

siguiendo la suerte del Derecho administrativo nacional; el que, escasa y algunas veces mal regulado en normas positivas, construyó su base sólida con los principios de su ámbito.

5. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PARAGUAY Y CONVERGENCIAS GLOBALES

Ya sabemos que el Derecho, caracterizado como un medio al servicio de la sociedad y, por tanto, en evolución constante, va mutando y se va adaptando con el transcurrir del tiempo (30). De igual manera, el Derecho administrativo (especie del género Derecho) debe adaptarse a esa evolución de la sociedad y ofrecer herramientas válidas para evaluar y tomar decisiones, para realizar un debido control (administrativo y judicial) del mismo, para encontrar y generar espacios de participación y colaboración, así como para tratar de mejor manera los diferentes desafíos que nos depara la realidad (como los avances tecnológicos, los eventos extremos, como una pandemia, el nacimiento de nuevos negocios que aparentemente escapan de los diversos organismos reguladores y caben en diferentes ámbitos, como las fintechs, etc.) (31).

La evolución del Derecho administrativo ha sido evidente y suficientemente destacada en doctrina (32), con las siguientes características:

De una frontera bien delimitada al principio entre el derecho público y el derecho privado, donde a las instituciones estatales correspondía tutelar el interés público (y el ejercicio del poder coercitivo) y a la empresa tutelar su interés patrimonial, se ha pasado a un estado de cosas donde las fronteras ya no son nítidas y existen ámbitos comunes que varían según las circunstancias y el sector regulado. Así, el Estado ha adoptado formas privadas de gestión y organización, como los incentivos por resultados y la creación de organismos instrumentales que se rigen por el derecho privado pero adoptan formas públicas o mixtas de organización; al tiempo que la empresa privada se ha visto obligada a tutelar también el interés público en la prestación de sus servicios (pensar en las empresas de telecomunicaciones, las entidades financieras, etc.).

Con la crisis del Estado liberal del siglo XIX (33), que concebía al Estado y la sociedad como dos sistemas independientes, cada uno con su propia lógica de funcionamiento, y la llegada del Estado democrático, éste pasa a cumplir una función

(30) Aunque su concepción varíe en función del enfoque (positivista o no positivista, realista o normativista, etc.) del que se parte. NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 175 y ss.

(31) RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, octava edición, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 13 ss.

(32) GIANNINI, M., *El poder público. Estados y Administraciones públicas*, traducción de Ortega Álvarez, L., Civitas, Madrid, 1991; Barnes, J. (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006.

(33) M. S. GIANNINI lo denomina Estado de clase única y subraya como su base política era censitaria, en tanto en cuanto solo atribuía derechos políticos a los ciudadanos más pudientes económicamente –en sus comienzos– (únicamente un 2-3% de la población; a finales del siglo, los porcentajes se situaban en torno al 10%– (*Derecho Administrativo*, traducción de ORTEGA ÁLVAREZ, L., Ministerio para las Administraciones públicas, Madrid, 1991, pp. 65 ss. Ver también, del mismo autor, *El poder*

de garante de la sociedad en términos de igualdad y libertad para todos, frente al poder de la propia sociedad (34).

Aparece, por tanto, el conocido como «Estado social», cuya principal característica frente al Estado liberal es su garantía de la subsistencia; el Estado social es un Estado de prestaciones y de redistribución de la riqueza (35). Como ha explicado Giannini, con el paso al «Estado de pluralidad de clases», las Administraciones públicas pasaron a intervenir en todos aquellos sectores en los que el poder político-económico de las clases privilegiadas no lo hacía (36). Las Administraciones tradicionales, del Estado y de los entes territoriales, se convirtieron, así, en Administraciones que, predominantemente, gestionaban servicios públicos (37).

En este marco de plena democratización del Estado, se producirá una redefinición de los términos del debate entre Estado y sociedad, quebrando el binomio clásico entre público y privado (38).

En efecto, el Estado va a dejar de considerar a la sociedad como un sistema estático, cuyo equilibrio solo se mantiene si permanecen inmutables ciertos valores y status, para considerarla como un sistema dinámico, que mantiene su equilibrio precisamente a través de los cambios de valores y situaciones, lo que exige una constante y compleja acción reguladora por parte del Estado.

De esta forma, en las nuevas constituciones europeas que se producen a raíz de la Segunda Guerra Mundial, donde se consagra el postulado del Estado social como defensor de un nuevo marco de relaciones entre Estado y sociedad, de un lado, se van a reconocer las potestades públicas económicas (libre iniciativa pública económica, intervención de empresas, nacionalización, planificación...) y, de otro, se va a producir una profunda transformación de los derechos fundamentales económicos desde su impronta liberal-individualista al subordinarse la propiedad privada a su función social, así como la libre empresa a los intereses generales (39).

