

Luis Ferney Moreno Castillo (Director)
Luis A. Ortiz Zamora (Coordinador)

ANUARIO IBEROAMERICANO DE REGULACIÓN

HACIA UNA REGULACIÓN INTELIGENTE



Asier
Asociación Iberoamericana de Regulación

Universidad
Externado
de Colombia

**ANUARIO IBEROAMERICANO DE REGULACIÓN:
HACIA UNA REGULACIÓN INTELIGENTE**

LUIS FERNEY
MORENO CASTILLO
(DIRECTOR)

LUIS A.
ORTIZ ZAMORA
(COORDINADOR)

ANUARIO IBEROAMERICANO
DE REGULACIÓN:
HACIA UNA REGULACIÓN INTELIGENTE

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Anuario iberoamericano de regulación : hacia una regulación inteligente
/ Luis Ferney Moreno Castillo (director) ; Luis A. Ortiz Zamora (coordinador)
; Juan Carlos Cassagne [y otros]. - Bogotá : Universidad Externado de
Colombia. 2019.

791 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587902624

1. Economía ambiental 2. Energía renovable 3. Regulación económica 4.
Daño ambiental 5. Tribunales de arbitramento 6 Política de información I.
Moreno Castillo, Luis Ferney, director II. Ortiz Zamora, Luis A., coordinador
III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

348.3 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia.
Biblioteca. EAP.

Noviembre de 2019

ISBN 978-958-790-262-4

© 2019, LUIS FERNEY MORENO CASTILLO (DIRECTOR)

© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Javier Correa Correa

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress
Kimpres

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta
obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones

de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

JUAN CARLOS CASSAGNE JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ
ÓSCAR R. AGUILAR VALDEZ LUIS FERNANDO MACÍAS GÓMEZ
LUIS FERNEY MORENO CASTILLO JOSEFINA CORTÉS CAMPOS
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES PILAR RODRÍGUEZ IBÁÑEZ
NETO
CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN ÁLISSON JOSÉ MAIA MELO
EDUARDO CORDERO Q. LILIANE SONSOL GONDIM
VITOR RHEIN SCHIRATO RICHARD J. MARTÍN TIRADO
ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA IGNACIO ARAGONE
SILVIA REGOLI FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS
WILLIAM VILLALOBOS HERRERA EZEQUIEL CASSAGNE
CAROLINA MONTES CORTÉS LUIS A. ORTIZ ZAMORA
SANDRA LORENA ROSERO ORDOÑEZ ALONSO MIRANDA RIVERA
ADRIANA ESPINEL SÁNCHEZ PAULA XIMENA GALLO
VELÁSQUEZ
HEMBERTH SUÁREZ LOZANO PABLO SCHIAVI
JUAN MANUEL ESPAÑA ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
ANA PAOLA GUTIÉRREZ CRISTINA GÓMEZ GRACIA
MANUEL SALVADOR ACUÑA ZEPEDA LINO TORGAL
JUAN ANTONIO STUPENENGO JIMMY ANTONY PÉREZ SOLANO
DIEGO HERNANDO ZEGARRA TOMÁS RESTREPO RODRÍGUEZ
VALDIVIA
ANTONIO JOSÉ PÉREZ

Presentación

CAPÍTULO 1

TENDENCIAS E INNOVACIONES EN MATERIA DE REGULACIÓN Y MEJORA
REGULATORIA

El modelo del Estado regulador y garante: su filosofía y
proyecciones jurídicas

Juan Carlos Cassagne

Riesgo regulatorio y responsabilidad del Estado

Óscar R. Aguilar Valdez

La tríada regulatoria en América Latina

Luis Ferney Moreno Castillo

Regulación responsiva: incentivos, comprometimiento del
sector regulado y discrecionalidad modulada para una
regulación más eficiente en el escenario brasileño

Floriano de Azevedo Marques Neto

CAPÍTULO 2

NOVEDADES REGULATORIAS EN LOS SECTORES REGULADOS,
COMPETENCIA Y MEDIOAMBIENTE
SECTORES REGULADOS

Potestades de la Comisión de Mercado Financiero (CMF).
Entre control y regulación de riesgo

Christian Rojas Calderón

Sobre las contingencias regulatorias en el mercado eléctrico chileno por la implementación de los medidores inteligentes

Eduardo Cordero Q.

