



Mercados y Competencia en Puerto Rico

Informe elaborado por:
Departamento de Asuntos Del Consumidor
División de Estudios Económicos
Oficina del Secretario

- Julio de 2021 -

PRIMERA PARTE

I. Introducción

El presente documento compila y analiza las condiciones estatutarias de la normativa reglamentaria en Puerto Rico para propender a la competencia. Tal escenario se aborda desde de un estudio sistemático de las particularidades de la normativa eficaz vigente *vis-à-vis* las expectativas de los principios económicos que conforman un capitalismo para todos, “libertad económica”, “libre contratación”, “libre voluntad”, “libre acceso a los mercados”, y “libre competencia”, entre otros principios económicos que deben ser garantizados por el Estado. Esta garantía ocurre, primariamente, a través de una política pública de Orden Público Económico.

Las políticas públicas en torno al Orden Público Económico deben examinarse desde un contexto de ensanchamiento de los mercados internos producto de la globalización y la competencia regulatoria, donde los principios económicos antes mencionados actúan sobre -y condicionan- la demografía, la cantidad y calidad de trabajadores, la calidad de la tecnología, el acceso a fuentes de capital interno y externo en cantidad y calidad, el tamaño del mercado interno, y la cantidad y calidad de las empresas de un país.

II. Mandato legal del Departamento de Asuntos del Consumidor

La Ley Orgánica del Departamento de Asuntos del Consumidor¹ (en adelante, DACO, o el Departamento) recoge el deber ministerial de vindicar y proteger los derechos de los consumidores puertorriqueños. Sobre el particular, el Artículo 6 de esta Ley dispone, en su inciso (a), lo siguiente:

Artículo 6.

En adición a los poderes y facultades transferidos por la presente Ley, el Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor tendrá los siguientes deberes y facultades:

- (a)** Reglamentar, fijar, controlar, congelar y revisar los precios, márgenes de ganancias y las tasas de rendimiento sobre capitales invertidos a todos los niveles de mercadeo, sobre los artículos, productos y aquellos servicios que

¹ Ley Núm. 5 del 23 de abril de 1973, según enmendada. — (3 L.P.R.A. § 341e)

corriente y tradicionalmente se prestan y se cobran por horas o por unidad, se ofrezcan o se vendan en Puerto Rico, **en aquellos casos que tales medidas se justifiquen para proteger al consumidor de alzas injustificadas en los precios, evitar el deterioro del poder adquisitivo del consumidor, y proteger la economía de presiones inflacionarias.** (Énfasis suplido).

Surge del texto citado, que es **competencia del DACO:**

1. *Vigilar los sistemas de precios de los bienes comercializados en Puerto;*
2. *Examinar las ganancias de las inversiones en los bienes comercializados en Puerto Rico;*
3. *Proteger a los consumidores y a la economía de presiones inflacionarias.*

POR CUANTO:

Conforme a su competencia ministerial de salvaguardar adecuadamente los intereses de los consumidores puertorriqueños y en protección de estos, la División de Estudios Económicos del DACO, adscrita a la Oficina del Secretario, comparece mediante el presente informe de análisis sobre el estado normativo de los mercados y la competencia en Puerto Rico.

SEGUNDA PARTE

I. Capitalismo para todos: Orden

En el mundo interconectado de hoy, la globalización económica y las transacciones comerciales requieren de una arquitectura e infraestructuras locales capaces de respaldar todo tipo de actividad económica en cualquier momento. Esto incluye tecnologías, trabajadores, capital financiero, ordenamientos jurídicos; y, desde luego, centros académicos difusores de conocimiento. La competitividad de cada jurisdicción, por tanto, va a estar medida por su capacidad para producir resultados en beneficio de los actores económicos globales.

La capacidad de producir resultados en beneficio de los actores económicos globales se interpreta como un asunto de “orden” y seguridad jurídica. El concepto de orden desde una idea de protección socialdemócrata -que fue el más extendido en Europa en la posguerra, y que influyó grandemente al resto mundo-, propone el establecimiento de derechos sociales y servicios públicos en un marco plenamente democrático y de “libre mercado”. En contraposición, conforme a este modelo capitalista, las prácticas anti-competencia son sinónimo de ausencia de regulación o de regulación deficiente. Por tanto, el libre mercado eficiente es orden, y la ausencia de competencia y la distorsión del mercado, desorden.