El cambio producido en la relación Estado-sociedad va a provocar un nuevo fenómeno jurídico, esto es, la transformación del Derecho privado económico impuesto por los cambios en la Constitución económica significada en el postulado del Estado social. Se relativiza, así, la distinción entre Derecho público y privado, pues el Derecho privado se desprivatiza asumiendo en sus instituciones intereses plurales y generales (40) y, a su vez, las Administraciones públicas utilizan, cada vez en mayor medida, el Derecho privado para la mejor consecución de sus objetivos públicos.

Por otra parte, desde que el proceso democrático dio lugar a que el Estado realice otro tipo de funciones no ya de autoridad sino de prestación de servicios públi-

público. Estados y Administraciones públicas, traducción de Ortega Álvarez, L., Civitas, Madrid, 1991, pp. 49 ss.).

(34) ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El Estado como instrumento de la sociedad», *Sistema*, números 118-119 (1994), p. 209.

(35) FORSTHOFF, E., «Problemas constitucionales del Estado social», en AAVV, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 49.

(36) *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 77. Véase también KEYNES, J. M., «El final del laissez-faire», en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1987, pp. 63 ss.

(37) GIANNINI, M. S., *El poder público. El Estado...*, op. cit., p. 85.

(38) ORTEGA, L., «El Estado como instrumento...», op. cit., p. 210.

(39) ALONSO UREBA, A., *Elementos de Derecho mercantil. Introducción (Concepto, método y sistema)*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1989, p. 49.

(40) ALONSO UREBA, A., *Elementos de Derecho mercantil...*, op. cit., p. 52.

cos, éste se presentó como un colaborador de la sociedad y la garantía más importante para los ciudadanos era el buen resultado de la actividad desarrollada (41). En este sentido, frente a las rígidas normas procedimentales a las que tradicionalmente estaba sujeta la actividad administrativa, se empezó a plantear la necesidad de acudir a formas privadas de gestión, como medio para obtener los resultados que legitimen la propia actuación pública. El proceso en cuestión se definió gráficamente como de «huida del Derecho administrativo» hacia el Derecho privado (42).

En efecto, como ha observado Piñar Mañas, Se fue abriendo paso, de forma progresivamente más fuerte, la idea de privatizar los modos de actuar de la Administración pública, de ponerla en manos del Derecho privado, todo ello sin duda impulsado por las corrientes metodológicas que propugnaban el análisis económico del Derecho y por la idea de escapar a las exigencias del Derecho público (43). En el proceso comentado, también jugó un papel decisivo la denominada «crisis» del Estado de Bienestar y la recuperación del protagonismo de la sociedad civil (44).

El fenómeno en cuestión adquirió caracteres preocupantes, por la cada vez mayor utilización del Derecho privado por parte de organizaciones creadas por las Administraciones públicas para desarrollar indudables funciones de carácter público, organizaciones que, de esta forma, eludían o, cuanto menos, relajaban los controles y garantías que el Derecho público comporta (45).

(41) ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El Estado como instrumento...», *op. cit.*, p. 212.

(42) *Vid* al respecto MARTÍN MATEO: *Liberalización de la economía (más Estado, menos Administración)*. Trivium. Madrid, 1988; RODRÍGUEZ-ARANA: *La privatización de la empresa pública*. Montecorvo. Madrid, 1991; VILLAR ROJAS: *Privatización de servicios públicos*. Tecnos. Madrid, 1993; GARRIDO FALLA: «Privatización y reprivatización». *RAP*, 126 (1991); LÓPEZ GARRIDO: *La crisis de las telecomunicaciones (El fenómeno desregulador en Estados Unidos, Japón y Europa)*. Fundesco, 1989, y PIÑAR MAÑAS: «Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario». *RAP*, 133 (1994) y «Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España». *REDA*, 84 (1994).

(43) «Privatización de empresas públicas...», *op. cit.*, p. 20. El citado autor destaca, sobre todo, las aportaciones en el campo del análisis económico del Derecho del Premio Nobel de Economía COASE, R. H., (*The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988).