Aeroportos privados? Uma leitura do instituto da autorização e sua aplicação atual no direito administrativo brasileiro

Vitor Rhein Schirato

Régimen jurídico del acceso a las instalaciones gasistas en la Unión Europea y en España, con especial referencia a las plantas de regasificación de gas natural licuado

Íñigo del Guayo Castiella

Descentralización y financiamiento del servicio de agua y saneamiento en Latinoamérica

Silvia Regoli

Generación distribuida para autoconsumo: rediseño regulatorio. El caso costarricense

William Villalobos Herrera

Desarrollo del *fracking* en Colombia: ¿resuelven los expertos las dudas sobre la moratoria a través del control fiscal?

Carolina Montes Cortés

Sandra Lorena Rosero Ordoñez

Regulación energética: distritos térmicos como una iniciativa en la transición energética

Adriana Espinel Sánchez

Almacenamiento y servicios complementarios energía eléctrica

Hemberth Suárez Lozano

Arenera regulatoria para el sector eléctrico colombiano.
Una respuesta del regulador de cara a la transición
energética

Juan Manuel España

Ana Paola Gutiérrez

El sector energético en el tratado de libre comercio entre
México, Estados Unidos de América y Canadá (t-mec).

Manuel Salvador Acuña Zepeda

Acceso a la información en poder de empresas prestatarias
de servicios públicos

Juan Antonio Stupenengo

COMPETENCIA

El programa de clemencia en el ámbito de la defensa de
competencia peruano.

Diego Hernando Zegarra Valdivia

Las ayudas públicas en la UE: Su delimitación

José Carlos Laguna de Paz

MEDIOAMBIENTE

La regulación del medioambiente

Luis Fernando Macías Gómez

Tomas clandestinas y responsabilidad ambiental en México

Josefina Cortés Campos

La nueva regulación de la Evaluación de Impacto Social
para los proyectos energéticos en México

Pilar Rodríguez Ibáñez

CAPÍTULO 3

ACTUALIDAD EN REGULACIÓN POR CONTRATOS: APP, CONCESIONES Y OTRAS MODALIDADES

Los desafíos jurídicos de la regulación económica en un contrato de concesión de servicios públicos locales de gas canalizado: un estudio de caso en el estado de Ceará

Álison José Maia Melo

Liliane Sonsol Gondim

Las Asociaciones Público-Privadas en el Perú. Análisis sobre la historia, evolución y desarrollo de las Asociaciones Público-Privadas, y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico peruano

Richard J. Martín Tirado

Asignación de riesgos en contratos de PPP y su reconfiguración como contratos “dinámicos”

Ignacio Aragone

Las funciones de consulta y expedición de circulares asignadas a la Agencia Nacional de Contratación en el marco del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Felipe de Vivero Arciniegas

El régimen de participación público privada en Argentina

Ezequiel Cassagne

CAPÍTULO 4

REGULACIÓN DE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS

La regulación de UBER: un enigma

Luis A. Ortiz Zamora

Economía colaborativa: particularidades del *carpooling* y *carsharing* y viabilidad jurídica de su aplicación en Costa Rica

Alonso Miranda Rivera

Reflexiones sobre el rol del Estado en la regulación de las Fintech (*Finance and Technology*)

Paula Ximena Gallo Velásquez

Acto administrativo electrónico y nuevas tecnologías.
¿Evolución o disrupción?

Pablo Schiavi

Regulación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. ¿Utopía o realidad?