II. Las Directrices de Protección al Consumidor de la ONU

La Organización de las Naciones Unidas, (en adelante ONU), mediante su conferencia sobre comercio y desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés, *United Nations Conference on Trade and Development*), estableció el marco institucional de referencia para los países que la integran, en términos de protección al consumidor. A estos fines, la UNCTAD emitió el documento Directrices de Protección al Consumidor.

Las Directrices de la ONU para la Protección del Consumidor son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces. Además, las Directrices ayudan a los Estados Miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales; también contribuyen a promover la cooperación

internacional entre los Estados Miembros en el ámbito de la aplicación, y alientan a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores².

La Conferencia de la ONU sobre Comercio y Desarrollo promueve las Directrices y alienta a los Estados Miembros interesados a crear conciencia sobre las numerosas formas en que los Estados Miembros, las empresas y la sociedad civil pueden promover la protección del consumidor en la provisión de bienes y servicios públicos y privados. A continuación, referimos el texto de los objetivos de estas Directrices:

- a) Ayudar a los países a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores;*
- b) Facilitar modalidades de producción y distribución que respondan a las necesidades y los deseos de los consumidores;*
- c) Alentar a quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios y de su distribución a los consumidores a que adopten estrictas normas éticas de conducta;*
- d) Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores;*
- e) Facilitar la creación de grupos independientes de defensa del consumidor;*
- f) Fomentar la cooperación internacional en la esfera de la protección del consumidor;*
- g) Promover el establecimiento de condiciones de mercado que den a los consumidores una mayor selección a precios más bajos;*
- h) Promover un consumo sostenible.*

Las competencias regulatorias específicas que se le asignan al DACO evidencian un criterio legislativo de avanzada. Ello, pues se institucionaliza, al más alto rango normativo, las condiciones justas sobre las cuales se deben proveer bienes y servicios comerciales en Puerto Rico, cónsono con las guías de las Directrices y objetivos de protección al consumidor de la ONU. Tan es así, que se atribuyó al DACO un mismo rango jerárquico que al resto de las Secretarías constitucionales.

Ahora bien, las potestades y competencias vigentes delegadas por la Asamblea Legislativa al Departamento, en lo que respecta a la intervención económica autorizada, es de tipo remediativo y sancionador. Así, pues, el DACO puede actuar ante las instancias de su competencia, (i) si el consumidor formaliza una querrela; (ii) si el Departamento declara un bien o servicio como de

² Las Directrices fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015.

primera necesidad y de oficio, (iii) en caso de un flagrante menosprecio a las prácticas comerciales básicas y anuncios engañosos.

Hoy en día, en cambio, la regulación de los mercados; y, en especial, de aquellos mercados que ofrecen servicios a la ciudadanía, es una actividad cada vez más técnica y especializada. El proceso de producción de la regulación y el análisis de sus impactos sobre las empresas, la economía y el bienestar de los consumidores precisa el empleo de instrumentos de análisis económico y técnicas estadísticas. A esto se suma la sofisticación, ampliación y modernización de la actividad comercial. El avance económico del capitalismo, la velocidad de las nuevas plataformas de intercambios de transacción y las nuevas prácticas comerciales, hacen necesarias competencias regulatorias más amplias **primariamente desde la regulación de la competencia.**

TERCERA PARTE

I. La Supervisión de la Libertad de Mercado y de la Libre Competencia

¿Qué significan “libertad económica”, “libre contratación”, “libre voluntad”, “libre acceso a los mercados”, y “libre competencia”, entre otros principios económicos? ¿Cómo deben implementarse estos principios para garantizar la eficiencia del mercado? ¿Quién debe garantizar la eficiencia del mercado y la libre competencia?

La supervisión de los mercados donde se comercializan bienes y servicios que se encuentran en el comercio de las personas es materia de interés para nuestra Asamblea Legislativa desde los tiempos de la Cámara de Delegados y el inicio de los trabajos legislativos del Senado de Puerto Rico en 1917. Las piezas legislativas surgidas a partir de 1917, tenían como propósito “proteger al eslabón más débil en la cadena comercial”, de lo que el legislador consideraba eran distorsiones injustas en la interacción comercial. Para el legislador, ese eslabón más débil en la cadena comercial no siempre era el consumidor final e incluía a distribuidores, intermediarios mercantiles y comerciantes. El fruto de estos aspectos de la intención legislativa, se encuentra plasmado, por ejemplo, en la ley 75 sobre contratos de distribución de 1964. A su vez, un cierto número de las leyes pre-constitucionales, que aún están vigentes, son una excelente herramienta como mecanismos de regulación de mercado para nuestro Departamento³.

