

SANDBOXES Y FINTECH EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO EN AMÉRICA LATINA

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad
Católica Andrés Bello

Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y
Universidad Castilla-La Mancha
Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School

Resumen: Particularmente en el siglo XXI, las nuevas tecnologías han facilitado la innovación en los servicios financieros. Para promover marcos regulatorios que fomenten la innovación, varios países de América Latina han creado sandboxes, es decir, espacios regulatorios de prueba para la experimentación. En términos legales, esos espacios son autorizaciones limitadas que permiten ofrecer servicios de tecnología financiera innovadora y experimental, mientras los reguladores y las firmas financieras aprenden y prueban esos nuevos servicios. Sin embargo, esos espacios se implementan a través del filtro de las instituciones del Derecho Administrativo, lo que no favorece la innovación y la experimentación. Por tanto, es necesario crear nuevas instituciones que, a partir de la complementariedad entre los sectores público y privado, fomenten la experimentación y la innovación.

Palabras clave: FinTech, sandboxes regulatorios, mejora regulatoria, innovación, experimentación, Derecho Económico Administrativo, Derecho Administrativo Interamericano

Abstract: Particularly in the 21st century, new technologies have facilitated innovation in financial services. To promote a regulatory frameworks that encourage innovation, several Latin American countries have created sandboxes, that is, regulatory spaces for experimentation. In legal terms, those spaces are limited authorizations that allow the offer of innovative and experimental financial technology services, while regulators and financial firms learn and test those new services. However, those spaces are implemented through the Administrative Law institutions' filter, which does not favor innovation and experimentation. Therefore, it is necessary to create new institutions that, based on the complementarity between the public and private sectors, encourage experimentation and innovation.

Keywords: FinTech, regulatory sandboxes, regulatory improvement, innovation, experimentation, Economic Administrative Law, Inter-American Administrative Law

INTRODUCCIÓN

El método comparado aplicado al Derecho Administrativo Económico en los países que integran América Latina permite apreciar tendencias similares, asociadas al desempeño económico en la región. Estas tendencias pueden diferenciarse en tres grandes períodos¹.

Así, la política de sustitución de importaciones se tradujo en técnicas de intervención administrativa basadas en controles estatales y en la gestión de actividades económicas de manera directa por medio de empresas públicas. Esta visión, consolidada en el siglo XX, ayudó a estructurar al Derecho Económico centrado en el Estado y en el rol de la Administración Pública, empleando para ello las categorías tradicionales de la actividad administrativa, como la policía económica y el servicio público. Tras esa visión subyacía la visión según la cual el sector público predomina sobre el sector privado.

Hacia fines del siglo XX, la región giró en torno a las políticas de liberalización económica, marcadas por el Consenso de Washington y el ímpetu privatizador. Las políticas de privatización marcaron al Derecho Administrativo Económico en la región por la introducción de la teoría general de la regulación económica. La incorporación de esa teoría se realizó sin un necesario ajuste del marco teórico del Derecho Administrativo, lo que llevó a considerar a la regulación como una modalidad de la actividad administrativa, cercana -o equiparable- a la actividad de policía económica. En esta visión, el sector privado fue considerado como prevalente.

En el siglo XXI, América Latina ensaya una nueva aproximación, impulsada por los riesgos globales, como la pandemia de la COVID-19 y el cambio climático. Bajo esta nueva visión, el sector público y el privado son complementarios, en especial, pues cada uno aporta capacidades necesarias para la promoción del desarrollo. Además, el rol de las Administraciones Públicas ya no se limita solo a paliar fallos de mercado, pues también les corresponde ayudar a crear mercados, fomentando la innovación². Si el

¹ Hausmann, Ricardo, “Structural Transformation and Economic Growth in Latin America”, en *The Oxford Handbook of Latin American Economics*, Oxford Handbooks in Economics, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 519 y ss.

² Mazzucato, Marianna, *Transformational change in Latin America and the Caribbean. A mission-oriented approach*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2022, pp. 58 y ss.

desarrollo es un proceso de autodescubrimiento³, el Derecho Administrativo también debe diseñarse para promover la innovación y la experimentación.

Este cambio del Derecho Administrativo Económico es especialmente relevante en los servicios financieros, que han venido innovando a resultas de la transformación tecnológica. Tal es el origen de los servicios financieros prestados por nuevas tecnologías, sector tecnofinanciero o FinTech⁴. La esencia de este sector es la innovación y la experimentación, todo lo cual precisa de un Derecho Administrativo flexible. Precisamente, el Derecho se ha adecuado a estas exigencias mediante reglas -o instituciones- que favorecen la innovación y experimentación, conocidas como “sandboxes” o un “entorno de pruebas”⁵.

Para el Derecho Administrativo Económico en América Latina, los entornos regulatorios de prueba para promover la innovación en el sector tecnofinanciero suponen retos teóricos, pues la base de ese Derecho sigue siendo el modelo francés, anclado en conceptos como el servicio público que difícilmente se adaptan a las nuevas exigencias. Así, mientras la innovación precisa de un Derecho Administrativo flexible, dinámico y que aprenda de sus propios errores, el modelo francés -como ha sido aplicado en la región- promueve esquemas rígidos, estáticos y que penalizan los errores.

No es cuestión, por ello, de simplemente trasponer el concepto de entorno de pruebas para servicios tecnofinancieros al marco teórico tradicional, para aludir así al Derecho Administrativo del sector tecnofinanciero o de los entornos regulatorios de prueba. Sería inadecuado, así, enfocar estas técnicas de intervención administrativa a través de las técnicas de la policía administrativa por medio de la cual la Administración Pública puede ordenar y limitar a los nuevos servicios financieros, considerados también como servicios públicos. Tal aproximación podría hacer, del Derecho Administrativo, un obstáculo para la innovación financiera en América Latina.

En este breve ensayo desarrollamos esta premisa, partiendo de diversos estudios del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Así, nuestro interés consiste en explicar -desde la perspectiva interdisciplinaria- cuáles son las razones económicas que, tras los “sandboxes” y en “FinTech”, justifican una renovación conceptual del Derecho

³ Hausmann, Ricardo, *et al*, "Reconfiguring Industrial Policy: A Framework with an Application to South Africa", CID Working Paper N° 168, Center for International Development at Harvard University, 2007, 3-4.

⁴ La Fundación del Español Urgente recomienda usar la expresión *tecnofinanzas*.

⁵ Que es la expresión recomendada por la Fundación del Español Urgente.

Administrativo en América Latina, basado en la complementariedad entre el sector público y el sector privado.

I. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SANDBOXES Y LA FINTECH

Los servicios financieros cumplen importantes funciones en la economía, como mecanismos que canalizan el ahorro y facilitan el sistema de pagos. Tradicionalmente se ha observado que fallas en la información limitan la eficiencia para el libre intercambio de servicios financieros, todo lo cual justifica la intervención pública. El rol tradicional del Estado -a través de la Administración Pública- es corregir situaciones de información asimétrica, brindando confianza al intercambio de servicios financieros. En tanto estos servicios se anclan en la moneda emitida por el Estado, la intervención pública se justifica, también, para garantizar la integralidad del sistema financiero⁶.