(44) PIÑAR MAÑAS, J. L., «Privatización de empresas públicas...», *op. cit.*, p. 23. De Vega García, P., ha destacado cómo desde que O'Connor publicó *La crisis fiscal del Estado*, quedó claramente de manifiesto el conjunto de dificultades financieras, sobre todo en momentos de depresión económica, que se cernían sobre los modernos Estados del Bienestar. A partir de esta crítica, el conservadurismo y las corrientes neoliberales, que han achacado la crisis del Estado a la acción desbordante del Estado de Bienestar, han propugnado el regreso al Estado abstencionista clásico («Presentación» del número monográfico de la Revista *Sistema* (118-119), cit., p. 7. Véanse también, en el mismo número de la Revista, sobre la denominada crisis del Estado social, los análisis de ARAGON, M., «Los problemas del Estado social», pp. 23 ss.; DE CABO MARTIN, C., «Democracia y Derecho en la crisis del Estado social», pp. 63 ss.; GARCIA HERRERA, M. A., «El fin del Estado social», pp. 133 ss.; y PORRAS NADALES, A. J., «La evolución del Estado social y sus perspectivas», pp. 231 y ss.).

(45) Véase DEL SAZ, S., «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 143 ss. y «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP* 133 (1994), pp. 57 ss.; MARTIN RETORTILLO, S., «Las empresas públicas. Reflexiones en el momento presente», *RAP* 126, pp. 70 ss.; SALA ARQUER, J. M., «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA* núm. 75 (1992), pp. 399 ss.; BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho administrativo», *op. cit.*, pp. 233 ss., y los trabajos, publicados todos ellos en la obra colectiva, *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, cit., de GARRIDO FALLA, F., «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas», tomo I, p. 27, BAENA DEL ALCÁZAR, M., «Organización, régimen jurídico y sector público estatal. La

En términos prácticos, podemos visualizar esto en la adopción de decisiones públicas para extraer a su instituciones del rígido esquema burocrático, tales como los incentivos remunerativos en función de los resultados y el permiso para que empresas estatales puedan desenvolverse con eficiencia en el mercado.

Como contrapartida, cuando a las entidades financieras (privadas) se encarga ser el guardián del esquema preventivo de lavado de activos (46), exigiéndoseles controles que, si no se cumplen, acarrear sanciones para ellas, demuestra el traslado del interés público en el desarrollo de la empresa privada.

Separar los ámbitos públicos o privados para determinar el comportamiento debido exige un análisis profundo que no puede realizarse en abstracto, sino que depende de la casuística, por las diversas variables que se pueden conjugar en el espectro normativo y fáctico.

De una interpretación mecánica o exegetica por excelencia se ha pasado a una interpretación finalística o análisis de adecuación de disposiciones programáticas o prestacionales que se configuran «en la medida de lo posible». Es decir, ha crecido la discrecionalidad administrativa porque las normas son más elásticas, porque la sobrepoblación normativa plantea no pocos problemas de contradicción, vaguedad e indeterminación, así como la siempre recurrente cláusula potestativa abierta permite una mayor configuración por vía reglamentaria.

Recientes leyes aprobadas en el Congreso paraguayo demuestran este estado de cosas: la ley 6534/2020 parece determinar dos autoridades reguladoras de la ley de protección de datos crediticios, sin ofrecer parámetros claros de diferenciación, lo que exigirá un entendimiento finalístico de la norma para distribuir las competencias, lo que se espera de la reglamentación respectiva.

La misma problemática plantea la última modificación a la ley 1334/98 de defensa del consumidor y del usuario, operada a través de la ley 6636/2019; pues, habiendo ya una autoridad de tutela al consumidor, incorpora al Banco Central como regulador y supervisor sobre las entidades financieras en lo que atañe a la ley 6636. Pero, como dicha ley trata de una modificación de ciertos artículos a la ley del consumidor, no queda claro que la competencia se circunscribe solo al control del cumplimiento de la regla del costo total del crédito, como habría sido intención de los proyectistas.

De ahí que debe escudriñarse en la finalidad teleológica de la ley y propender una interpretación armónica para evitar sucesivas nulidades que tornen ineficaz la norma y para reencauzar por un camino de seguridad jurídica, lo que no es fácil, en atención a la consabida interpretación dispar que surgen de los postulados léxicos.

De una regulación cuyo centro de configuración era exclusivamente la Administración pública, se ha pasado a determinar en algunos casos procedimientos acordados de regulación, tales como la autorregulación regulada, los acuerdos en gestión ambiental, la determinación de parámetros de administración de riesgos, de gobierno corporativo, de prevención de lavado de activos, etc. Así, la discrecionalidad no solo se trasladó hacia las competencias de la Administración, sino también hacia la forma en que las empresas privadas pueden o deben cumplir con los están-

incidencia de las Leyes de Presupuestos», tomo I, p. 73, y VILLAR PALASÍ, J. L., «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas», tomo I, p. 153.