A partir del desarrollo histórico del capitalismo, en tanto que sistema económico dominante posterior a la segunda guerra mundial, el establecimiento de una economía de mercado en nuestra sociedad, y la adopción de una constitución para Puerto Rico, se ha hecho más que notable la regulación de los mercados internos para asegurar y garantizar un funcionamiento económico justo que afiance los principios constitucionales de “promover el bienestar el general y asegurar el goce cabal de los Derechos Humanos”. Asimismo, es la propia constitución de Puerto Rico, la que impone normas vinculantes amplias de regulación económica a los fines de mantener un ordenamiento social saludable.

Los antedichos mandatos constitucionales fueron, posteriormente, desarrollados por la Asamblea Legislativa a través del reconocimiento de dos ejes primarios de actuación. De una parte, la imperiosa necesidad de mantener un orden público económico cónsono con las realidades y aspiraciones de la sociedad puertorriqueña de 1950; y, de otra parte, la obligación de los poderes públicos puertorriqueños estatutarios y constitucionales para intervenir en

³ Ley Insular de Suministros

nuestra economía de mercado a fines de garantizar el bienestar general de la población. Es por esto que Puerto Rico, como todas las economías de mercado, cuenta con una rica y larga historia de intervención gubernamental en la economía. En aquel momento, la intervención gubernamental adquirió la denominación de “participación estatal o gubernamental” en el mercado. De ahí, que con demasiada frecuencia se utiliza hoy en día el término “intervención económica” como sinónimo de “regulación gubernamental de prohibición”. Las actividades de intervención económica de las instituciones democráticas son consustanciales al desarrollo económico, y a la búsqueda de la repartición justa de los frutos del capitalismo en nuestra sociedad.

En su origen, en las economías de mercado, las intervenciones gubernamentales de la economía tenían como objetivo el fin de la escasez de productos de primera necesidad para la población general, el abastecimiento continuo e intermitente de las materias primas para las manufacturas e insumos para la producción agrícola. Estos objetivos, según señalados, se pretendían lograr a través de la preeminencia del gasto público directo. Posteriormente, estos objetivos se encaminaron a través de las corporaciones públicas, de forma que se pudieran garantizar los servicios públicos básicos a la ciudadanía (agua potable, electricidad, teléfono, transporte, por ejemplo); y, finalmente, mediante regulación normativa (legislación, reglamentación, ordenanzas, etc.).

El capitalismo, por tanto, como sistema económico siempre ha estado asociado a economías de mercado y a un desarrollo social que permita la consolidación y ampliación de las aspiraciones democráticas colectivas, la búsqueda del bienestar general y la solidaridad hacia la expansión de los derechos humanos⁴. Ahora bien, **para que podamos hablar de un capitalismo para todos, los mercados en los que interactuamos deben ser libres y las prácticas comerciales asociadas a estos, justas.**

II. La búsqueda de la eficiencia económica del funcionamiento del mercado y la rentabilidad

Una vez establecido un modelo económico capitalista, el objetivo de interés social es que los mercados dentro de esa economía funcionen efectivamente. Es, por tanto, **la búsqueda de la “eficiencia de los mercados”, el mayor dolor de cabeza de los responsables de formular política pública.** La eficiencia de los mercados, sin embargo, comporta factores internos y

⁴ *Liberté, Egalité, Fraternité*: Insignia de la revolución francesa y base fundacional de los conceptos materiales asociados a la adopción de los Derechos Humanos.

externos propios de esa economía de mercado y que objetivamente se pueden cuantificar a los fines de conocer su eficiencia. De otra parte, en este tipo de análisis es frecuente la disciplina científica de la economía, donde con demasiada frecuencia se recurre a “tablas de posiciones” o “rankings”, para expresar un hecho relacionado a esta eficiencia. Ejemplos de ello son los índices de competitividad, de libertad económica y de facilidad para hacer negocios, por mencionar algunos.