El régimen jurídico-administrativo tradicional de los servicios financieros, anclados en la idea del servicio público, ha estado además acompañado del reconocimiento de la potestad sancionadora, orientada a penalizar el incumplimiento de los deberes anejos a los servicios financieros. Esto es, que el incumplimiento de las limitaciones establecidas en la Ley -y las limitaciones que complementariamente se incluyen en los reglamentos- tiende a ser considerado una conducta antijurídica que justifica la potestad sancionadora. A estos efectos, la Administración retiene potestad de inspección, en especial, para recabar -incluso coactivamente- información. En todo este sistema, el acto administrativo ocupa, como es de esperar, lugar central, al igual que el principio de legalidad y la reserva legal.

La crisis financiera global de 2008 impulsó cambios tecnológicos para incrementar la eficiencia y seguridad de los servicios financieros. La evolución de las redes sociales y la capacidad de procesamiento de datos masivos impulsó innovaciones tecnológicas que permitían sobrellevar alguno de los fallos de información del sector. Esta innovación financiera no solo comenzó a plantearse *dentro* del sector financiero también, y en especial, *fuera* de este sector. Así, la revolución tecnológica, al lograr sortear algunos de los fallos que habían justificado el surgimiento de las instituciones financieras, facilitó emprendimientos de servicios financieros al margen de

⁶ Alexander, Kern, *Principles of Banking Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 33 y ss.

esas instituciones. El sector bancario siempre ha empleado tecnología. Por ello, el interés suele centrarse en la oferta de servicios financieros que, apoyados en plataformas en línea y dispositivos móviles, emplean nuevas tecnologías para proveer servicios financieros, incluyendo inteligencia artificial, cadena de bloques, la interfaz de programación de aplicaciones y los macrodatos⁷.

1. *La innovación tecnológica en los servicios financieros y los retos de su regulación*

El cambio al cual nos hemos referido no consiste -solamente- en el uso de tecnología o en la innovación tecnológica, sino en el tipo de tecnología con la cual se innova en la oferta de servicios financieros⁸. La digitalización de la economía y la difusión de dispositivos móviles han derivado en un ambiente propicio para crear nuevos servicios financieros. La información -pieza clave del sector bancario- ahora es almacenada y procesada de manera masiva, descentralizada y encriptada, con aplicaciones que permiten su procesamiento efectivo y transparente, incluso, en la nube. Todo lo anterior crea un ambiente propicio para nuevos emprendimientos que ofrezcan nuevos servicios financieros. En este entorno, la regulación jurídica de los servicios tecnofinancieros cumple varias funciones⁹.

Así, la regulación jurídica asigna derechos de propiedad sobre los servicios financieros, y fija mecanismos para resolver cualquier disputa que pueda plantearse. Esta función del Derecho se ha visto impactada por los avances tecnológicos, en especial, con el surgimiento de los contratos inteligentes. Más allá de esta innovación, en todo caso, los conceptos jurídicos claves del Derecho Civil siguen aplicando a los nuevos servicios financieros.

La regulación también se justifica para atender los fallos de mercado presentes en los servicios tecnofinancieros¹⁰. La tecnología ha superado algunos de los fallos que dieron lugar al Derecho Bancario tradicional, y que,

⁷ Magnuson, William, "Regulating fintech", en *VAND. L. REV.* N° 71, 2018, pp. 1168 y ss.

⁸ Sheridan, Iain, *Financial Regulation and Technology. A Legal and Compliance Guide*, Elgar Practical Guides, Northampton, 2022, pp. 6 y ss.

⁹ Darbellay, Aline, "Conclusion to Data Governance in AI, FinTech and LegalTech: Law and Regulation in the Financial Sector", en Lee, Joseph y Darbellay, Aline (editores), *Data Governance in AI, FinTech and LegalTech Law and Regulation in the Financial Sector*, Elgar Publishing, Northampton, 2022, pp. 279 y ss.

¹⁰ Singer, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*. Yale University Press, New Haven, 2015, pp. 59 y ss.

por ende, justifican la intervención de la Administración Pública. Hay aquí, en todo caso, importantes limitaciones que provienen del conflicto que supone aplicar el Derecho Administrativo -que es un Derecho estatal- a servicios financieros que prestan fuera del Estado. No es casual que algunas de las tecnologías en boga -como las cadenas en bloque y las criptomonedas- surgieron con el intento de permitir servicios financieros más allá del Estado. Y no es casual, tampoco, que crisis financieras de emprendimientos, como recientemente ha sucedido con FTX, coloquen en evidencia los riesgos de un indebido control estatal¹¹.

La relación entre la regulación y los servicios tecnofinancieros depende, en resumen, de la tecnología empleada y del tipo de servicio ofrecido. Estas dos variables marcan, a su vez, la relación entre los servicios financieros tradicionales y los servicios tecnofinancieros.

De esa manera, las innovaciones tecnológicas que resultan de interés para la regulación son: (i) pagos móviles y billeteras electrónicas que facilitan la gestión de pagos, incluso, sin necesidad de intermediación financiera; (ii) interfaces de programación de aplicaciones (o APIs), mediante las cuales sistemas de computación pueden intercambiar datos relacionados con gestión de pagos, lo que genera potenciales conflictos con la privacidad de datos personales, así como (iii) inteligencia artificial y procesamiento de macrodatos, lo que abarca procesos de aprendizaje automático, uso de identificación biométrica, servicios en línea basados en algoritmos y cadenas de bloques¹².

Estas tecnologías pueden ser empleadas por el sector bancario, como es el caso de los llamados *challenger banks*, o sea, las instituciones bancarias que a través de nuevas tecnologías innovan en la prestación de servicios de intermediación, reduciendo los costos de transacción y promoviendo la equidad en la bancarización. Estas instituciones operan en el marco de la regulación bancaria, lo que incluye la obtención de la correspondiente autorización para ofrecer servicios de intermediación. Junto a estas instituciones bancarias, se encuentran los operadores financieros no-bancarios, que prestan servicios financieros, pero sin intermediación y, por

¹¹ Por ejemplo, vid. "The Significance and Consequences of the FTX Crypto Collapse", Rutgers, 13 de diciembre de 2022, tomado de: <https://law.rutgers.edu/news/significance-and-consequences-ftx-crypto-collapse>

¹² Madir, Jelena, "Introduction-What is Fintech?", en Madir, Jelena (ed), *FinTech: law and regulation*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2021, pp. 4 y ss. Véase también a Bijkerk, Werner, "El impacto de la tecnología al mercado financiero y sus desafíos regulatorios", en Zunzunegui, Fernando (ed), *Regulación financiera y FinTech*, Aranzadi, Navarra, 2019

ello, sin que les aplique la regulación bancaria. Quizás el mejor son las plataformas digitales de pago o las plataformas que facilitan mecanismos colectivos de financiamiento o crowdfunding¹³.