(46) Cfr. Ley 1015/97 y sus modificaciones, así como la Resolución 70/2019 de la SEPREDAD.

dares (que tampoco están delimitados de manera precisa o que varían constantemente).

No es cosa nueva exponer acerca del bajo porcentaje de infracciones sancionadas, comparadas con las que suceden cotidianamente; dada la poca capacidad administrativa para atender, percatarse y perseguir todas las infracciones (47). Las fiestas clandestinas y las reuniones que se suceden diariamente en el marco de la pandemia del Covid-19 son una muestra palpable de ello (48).

La estrategia regulatoria ha consistido en aprovechar la tecnología para optimizar los controles, como los controles de velocidad en carreteras.

También el mercado va ofreciendo alternativas, como claramente los servicios tecnológicos emergentes nos ofrecen la posibilidad de calificar la prestación del servicio recibido en el transporte o en los servicios recibidos (como la calificación de los restaurantes, de la contabilidad, donde uno de los ejemplos es la aplicación TAXit, y las cualificación y atención recibida en los hoteles, etc.).

Ello nos demuestra el camino a seguir para una mejor regulación: estudiar y aprender acerca de los incentivos que mueven a los actores del mercado, para luego ofrecer una regulación eficiente. Aprender de las lecciones pasadas, observar, planificar, probar y contrastar son tareas imprescindibles para escapar de los fracasos ocasionados por las improvisaciones, tal como ha expuesto de manera precisa Thaler. A veces, soluciones tradicionales como los incentivos fiscales no producen el efecto esperado, por lo que debe tenerse presente los verdaderos estímulos a los que responden las personas (49).

Si la finalidad es la tutela de los derechos de las personas, como debe ser, deben arbitrarse los mecanismos que lleven a la mejor protección de los mismos, asumiendo la capacidad estatal limitada y aprovechando la sinergia social, como los ejemplos recién dados o espacios de denuncias confidenciales y protegidas, lo que ha ocurrido y tuvo buenos resultados en Paraguay en el marco de las contrataciones públicas (50).

El surgimiento de colaboraciones público-privadas para alcanzar objetivos de interés público y para diseñar estrategias de una mejor gestión pública, sobre todo ocasionados por las desafecciones ciudadanas o la deslegitimación de las autoridades; lo que acarrea el espacio propicio para generar este tipo de colaboraciones.

La aplicación del principio de subsidiariedad en materia normativa implica que el Estado debe intervenir solo cuando existan fallas del mercado o cuando la sociedad no sea capaz de proveerse los servicios públicos que precisa. Esto va en línea con la tutela de la dignidad humana, que precisa desarrollarse en un marco de libertades que le permita desenvolverse. De hecho, la conceptualización del «gobierno abierto» ha centrado su análisis sobre la transparencia para significar que ella es solo un medio para alcanzar la *participación* y la *colaboración* de los ciudadanos

(47) NIETO GARCÍA, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Trotta, Madrid, 2002.

(48) <https://www.lanacion.com.py/politica/2021/04/16/fiestas-clandestinas-en-la-mira-de-nuevas-restricciones-anticipa-ministro/>; <https://megacadena.com.py/concej-al-asunceno-dijo-que-fiestas-clandestinas-son-un-gran-negocio-en-plena-pandemia/>.

(49) THALER, Richard, *Portarse mal. El comportamiento irracional en la vida económica*, Paidós, Buenos Aires, 2017.

(50) GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, «La contratación pública en Paraguay», pp. 99-126, en Jaime Pintos Santiago (Coordinador), *Derecho comparado de la contratación pública*, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, 1-2015, en www.liberlex.com.

en la definición de estrategias públicas y en el desarrollo del mercado (51). Es así que, la publicación de informaciones, en formato de datos abiertos, permite a la sociedad acceder a las mismas y proporcionar con ellas aplicaciones y/o servicios que facilitan la vida cotidiana, como los itinerarios de los medios de transporte y la estimación de los viajes.

El nuevo esquema de gobernanza que plantea la globalización también plantea la necesidad de armonizar una línea de entendimiento con instancias extraterritoriales sin poder coercitivo pero con un tremendo poder fáctico (como la OMC, la OMS, el FMI, el BM, el GAFI, etc.), así como instancias supranacionales que todavía no terminaron de diseñar mecanismos adecuados para discutir sus decisiones (como los organismos de la Unión Europea). La aparición de problemas globales que deben tener una respuesta intergubernamental o intersectorial se suma a este nuevo esquema de gobernanza que permiten crear instancias que sumamente complejas para definir las.

