC-504-2021; (iii) Rol NC-506-2022; (iv) Rol NC-507-2022; (v) Rol NC-510-2022; (vi) Rol NC-513-2022; y (vii) Rol NC-516-2022.

65 *Solicitud de Informe respecto las bases de licitación, reglas y procedimientos del funcionamiento del sistema de gestión colectivo Campo Limpio*, NC-513-2022, Informe TDLC N°31/2023, c. 34

66 Catalina González y Cristóbal Lema, “Ley REP y Libre Competencia: De la Teoría a la Práctica - Segunda Parte”, *Investigaciones CeCo* (agosto 2023), 12, <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.

innovaciones y eficiencias generadas. A su vez, sería aconsejable también contar con asesoría permanente en materia de libre competencia, junto con un canal de consultas y denuncias.

Por otro lado, el acceso e intercambio de información comercial sensible y/o estratégica debe ser debidamente abordado y expresamente regulada en este tipo acuerdos. Para mitigar riesgos en esta materia, es necesario establecer protocolos de acceso a la información, así como respecto del manejo y tratamiento de la misma, identificando aquellos equipos especiales que pueden acceder a ella (que no deben ser ejecutivos relevantes) y pactando acuerdos de confidencialidad.

A su vez, en línea con lo que ha resuelto el TDLC a propósito de la Ley REP, es aconsejable establecer criterios objetivos y con sustento técnico para delimitar el ingreso de posibles nuevos desarrolladores de sistemas de IA a las instancias de colaboración. Ello, con el fin de evitar que se creen barreras artificiales a la entrada del mercado de IA o excluir a determinados competidores del mercado.

Pues bien, a continuación, se pasan a analizar distintas soluciones para abordar el problema actual de indefinición regulatoria ante eventuales acuerdos de colaboración entre desarrolladores de sistemas de IA. Para efectos de orden, éstas se proponen según menor a mayor impacto regulatorio.

IV.A. Utilizar el procedimiento de consulta ante el TDLC

La actual legislación de libre competencia de nuestro país contempla un procedimiento no contencioso –regulado en el artículo 31 del DL 211– mediante el cual el TDLC puede ejercer una serie de facultades contempladas en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo.

En este sentido, el numeral 2° del artículo 18 contiene el denominado proceso de consulta, mediante el cual el Tribunal puede “[c]onocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley...”.

Existe consenso en la doctrina especializada que la potestad consultiva del TDLC es una de carácter administrativa y preventiva, con fines ordenadores y prospectivos que “[a]l ejercerse, no hay una controversia entre partes, sino que se formula e implementa una política pública de promoción de la competencia. [...] En otras palabras, la actividad preventiva que se ejerce implica un análisis de riesgos y beneficios a la competencia respecto de un negocio propuesto o existente, concreto, considerando establecer condiciones ‘destinadas a tutelar la libre competencia’ y que conjuren los riesgos o efectos creados, o que se puedan crear”⁶⁷.

Además, la idoneidad del proceso de consulta para conocer de acuerdos de colaboración entre competidores ha sido confirmada por el propio TDLC, quien los ha catalogado como *joint ventures* y distinguido de las operaciones de concentración propiamente tal, señalando que “un acuerdo de cooperación o joint venture, distintos a una operación de concentración (definida en el artículo 47 del D.L. N° 211), que tienen el potencial de generar eficiencias para los consumidores. En concreto, esta clase de acuerdos que pueden involucrar competidores actuales o potenciales, se materializan en uno o más ámbitos o actividades específicas tales como la investigación y desarrollo, la producción, marketing, la distribución, o las compras conjuntas de competidores [...]”⁶⁸.

67 Francisco Agüero, “Remedios y Sanciones ante el Incumplimiento de Medidas de Mitigación en Operaciones de Concentración” en *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*, cds. Mario Ybar y Sebastián Castro (Fiscalía Nacional Económica, 2017), 54.

68 *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, C-393-2020, Sentencia TDLC N° 185/2023, c. 397, c. 47.

En este sentido, una primera alternativa que no involucra ningún cambio normativo dice relación con someter a conocimiento del TDLC los eventuales acuerdos de colaboración entre desarrolladores de sistemas de IA; para efectos de que el Tribunal los conozca, analice y resuelva si es que pueden infringir la normativa del DL 211, pudiendo fijar condiciones que las partes del acuerdo deberán cumplir.