La existencia de operadores financieros no-bancarios que complementan a las instituciones bancarias plantea un reto regulatorio, en cuanto a la posibilidad de extender, a los primeros, la regulación bancaria. Se trata, en su esencia, de un problema de definición legal del ámbito de aplicación de la regulación bancaria, que, en su sentido estricto, debe aplicar solo a la actividad orientada a captar recursos del público para ofrecer créditos. Esto no quiere decir que los operadores no-bancarios no deban estar regulados, sino que la regulación aplicable a éstos debe ser distinta a la regulación bancaria.

De esa manera, la relación entre la regulación y los servicios tecnofinancieros puede estudiarse desde dos perspectivas: como una barrera a la innovación o como un elemento promotor de la innovación. Así, la aplicación del esquema regulatorio bancario a los servicios tecnofinancieros, incluyendo aspectos tales y como controles de acceso al mercado y cumplimiento de coeficientes económicos, por ejemplo, que exijan capitales mínimos, podrían obstruir la innovación. El debate, en todo caso, no puede limitarse a decidir si estos servicios *deben ser* regulados, sino *cómo deben ser* regulados, procurando que la regulación no solo atienda fallos de mercado, sino que además contribuya a crear mercados.

2. *La innovación tecnológica y los espacios regulatorios para la experimentación. Los estándares globales*

La regulación también debe cumplir otro rol en relación con los servicios tecnofinancieros, como lo es promover y facilitar la innovación. La Administración Pública no queda limitada solo a corregir fallos de mercado, sino a colaborar con el sector privado para la creación de mercados, incluyendo la creación de nuevos servicios financieros. Para lograr una colaboración creativa entre el sector público y el sector privado, se han

¹³ Banco Interamericano de Desarrollo, *FINTECH en América Latina y el Caribe. Un ecosistema consolidado para la recuperación*, Washington D.C., 2022, pp. 66 y ss. Esto ha dado lugar al estudio de modalidades de servicios financieros apoyados en las nuevas tecnologías, como el *InsurTech*, aplicable al sector asegurador.

ordenado jurídicamente espacios regulatorios de experimentación, conocidos como entorno de pruebas¹⁴.

La justificación económica de estos entornos regulatorios puede resumirse de la siguiente manera. Por un lado, los servicios tecnofinancieros requieren interactuar con usuarios para experimentar y así, mejorar la calidad de los servicios ofrecidos. Por el otro lado, debido a fallas de información, los usuarios de servicios experimentales están en una situación de especial vulnerabilidad. El carácter experimental del servicio no permite aplicar los controles de acceso al mercado ordinarios, ante lo cual, se crean controles de entrada temporales, limitados y flexibles, para favorecer, así, el proceso de aprender mientras se emprende la actividad¹⁵.

Con lo cual, los entornos regulatorios de prueba parten de la complementariedad entre el sector privado y público, en tanto los operadores financieros y la Administración colaboran para perfeccionar los servicios tecnofinancieros y, con ello, mejorar la calidad de la regulación. Esto requiere un grado especial de tolerancia frente al error, sin menoscabo de la tutela de los usuarios. Asimismo, los deberes de los operadores financieros son más flexibles que aquellos que operan en un entorno regulatorio ordinario. Con lo cual, estos entornos son también una oportunidad para construir capacidades en la Administración Pública, a los fines de diseñar una regulación adecuada a la innovación tecnológica. De allí que se trata de una “regulación inteligente”, en el sentido que la Administración aprende mientras regula. En resumen, los entornos regulatorios de prueba responden a la necesidad de ajustar el marco regulatorio financiero a la innovación y experimentación, de forma tal que ese marco promueva la competencia al facilitar disrupciones tecnológicas¹⁶.

La colaboración entre el sector privado y público, y la construcción de capacidades en la Administración Pública, también permiten el uso de las nuevas tecnologías por la Administración, en lo que suele conocerse como RegTech, o tecnología regulatoria. Herramientas tales y como la inteligencia

¹⁴ Esto es, los llamados “regulatory sandboxes”. Cfr.: Allen, Hilary, “Regulatory Sandboxes”, en *GEO. Wash. L. REV* N° 87, 2019, pp. 579 y ss.

¹⁵ Zetzsche, Dirk A. *et al*, “Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation”, en *FORDHAM J. CORP. & FIN. L.* N° 23, 2017, pp. 31 y ss. De acuerdo con los autores, el propósito es crear un “espacio seguro regulatorio para instituciones financieras innovadoras y actividades respaldadas por tecnología”, y así, crear un “entorno para que las empresas prueben productos con menos riesgo de ser “castigados” por el regulador por incumplimiento. A cambio, los reguladores requieren que los solicitantes incorporar salvaguardas apropiadas para aislar al mercado de los riesgos de su negocio innovador” (p. 64).

¹⁶ Por ejemplo, tales fueron las razones que llevaron a la agencia financiera del Reino Unido a implementar estos espacios (Financial Conduct Authority, *Regulatory sandbox*, noviembre de 2015).

artificial y la cadena de bloques, facilitan la implementación de la regulación financiera por la Administración¹⁷. Un ámbito en el cual esta visión se ha implementado es la regulación de la inteligencia financiera, que se ha aprovechado del procesamiento de datos masivos, en lo que se conoce como SupTech, o la supervisión tecnológica¹⁸.

La implementación de estos espacios, así como la promoción de servicios tecnofinancieros, tienden a seguir estándares globales. Estos estándares surgen de la propia naturaleza de la oferta de estos servicios que, al anclarse en nuevas tecnologías, tienden a deslocalizarse, en el sentido que la oferta de servicios tecnofinancieros no se limita a un mercado geográficamente cercado, en tanto la tecnología que le sirve de fundamento es global¹⁹.

Por ello, el Derecho Global resulta especialmente útil en esta materia. Basta con señalar que los servicios tecnofinancieros, al ser globales, requieren de un marco jurídico igualmente global, todo lo cual se traduce en instrumentos no-coactivos, llamados *soft law*. A su vez, el conocimiento generado en los espacios regulatorios para la experimentación incide en la oferta global de estos servicios, todo lo cual aconseja que en el diseño e implementación de estos espacios se tomen en cuenta otras experiencias. De ello resulta que el proceso de aprendizaje en estos espacios -sujetos al ordenamiento jurídico del Estado que los implementa- se beneficia de la experiencia en otros países, lo que crea condiciones ideales para conformar redes de espacios regulatorios²⁰.

II. LA NECESARIA ADECUACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO EN AMÉRICA LATINA

El Derecho Administrativo Económico en América Latina, hasta fines del siglo XX, seguía los cauces de esa disciplina en Francia, Italia y España. Con lo cual, las técnicas de la actividad administrativa -y en especial, el servicio público- fueron empleados para estudiar, teóricamente, la intervención administrativa en la economía. Por ello, en realidad, el Derecho

¹⁷ Madir, Jelena, "Intoduction-What is Fintech?", cit., pp. 16 y ss.

¹⁸ Ho Hee Jung, John, "RegTech and SupTech: the future of compliance", en *FinTech: law and regulation*, cit., pp. 291 y ss.

¹⁹ Por ejemplo, del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, véase *Buenas prácticas. Implicaciones de los avances en tecnofinanzas (fintech) para los bancos y los supervisores bancarios*, 2018.