La globalización es un fenómeno que viene a constatar el proceso experimentado en los últimos años por las sociedades contemporáneas, que se han convertido en mucho más complejas e interrelacionadas entre sí. Unida a la crisis económica mundial que se inició en 2008, ha dado lugar a una cada vez mayor dependencia global de los Estados nacionales, cuyas decisiones en muchos ámbitos públicos están ahora condicionadas desde el exterior de sus fronteras.

La crisis crediticia e hipotecaria que comenzó en EEUU en agosto de 2007 y que un año después se contagió a todo el mundo, ha provocado desde entonces enormes turbulencias financieras y ha agitado con especial virulencia el sistema bancario europeo e internacional. La peor crisis en más de siete décadas ha sido, por primera vez en la historia, simultáneamente global. (52) En dicha coyuntura de inestabilidad, los mercados han dejado paso al Estado, que reaparece como el máximo garante de la seguridad económica y financiera y el protector de los ciudadanos frente a los excesos y opacidad de las entidades bancarias y financieras. El tradicional rechazo a la intervención del Estado ha quedado en entredicho, ya que la crisis ha puesto de manifiesto la incapacidad del mercado para regularse y ha provocado la mayor intervención pública jamás lanzada para salvar el capitalismo.

Por globalización podemos entender en un sentido jurídico la interrelación de los sistemas nacionales y la reducción de su soberanía. Por virtud de la misma, los Estados están perdiendo la posibilidad de adopción de muchas de sus decisiones tradicionales, sobre todo en el ámbito económico. La pandemia del Covid-19 puso de manifiesto esto en su máxima expresión. Tanto los ciudadanos como los gobiernos se están viendo cada día más afectados desde el punto de vista jurídico por normas, actividades y decisiones que se adoptan fuera de las fronteras del Estado, incluso desde el ámbito privado.

(51) GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, «Gobierno abierto: una mirada desde los derechos sociales fundamentales», pp. 277-333, en *Temas actuales de Derecho administrativo-económico*, BCP, Asunción, 2019.

(52) RUIZ DE ELVIRA, STEINBERG WECHSLER, ALTZELAI ULIONDO, OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, VELÁZQUEZ GARDETA, UNCETABARRENECHEA LARRABE, DOMÍNGUEZ DOMECH y MENÉNDEZ BLANCO, *Crisis económica y financiera: el papel de la Unión Europea*, EUROBASK, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Vitoria, 2009.

Se ha planteado así la existencia de un Derecho administrativo global, que cada vez presenta un mayor impacto en los ordenamientos administrativos nacionales (53), como ha advirtiendo la doctrina (54).

El Derecho administrativo global ha sido definido como «aquel que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban» (55).

Kingsbury recoge como fuentes primarias de este Derecho global los principios extraídos de los Derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la OMC y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares (56).

El profesor Cassese se ha referido a una «gobernanza global» que emana de más de 2000 órganos regulatorios internacionales o intergubernamentales (57), tomando de los ordenamientos nacionales los elementos que le son necesarios o que le convienen.

Pues bien, la globalización económica ha incidido de forma notable en las nuevas regulaciones jurídico-administrativas, que ponen de manifiesto el nuevo papel que la Administración juega en el desarrollo de la actividad económica del Estado (58).

La globalización de los intercambios económicos ha dado lugar a un movimiento general de desregulación gubernamental del comercio, las finanzas y las inversiones económicas, lo que conduce también a una notable pérdida de margen

(53) Ver KINGSBURY, B.; KRISCH, N. y STEWART, R. B., «The Emergence of Global Administrative Law», *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005). Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Paris, G. y Ricart, L., *LL. M. International Legal Studies*, Facultad de Derecho New York University. Texto disponible en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>.

También se ha publicado el texto en la *Revista de Derecho Público* núm. 24, 2010 (Kingsbury, Krisch y Stewart, «El surgimiento del Derecho administrativo global»).

(54) MIR PUIGPELAT, O., *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004; CRUZ ALLI, J., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; BALLBÉ, M., «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP* núm. 174 (2007); AAVV, *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (Ponce, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid, 2010; AAVV, *Las transformaciones del procedimiento administrativo* (Barnés, J., coord.), Global Law, Sevilla, 2006.

(55) KINGSBURY, B., «The Administrative Law Frontier In Global Governance», *ASIL proceedings 2005*, pp. 1 y ss.

(56) KINGSBURY, B., «The Administrative Law...», *op. cit.*, pp. 4 ss.

(57) *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Global Law, Sevilla, 2010.

(58) Véase MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Fundamentos e instrumentos de la regulación económica», en libro colectivo *Derecho de la Regulación, Tomo I*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15 ss.

de maniobra por parte de los Estados para la elaboración de políticas económicas que se produce ya, necesariamente, en marcos transnacionales (59).