A este respecto, el TDLC ha entregado pautas respecto a qué aspectos son especialmente relevantes de evaluar al momento de analizar acuerdos de colaboración entre competidores: “una vez identificados los riesgos, es menester examinar las eficiencias que emanarían del acuerdo y dilucidar si estas cumplen ciertos requisitos y, en definitiva, si permiten compensar tales riesgos. En especial, las eficiencias se consideran solo en la medida que sean inherentes al acuerdo, verificables y traspasables a los consumidores” ([Sentencia N° 185/2023](#))⁶⁹.

Del mismo modo, la Excm. Corte Suprema ha advertido que la evaluación de los acuerdos de colaboración horizontal supone ponderar los riesgos y eficiencias que de ellos deriven, señalando al efecto que “el quid del asunto radica en determinar si la operación presenta beneficios concretos y específicos que aconsejen su aprobación, cuestión que implica establecer si, efectivamente, la operación coordinada entre los competidores acarrea eficiencias tan significativas que neutralizan cualquier tipo de riesgo, pues sólo de esta forma se establecerá que el acuerdo es, como lo señalaron las partes, pro competitivo, pues esta situación es la que permite soslayar la regla prevista en el artículo 3°, inciso segundo, letra a) del Decreto Ley N° 211”⁷⁰.

Finalmente, si se demuestra que las eficiencias no son suficientes para compensar los riesgos que derivan del acuerdo de colaboración, el proceso de Consulta igualmente admite el aprobar el acuerdo, imponiendo condiciones o medidas de mitigación que permitan evitar o minimizar la materialización de tales riesgos.

Ahora bien, cabe hacer presente que la desventaja de esta “solución” es que necesariamente se requiere que las partes interesadas –voluntariamente– concurren ante el TDLC para someter el acuerdo de colaboración a su conocimiento y resolución, con los costos de tiempo y pecuniarios que ello significa.

IV.B. Consolidar la aplicación de la regla de la razón conforme al artículo 3° letra a) del DL 211

Otra “solución” que no tiene un impacto regulatorio se refiere a aplicar la regla de la razón contenida en la última sección de la letra a) del artículo 3°. Con la modificación al DL 211 efectuada mediante la Ley N°20.945 del año 2016, gran parte de la doctrina especializada afirmó que la norma referida, que contiene el tipo colusorio, se dividió entre la aplicación de la regla *per se* y la regla de la razón.

Sin ánimos de entrar en el fondo de dicha discusión⁷¹, es un hecho que la actual redacción de la letra a) del artículo 3° del DL 211, no exige acreditar que un acuerdo entre competidores les haya conferido poder de mercado para sancionarlos, siempre y cuando, el acuerdo haya versado sobre las variables competitivas de precios, producción, cuotas de mercado o haya afectado un proceso de licitación.

Ahora bien, para el caso de los acuerdos o prácticas concertadas que versen sobre condiciones de comercialización (como en principio creemos que serían los acuerdos en materia de IA), el DL 211 exige acreditar que ellas confirieron poder de mercado a sus participantes, de lo contrario no serían sancionables.

69 *Consulta Exacta Digital Media Research a si la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia televisiva podría infringir la libre competencia*, Resolución TDLC N°76-2022, voto de prevención, N°3.

70 *Consulta ACHET sobre operación de concentración Latam Group Aamerican Airlines inc. y otras*, Rol N° 31.502-2018, Sentencia Corte Suprema (2019), c. 18

71 Al respecto ver: Ignacio Peralta, “La regla *per se* y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia (y la aptitud objetiva de los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores para afectar la libre competencia como presupuesto de su sanción)”, *Revista De Estudios De La Justicia*, N° 36, (junio 2022), 159-184.

A partir de lo anterior, autores como Grunberg señalan que existe una referencia tácita a la aplicación de la regla de la razón en nuestro sistema de competencia, que significaría realizar un análisis de costos/beneficios respecto de los segundos tipos de acuerdos señalados (donde se encontrarían aquellos celebrados para cooperar en materia de IA).

El autor referido se ha pronunciado de la siguiente manera respecto de la norma contenida en la letra a) del artículo 3° del DL 211: “[l]a norma mantiene la exigencia de acreditar que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado en aquellos casos que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, pues en estas hipótesis podría resultar necesario evaluar en forma amplia si la conducta es o no anticompetitiva a la luz de lo que en el derecho comparado se denomina «regla de la razón» (rule of reason)”⁷².