Édgar González López

Cristina Gómez Gracia

CAPÍTULO 5

LA REGULACIÓN, REVISIÓN JUDICIAL Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Control de la decisión arbitral por el Tribunal
Constitucional

Lino Torgal

Reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros y
colaboración de los jueces para su cumplimiento y
ejecución en Colombia

Jimmy Antony Pérez Solano

(i) Razonabilidad y (des)proporcionalidad en disputas de
arbitraje de inversión internacional relacionadas con

esquemas de soporte de energía renovable (ESER)

Tomás Restrepo Rodríguez

Régimen jurídico de los contratos del Estado ecuatoriano y
la solución de controversias

Antonio José Pérez

Notas al pie

PRESENTACIÓN

La Asociación Iberoamericana de Regulación (ASIER) presenta a la comunidad académica y profesional el libro *Hacia una Regulación Inteligente*, integrado por los artículos de investigación presentados en el XIV Congreso Iberoamericano de Regulación, realizado en Medellín, Colombia, del 13 al 15 de noviembre de 2019 y en el cual han participado autores de España, Portugal, Colombia, Brasil, México, Chile, Perú, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Argentina.

La Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación está integrada por un grupo de profesionales de diversos países de Iberoamérica, vinculados a la regulación económica de los sectores estratégicos. Es una entidad plurinacional académica, de tipo asociativo, abierta a todos los interesados en el conocimiento y desarrollo de los mecanismos jurídicos, técnicos y económicos implicados en la regulación, la gestión y el control de los grandes sectores que sostienen la dinámica de vida de los países.

Así, desde el año 2005, ASIER realiza su Congreso anual, el cual constituye un espacio privilegiado de encuentro y discusión entre organismos reguladores gubernamentales, proveedores de servicios públicos, académicos, jueces, investigadores y profesionales de los principales sectores económicos.

La presente obra, dirigida por el Presidente de ASIER, el Doctor Luis Ferney Moreno, y coordinada por su Vicepresidente, el Doctor Luis Ortiz, está organizada en los siguientes cinco capítulos:

Capítulo 1: Tendencias e innovaciones en materia de regulación y mejora regulatoria.

Capítulo 2: Novedades regulatorias en los sectores regulados, competencia y medioambiente.

Capítulo 3: Actualidad en regulación por contratos: APP, concesiones y otras modalidades.

Capítulo 4: Regulación de tecnologías disruptivas.

Capítulo 5: La regulación, revisión judicial y solución de conflictos.

A continuación, presentamos el contenido de cada capítulo:

En el primer capítulo, denominado, “Tendencias e innovaciones en materia de regulación y mejora regulatoria”, el doctor Juan Carlos Cassagne desarrolla el tema de *“El Modelo del Estado regulador y garante: su filosofía y proyecciones jurídicas”*, donde aborda temas tales como: 1. Un nuevo modelo de estado. 2. El *quid* de la función reguladora y garantística del Estado. 3. La equivalencia entre el Estado subsidiario y el Estado regulador y garante, entre otros.

Seguidamente, el doctor Óscar R. Aguilar Valdez desarrolla el tema del *“Riesgo regulatorio y responsabilidad del Estado”*, en el que intenta, desde la perspectiva argentina, dar alguna guía para poder determinar si las consecuencias dañosas del riesgo regulatorio deben ser asumidas por los regulados o por toda la sociedad.

Asimismo, el doctor Luis Ferney Moreno desarrolla el tema de *“La tríada regulatoria en América Latina”*, donde explica que la tríada regulatoria está representada por: la regulación y la mejora regulatoria, por un lado; por otro, el cumplimiento normativo (*compliance*), y por otro, la fiscalización. Concluye que estos tres ángulos están

estrechamente vinculados o relacionados, cada cual cumple un papel o una función, pero interrelacionados, lo que nos lleva a una verdadera transformación e innovación del Derecho administrativo.

Finalmente, en este capítulo, el doctor Floriano de Azevedo Marques Neto desarrolla el tema de la *“Regulación responsiva: incentivos, comprometimiento del sector regulado y discrecionalidad modulada para una regulación más eficiente en el escenario brasileño”*. En este expone la base teórica de la regulación responsiva, sus premisas, incluyendo las nociones de incentivo, de comprometimiento del sector regulado, además de la noción de pirámide reguladora, con la progresión de penalidades y la re-significación de la idea de proporcionalidad. A partir de ese contexto, analiza la realidad brasileña, en especial en el ámbito de las agencias reguladoras federales y apunta limitaciones a la discrecionalidad, que aún comprometen su aplicación.