²⁰ Esto es, la interoperatividad entre los espacios regulatorios. Véase, de Carlos Muñoz Ferrandis, "Fintech Sandboxes and Regulatory Interoperability", Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford, 14 de abril de 2021, tomado de: <https://law.stanford.edu/2021/04/14/fintech-sandboxes-and-regulatory-interoperability/>

Administrativo Económico no tiene autonomía científica: es, sencillamente, el estudio del Derecho Administrativo de acuerdo con la intervención de la Administración en la economía. Por consiguiente, en América Latina, el Derecho Administrativo Económico parte del concepto de Derecho Administrativo como un Derecho exorbitante del Derecho Común, en el cual la Administración -previo procedimiento administrativo- dicta decisiones unilaterales -el acto administrativo- o celebra contratos -el contrato administrativo-.

A fines de la década de los noventa, sin embargo, el Derecho Administrativo en América Latina fue influenciado por lo que podría llamarse la *revolución de la regulación*, esto es, la introducción del concepto de regulación en el Derecho Administrativo. Como en su momento explicamos, la recepción de este concepto en el Derecho Administrativo puede enfocarse de varias maneras²¹. Por un lado, la regulación puede ser entendida como una nueva forma de la actividad administrativa, esto es, la actividad administrativa de regulación. El segundo enfoque es equiparar la regulación económica a la actividad de policía económica. El tercer enfoque consiste en considerar que la utilidad de la teoría de la regulación económica reside en la causa de la intervención administrativa -los fallos de mercado-. En cuanto a los actos dictados por la Administración, el concepto puede aplicarse a actos reglamentarios, pero también, y eventualmente, a actos individuales²².

En nuestra opinión, la regulación económica no es una nueva modalidad de la actividad administrativa, sino una aproximación especial a la actividad administrativa de ordenación y limitación en la economía. La especialidad de esta aproximación viene determinada por la causa de esa actividad, que es el análisis económico, incluyendo los fallos de mercado.

1. *El filtro del Derecho Administrativo en América Latina y su incidencia en las políticas públicas orientadas a la promoción de la innovación financiera*

Como explicamos en la sección anterior, las políticas públicas orientadas a promover la innovación en los servicios financieros responden a razones económicas en las cuales el Estado cumple funciones de facilitación de esa innovación. Estas políticas, además, tienden a seguir estándares globales que

²¹ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

²² Véase a Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la Regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 55 y ss.

definen buenas prácticas regulatorias, todo lo cual puede derivar en cierta uniformidad. Pero esas políticas se implementan a través de las instituciones -reglas jurídicas- del Derecho Administrativo, de lo cual resulta que éste es una suerte de filtro de las políticas públicas de innovación tecnológica. En América Latina, este filtro puede afectar, adversamente, la implementación de estas políticas²³.

En efecto, el régimen francés -bajo el cual se estructura el Derecho Administrativo en América Latina- no es compatible con las exigencias de las políticas de innovación tecnológica. A manera de síntesis, podemos identificar diversas áreas de conflicto²⁴.

Así, en *primer lugar*, el Derecho Administrativo en América Latina está estructurado a través de potestades administrativas, por medio de las cuales la Administración, de manera unilateral, crea, extingue o modifica relaciones jurídico-subjetivas. Bajo esta visión, la Administración tiene una posición de supremacía frente a los operadores económicos, lo que queda reflejado en la expresión que se refiere a éstos como “administrados”, o sea, como sujetos cuya esfera jurídica es pasivamente moldeada por la Administración. A esta visión coadyuva la generalización del servicio público, en especial, en el sector financiero. Como el concepto de servicio público se ancla en la *publicatio*, la Administración asume potestades -no en pocas ocasiones, bastante imprecisas- de configuración del sector financiero.

La posición de supremacía de la Administración Pública contradice la colaboración público-privado en la cual descansan los espacios regulatorios para la experimentación en la oferta de servicios tecnofinancieros. Esta colaboración desfavorece estructuras verticales y promueve estructuras horizontales de cooperación. La Administración no interviene en estos espacios de manera unilateral y coactiva, sino a través de la *coordinación iterativa* con los operadores financieros. La coordinación, técnica conocida en la organización administrativa, debe redimensionarse para aplicar también

²³ Seguimos el concepto económico de instituciones, como las reglas que de manera coactiva inciden en el intercambio de bienes y servicios y por ende, influyen en los costos de transacción. Estas instituciones, de manera especial, asignan derechos económicos y fijan reglas de solución de controversia (instituciones económicas), al tiempo que determinan la organización del Estado (instituciones políticas). Principalmente, seguimos aquí a North, Douglas, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999, pp. 3 y ss

²⁴ Excedería de los límites de este trabajo ahondar en el estudio del Derecho Administrativo Comparado en América Latina. La exposición del texto principal resume los rasgos más centrales de los principios comunes en la región. En sentido general, para el estado del tema en la región, véase a Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público”, en Rodríguez-Arana, Jame y Rodríguez, Libardo, (directores), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Editorial Comares-INAP, Madrid, 2015, pp. 401 y ss.

a las relaciones jurídico-administrativas. No se trata, se advierte, de una solución del todo novedosa, pues la doctrina ya ha aludido a la actividad consensual de la Administración, esto es, aquella en la cual las decisiones de la Administración son resultado del consenso entre el sector público y el privado²⁵.

En *segundo* lugar, el Derecho Administrativo asigna costos a los errores, lo que se traduce en cierta aversión a la experimentación. Desde la perspectiva de los empleados públicos, el estatuto de la función pública suele basarse en normas rígidas en las cuales desviaciones, omisiones o resultados adversos afectan negativamente el desempeño del empleado público, pudiendo incluso dar lugar a sanciones disciplinarias. Junto a ello, el régimen de control fiscal también eleva el costo de cualquier error que pueda repercutir adversamente en contra del patrimonio público. Esto implica que el empleado público está expuesto a contingencias que pueden incidir en su responsabilidad civil, penal y administrativa. Este sistema, al elevar los costos del proceso de toma de decisiones, tiende a generar una posición de inhibición del empleado público frente a la innovación tecnológica.

Los riesgos aplican también en el plano de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. El Derecho Administrativo en América Latina ha evolucionado hacia un sistema de responsabilidad patrimonial centrado en la víctima, que expande por ello los supuestos de responsabilidad de la Administración, en especial, en el ámbito extracontractual. La teoría de la falta del servicio tiende a elevar los estándares que la actividad administrativa debe cumplir, todo lo cual genera el riesgo de que cualquier error en el proceso de experimentación de los servicios tecnofinancieros derive en condenas patrimoniales por funcionamiento anormal de los servicios públicos. A este riesgo abona la tesis según el cual los usuarios de servicios financieros son débiles jurídicos cuya especial tutela asume la Administración, en concreto, para la protección de sus derechos fundamentales, incluyendo derechos económicos y sociales. En función a lo anterior, el control jurisdiccional de la Administración Pública también emerge como un actor en las políticas públicas de innovación tecnológica.