Este razonamiento también ha sido compartido por el TDLC, afirmando que “[e]n el marco de estos acuerdos [de colaboración], se puede aceptar el intercambio de información estratégica en la medida que sea objetivamente necesario o auxiliar al acuerdo de colaboración. En ese contexto, se aplica el marco analítico conocido como regla de la razón, que supone, en síntesis, un ejercicio de balance entre los riesgos y las eficiencias que conllevan este tipo de colaboraciones y solo se aceptarán en la medida que, en términos netos, sean pro-competitivas”⁷³.

Incluso más, en el voto de prevención de la [Sentencia N°175/2020](#), los Ministros Domper y Paredes del TDLC afirmaron que “los jueces siempre debiéramos ver el efecto en la libre competencia del acuerdo en cuestión, recaiga este en variables de las denominadas duras o no. Atendidas las variables sobre las cuales recaen los denominados carteles duros, es poco plausible –pero no imposible– que exista alguna justificación distinta que impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello; sin perjuicio que, si se esgrime una justificación, esta no debe ser desestimada sin previo análisis”⁷⁴⁻⁷⁵.

A este respecto, otra alternativa para las partes de un acuerdo de colaboración para el desarrollo de sistemas de IA, entonces, dice relación con adoptar una actitud pasiva frente a las autoridades de competencia, pero en caso de ser requerido, tener la aptitud de acreditar que la cooperación pactada atrae más beneficios que riesgos a la libre competencia, en virtud de la regla de la razón.

Lo anterior es consistente con lo expuesto recientemente por las Ministras Gorab y Domper del TDLC, quienes señalaron que “este tipo de acuerdos se analiza bajo la regla de la razón, cuyo objetivo es examinar la naturaleza del acuerdo, las circunstancias del mercado imperantes, lo que se traduce en hacer una ponderación de los riesgos anticompetitivos y las ganancias en eficiencias asociados al acuerdo de colaboración de que se trate”⁷⁶.

De esta manera, es fundamental que previo a celebrarse cualquier acuerdo de colaboración entre desarrolladores de sistemas de IA, se hayan estudiado los costos y beneficios en materia de libre competencia, de tal modo que el análisis de eficiencia resulte positivo.

72 Jorge Grunberg, “Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *hub and spoke*” en *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*, cds. Mario Ybar y Sebastián Castro (Fiscalía Nacional Económica, 2017), 18.

73 *Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros*, C-393-2020, Sentencia TDLC N° 185/2023, c. 47.

74 *Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros*, C-361-2018, Sentencia TDLC N°175/2020, n. 10.

75 Cabe hacer presente que ello es contrario a lo que la Excm. Corte Suprema ha señalado respecto de los carteles duros, que “se caracterizan por generar efectos perjudiciales para la competencia, sin que se generen eficiencias que los compensen, razón por la que se prohíben por su sola existencia, pues es tan probable su efecto anticompetitivo que son condenados ‘per se’”. *Requerimiento de la FNE en contra de CCNI S.A. y otras*, Rol N°15.005-2019, Sentencia Corte Suprema (2020), c. 27.

76 *Consulta Exacta Digital Media Research a si la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia televisiva podría infringir la libre competencia*, Resolución TDLC N°76-2022, voto de prevención, N°4.

IV.C. Elaboración de una guía por parte de la FNE

Hace ya más de cinco años, en su cuenta pública del año 2018, la FNE anunció que se encontraba trabajando para publicar pronto su “Guía sobre Colaboración entre Competidores”, con el objeto de entregar pautas respecto a los acuerdos de colaboración que no serían sancionables bajo el DL 211 y explicitar los criterios de la autoridad de competencia sobre esta materia.

En la ceremonia referida, la FNE señaló que su próxima guía buscaba despejar dos cosas:

“La primera dice relación con la última modificación al artículo 3° del DL 211. Leído en forma literal, dicha disposición podría sugerir que cualquier acuerdo entre competidores constituye un cartel. Sin embargo, tal como ha reconocido la experiencia comparada y ha comenzado a señalar nuestra jurisprudencia, existen ciertas formas de colaboración entre competidores que no constituyen necesariamente una colusión. La FNE estima que ciertos tipos de acuerdos entre competidores, en ciertos mercados específicos, pueden ser legítimos y traer aparejadas eficiencias reales y efectivas que se traspasen a los consumidores.