El capítulo 2, denominado “Novedades regulatorias en los sectores regulados, competencia y medioambiente”, está integrado por los siguientes trabajos:

En la sección de sectores regulados, el doctor Christian Rojas Calderón desarrolla el tema de la *“Potestades de la Comisión de Mercado Financiero (CMF). Entre control y regulación de riesgo”*. En su trabajo analiza las cuestiones generales de carácter institucional de la CMF, y avanza en una explicación acerca del modo en que debe tomar sus decisiones en un escenario de alta complejidad, como es el financiero, basado ya no en metodologías de control, sino en metodologías direccionales o funcionales, también denominadas responsivas o receptivas.

El doctor Eduardo Cordero desarrolla el tema de *“Las contingencias regulatorias en el mercado eléctrico chileno*

por la implementación de los medidores inteligentes". El principal objetivo de su artículo es analizar la discusión que se ha presentado en Chile en el mercado eléctrico en relación con la implementación de los equipos de medida inteligente (*smart meter*).

El doctor Vitor Rhein Schirato desarrolla el tema de *"Aerportos privados? Uma leitura do instituto da autorização e sua aplicação atual no direito administrativo brasileiro"*. El objetivo de este estudio es analizar la posibilidad de realizar proyectos de aeropuertos privados en Brasil, en concurrencia con los aeropuertos sujetos al régimen de servicio público, así como delimitar el significado del instituto de la autorización en el Derecho administrativo contemporáneo.

El doctor Íñigo del Guayo Castiella desarrolla el tema de *"Régimen jurídico del acceso a las instalaciones gasistas en la Unión Europea y en España, con especial referencia a las plantas de regasificación de gas natural licuado"*. Su artículo se fija en el régimen de acceso que se implantó en España en 2015, en sustitución del régimen de acceso que estuvo vigente entre 2001 y 2015.

La doctora Silvia Regol desarrolla el tema de la *"Descentralización y financiamiento del servicio de agua y saneamiento en Latinoamérica"*. Su artículo procura relacionar conceptos tales como descentralización y financiamiento en el sector de agua y saneamiento, bajo la hipótesis de que el proceso de descentralización del servicio al nivel subnacional favoreció el financiamiento de las empresas concesionadas en los principales centros urbanos.

El doctor William Villalobos Herrera desarrolla el tema de la *"Generación distribuida para autoconsumo: rediseño regulatorio. El caso costarricense"*. El fin del autor es

describir los principales aspectos del modelo de generación distribuida para autoconsumo a partir del año 2015, momento en que aparece su regulación en Costa Rica.

La doctora Carolina Montes Cortés y Sandra Lorena Rosero Ordoñez exponen el tema de *“Desarrollo del fracking en Colombia: ¿resuelven los expertos las dudas sobre la moratoria a través del control fiscal?”*. En este abordan temas tales como los 1. Aspectos económicos y socioambientales asociados a la explotación de hidrocarburos en Colombia y 2. Las actuaciones de control fiscales frente al fracturamiento hidráulico en la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales en Colombia.

La doctora Adriana Espinel Sánchez expone el tema de la *“Regulación energética: distritos térmicos como una iniciativa en la transición energética”*. En su estudio busca proponer el desarrollo de los DT como una nueva alternativa en Colombia con el fin de aportar en el proceso de transición energética hacia alternativas técnicas más eficientes, soluciones amigables con el medioambiente y, por tanto, no contaminantes, y alternativas para la construcción de ciudades y comunidades más sostenibles, lo que constituye un reto para la regulación energética en Colombia.

El doctor Hemberth Suárez Lozano desarrolla el tema del *“Almacenamiento y servicios complementarios en energía eléctrica”*, en el cual ilustra la necesidad de reglamentar los Servicios Complementarios que se requieran en el Sistema Interconectado Nacional, SIN, teniendo en cuenta la integración de nuevas fuentes de generación de energía calificada como variable, como es el caso de la solar, eólica y la proveniente de planta filo de agua.