A modo de verificación de los indicadores de eficiencia económica de un mercado es preciso, en primera instancia, establecer los límites tanto normativos como económicos que tendrá ese mercado, dado que estos indicadores son directamente dependientes de la fuente normativa que los crea. Como regla general, los mercados se constituyen con arreglo a un marco normativo determinado por: (i) la Constitución, (ii) el orden público económico recogido en esta, así como los principios de (iii) libertad de competencia, (iv) autonomía de la voluntad y (v) buena fe contractual. Cuando mencionamos el concepto orden público económico, en definitiva, esbozamos los criterios que organizan económicamente nuestra sociedad y que tienen eficacia normativa⁵.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, esbozamos las manifestaciones del Orden Público Económico en nuestra Constitución:

En el artículo dos (2) sobre Carta De derechos:

- SECCIÓN 19.- Principio de *numerus apertus* en el reconocimiento de nuevos derechos. Potestades de la Asamblea Legislativa para legislar sobre el bienestar del pueblo.
- SECCIÓN 4.- Libertad de Expresión Comercial
- SECCIÓN 6.- Libertad de organización.
- SECCIÓN 7.- Libre Mercado. Derecho a la propiedad privada. Prohibición de privación de propiedad privada sin debido procedimiento de ley. Prohibición contra un embargo total. Prohibición del menoscabo de las obligaciones contractuales.
- SECCIÓN 9.- Expropiación de bienes privados solamente mediante fin público y justa compensación.
- SECCIÓN 12.- Prohibición de servidumbre involuntaria.
- SECCIÓN 15.- Prohibición limitada del empleo para menores de 14 años.
- SECCIÓN 16.- Derechos Laborales.
- SECCIÓN 17.- Derecho a la sindicalización de los trabajadores y el Reconocimiento del Estado Empresario.
- SECCIÓN 18.- Derecho a la huelga de los trabajadores privados y de empresas estatales.

⁵ Principios económicos y prácticas comerciales que forman parte del ordenamiento jurídico positivo.

En el artículo tres (3) sobre el Poder Legislativo:

- SECCIÓN 22.- Creación del puesto de Contralor.

En el artículo cuatro (4) sobre el Poder Ejecutivo:

- SECCIÓN 4.- Obligación del gobernador de presentar anualmente un informe sobre la condición económica del tesoro.

En el artículo seis (6) sobre Disposiciones Generales:

- SECCIÓN 2.- Potestad del gobierno para cobrar impuestos, tomar prestado y emitir deuda.
- SECCIÓN 3.- Obligación de una aplicación contributiva uniforme.
- SECCIÓN 6.- Regla de traslado presupuestario del año anterior si no se aprueba presupuesto.
- SECCIÓN 7.- Prohibición de déficit presupuestario.
- SECCIÓN 8.- Orden de prioridad para el pago de obligaciones.
- SECCIÓN 9.- Sólo se dispondrá de las propiedades y fondos públicos para fines públicos y para sostenimiento y funcionamiento de las instituciones del estado, y en todo caso por autoridad de ley.
- SECCIÓN 14.- Prohibición de acaparamiento de terrenos.
- SECCIÓN 19.- Obligación estatal para la conservación de recursos naturales.

Lo anterior contiene, además de la eficacia normativa y la forma de organización de nuestra sociedad, los **principios económicos**⁶ y las **prácticas comerciales legalmente vinculantes** para garantizar la integridad de los mercados mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio y su adecuada supervisión. En esta búsqueda de la eficiencia económica de los mercados para garantizar su correcto funcionamiento, es imprescindible establecer, ¿qué condiciones se tienen que cumplir para satisfacer a los consumidores en un mercado libre?; ¿cuál es el problema de eficiencia que identificamos?; y, ¿cuál es la práctica comercial lesiva que apreciamos?

A partir de la interacción de los antedichos elementos; esto es, *eficacia normativa, eficiencia económica y prácticas comerciales*, conviene adentrarse en precisar las condiciones que se deben cumplir por mercado para poder establecer que este último se trata de un mercado eficiente.

⁶ Principios entendidos como “libertad económica”, “libre contratación”, “libre voluntad”, “libre acceso a los mercados”, y “libre competencia”, entre otros.

Como regla general, son condiciones comunes a la existencia de un mercado eficiente los siguientes elementos:

- (i) el precio del bien o servicio que se comercializa;
- (ii) los gustos y preferencias de los consumidores;
- (iii) si este mercado preserva la competencia;
- (iv) el número de participantes (compradores y vendedores);
- (v) la existencia de bienes o servicios complementarios o sustitutivos;
- (vi) los potenciales daños a la competencia;
- (vii) la rentabilidad de los operadores económicos; y, por último,
- (viii) los riesgos de desinversión de ese mercado.