En *tercer* lugar, encontramos la capacidad de los empleados públicos. Así, la regulación de los servicios tecnofinancieros requiere funcionarios con capacidades adecuadas para interactuar con los operadores económicos, en

²⁵ Hernández G., José Ignacio, *Lecciones de Procedimiento Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 27 y ss.

especial, en espacios digitales²⁶. La fragilidad de la función pública también eleva los riesgos de que, frente a la innovación, los funcionarios asuman una posición de cautela e incluso, recelo. Esta fragilidad describe la brecha entre las tareas que la función pública debe emprender para la promoción de la innovación tecnológica, y las capacidades que efectivamente existen. Más allá de la tradicional fragilidad de las Administraciones Públicas en la región, lo cierto es que se aprecia también la fragilidad en capacidades digitales, o sea, los conocimientos que la función pública debe tener para implementar políticas de innovación tecnológica. Esta fragilidad, además, puede crear barreras informales para que los empleados públicos asuman una posición proactiva a favor de la innovación, ante el riesgo de que tal posición sea percibida como una consecuencia de su captura por los operadores financieros.

En *cuarto lugar*, encontramos el paradigma del cual parte el Derecho Administrativo, que considera al sector público y privado como rivales. El servicio público -empleado en los servicios financieros- considera que el Estado -o sea, el sector público- tiene un rol prominente a través de la *publicatio*. Frente a esta visión, y a través de la figura del nuevo servicio público, se ha promovido una posición que, en cierto modo, es de signo opuesto, basada en la primacía del mercado²⁷. A esta última visión se enmarca la llamada auto-regulación, esto es, las reglas dictadas por el sector privado -típicamente por medio de asociaciones- para ordenar la actividad económica que se lleva a cabo, en todo caso, bajo supervisión de la Administración²⁸.

La innovación tecnológica requiere de un nuevo paradigma: la complementariedad entre el sector público y el privado. El sector privado necesita al Estado y, en concreto, a la Administración Pública, a las instituciones y otros bienes públicos proveídos por la Administración, para crear facilitar la oferta de servicios en condiciones de seguridad jurídica, especialmente, en protección de los usuarios²⁹. Por su parte, la

²⁶ Hernández G., José Ignacio, “Transformación digital y empleo público”, en *Revista de Derecho Funcional* N° 28, Caracas, 2022, pp. 21 y ss.

²⁷ Hernández G., José Ignacio, “Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española”, en *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 877 y ss.

²⁸ Villafuerte Mendoza, José, “¿Podemos regular las FINTECH? Desafíos y propuestas”, en *THĒMIS-Revista de Derecho* N° 79, Lima, 2021, pp. 235 y ss.

²⁹ Vale la pena aclarar que, al referirnos a bienes públicos, empleamos la expresión en sentido económico, esto es, como los bienes y servicios que se ofrecen en condiciones de no-rivalidad y no-exclusividad, y que, por ello, el mercado no puede proveer.

Administración Pública requiere de las capacidades del sector privado. Ni la primacía del sector público ni la primacía del sector privado son paradigmas adecuados.

La *quinta condición* es la tendencia a enfocar al Derecho Administrativo -y a la regulación- desde una visión cuantitativa, lo que ha llevado a acentuar las políticas llamadas a reducir el rol de las Administraciones Públicas, incluyendo la desregulación. Pero la innovación tecnológica precisa de una regulación que se enfoque en el aspecto cualitativo, o sea, una regulación de calidad, que logre promover la innovación³⁰. Desde el punto de vista jurídico, el concepto de regulación de calidad se ancla en los estándares de la buena administración que, orientados al bien común, exigen de una actividad administrativa que de manera efectiva promueva servicios financieros mediante el uso de nuevas tecnologías en beneficio de las personas, y en especial, en beneficio de la inclusión financiera.

Como se observa, las políticas públicas para la innovación tecnológica en América Latina precisan de un Derecho Administrativo orientado a esa innovación. Esto es, un Derecho Administrativo abierto a la innovación, la experimentación y la creación de capacidades regulatorias a partir de la interacción entre el sector público y privado. No, así, un Derecho Administrativo centrado en formalidades que pivotan en torno a privilegios y prerrogativas.

2. Algunas experiencias en América Latina

Como veíamos, el concepto de regulación fue introducido hacia fines de la década de los noventa del pasado siglo, principalmente, con un enfoque orientado a la primacía del mercado y por ende, al enfoque cuantitativo de la regulación. Pero a partir del presente siglo, el interés ha pasado a ser la mejora regulatoria, y en especial, la revisión continua de las técnicas de intervención administrativa en la economía para realzar su calidad³¹.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) ha venido impulsando el diseño e implementación de políticas públicas orientadas a medir la calidad de la regulación. Esto es lo que se

³⁰ Farías, Pedro *et al.*, *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2022.

³¹ Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la Regulación*, cit., pp. 95 y ss.

conoce como política regulatoria, es decir, el conjunto de acciones y estrategias orientadas a determinar la justificación de la regulación y su calidad, tomando en cuenta el propósito perseguido. La política regulatoria presta atención al proceso de toma de decisiones de la regulación, o gobernanza, promoviendo técnicas que mejoren la calidad y efectividad de la regulación, facilitando así a la adopción de decisiones racionales sobre qué regular, para qué regular y cómo regular. Esto pasa por implementar técnicas orientadas al control de calidad de la regulación³².

De esa manera, la política regulatoria, junto con la política fiscal y la política monetaria, se consideran como una de las técnicas principales del Estado para intervenir en la economía. La política regulatoria es intercambiable con políticas fiscales y, por ende, puede ser una alternativa a medidas fiscales que impliquen aumento del gasto público y con ello de la presión tributaria. Con lo cual, dentro de los principios de la gobernanza democrática³³, la política regulatoria se orienta a reforzar la legitimidad democrática, la eficacia y la eficiencia de la regulación. Esto es fundamental para reducir los costos de implementación de la regulación, todo lo cual genera condiciones favorables a la confianza ciudadana.

Desde el Derecho Administrativo, la perspectiva de la política regulatoria se traduce en diversas consecuencias jurídicas. Así, por un lado, el Derecho Administrativo introduce principios en el procedimiento administrativo regulatorio que aseguran la participación ciudadana, todo lo cual ha permitido redimensionar el procedimiento administrativo, que de cauce formal para garantizar el derecho a la defensa y el principio de

³² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*, 2011, pp. 17 y ss. La OECD comenzó a prestar atención a la política regulatoria hacia 1995, cuando propuso la adopción de lineamientos para mejorar la calidad de la regulación del gobierno, un proceso que culminó en 2005 con la adopción de los *Principios Guías para la Calidad Regulatoria y su Implementación*. En sus orígenes, el interés por la política regulatoria estuvo centrado en la apertura al libre mercado y la regulación, pero posteriormente se adoptó una visión más amplia, orientada al servicio al interés general. Mientras que en sus orígenes el interés se centraba en los costos de la regulación, en su evolución posterior se amplió el estudio para comprender los costos de la ausencia de regulación, y por ello, los beneficios de una regulación de calidad. Esto ha dado lugar a estudiar al Estado regulador, esto es, aquél que interviene en la economía a través de la política regulatoria, pero a través de mecanismos orientados por la gobernanza democrática y, por ende, apalancados en mecanismos de participación ciudadana. De ello resultó un creciente interés por estudiar la gestión regulatoria para asegurar que ésta se adecúe a su propósito (pp. 19-23). En la Unión Europea, por ejemplo, se ha aludido a la regulación inteligente.