Los doctores Juan Manuel España y Ana Paola Gutiérrez exponen el tema de *“Regulatory Sandbox: Fostering the Energy Transition in Colombia. Arenera regulatoria para el sector eléctrico colombiano. Una respuesta del regulador de cara a la transición energética”*. Exponen los autores un análisis basado en la revisión bibliográfica de normas, reportes industriales, artículos académicos y entrevistas con expertos del sector público y privado, con el propósito de proveer un entendimiento sobre la figura y la implementación de una arenera regulatoria como un mecanismo que se caracteriza por ser ágil e innovador.

El doctor Manuel Salvador Acuña Zepeda desarrolla el tema de *“El sector energético en el Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá (T-Mec)”*. El artículo versa sobre las cuestiones energéticas inmiscuidas en el acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá, y su trascendencia en el ámbito de la responsabilidad estatal, derivado de la ratificación del mismo.

El doctor Juan Antonio Stupenengo desarrolla el tema del *“Acceso a la información en poder de empresas prestatarias de servicios públicos.”*, donde aborda temas de 1. Acceso a la información. 2. Información pública. 3. Servicios públicos, entre otros.

En la sección dedicada a la competencia, el doctor Diego Hernando Zegarra Valdivia desarrolla el tema de *“El programa de clemencia en el ámbito de la defensa de competencia peruano”*. Su artículo tiene por objetivo brindar un panorama general sobre el programa de clemencia en el ámbito de la defensa de la competencia en el ordenamiento jurídico peruano.

El doctor José Carlos Laguna de Paz desarrolla el tema de *“Las ayudas públicas en la UE: su delimitación”*. En su

artículo aborda la delimitación de las ayudas públicas en el Derecho de la UE, que es fruto de décadas de jurisprudencia en la aplicación de las normas del Tratado.

En la sección dedicada a medioambiente, el doctor Luis Fernando Macías Gómez desarrolla el tema de *“La regulación del medioambiente”*. El autor se centra en plantear algunas ideas generales sobre la regulación y su relación con el ambiente, lo cual genera una tensión que podría ser considerada como lógica en el proceso de desarrollo de una sociedad de mercado, en la cual el Estado se retira del monopolio del poder regulador.

La doctora Josefina Cortés Campo aborda el tema *“Tomas clandestinas y responsabilidad ambiental en México”*. Su artículo tiene como objetivo analizar el marco jurídico mexicano en materia de responsabilidad ambiental por derrame de hidrocarburos. Particularmente, es objeto de análisis la obligación de remediación ambiental en los supuestos en los que tiene lugar una toma clandestina del ducto que transporta hidrocarburos.

Para concluir esta sección y este capítulo, la doctora Pilar Rodríguez Ibáñez aborda el tema *“De la nueva regulación de la Evaluación de Impacto Social para los proyectos energéticos en México”*. Expone que la nueva regulación de la evaluación de impacto social para el sector energético contiene aspectos importantes, novedosos y pertinentes que contribuyen a la mejora de la calidad técnico-científica de las EVIS para obtener y conservar la licencia para operar de los proyectos energéticos.

En el capítulo 3, dedicado a la actualidad en *“Regulación por contratos: APP, concesiones y otras modalidades”*, los doctores Álisson José Maia Melo y Liliane Sonsol Gondim abordan el tema *“Los desafíos jurídicos de la regulación económica en un contrato de concesión de servicios”*

públicos locales de gas canalizado: un estudio de caso en el Estado de Ceará". En este abordan temas tales como: 1. Regulación económica. 2. Cláusula económica del contrato. Y 3. Servicios locales de gas canalizado.

El doctor Richard J. Martín Tirado desarrolla el tema de *"Las asociaciones Público-Privadas en el Perú. Análisis sobre la historia, evolución y desarrollo de las asociaciones Público-Privadas, y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico peruano"*. En el texto, aborda temas tales como: 1. Sobre el marco normativo para la promoción de la inversión privada en el Perú. 2. Sobre el marco institucional y normativo de las asociaciones público privadas.