El segundo objetivo de la Guía es explicitar los criterios que utilizaremos para analizar esos acuerdos de colaboración entre competidores”⁷⁷.

Esta noticia fue bien recibida por la comunidad nacional de libre competencia, toda vez que, mediante la dictación de una guía de tal naturaleza, la FNE se pondría en el mismo nivel que sus homónimos en derecho comparado. Ello, porque según se adelantó, diversas agencias de competencia a nivel mundial han dictado guías que establecen pautas y directrices sobre la colaboración entre competidores⁷⁸.

A través de estas guías, las agencias de competencia establecen el marco analítico para abordar los acuerdos de colaboración entre competidores, distinguiendo según las distintas formas de colaboración. A su vez, han establecido criterios para determinar los costos que involucra el acuerdo, regular el intercambio de información, analizar las consecuencias laborales, entre otros asuntos.

Sin embargo, hasta la fecha, la guía anunciada por la FNE no se ha publicado. Pues bien, en ausencia de directrices de la autoridad de competencia nacional, la doctrina especializada ha establecido ciertos requisitos para que este tipo de acuerdos sean válidos, los cuales creemos que son plenamente aplicables en materia de colaboración entre desarrolladores de sistemas de IA y podrían ser incluidos en una eventual guía de la FNE, estos son, accesoriadad, indispensabilidad y proporcionalidad.

La accesoriadad dice relación con que el acuerdo de colaboración debe celebrarse en el marco de la ejecución de una actividad lícita. La indispensabilidad, se refiere a que la coordinación entre competidores en variables esenciales de competencia solamente será válida en la medida que esta sea estrictamente necesaria para ejecutar la actividad principal que los competidores pretenden implementar conjuntamente. Finalmente, la proporcionalidad implica sopesar los efectos negativos que emanan del acuerdo con los beneficios a la competencia que este genera, siendo válidos aquellos acuerdos con efectos pro-competitivos superiores a los efectos negativos⁷⁹.

77 Fiscalía Nacional Económica, *Cuenta Pública Participativa* (mayo 2019), 14.

78 *Supra* se hizo referencia a las agencias de Estados Unidos (DoJ), Países Bajos (ACM), Canadá (CBC), Reino Unido (CMA), Nueva Zelanda (CCNZ), entre otras.

79 A este respecto, ver Juan Ignacio Donoso, “Tres criterios para analizar la legalidad de acuerdos entre competidores”, Estado Diario (22 de enero, 2021), <https://estadodiario.com/columnas/tres-criterios-para-analizar-la-legalidad-de-acuerdos-entre-competidores/>.

A este respecto, creemos que dichos criterios deberían estar incluidos en la guía anunciada hace ya varios años por la FNE, junto con además indicar -al menos- el entendimiento de la autoridad de competencia respecto de las formas más comunes de colaboración entre competidores, entregar ejemplos de acuerdos válidos y prohibidos, establecer requisitos de eficiencia y beneficios, así como explicitar los criterios que serán evaluados por la FNE al momento de estudiar este tipo de acuerdos.

En este sentido, cabe destacar que un instrumento de *Soft Law* como el descrito, es decir, que establece proposiciones normativas no estrictamente vinculantes, “evita el desgaste y las externalidades negativas que produce un cambio a nivel legal, además que la FNE ha probado su baja discrecionalidad administrativa con el pasar de los años y las distintas administraciones que ha tenido, sumado a que las Guías son elaboradas en conjunto con los particulares”⁸⁰.

IV.D. Posibilidad de solicitar un informe previo al TDLC en la futura legislación de IA

Según se expuso *supra*, sin perjuicio de que no han avanzado en su tramitación, se han presentado diversas mociones parlamentarias con objeto de regular a nivel legal el desarrollo de sistemas de IA. En este sentido, cabe destacar el proyecto de ley boletín 15869-19, para regular los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas en sus distintos ámbitos de aplicación.

Este proyecto de ley, busca complementar la Política Nacional de Inteligencia Artificial, otorgándole un marco jurídico, con el objeto de “establecer un área de soberanía digital para los sistemas de inteligencia artificial en que sea el Estado de Chile el que discuta las consideraciones éticas y jurídicas, además de regular los riesgos surgidos a propósito del desarrollo, distribución, comercialización y utilización de esta tecnología. Estableciendo límites, formalidades y requisitos de implementación y aplicación que sean aplicables, y su cumplimiento exigible, a toda persona –natural o jurídica- que desenvuelva su actuar con sistemas de inteligencia artificial”⁸¹.