³³ La gobernanza regulatoria se orienta a maximizar la eficiencia y eficacia de la regulación, a la par de abonar a su legitimidad democrática y con ello, elevar la confianza de los ciudadanos. Esta visión realza la importancia de la coordinación, la cooperación, las consultas públicas y la comunicación (*Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*, cit., pp. 74 y ss.).

legalidad, pasa a ser también cauce formal para realzar la calidad de la actividad administrativa, todo lo cual entronca con los estándares de la buena administración. Este procedimiento administrativo regulatorio abierto, además, facilita la coordinación entre los diversos niveles supranacionales, nacionales y subnacionales involucrados en la política regulatoria, así como la cooperación con el sector privado.

Además, el Derecho Administrativo presta importancia a la organización regulatoria, en un planteamiento que debe ir más allá de la figura de la Administración Independiente, de gran uso hacia fines de la década pasada. Hay que recordar que toda la Administración Pública debe obrar con objetividad para el servicio concreto del bien común. Pero en caso de la regulación, esa objetividad se mide como independencia, o tanto mejor, como neutralidad: la regulación debe responder a razones económicas objetivamente valoradas y determinadas por medio de procedimientos abiertos, para evitar regulaciones que, por sesgadas, generen efectos adversos en la economía³⁴.

Para describir el énfasis cualitativo de la gobernanza regulatoria, se ha empleado la expresión “mejora regulatoria”. Siguiendo a los principios resumidos por la OECD, la expresión alude al permanente proceso de revisión de la regulación para adoptarla a las cambiantes necesidades sociales así, apalancar su efectividad. La mejora regulatoria se orienta, por ello, a incrementar la calidad de la regulación, todo lo cual implica el constante monitoreo del impacto regulatorio³⁵. Ese proceso continuo de mejoras se traduce en buenas prácticas regulatorias, esto es, lineamientos orientados a incidir en la calidad de la regulación, tal y como ha sido entendido en América Latina³⁶.

³⁴ Por ello, un componente de la política regulatoria es la independencia de los reguladores, definidos como “agencias”, esto es, organizaciones administrativas que aun cuando se adscriben al Poder Ejecutivo y obran bajo el control del Gobierno, gozan de especiales técnicas de la organización administrativa orientadas a preservar su independencia. Esto se traduce en los procedimientos de designación y remoción de sus máximas autoridades, que restringen el control político del Gobierno e incorporan incluso técnicas de control del Poder Legislativo. Asimismo, la independencia se traduce en técnicas de organización administrativa orientadas a la autarquía, como sucede en materia presupuestaria (*Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*, cit., pp. 82-85). Esto genera problemas de legitimidad, por el déficit democrático de tales agencias, ante lo cual el Derecho Administrativo introduce especiales mecanismos de participación ciudadana, rendición de cuenta y transparencia, incluso, por medio de tecnologías de la información y de la comunicación.

³⁵ *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, 2005.

³⁶ En 2015 la OECD promovió el primer encuentro de diálogos de expertos regulatorios en América Latina, todo lo cual llevó a la creación de Red Latinoamericana de buenas prácticas regulatorias.

La promoción de buenas prácticas regulatorias ha estado especialmente influenciada por tratados internacionales suscritos para la promoción del libre comercio, y que incluyen cláusulas orientadas a la promoción de convergencia y calidad regulatoria³⁷. De esa manera, en 2011 Chile, Colombia, México y Perú suscribieron la Alianza del Pacífico. En 2015, por medio de la Declaración de Paracas, se aprobó el primer protocolo modificatorio, para incorporar -entre otras reformas- el capítulo 15bis, sobre “mejora regulatoria”. Además, en 2016 diversos países -incluyendo a Chile, México y Perú- suscribieron el Acuerdo de Asociación Transpacífico, o TPP, cuyo capítulo 25 reguló la coherencia regulatoria. El TPP, que nunca entró en vigor, dio lugar a un tratado ampliado suscrito en 2018, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (o CPTPP), el cual incluye a Chile, México y Perú.

Guardando las diferencias, ambos capítulos parten del concepto de mejora regulatoria como la utilización de las buenas prácticas regulatorias (incluyendo las buenas prácticas internacionales), en el proceso de planificación, elaboración, promulgación, implementación y revisión de las medidas regulatorias, con el propósito de alcanzar los “objetivos de política pública nacional”³⁸. La mejora regulatoria se orienta a promover la calidad de la regulación medida en función a su impacto económico, para lo cual -y entre otras medidas- se realza la importancia de la cooperación regulatoria internacional³⁹.

Más recientemente, el tratado de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos incluyó en su capítulo 28 “buenas prácticas regulatorias”, definidas como los estándares orientados a reforzar la calidad de la regulación, por medio de los principios de transparencia, objetividad, rendición de cuentas y predictibilidad⁴⁰.

En tal sentido uno de los países de América Latina que ha prestado mayor atención a la mejora regulatoria es México. Así, en 2000 se modificó la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, para incluir disposiciones en materia de mejora regulatoria, orientadas a incrementar la eficiencia,

Querbach, Tobías y Arndt, Christiane, *Política regulatoria en América Latina: Un análisis de la situación actual*, OECD, París, 2016, pp. 32 y ss.

³⁷ En un ámbito mucho más reducido, hay tratados que han fortalecido el principio de transparencia de la regulación, como sucede con el artículo 18 tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

³⁸ Artículo 15 bis 2. El artículo 25.2 no alude a las buenas prácticas internacionales.

³⁹ Artículo 15 bis 2, literal f. El artículo 25 está más enfocado a la coherencia regulatoria, como medio para fortalecer su calidad. Para estos fines, se realza la coordinación regulatoria internacional (artículo 25.4).

⁴⁰ Artículo 28.2.

eficacia y simplificación de las regulaciones y trámites, a cuyo efecto se creó una instancia consultiva y de coordinación, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Posteriormente, y luego de la reforma constitucional de 2017 que incorporó las bases de la mejora regulatoria, en 2018 se dictó la *Ley General de Mejora Regulatoria*, orientada a establecer el marco jurídico de las políticas orientadas a incrementar la efectividad de la regulación, o como le denomina la Ley, a su “perfeccionamiento”. Para este fin, los artículos 7 y 8 enumeran los principios y objetivos de la mejora regulatoria, destacando en este sentido la medición del análisis costo-calidad (esto es, el principio de “mayores beneficios que costos y el máximo beneficio social”, de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia); la proporcionalidad; la promoción de la competitividad, empleo y la libre concurrencia, previniendo barreras al comercio internacional; la ponderación de asimetrías en el cumplimiento regulatorio; la prevención de riesgos; la promoción de la estabilidad regulatoria y, con ello, de la seguridad jurídica; la mejora en la calidad de la regulación, con la definición clara y concreta de sus objetivos; la coherencia entre las regulaciones; la simplificación de la regulación y trámites; el uso de tecnologías de la información y la comunicación; la transparencia y la rendición de cuentas, así como la participación ciudadana y la interacción con el sector privado, fomentando “una cultura que ponga a las personas como centro de la gestión gubernamental”.