El doctor Ignacio Aragone desarrolla el tema de la *"Asignación de riesgos en contratos de PPP y su reconfiguración como contratos "dinámicos"*, donde expone temas tales como: 1. Los riesgos en los contratos de PPP. 2. Pautas básicas a considerar en los procesos de asignación de riesgos en estructuras contractuales "dinámicas".

El doctor Felipe de Vivero Arciniegas desarrolla el tema de la *"Las funciones de consulta y expedición de circulares asignadas a la Agencia Nacional de Contratación en el marco del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*. El objetivo del autor es revisar las funciones asignadas a la Agencia Nacional de Contratación en punto a la consulta y expedición de circulares en materia de compras y contratación pública, para lo cual, en el escrito se realiza la revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria de: conceptos y consultas a la luz de la regulación contenida en la Ley 1437 de 2011.

Para cerrar este capítulo, el doctor Ezequiel Cassagne desarrolla el tema de *"El Régimen de participación público privada en Argentina"*, donde expone temas tales como: 1.

El financiamiento de infraestructura en argentina. 2. Las Asociaciones Público-Privadas.

En el capítulo 4, dedicado a la “Regulación de tecnologías disruptivas”, el doctor Luis A. Ortiz Zamora desarrolla el tema de *“La Regulación de UBER: un enigma”*. Explica el autor que la irrupción de las economías colaborativas ha trastocado muchos de los dogmas que hasta ahora regían la regulación. Su naturaleza jurídica, montada a horcajadas entre dos o más categorías hasta ahora bien conocidas, pero actualmente desdibujadas, y su carácter *permissionless*, hacen que la territorialidad y soberanía resulten inútiles para su regulación.

Seguidamente, el doctor Alonso Miranda Rivera desarrolla el tema de la *“Economía colaborativa: particularidades del carpooling y carsharing y viabilidad jurídica de su aplicación en Costa Rica”*, donde desarrolla temas tales como: 1. Consideraciones preliminares respecto al fenómeno de economía colaborativa. 2. Movilidad Compartida: Explicación de las figuras de *carpooling* y *carsharing* y diferenciaciones conceptuales.

Posteriormente, la doctora Paula Ximena Gallo Velásquez desarrolla el tema de las *“Reflexiones sobre el rol del Estado en la regulación de las fintech (Finance And Technology)”*. En este aborda temas tales como: 1. *Fintech*. 2. Regulación en servicios financieros.

El doctor Pablo Schiavi desarrolla el tema del *“Acto Administrativo Electrónico y nuevas tecnologías ¿evolución o disrupción?”*, en donde aborda temas tales como: 1. Acto administrativo y procedimiento administrativo electrónicos. 2. Aspectos fundamentales de la automatización del acto administrativo electrónico en el marco de la “despapelización”: validez jurídica, valor probatorio y autenticación, entre otros.

Y finalmente, los doctores Édgar González y Cristina Gómez Gracia desarrollan el tema de la *“Regulación de las tecnologías de la información y las comunicaciones. ¿utopía o realidad?”*, donde abordan temas tales como: 1. La frontera difusa entre los servicios de telecomunicaciones y las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En el quinto capítulo, dedicado a la *“Regulación, revisión judicial y solución de conflictos”*, el doctor Lino Torgal desarrolla el tema del *“Control de la decisión arbitral por el tribunal constitucional”*. En su estudio se abordan temas tales como: arbitraje, fiscalización de la constitucionalidad, Constitución, tribunales arbitrales, tribunal constitucional, entre otros.

El doctor Jimmy Antony Pérez Solano desarrolla el tema de *“Reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros y colaboración de los jueces para su cumplimiento y ejecución en Colombia”*, en el cual aborda temas tales como: arbitraje, *exequátur*, laudos extranjeros, ejecución de laudos, colaboración judicial.