No cabe duda que la globalización ha afectado al papel de garantes de las Administraciones públicas (60).

Pero también la fuerte crisis económica que se vive a nivel global desde 2008 (61) ha llevado a que se hable de un nuevo Derecho público de la crisis económica, en la terminología utilizada por el profesor Embid Irujo (62).

La interrelación entre Derecho y Economía, y la incidencia del primero sobre los aspectos micro y macroeconómicos, ya se venía apreciando en los últimos años, en los que el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del Derecho (63).

Es decir, se creó un sistema donde la racionalidad ha de primar: los factores socio-económicos en conjunción con las necesidades que habrán de satisfacerse. El control de la actividad estatal (o su inactividad) habrá de juzgarse entonces también desde la misma perspectiva y con los mismos parámetros, lo que sin duda requiere de una mayor especialización y entendimiento del «negocio» por parte de quienes habrán de controlar la actividad o la posición estatal (previa, concomitante o posteriormente; administrativa o judicialmente). El desafío está en encontrar una tutela contra la decisiones de instancias internacionales que carecen de un mecanismo de control o que se difunde en la globalidad, similar a la tutela judicial que tienen los ciudadanos frente a sus Administraciones.

Por otro lado, dichos organismos (como GAFI, FMI, OMC, OMS, etc.) también contribuyen restringiendo la discrecionalidad de las autoridades administrativas, emitiendo directivas que, aunque no vinculantes, tienen una tremenda fuerza efectiva. También exigen que las respectivas autoridades administrativas restrinjan sus potestades discrecionales estableciendo parámetros más claros y objetivos sobre el ejercicio de sus atribuciones (64).

La aparición de sectores comerciales cuyo encuadre todavía no termina de cuajar en algún sector tradicional de regulación y que, a su vez comparte caracteres de

(59) Christine André, «The Welfare State and institutional compromises (From origins to contemporary crisis)», en *Regulatory Theory*, ed. Robert Boyer e Yves Saillard, New York, 2002.

(60) J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Globalización económica, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo», *RAP* núm. 164, 2004, pp. 7 a 40.

(61) Sobre la relación entre crisis económica y medidas adoptadas por las Administraciones en el sector de la contratación pública, puede verse GIMENO FELIÚ, J. M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estados Social y Democrático de Derecho*, enero 2010 y ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI* núm. 3 (2009), pp. 2 ss.

(62) EMBID IRUJO, «El derecho público de la crisis económica», ponencia presentada al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011, p. 118. Disponible en <http://www.aepda.es/EscaparateFamilia.aspx?id=71-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA.aspx>.

(63) TORRES LÓPEZ, *Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 9 ss.; PAZ ARES, «La Economía política como jurisprudencia racional», *Anuario de Derecho Civil* núm. 2, 1981, pp. 601-707; SANTOS PASTOR, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989; y MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, CEC, Madrid, 1994.

(64) GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, tesis doctoral *La discrecionalidad administrativa en el derecho de la economía*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

varios sectores regulados; lo que crea la disyuntiva de tener que definir el ámbito competencial, la disputa o desapego que plantean las entidades públicas rectoras para enfrentar el problema y la necesidad de seguridad por parte de los agentes económicos para moverse tranquilos. El caso de Uber ha sido hartamente discutido y han sido creadas soluciones diferentes en los diferentes países, frente a otros países, como Paraguay, que no han emitido regulación alguna sin perjuicio de su plena operatividad.

Sin embargo, el negocio de los activos virtuales y el de otras *FinTech* que van surgiendo piden a gritos una definición y desnudan la falta de satisfacción de los tradicionales esquemas regulatorios. En algunos casos, siguiendo el modelo inglés, se crean bolsas regulatorias, algo así como campos de observación del comportamiento, y en otros se trata de encasillar en algún esquema vigente, lo que provoca asimetrías entre las empresas de un sector ya consolidado y otro en gestación.

La enseñanza que ello nos debe dejar, a mi juicio, es la necesidad de crear sinergias entre las instituciones públicas, hasta ahora acotadas a la creación de ventanillas únicas de tramitación y a reuniones periódicas donde se intercambian pareceres y estudios sectoriales, para ofrecer regulaciones concertadas entre dos o más reguladores (los afectados en su esfera competencial sobre la materia concreta). Por ejemplo, distribuir o delegar una supervisión del mercado concreto y facilitar un tratamiento tributario que dé tranquilidad a los operarios e inversores.