Es interesante observar que de acuerdo con el artículo 3, sección XV de la Ley, la regulación abarca “cualquier normativa de carácter general” dictada por la Administración Pública (definida en los términos de la sección XIX). Esto es, que la regulación abarca a los actos administrativos normativos. Pero lo cierto es que la Ley también aplica a los actos administrativos individuales, al establecer normas para la mejora del expediente de trámites y servicios (sección IX). Como se observa, el concepto de regulación tiene un sentido bastante amplio desde el Derecho Administrativo.

Ahora bien, es dentro de este concepto de mejora regulatoria que se han introducido entornos de pruebas regulatorio y los *hub* de innovación⁴¹. Jurídicamente, los espacios de prueba se traducen en títulos habilitantes que permiten el acceso al mercado para prestar servicios

⁴¹ Los *hub* de innovación son plataformas que fomentan el diálogo entre la Administración y los operadores económicos, mientras que los espacios de prueba se basan en títulos habilitantes autorizatorios que permiten a los operadores ofrecer temporalmente servicios innovadores. *FINTECH en América Latina y el Caribe. Un ecosistema consolidado para la recuperación*, cit., pp. 136 y ss.

tecnofinancieros de manera limitada, a los fines de experimentar a partir de la interacción con los usuarios, siempre bajo la supervisión de la Administración, que, en todo caso, también participa en esta experimentación.

Centrándonos en los espacios regulatorios de experimentación, observamos que, en México, la *Ley para regular las instituciones de tecnología financiera*, regula a dos tipos de operadores económicos, a saber, las instituciones de financiamiento colectivo y las instituciones de fondos de pago electrónico, que requieren de la correspondiente autorización⁴². Ahora bien, si algún operador económico desea ofrecer servicios novedosos en fase de experimentación, puede solicitar una autorización de modelos novedosos. Esta autorización será temporal, y fijará las condiciones dentro de las cuales los servicios podrán ser ofrecidos, incluyendo en especial las políticas de análisis de riesgos, y las reglas de responsabilidad civil. Asimismo, similares autorizaciones pueden ser emitidas a operadores financieros autorizados, para prestar servicios novedosos y experimentales, no cubiertos por la autorización general otorgada⁴³.

En Perú, el Reglamento para la realización temporal de actividades en modelos novedosos prevé una autorización temporal y limitada para ofrecer servicios novedosos y experimentales, incluyendo pruebas piloto, todo lo cual estará acompañado de la “flexibilización de requerimientos normativos” de acuerdo con la Superintendencia de Banca, Seguros y Administraciones Privadas de Fondo de Pensiones⁴⁴. De manera más amplia, en Colombia, el espacio controlado de pruebas ha sido definido como el “conjunto de normas, procedimientos, planes, condiciones, requisitos y requerimientos prudenciales que permite probar desarrollos tecnológicos innovadores en la prestación de actividades propias de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”⁴⁵. La finalidad de esos espacios - como se afirma en Brasil- es fomentar la innovación, favorecer la confianza en los operadores, reducir los costos y tiempos de maduración para la

⁴² Villanueva, Ana, “Fomento a la innovación en un entorno seguro: la autorización de modelos regulatorios novedosos o *regulatory sandbox* en México”, en Robles, Rocío (ed), *Ley para regular las instituciones de tecnología financiera Contexto, contenido e implicaciones*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020, pp. 499 y ss.

⁴³ Artículos 80 y siguiente.

⁴⁴ Artículos 4 y 12.

⁴⁵ Artículo 2.35.7.1, del Decreto N° 1.234, que modifica al Decreto N° 2.555, sobre las normas en materia del sector financiero, asegurador y de mercado de valores.

prestación de servicios novedosos, aumento de la competitividad, y fomento de la inclusión financiera⁴⁶.

El punto en común es que estos espacios parten de una autorización que genera condiciones institucionales adecuadas de seguridad jurídica, que al mismo tiempo, mediante reglas más flexibles a aquellas que rigen a las autorizaciones ordinarias, puedan prestar servicios financieros de manera temporal y limitada, para experimentar nuevas tecnologías que requieren un proceso de autodescubrimiento y de la interacción entre la Administración, los operadores y los usuarios⁴⁷. Esto implica que estos entornos de prueba restringen la libertad de empresa, todo lo cual pasa por cumplir con las garantías jurídicas de ese derecho, incluyendo el principio de legalidad⁴⁸.

En especial, y desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la regulación de los servicios tecnofinancieros a través de espacios regulatorios para la experimentación debe preservar los derechos humanos de los usuarios, recordando en este sentido que la tutela de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se basa en la figura del Estado garante y, por ende, en la responsabilidad del Estado por indebida supervisión. Este es otro elemento de riesgo, pues una tutela indebida de estos derechos puede incrementar los costos regulatorios y frenar la innovación, mientras que una protección indebida puede colocar en riesgo a los usuarios del sistema financiero⁴⁹.

En todo caso, como se aprobó en la novena cumbre de las Américas celebrada en 2022, las buenas prácticas regulatorias “*redundan en beneficio de nuestros ciudadanos y nuestras economías y reconociendo la utilidad de adoptar estas prácticas en nuestros procesos de regulación y en todo el ciclo de vida de las regulaciones*”. Por lo anterior, la regulación de los servicios tecnofinancieros no debe valorarse como una restricción excepcional e inconveniente. No, al

⁴⁶ Artículo 1, Resolución N° 29, de 11 de mayo de 2021, que establece las reglas para la constitución y operación de un entorno regulatorio experimental.

⁴⁷ El Banco Interamericano de Desarrollo ha preparado una base de datos de las regulaciones dictadas en esta materia: <https://www.iadb.org/en/sector/initiatives/digital-finance-innovation/fintechregmap>

⁴⁸ Como ha observado en Venezuela Serviliano Abache. Cfr.: “La regulación de las FINTECH en Venezuela”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 75, Caracas, 2021, pp. 101 y ss. Véase igualmente a Badell Benítez, Nicolás, “Regulación administrativa de las empresas Fintech. Especial referencia al Derecho Venezolano”, en Urdaneta, Gustavo *et al.*, (ed), *Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz. Tomo II*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-FUNEDA, Caracas, 2022, pp. 715 y ss.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vera Rojas y otros vs. Chile*, sentencia de 1 de octubre de 2021, Serie C N°439, párrafo 124.

menos, si las instituciones de Derecho Administrativo -el filtro de las políticas públicas- logran adecuarse para que la regulación de los servicios tecnofinancieros experimentales, lejos de ser un obstáculo a la innovación, sea un elemento catalizador de la innovación. Esto requiere construir capacidades regulatorias en las Administraciones Públicas desde la complementariedad del sector público y el sector privado⁵⁰. Esto es, es necesario -aun cuando pueda resultar un lugar común- un nuevo Derecho Administrativo, en el cual la Administración Pública, al servicio del bien común, facilite la innovación.