Ahora bien, un aspecto que no se debe dejar de tener en cuenta es que el dinamismo propio del desarrollo de la IA repercute directamente en la posibilidad y celeridad de regular este mercado. A modo de ejemplo, en febrero de 2020 la Unión Europea declaró dentro de sus prioridades crear una regulación que delimite los contornos y requisitos para el desarrollo de IA. Sin embargo, a la fecha, esta regulación aún no se aprueba, encontrándose en la etapa de dialogo tripartito⁸²⁻⁸³.

En este sentido, atendido que es razonable esperar que en el futuro Chile siga los pasos de la Unión Europea para contar con una legislación que regule el desarrollo y aplicación de sistemas de IA, y que según lo expuesto *supra* es necesaria la colaboración entre los actores del mercado, una alternativa posible es incluir en dicho cuerpo legal la obligación o posibilidad de solicitar un informe al TDLC.

Cabe señalar que la FNE ha sido clara en que, hasta la fecha, “según el DL 211, ni la FNE ni ninguna otra autoridad tienen atribuciones para revisar y/o autorizar, en forma obligatoria y antes de su perfeccionamiento, los acuerdos de colaboración entre competidores”⁸⁴.

80 Stefan Goecke Ruz, “La colusión del papel tissue. Delación compensada, estándar probatorio y otros temas claves en el sistema chileno de libre competencia”, (diciembre, 2020), <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/178018>.

81 Cámara de Diputados, Proyecto de Ley Boletín 15869-19 (abril, 2023), 2.

82 Un diálogo tripartito es una negociación interinstitucional informal que reúne a representantes del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. El objetivo de un diálogo tripartito es llegar a un acuerdo provisional sobre una propuesta legislativa que sea aceptable tanto para el Parlamento como para el Consejo, los legisladores. Terminada esta etapa, debe ser aprobado en el pleno del Parlamento y luego adoptada por los distintos países.

83 A este respecto, en abril de 2021 se presentó por primera vez en el Parlamento Europeo la IA Act, que busca asegurar la seguridad, el respeto a los derechos fundamentales y la democracia en el desarrollo y uso de la inteligencia artificial en Europa. Recientemente, en diciembre de 2023, el Parlamento y Consejo Europeo llegaron a un acuerdo respecto al proyecto de ley, el cual se espere entre en vigencia en 2026.

84 Fiscalía Nacional Económica, *Declaración Pública* (abril 2020), 2.

Por consiguiente, el informe que se propone incorporar debería ser solicitado previo a la celebración de acuerdos de colaboración entre empresas desarrolladores de sistemas de IA, para que el órgano jurisdiccional de libre competencia declare que el acuerdo que se propone no infringe la normativa de competencia, tal como se ha establecido respecto de otras industrias.

Los informes del TDLC en virtud de leyes especiales se han establecido en otras industrias, tal como se explicó respecto a la Ley REP *supra*, y según se requiere, por ejemplo, para efectuar licitaciones públicas conforme al artículo 23 de la Ley N°19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal. Por tanto, no se trataría de una herramienta regulatoria inédita y creemos que podría ser útil proyectando el avance de la IA a futuro y que permitiría contar con un precedente legítimo que respalde la celebración de acuerdos de colaboración para el desarrollo de sistemas de IA.

IV.E. Incorporar una exención a la letra a) del artículo 3° del DL 211

Finalmente, atendido que las acciones de colaboración entre competidores parecieran ser cada vez más frecuentes en las distintas industrias reguladas, dentro de las que se encuentra el desarrollo de IA, una última opción que se propone es modificar la letra a) del artículo 3° del DL 211.

Nos referimos a adoptar una exención a sancionar acuerdos entre competidores de un mercado, siempre y cuando se demuestre que las eficiencias generadas por el acuerdo son mayores a las limitaciones generadas a la competencia. A nivel comparado, esto se ha permitido especialmente en materia de acuerdos que fomentan prácticas sustentables⁸⁵ y se encuentra recogido explícitamente en la legislación de la Unión Europea (artículo 101 N°3 del TFUE).

En este sentido, una modificación al DL 211 podría implicar una solución integral respecto a uno de los principales desafíos actuales del sistema chileno de libre competencia, cuál es como abordar la cooperación lícita entre competidores, diferenciándola de los acuerdos o prácticas concertadas ilegítimas.