La búsqueda por estrategias que tiendan a acompañar el desarrollo de estos mercados es una necesidad proclamada en los diversos foros sobre la materia, al tiempo que exige una redefinición del Estado-regulador para comprenderlo como Estado-observador y guía en el desarrollo empresarial. Resulta que la mayor mano de obra se encuentra en manos de empresas que representan un porcentaje insignificante del producto interno bruto de los países; cuyo porcentaje significativo superior al 90%, se encuentra en manos de las grandes empresas, quienes, a su vez, poseen el menor número de empleo de mano de obra.

De ahí que se propugne por buscar estrategias que apunten a acompañar las iniciativas de pequeñas empresas, así como darles un entorno favorable para su desarrollo (65), en aras a reducir el riesgo de fracaso (66). Un ejemplo exitoso en la región constituye Uruguay (67), en cuanto a estrategias de inclusión financiera, sobre todo por cómo supo conjugar en su legislación un entorno atractivo para las pequeñas empresas y para los usuarios, creando facilidades e incentivos para las transacciones electrónicas (68). El patrón coercitivo no funciona para cambiar la

(65) Por supuesto, el crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas depende de muchos más factores, tales como: la facilidad para constituir empresas (materializado con la ley 6480/2020), la posibilidad de generar un mercado de créditos que tome como colateral los bienes con que estas cuentan, muebles (a cuyo efecto está en estudio el proyecto de ley de garantías mobiliarias), así como un espacio de incentivos y facilidades a los efectos fiscales, entre otros. Pero todos precisan de un proceso de aprendizaje que solo puede lograrse a través del acompañamiento a tales emprendimientos.

(66) THALER, Richard, *Portarse mal...*, op. cit., pp. 481-482.

(67) SANROMAN, Graciela y otros, *Inclusión financiera en el Uruguay. Análisis a través de índices sintéticos*, CEPAL, Serie Estudios y Perspectivas, 2016. Puede consultarse en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/40632/S1600840_es.pdf.

(68) OCDE, *Estrategias nacionales de inclusión y educación financiera en América Latina y el Caribe: retos de implementación*, 2020. Puede consultarse en: <https://scioteca.caf.com/bitstream/>

realidad. Esta debe ser encarada con estrategias de educación, acompañamiento, de incentivos y de facilidades; en cuyo caso contrario se tenderá al fracaso.

Las *FinTech* son las pruebas más palpables de que el mercado siempre va por delante de la regulación. El mercado de los activos virtuales no llega a definirse si entran del ámbito de regulación financiera, del mercado de valores u otro atinente. De igual manera, las plataformas de financiamiento colectivo o *peer to peer* y otras parecidas incumben negocios que no se encuadran exclusiva o exactamente en el ámbito de una entidad reguladora.

Ello ocasiona que las empresas, dependiendo de las circunstancias de los diferentes países, no encuentran un regulador que las considere dentro de su ámbito competencial o que tiene varios probables reguladores porque el negocio tiene aristas de diferentes ámbitos reguladores. En estas circunstancias, en algunas ocasiones las empresas emprendedoras se benefician de la falta de impunidad y en otros casos reclaman una regulación, aunque sea mínima, para otorgar seguridad a sus clientes/mercado, ya sea porque estos exigen estándares de calidad o porque desde el espectro internacional se exige alguna formalidad y ello impide que las entidades financieras las admita como clientes (cualquiera puede advertir las limitaciones que provoca la imposibilidad de ser admitido por una entidad financiera, en el mercado transaccional).

Así aparecen las *FinTech*, que son conceptualizadas como «todas aquellas actividades que impliquen el empleo de la innovación y los desarrollos tecnológicos para el diseño, oferta y prestación de productos y servicios financieros» (69). Sin embargo, dichas actividades pueden involucrar actividades que se encuadrarían en la operativa de la intermediación financiera, pero también entran en el concepto aquellas actividades que prestan servicios de soporte tecnológico a los operadores financieros regulados (70).

handle/123456789/1605/Estrategias-nacionales-de-inclusi%C3%B3n-y-educaci%C3%B3n-financiera-en-América-Latina-y-el-Caribe.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

(69) *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*, Asociación Española Fintech e Insurtech, España, 2017. Puede consultarse en: https://asociacionfintech.es/wp-content/uploads/2018/06/AEFI_LibroBlanco_02_10_2017.pdf.