El doctor Tomás Restrepo Rodríguez desarrolla el tema de *“(i)Razonabilidad y (des)proporcionalidad en disputas de arbitraje de inversión internacional relacionadas con esquemas de soporte de energía renovable (ESER)”*. El artículo evalúa los conceptos de (i)razonabilidad y (des)proporcionalidad en las decisiones recientes de arbitraje de inversión internacional sobre modificaciones a los esquemas de energía renovable (ESER).

Finalmente, la obra culmina con el artículo del doctor Antonio José Pérez, quien desarrolla el tema del *“Régimen jurídico de los contratos del Estado ecuatoriano y la solución de controversias”*, en el cual pretende ilustrar el régimen jurídico en los contratos públicos en la región y en el Ecuador, desde su origen hasta la actualidad, para

posteriormente enunciar una breve reseña de los distintos contratos con el Estado, según la normativa ecuatoriana.

Sea esta la oportunidad para expresar el profundo agradecimiento de la comunidad de ASIER a sus Presidentes Honorarios, el profesor Gaspar Arino, Juan Carlos Cassagne y Jorge Sarmiento, quienes han liderado y promovido el estudio de los sectores regulados de Iberoamérica. Alrededor de su liderazgo, ASIER se ha constituido como una verdadera comunidad académica de prestigio, referente en el estudio de la regulación económica y de su discusión en los múltiples Congresos de ASIER organizados.

Debemos expresar nuestro agradecimiento especial al Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado por la cuidadosa edición del texto y su ágil publicación; a los monitores del Departamento de Derecho Minero-Energético, Ernesto Guzmán y Angie Prieto, por su apoyo en la edición de los artículos; al Director de Investigaciones del Departamento de Derecho Minero-Energético, el Doctor Milton Fernando Montoya Pardo, por liderar el proceso de publicación de esta obra y, por supuesto, al rector de la Universidad Externado de Colombia, el doctor Juan Carlos Henao, por su permanente apoyo.

Luis Ferney Moreno
Presidente
ASIER

Luis Ortiz
Coordinador de la Publicación
ASIER

CAPÍTULO 1
TENDENCIAS E INNOVACIONES EN MATERIA DE
REGULACIÓN Y MEJORA REGULATORIA

JUAN CARLOS CASSAGNE*

*El modelo de Estado regulador y garante: su filosofía
y proyecciones jurídicas*

I. UN NUEVO MODELO DE ESTADO

Es sabido que, tanto en América como en Europa, el Estado de Derecho decimonónico, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro modelo que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional y el reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación, produciendo un cambio profundo en el modelo del clásico Estado liberal.

Mientras ese modelo de Estado Social de Derecho (basado en la concepción de Heller) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, ha surgido en estos últimos años un nuevo modelo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los fines que perseguía el arquetipo anterior, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya gestión se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que traduce una manifiesta aplicación del principio de subsidiariedad.

Así, de un modo escasamente percibido por el propio constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del Derecho Público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a cumplir funciones relevantes, en colaboración estrecha con la Administración Pública.

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas, viene llevándose a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a

varias causas. Por de pronto, no implica el abandono de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de Derecho liberal (principalmente del principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades fundamentales) ni tampoco de los derechos y principios proclamados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la segunda guerra mundial.

En el escenario antes descrito aparece la concepción del Estado Regulador y Garante¹, cuya construcción obedece a una serie de razones que van desde las conocidas ineficiencias del sector público, los altos costos que genera el sistema prestacional a cargo del Estado y su política redistributiva, como consecuencia del crecimiento demográfico, hasta el surgimiento generalizado del proceso de globalización de la economía.

Ese conjunto de factores condujo a una fuerte competencia entre los actores económicos de los distintos países, generando un mayor protagonismo de los sectores privados de la sociedad, que llevó a las respectivas Administraciones Públicas a suprimir de cuajo las trabas burocráticas que afectaban el libre comercio e industria y la iniciativa privada.

Debido a la retirada del Estado gestor se consolidó el dualismo Sociedad-Estado que, según Messner² constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos preexistentes derivados del orden natural (sobre todo la propiedad y las libertades), ampliando el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad.