A este respecto ya se han pronunciado algunos autores señalando que “resulta del todo conveniente modificar nuevamente el artículo 3° del D.L. 211 para despejar toda duda respecto de su aplicación. Para dicho propósito, nos inclinamos por la adopción de una norma similar a la empleada en el artículo 101 del TFUE, en términos tales de prohibir acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia, pero otorgando la oportunidad a las partes de justificar su licitud en base a las excepciones consagrada expresamente en la ley”⁸⁶.

De esta manera, se podría incorporar una exención a la letra a) del artículo 3° del DL 211 para casos en que los acuerdos entre competidores sean de carácter colaborativos, sin reducir sustancialmente la competencia y produciendo eficiencias en el mercado, fomentando el progreso económico y/o provocando beneficios en los consumidores

La carga de la prueba para lograr la exención anteriormente descrita recae plenamente en las empresas solicitantes, quienes deben presentar evidencia fehaciente y argumentos convincentes, tanto de hecho, como jurídicos y económicos, particularmente de las eficiencias que se lograrían con el acuerdo que se propone.

Finalmente, cabe destacar que en su [Resolución N° 54/2018](#), TDLC ya se ha pronunció a este respecto, señalando que las partes de un acuerdo deben “mostrar sus efectos en el mercado y probar que los acuerdos son, en balance, pro competitivos”⁸⁷.

85 Por ejemplo, Vanessa Facuse Andreucci y Stefan Goecke Ruz, “Sostenibilidad y competencia: un entendimiento desafiante”, Investigaciones CeCo (noviembre, 2021), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones/>.

86 Claudio Lizana Anguita y Tomás Appelgren Deck, “Acuerdo entre competidores: ¿lícitos o ilícitos? Una definición pendiente”, *Investigaciones CeCo* (septiembre, 2021), 9, <https://centrocompetencia.com/category/investigaciones/>.

87 *Consulta ACHET sobre operación de concentración LATAM, American Airlines y otras*, NC-434-2016, Resolución TDLC N° 54/2018, c. 15.

V. CONCLUSIONES

La IA es hoy una realidad y cada vez cuenta con mayores formas de expresión y aplicación. Si bien se han realizado ciertos pasos en torno a regular su actividad, aún queda mucho terreno por avanzar, tanto a nivel nacional como internacional. A su vez, ya existe consenso entre los actores del mercado de IA que la cooperación es fundamental para una evolución segura y responsable de la industria.

Sin perjuicio de que la experiencia permite inferir que aún quedan muchos desafíos en materia de desarrollo de IA y riesgos por mitigar que aún no conocemos, la actual tensión entre la normativa de libre competencia y el desarrollo tecnológico se debe resolver en que la primera no debe ser un obstáculo insuperable del segundo, permitiendo estrategias cooperativas que aseguren un desarrollo seguro y responsable.

Aceptar acuerdos colaborativos entre empresas desarrolladores de sistemas de IA, cuando impliquen un mayor nivel de eficiencias que de riesgos anticompetitivos, podría ayudar a detener una carrera frenética de inyección innecesaria de recursos en el desarrollo de la IA, previniendo brechas de seguridad y de fiabilidad de los sistemas desarrollados.

Ahora bien, cabe hacer presente que lo más probable es que existan escenarios donde la cooperación no será posible de compatibilizar con la legislación de libre competencia. En estos casos, las agencias de competencia deberán realizar análisis minuciosos en busca de lograr alcanzar el nivel de cooperación adecuado que no infrinja el proceso competitivo, imponiendo medidas y/o condiciones de ser necesario. En palabras del TDLC, “[e]n suma, los acuerdos de cooperación entre competidores son permitidos en sede de competencia sólo en la medida que produzcan un efecto neto procompetitivo”⁸⁸.

En este sentido, tener una regulación o directrices claras por parte de las autoridades de competencia respecto a la colaboración entre competidores –e idealmente en la industria de la IA– ayudaría a que las empresas asociadas se esforzaran en diseñar de forma preventiva los mecanismos y procedimientos suficientes de resguardos suficientes.

Cabe destacar que recientemente, con ocasión de la promulgación de la Ley REP y las solicitudes de informe efectuadas por los sistemas de gestión colectivos de residuos, el TDLC ha aportado en esta materia, estableciendo criterios para que se deben aplicar en la colaboración entre competidores, particularmente respecto en materia de interacciones entre ejecutivos, uso de información, independencia de directores, entre otros.