III. La regulación de los mercados por los poderes públicos y el criterio del legislador en forma de Intervención Estatal en la economía: marco regulatorio vigente

A raíz de la teoría económica surgida al fin de la segunda guerra mundial, la adopción de la Carta universal de los Derechos Humanos y el nacimiento de las nuevas naciones descolonizadas a partir de la década de 1960, surge con vigor la intervención estatal de los mercados que ofrecen bienes y servicios a la ciudadanía, como pilar de desarrollo económico de los pueblos. A partir de esta nueva tendencia de política económica, se fomenta como piedra angular de garantía del estado de bienestar, el fortalecimiento de los ofrecimientos comerciales de las empresas estatales, y la preponderancia normativa reguladora del principio de la autonomía de la voluntad en la gestión comercial.

Bajo el marco de actuación precedente es que el legislador puertorriqueño concibe y conforma la regulación normativa de los mercados y la protección del consumidor. De ahí que, el DACO, a muy *grosso modo*⁷, tiene su marco de actuación -conforme al criterio legislativo-, en la observancia de las prácticas comerciales y anuncios engañosos en el mercado, la vigilancia de las condiciones regulatorias y en los remedios *a posteriori* hacia el consumidor final de una cadena comercial. Consecuentemente, las funciones primarias del Departamento se inscriben en el mecanismo estatal de política económica descrito anteriormente, para el fomento de la producción, la satisfacción de necesidades de la población y la garantía de abastos.

⁷ Ver Historial legislativo de la Ley Insular de Suministros sobre la creación de la Administración General de Suministros y la Ley orgánica del DACO.

En virtud de lo antes expuesto, al DACO se le asignan grandes responsabilidades en torno a: (i) la garantía de acceso a los bienes esenciales o de primera necesidad, (ii) la detección de las prácticas comerciales lesivas a los consumidores, y (iii) el fomento de prácticas comerciales que redunden en mayores y mejores condiciones de mercado para los consumidores. Estas responsabilidades las consiga mayormente el texto del Artículo seis (6) de su Ley Orgánica, de cuyos incisos cabe puntualizar las siguientes facultades:

- Reglamentar y fiscalizar los anuncios y las prácticas engañosas en el comercio.
- Promover y establecer normas de calidad, seguridad e idoneidad en los servicios y en los productos de uso y consumo y requerir su cumplimiento.
- Estudiar los problemas del consumidor y las mejores maneras de proteger sus intereses mediante la promulgación de la debida reglamentación.
- Recomendar la legislación que estime necesaria para proteger al consumidor.
- Educar y orientar al consumidor en la adecuada solución de sus problemas de consumo.
- Establecer la coordinación necesaria con otras agencias y organismos gubernamentales para la canalización efectiva de la educación y orientación del consumidor.
- Referir a los organismos, agencias o departamentos correspondientes aquellos asuntos y querellas que le[s] corresponda atender a los mismos bajo sus respectivas leyes.
- En coordinación con las demás agencias, promover y velar por el cumplimiento de todas las leyes, reglas, reglamentos y órdenes que afecten los intereses del consumidor.
- Hacer contratos o convenios con personas o instituciones, públicas o privadas, tanto para llevar a cabo investigaciones, pruebas, exámenes o análisis sobre productos, artículos o servicios, como para llevar a cabo campaña de divulgación.
- Adjudicar las querellas que la Oficina de Asuntos Monopolísticos del Departamento de Justicia, radique y procese.
- Reglamentar, fijar, controlar, congelar y revisar los precios, márgenes de ganancias y las tasas de rendimiento sobre capitales invertidos, en todos los niveles de mercadeo del gas licuado de petróleo.
- Reglamentar, fijar, controlar, congelar y revisar los precios, márgenes de ganancias y las tasas de rendimiento sobre capitales invertidos en todos los niveles de mercadeo del combustible para motores Diésel.