Resulta paradójal que el nuevo Estado Regulador y Garante, lejos de abandonar su función social, procure

alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos, mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto pues se trata de una retirada instrumental³, ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido funciones públicas.

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común⁴ que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de nuestros países que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se advirtió, tras la segunda posguerra mundial, la necesidad del “desarme del Estado”, pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad⁵.

La principal dificultad que debe superar la concepción del Estado Regulador y Garante se encuentra en el carácter fragmentario y pluricéntrico de la sociedad actual que refleja el desorden generado por las ideologías que han pretendido suplantar la realidad por meras conjeturas dogmáticas. Al propio tiempo, se ha producido la aparición de líderes populistas que basan su acción en el conocido esquema schmittiano fundado en la oposición que resulta del axioma amigo-enemigo.

En un sentido opuesto transita el nuevo modelo de Estado que, como se verá más adelante y lo ha reconocido la doctrina del Derecho comparado, se apoya en la concepción del bien común tomista en cuanto proporciona el fundamento real del nuevo modelo estatal y de las

transformaciones que han ocurrido en el seno de la sociedad y del Estado.

II. EL QUID DE LA FUNCIÓN REGULADORA Y GARANTÍSTICA DEL ESTADO

Existen varias definiciones en torno al concepto de regulación e, incluso, se ha llegado a suponer que equivale a la función de garantía que pesa sobre el Estado para satisfacer las necesidades colectivas de la población.

Pero, en rigor, son funciones diferentes que aparecen unidas en la praxis del Estado Regulador y Garante. En coincidencia con Muñoz Machado, si bien con anterioridad ubicamos esta función dentro de la actividad interventora, pensamos que sus características actuales conducen a la superación de las clasificaciones clásicas (una de las cuales se basaba en la diferencia entre actividades de intervención y la de prestación) y que hoy en día habría que acomodar esos conceptos a la nueva realidad que ha modificado las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Esta nueva realidad nos lleva a coincidir en que el quid de la regulación, conforme a la definición propuesta por Philip Selznick, desde el campo de la sociología del Derecho, consiste en “un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social”⁶.

La regulación se lleva a cabo a través de diferentes formas que traducen la atribución de poderes o facultades. Desde la ley, el reglamento, el acto y el contrato administrativo hasta las instrucciones y órdenes reguladoras por parte de entidades estatales y aun privadas (la autorregulación), ese conjunto de normas generales y decisiones individuales constituye un universo

jurídico que absorbe el contenido de la mayoría de las instituciones del Derecho Administrativo.

Este proceso, que se produce como consecuencia de la inserción del mayor protagonismo de la Sociedad en el Estado, exige reconsiderar la reformulación de las instituciones tradicionales del Derecho Administrativo para adaptarlas al nuevo esquema relacional en el que suelen enfrentarse diferentes concepciones sobre el derecho, como ocurre, en los países europeos, más que en Iberoamérica en la que reina mayor unidad doctrinaria e institucional.

Se trata de una actividad continua, típica de la función administrativa de ordenación y vigilancia de determinadas actividades privadas por razones de interés público, que no excluye el control de la autorregulación. De esa manera, se admiten una serie de actividades privadas que, habiendo sido con anterioridad reguladas por el Estado, escapan su dirección porque han pasado a autorregularse, sin que ello implique que el Estado abdique de su potestad reguladora.

En la búsqueda de las causas que determinan la necesidad de las regulaciones han surgido diversas teorías y posturas que la doctrina ha sistematizado, sobre la base de la realidad europea⁷.

En tal sentido, cabe preguntarse: ¿Cuándo el Estado debe acometer la regulación de un sector o actividad económica o social o se permite a los particulares autorregularse para fijar sus propias reglas -por ejemplo- en punto en calidad y competitividad? Al respecto, Muñoz Machado desbroza, mediante el enlace con el pensamiento de los economistas, las siguientes situaciones:

a. Una primera, sobre la que hay consenso entre las distintas concepciones económicas e ideológicas, se rige por el clásico esquema del derecho administrativo, con