Finalmente, independiente de la forma del acuerdo o la solución regulatoria que se adopte, será fundamental que las empresas desarrolladores de sistema de IA que se asocien para colaborar sean capaces de demostrar las eficiencias que genera el acuerdo, particularmente respecto al uso de datos, disminución de sesgos, sustentabilidad de la industria, entre otros, acreditando que ellas superan a los riesgos.

⁸⁸ *Consulta Exacta Digital Media Research a si la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia televisiva podría infringir la libre competencia*, Resolución TDLC N°76-2022, voto de prevención, N°4.

BIBLIOGRAFÍA

Amanda Askill, Miles Brundage, y Gillian Hadifield, "The Role of Cooperation in Responsible AI Development" (2019).

Andrés Abeliuk y Claudio Gutiérrez, "Historia y Evolución de la Inteligencia Artificial", *Revista Bits de Ciencia* (3 de agosto, 2021), <https://revistasdex.uchile.cl/index.php/bits/article/view/2767>.

Catalina González y Cristóbal Lema, "Ley REP y Libre Competencia: De la Teoría a la Práctica - Segunda Parte", *Investigaciones CeCo* (agosto 2023), 12, <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.

CHAT GPT, Definición de IA, última visita: 27 de diciembre de 2023, <https://chat.openai.com/>.

Claudio Lizana Anguita y Tomás Appelgren Deck, "Acuerdo entre competidores: ¿lícitos o ilícitos? Una definición pendiente", *Investigaciones CeCo* (septiembre, 2021), <https://centrocompetencia.com/category/investigaciones/>.

Dominic Barton, Jonathan Woetzel, Jeongmin Seong, y Qinzhen Tian, "Artificial Intelligence: Implications for China", *MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE* (Abril, 2017), <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Featured%20Insights/China/Artificial%20intelligence%20Implications%20for%20China/MGI-Artificial-intelligence-implications-for-China.ashx>

Francisco Agüero, "Remedios y Sanciones ante el Incumplimiento de Medidas de Mitigación en Operaciones de Concentración" en *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica* (2010-2017), cds. Mario Ybar y Sebastián Castro (Fiscalía Nacional Económica, 2017), 54.

Future of Humanity Institute, "The Windfall Clause: Distributing the Benefits of AI", última visita: 28 de diciembre de 2023, <https://www.fhi.ox.ac.uk/windfallclause/>.

Ignacio Peralta, "La regla per se y regla de la razón en el derecho chileno de libre competencia (y la aptitud objetiva de los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores para afectar la libre competencia como presupuesto de su sanción)", *Revista De Estudios De La Justicia*, N° 36, (junio 2022).

Irene Cortés, "El futuro sombrío de la abogacía: entre el 30% y el 50% de la fuerza laboral desaparecerá en 2050", *El Confidencial* (29 de junio, 2021), https://www.elconfidencial.com/juridico/2021-06-29/futuro-abogacia-fuerza-laboral-desaparecera-en-.2050_3155859/?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=BotoneraWeb.

Jedidiah Bracy, "After White House announcement, top tech companies form Ai partnership", IAPP (26 de julio, 2023), <https://iapp.org/news/a/after-white-house-announcement-top-tech-companies-form-ai-partnership/>.

Jorge Grunberg, "Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *hub and spoke*" en *Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica* (2010-2017), cds. Mario Ybar y Sebastián Castro (Fiscalía Nacional Económica, 2017).

Juan Ignacio Donoso, "Tres criterios para analizar la legalidad de acuerdos entre competidores", *Estado Diario* (22 de enero, 2021), <https://estadodiario.com/columnas/tres-criterios-para-analizar-la-legalidad-de-acuerdos-entre-competidores/>.

Kai-Fu Lee, "El trabajo en la era de los Datos, La inteligencia artificial y el futuro del trabajo: una perspectiva china" (2020), <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/inteligencia-artificial-y-futuro-del-trabajo-perspectiva-china/#c16n4>.

Karen Hao, "Entrenar una sola IA emite tanto CO2 como cinco coches en su vida útil", *MIT Technology Review* (14 de junio, 2019), <https://www.technologyreview.es/s/11222/entrenar-una-sola-ia-emite-tanto-co2-como-cinco-coches-en-su-vida-util>.