IV. La Ley de Anti-Monopolios y Orden Público Económico: Comentario preliminar

Como cuestión de hecho y de derecho, en Puerto Rico cuando traemos a la mesa el asunto de la eficiencia del libre mercado, y sus principios de contenido subsidiario, a saber, “libertad económica”, “libre contratación”, “libre voluntad”, “libre acceso a los mercados”, y “libre competencia”, entre otros, y la garantía de estos principios, suele circunscribirse el asunto

únicamente a aspectos comprendidos en la ley anti-monopolios. De ahí que la normativa “reguladora de mercados” en Puerto Rico más conocida sea la Ley Antimonopolios de 1964. Es por ello que, con demasiada frecuencia, se acusa a la Oficina de Asuntos Monopolísticos (OAM) del Departamento de Justicia de no hacer lo suficiente para “regular o controlar el mercado”. Es decir, se le atribuyen las facultades de garantizar la eficiencia del mercado cuando sus funciones se ciñen a un aspecto puntual dentro de la misma.

El asunto o la cuestión antimonopólica es una pequeña parte dentro de lo que es o puede ser la regulación o control interventor estatal en los mercados en una sociedad de libre mercado o un país con economía de mercado, tal cual, lo queramos nominar⁸. **El asunto anti-monolítico no garantiza que el resto de las prácticas comerciales y conductas de participación en el mercado de los operadores económicos, promuevan la eficiencia económica.** Y más bien, son el resto de elementos interventores en un mercado de oferta y demanda lo que nos debería interesar regular o controlar para acercarnos a tener una economía de libre mercado justa en ejecución de esos principios económicos de eficiencia de mercado.

V. Orden Público Económico⁹

El concepto orden público económico actúa sobre y condiciona, la demografía, el tamaño territorial y sus características naturales, la cantidad y calidad de trabajadores, la calidad de la tecnología, el acceso a fuentes de capital interno y externo en cantidad y calidad, el tamaño del mercado interno y la cantidad y calidad de las empresas de un país. A pesar de que comparte una misma raíz en el nombre, el orden público y e; orden público económico, no están relacionados entre sí sino más bien contrapuestos.

⁸ Para efectos de esta discusión tanto un término como otro pueden ser entendidos indistintamente, aunque no guardan el mismo significado, para efectos económico-teóricos.

⁹ Término introducido en la doctrina francesa por Georges Ripert (*L'ordre économique et la liberté contractuelle*, en «Recueil Génys», 1934, t. II, pág. 347. Posteriores trabajos del mismo autor sobre el tema fueron *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París, 1948, págs. 255-282 y también en *Le déclin du droit, Etude de législation contemporaine*, París, 1949, pág. 49) quien le dedicó gran atención al mismo, para distinguirlo del orden público tradicional contenido en el art. 6 del *Code*, y referido este nuevo orden público económico a la organización económica del Estado, extendiendo con éxito su aplicación dentro y fuera de su país. Importantes trabajos fueron también los de Farjat, quizá el mejor de los publicados *L'ordre public économique*, París, 1963, R. Savatier, *L'ordre public économique*, chronique au Dalloz hebdomadaire, 1965, también G. B. Ferri, «L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)» en *Riv. Dir. COMM.*, 1964-1, que comenta de manera interesante la obra de Farjat.

Conforme lo esboza el profesor José Luis Cea, “el orden público económico, es el conjunto de principios y normas jurídicas, que organizan la economía de un país. Y facultan a la autoridad, para regular, en armonía con los valores de la sociedad formulados en la Constitución”. De esto se entiende que el orden público económico es un orden normativo. Es decir, son leyes y reglamentos que regulan y organizan la economía del país, pero lo hacen en armonía con los valores constitucionales.

De otra parte, el profesor Luis Díez-Picazo indica que el orden público económico es un concepto más amplio de lo generalmente admitido pues incluye además de las actividades del Estado para ordenar económicamente la sociedad, las directrices básicas de la estructura y del sistema económico de cada momento histórico de esa comunidad, integrando dentro de éstas los grandes principios económicos como son la propiedad privada, la conmutatividad del comercio jurídico, el principio de la buena fe y la moralización de las relaciones económicas, la iniciativa privada y la libertad económica, es decir, la regla de la libertad contractual pero limitada por una concepción social del Derecho. En fin, el orden público económico es legislación que debe garantizar un capitalismo para todos.

Resulta oportuno señalar que el concepto moral de “orden justo” va atado a una idea filosófica de justicia fundada en valores éticos, morales y cívicos. Dentro de esa noción, la justicia viene a significar una representación de pensamiento, una norma y una institución. La transformación en políticas públicas de estos tres componentes son el entorno de ese núcleo que llamamos “orden” y que describimos con su opuesto “desorden”.¹⁰ De ahí que cabe colegir que el paso previo al establecimiento de una política económica de libre mercado, es precisamente la garantía de que los operadores económicos podrán actuar eficientemente en sus intercambios y transacciones. Por tanto, “libertad económica”, “libre contratación”, “libre voluntad”, “libre acceso a los mercados”, “libre competencia”, entre otros principios económicos, deben ser garantizados por el Estado a través de su política pública de Orden Público Económico, su legislación.