CONCLUSIONES

El Derecho Administrativo en América Latina, tradicionalmente, abordó la intervención de la Administración en la economía a través los cauces de la actividad administrativa inspirados en el modelo francés. En especial, a través de conceptos tales y como el servicio público y la policía económica, se establecieron cauces de intervención administrativa basados en privilegios y prerrogativas.

Esta visión comenzó a cambiar hacia fines del siglo pasado, cuando se introdujo el concepto de regulación, siguiendo las políticas de liberalización económica resumidas en el llamado Consenso de Washington. Sin embargo, el concepto de regulación fue introducido sin modificar la arquitectura del Derecho Administrativo, de lo cual resultó que ese concepto fue implementado sobre los conceptos tradicionales de servicio público y policía, incluso, bajo la propuesta de estudiar la actividad administrativa de regulación como una nueva modalidad de la actividad administrativa.

Este fue un enfoque cuantitativo, basado en reducir el rol de la regulación a favor de la primacía del mercado. A comienzos del presente siglo este enfoque comenzó a cambiar, por una visión cualitativa, orientada a mejorar la calidad regulatoria. Ha sido este contexto de mejora regulatoria que se ha empleado en la ordenación jurídica de los espacios regulatorios de prueba para favorecer la experimentación en servicios tecnofinancieros.

En los casos examinados en América Latina, estos espacios regulatorios se traducen en autorizaciones que habilitan el ejercicio de la libertad de empresa para prestar específicos servicios financieros en modo experimental, típicamente, basados en nuevas tecnologías. Al tratarse de

⁵⁰ Farías, Pedro *et al.*, *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina*, cit., pp. 18 y ss.

servicios experimentales, las autorizaciones limitan el alcance de estos servicios y establecen especiales condiciones de protección a los usuarios. Pero al mismo tiempo, estas autorizaciones flexibilizan los requisitos generales que rigen la prestación de servicios financieros, para de esa manera fomentar y favorecer la experimentación y la innovación.

Tras esta figura subyacen políticas públicas regulatorias en las cuales el rol del Estado no se limita a paliar fallos de mercado, sino a construir mercados, mediante un proceso de aprendizaje basado en la colaboración con el sector privado. Pero en América Latina, estas políticas pasan por el filtro del Derecho Administrativo, que, al responder al modelo francés, no está debidamente diseñado para favorecer la experimentación y la innovación.

Por lo anterior, es necesario un nuevo Derecho Administrativo que preste menos atención a los privilegios y prerrogativas exorbitantes, y se enfoque más en el rol de la Administración Pública como catalizador de la innovación. Este nuevo Derecho Administrativo debe dejar atrás la visión antagónica entre el sector público y privado -presente en figuras como el servicio público- y partir de un nuevo paradigma: el sector público y privado se complementan. Esta nueva visión hará, del Derecho Administrativo, un instrumento que facilite la innovación financiera y, con ello, contribuya a la inclusión financiera, como paso necesario para abatir la desigualdad en la región, todo ello, de conformidad con los estándares que derivan del Derecho Administrativo Interamericano.

Brookline, diciembre de 2022

BIBLIOGRAFÍA

Abache, Serviliano, “La regulación de las FINTECH en Venezuela”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 75, Caracas, 2021.

Alexander, Kern, *Principles of Banking Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

Allen, Hilary, “Regulatory Sandboxes”, en *GEO. Wash. L. REV* N° 87, 2019.

Badell Benítez, Nicolás, “Regulación administrativa de las empresas Fintech. Especial referencia al Derecho Venezolano”, en Urdaneta, Gustavo *et al.*, (ed), *Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz. Tomo II*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-FUNEDA, Caracas, 2022.

Banco Interamericano de Desarrollo, *FINTECH en América Latina y el Caribe. Un ecosistema consolidado para la recuperación*, Washington D.C., 2022.

Bijkerk, Werner, “El impacto de la tecnología al mercado financiero y sus desafíos regulatorios”, en Zunzunegui, Fernando (ed), *Regulación financiera y FinTech*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 21 y ss.

Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público”, en Rodríguez-Arana, Jame y Rodríguez, Libardo, (directores), *Curso de Derecho Administrativo iberoamericano*, Editorial Comares-INAP, Madrid, 2015.

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Buenas prácticas. Implicaciones de los avances en tecnofinanzas (fintech) para los bancos y los supervisores bancarios*, 2018.

Darbellay, Aline, “Conclusion to Data Governance in AI, FinTech and LegalTech: Law and Regulation in the Financial Sector”, en Lee, Joseph y Darbellay, Aline (editores), *Data Governance in AI, FinTech and LegalTech Law and Regulation in the Financial Sector*, Elgar Publishing, Northampton, 2022.

Farías, Pedro *et al.*, *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2022.

Financial Conduct Authority, *Regulatory sandbox*, noviembre de 2015.

Hausmann, Ricardo, *et al.*, "Reconfiguring Industrial Policy: A Framework with an Application to South Africa", CID Working Paper N° 168, Center for International Development at Harvard University, 2007.

_____, “Structural Transformation and Economic Growth in Latin America”, en *The Oxford Handbook of Latin American Economics*, Oxford Handbooks in Economics, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

_____, “Servicio público y regulación económica: una perspectiva desde la América española”, en *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011.

_____, “Transformación digital y empleo público”, en *Revista de Derecho Funcional* N° 28, Caracas, 2022.

_____, *Lecciones de Procedimiento Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2011.

Ho Hee Jung, John, “RegTech and SupTech: the future of compliance”, en Madir, Jelena (ed), *FinTech: law and regulation*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2021.

Madir, Jelena, “Introduction-What is Fintech?”, en Madir, Jelena (ed), *FinTech: law and regulation*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2021.

Magnuson, William, “Regulating fintech”, en *VAND. L. REV.* N° 71, 2018.

Mazzucato, Marianna, *Transformational change in Latin America and the Caribbean. A mission-oriented approach*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2022.

Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la Regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

Muñoz Ferrandis, Carlos, “Fintech Sandboxes and Regulatory Interoperability”, Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford, 14 de abril de 2021.

North, Douglas, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, 2005.

Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest, 2011

Querbach, Tobías y Arndt, Christiane, *Política regulatoria en América Latina: Un análisis de la situación actual*, OECD, París, 2016.

Sheridan, Iain, *Financial Regulation and Technology. A Legal and Compliance Guide*, Elgar Practical Guides, Northampton, 2022.

Singer, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*. Yale University Press, New Haven, 2015.

Villafuerte Mendoza, José, “¿Podemos regular las FINTECH? Desafíos y propuestas”, en *THĒMIS-Revista de Derecho* N° 79, Lima, 2021.

Villanueva, Ana, “Fomento a la innovación en un entorno seguro: la autorización de modelos regulatorios novedosos o *regulatory sandbox* en México”, en Robles, Rocío (ed), *Ley para regular las instituciones de tecnología financiera Contexto, contenido e implicaciones*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.

Zetsche, Dirk A. *et al*, “Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation”, en *FORDHAM J. CORP. & FIN. L.* N° 23, 2017.