Luis Eduardo Toro, Macarena Viertel y Guillermo Ureta, "Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno", *Investigaciones CeCo* (septiembre 2020), 10, <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.

María José Gómez, "Viuda demanda a Google tras muerte de su esposo: aplicación Maps le indicó conducir por puente derrumbado", *La Tercera* /25 de septiembre, 2023), <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/viuda-demanda-a-google-tras-muerte-de-su-esposo-aplicacion-maps-le-indico-conducir-por-puente-derrumbado/NGQS2J7U2RAUHOLPO5PGJNGPKY/>.

Marcin Grajewski, "Artificial intelligence: [What Think Tanks are thinking], *EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE* (23 de marzo, 2023), <https://epthinktank.eu/2023/03/23/artificial-intelligence-what-think-tanks-are-thinking-2/>.

MCKINSEY & COMPANY, "What is AI?", *Mckinsey & Company* (24 de abril, 2023), <https://www.mckinsey.com/featured-insights/mckinsey-explainers/what-is-ai/>.

Ministerio de Agricultura, "Inteligencia Artificial permite detectar con una fotografía enfermedades en los cultivos agrícolas", *Noticias Ministerio de Agricultura* (20 de mayo, 2021), <https://www.fia.cl/inteligencia-artificial-permite-detectar-con-una-fotografia-enfermedades-en-los-cultivos-agricolas/>.

Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, *Política Nacional de Inteligencia Artificial*, (2020).

OECD, *Artificial Intelligence in Society* (2019), <https://doi.org/10.1787/eedfee77-en>.

UNESCO, *Documento final: primera versión del proyecto de recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial* (septiembre 2020), 6, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434_spa.

ÓhÉigeartaigh, Whittlestone, Liu, Zeng y Liu, "Overcoming Barriers to Cross-cultural Cooperation in AI Ethics and Governance".

Pablo Contreras, "El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena", *Estudios Constitucionales* 18, N°2 (2020), https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002020000200087#fn2.

Parlamento Europeo, "Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial", *Noticias Parlamento Europeo* (14 de junio, 2023), <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20230601STO93804/ley-de-ia-de-la-ue-primer-normativa-sobre-inteligencia-artificial>.

Rockwell Anyoha, "The History of Artificial Intelligence", *Harvard University* (28 de agosto, 2017), <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>

Seán S. ÓhÉigeartaigh, Hess Whittlestone, Yang Liu, Yi Zeng y Zhe Liu, "Overcoming Barriers to Cross-cultural Cooperation in AI Ethics and Governance", *Philosophy & Technology*, 33:571-593 (Mayo, 2020), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s13347-020-00402-x.pdf>.

Sebastián Ríos, "Los riesgos de la Inteligencia Artificial", *Revista Mensaje* (Mayo, 2023), <https://www.dii.uchile.cl/wp-content/uploads/2023/05/02-REVISTA-MENSAJE-Los-riesgos-de-la-Inteligencia-Artificial.pdf>.

Shin-Shin Hua y Haydn Belfield, "AI & Antitrust: Reconciling Tensions between Competition Law and Cooperative AI Development", *Yale Journal of Law & Technology*, 23 (2021).

Stefan Goecke Ruz, "La colusión del papel tissue. Delación compensada, estándar probatorio y otros temas claves en el sistema chileno de libre competencia", (diciembre, 2020), <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/178018>.

Stuart Russel, Karine Perset, y Marko Grobelnik, "Updates to the OECD's definition of an AI system explained", *OECD.AI Policy Observatory* (29 de noviembre, 2023), <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-update>.

U.S. Department of Justice, *Archived Antitrust Resource Manual* (noviembre 2017), <https://www.justice.gov/archives/jm/antitrust-resource-manual-1-attorney-generals-policy-statement#:~:text=Under%20the%20%E2%80%9Crule%20of%20reason%2C%E2%80%9D%20if%20any%20anticompetitive%20harm,the%20%E2%80%9Cper%20se%E2%80%9D%20rule>

Vanessa Facuse Andreucci y Stefan Goecke Ruz, "Sostenibilidad y competencia: un entendimiento desafiante", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2021), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.



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:

Stefan Goecke Ruz y María Hamilton Echavarrí, "Inteligencia artificial y libre competencia: necesidad y desafíos de la colaboración en Chile", *Investigaciones CeCo* (febrero, 2024),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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