(70) Es común reconocer que las *FinTech* incrementan la eficiencia financiera y puede mejorar el acceso al crédito, pero que se exigen esfuerzos para un adecuado monitoreo para, en su caso, ir dictando normas que protejan a los consumidores e inversores. Las operaciones *FinTech* que todavía no cuadrarían en una estricta conceptualización de intermediación crediticia (aunque no por ello deba de dejar de considerarse las vinculaciones y asimilaciones que puedan determinar un arbitraje regulatorio) se caracterizan por (i) poner en contacto a inversores y prestatarios, la relación se hace entre ambos (P2P), por lo que la plataforma es un agente y gestor del préstamo a cambio de comisiones, ya que no asume el riesgo de crédito ni de liquidez, (ii) es el inversor quien asume los riesgos, no el operador del sistema, (iii) no hay transformación de vencimientos porque la inversión y el préstamo tienen la misma duración, (iv) un inversor solo rescata su inversión si hay otro inversor que se haga cargo de la inversión, (v) la plataforma mantiene registros, cobra y distribuye los flujos y gestiona la recuperación de obligaciones incumplidas, (vi) muchas plataformas prestan servicios adicionales como el análisis de solvencia, generando una calificación crediticia a partir del comportamiento de los prestatarios en diferentes ámbitos, tomando datos de fuentes no tradicionales (como compras en internet, pagos móviles, algoritmos y técnicas de aprendizaje automático), (vii) lo que suele ser un motor para diversificar los riesgos, complementando al préstamo bancario. Ahora, el desarrollo y expansión de las *FinTech* dependen del crecimiento económico de cada país, dependiendo también del nivel de competencia en los mercados de crédito (cuanto menos competitivo sea un país, la tendencia es que allí se desarrolle más la financiación *FinTech*; y todavía representa un porcentaje muy pequeño de los flujos de crédito en la mayoría de los países, salvo en EE.UU., Reino

En respuestas, los *sandbox* (bolsas regulatorias) han surgido en el derecho anglosajón para dar respuestas a estos ámbitos emprendedores y, sobre todo, acompañamiento a los sectores que precisan de una guía y juzgamiento con ojos fraternales, no con el sesgo punitivo; ya que se trata de orientar a un sector que está intentando ofrecer mejores servicios a la ciudadanía, pero que todavía no tiene la infraestructura suficiente como para entender los cánones regulatorios pensados para empresas de porte diferente y con servicios direccionados a clientes diferentes.

La falta de supervisión puede (i) incrementar el apetito y el nivel de riesgo, (ii) aumentar las inversiones de alto riesgo, (iii) generar una insuficiente comprensión por parte de los consumidores y falta de transparencia informativa, (iv) acarrear impagos de los créditos, (v) ser susceptible de ciberataques, (vi) conllevar una escasa protección de las inversiones y los créditos, (vii) provocar un arbitraje regulatorio que se erija en un incentivo para que el sector tradicional realice actividades en terrenos no regulados para eludir normas de contabilidad y capital, por ejemplo.

De allí que las estrategias regulatorias deben obedecer a parámetros razonados, con base en realidades y con una finalidad bien definida. En algunos casos se deben determinar estrategias de obtención de información, primero, para luego ir dictando normas en la medida que se obtengan datos concretos del comportamiento del mercado respectivo y conocer la finalidad a la que se apunta. En otras ocasiones, se exigen acuerdos entre reguladores para unificar criterios, dar seguridad al mercado y ofrecer un panorama claro del marco de actuación, a modo de dar respuestas o tratamientos adecuados a los requerimientos del mismo. También en ciertas circunstancias se debe diseñar un esquema regulatorio tal que acompañe el desarrollo del mercado y sin espíritu sancionador, en el sentido clásico, sino con el rol de un buen padre de familia, perdonando y guiando para corregir errores y encaminarle a las personas hacia la informalidad; ofreciendo una estrategia de incentivos más que de normas coercitivas.

Es decir, el diseño regulatorio o estratégico debe obedecer a bases razonadas y a criterios fundados en elementos que creen las bases o los incentivos adecuados, en contra del común entendimiento de exigir sin aquellos incentivos o las condiciones que provean las bases para apuntalar una política pública concreta. Este es un desafío de entendimiento que debe entrar en la cabeza de toda autoridad que intente provocar un cambio de comportamiento o corregir un mal comportamiento. Aquí nos encontramos en presencia de un principio elemental que muchas veces no se ve traducido en la realidad por la falta de una visión o por falta de interés en procurar esfuerzos para hacer las cosas como corresponde.

Unido y China, donde presentan volúmenes interesantes y, por ende, un acompañamiento, monitoreo y moderada regulación estatal. Cfr. Stijn Claessens, Jon Frost, Grant Turner y Feng Zhu, «Mercados de financiación *fintech* en todo el mundo: tamaño, determinantes y cuestiones de política», *Informe Trimestral del BPI*, septiembre de 2018, puede consultarse en: https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1809e_es.pdf.