VI. Evitar el desorden para garantizar la gobernanza: la trampa de la cooperación regulatoria

La OCDE¹¹ define la cooperación regulatoria como “cualquier tipo de acuerdo formal o informal entre países para promover cualquier forma de cooperación en el diseño, vigilancia,

¹⁰ La dialéctica de Hegel: Tesis. Antítesis. Síntesis.

¹¹ Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 35 países miembros y su misión es promover políticas que estimulen el desarrollo económico y el comercio.

implementación o gestión *a posteriori* de la regulación, con el objeto de impulsar la convergencia y la consistencia de las normas jurídicas más allá de las fronteras (propias, énfasis suplido)". Dentro de esa "cooperación", que no es otra cosa que el traslado de las posiciones económicas hegemónicas de un sistema económico ajeno al sistema jurídico nacional de un país soberano por medio las llamadas políticas de convergencia, también hay que denotar que, en aras de facilitar el comercio, ocurre una "armonización" de la legislación económica y de la legislación no económica que incide en lo económico. Por tanto, los fundamentos principales que dan origen a la cooperación regulatoria no son de contenido económico. La convergencia económica y la armonización económica no son un destino, sino más bien subsidiarias a elementos sociales centrales para la gobernanza como lo son la demografía, el tamaño territorial y sus características naturales, la cantidad y calidad de trabajadores, la calidad de la tecnología, el acceso a fuentes de capital interno y externo en cantidad y calidad, el tamaño del mercado interno, y la cantidad y calidad de las empresas de un país. En fin, los elementos fundamentales para la existencia de mercados eficientes.

Es menester señalar que la cooperación regulatoria por lo general implica la codificación administrativa en los ordenamientos jurídicos de normas de simplificación regulatoria que suelen renegar de los derechos del consumidor o de legislación ambiciosa en este campo en el funcionamiento de los mercados internos. Es decir, el fin es que una empresa pueda actuar fuera de sus fronteras de origen con las mismas reglas regulatorias que como si estuviera en casa con respecto del ofrecimiento de sus productos y servicios pero no de las garantías al consumidor final.¹²

La cooperación regulatoria, por tanto, va a dirimir sus posiciones en diferentes frentes o canales de comunicación formal e informal, siendo los foros de integración económica regional y los foros comerciales consultivos de adaptación de normativas los de mayor relevancia para un país soberano. En definitiva, la transposición de normas bien por la vía "de acuerdos comerciales" o bien por la vía "bloques comerciales" actúa como una competencia de ordenamientos jurídicos sin fin hacia la práctica eliminación de controles efectivos para prevenir y vigilar la competencia.

VII. El mercado, los mercados, el libre mercado y la oferta y la demanda

Con demasiada frecuencia en el debate de política pública se entremezclan constantemente las referencias a cada uno de estos términos: (i) el mercado, (ii) los mercados, (iii) el libre mercado

¹² Directrices para la Protección del Consumidor de Naciones Unidas.
http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf

y (iv) la oferta y la demanda. Para propósitos del análisis incluido en este documento es necesario hacer la aclaración de a qué nos referimos en términos de política pública cuando hablamos de “el mercado”, puesto que mercado no es sinónimo de libre mercado, ni de oferta y demanda. A su vez, es menester recalcar que “mercado” únicamente identifica transacciones o intercambios, indistintamente de si el valor de referencia es la ausencia o abundancia de compradores y vendedores, de oferta y demanda o de capacidad de convertibilidad de la permuta en uso, la mercancía en comercialización.

Como referencia, siempre es notorio señalar, que en la Unión Soviética había mercados. Así como en Cuba y en Corea del Norte hay mercados. Por lo que no es tanto su existencia o no sino los elementos subyacentes a estos o sus componentes. De ahí, que para fines de política públicas es más importante el “como” que el “que”. En definitiva, las prácticas anti-competencias son sinónimo de ausencia de regulación o regulación deficiente del mercado.

Para efectos del presente informe, cuando hablamos de mercado, hacemos referencia al espacio de transacción y comercialización de bienes y servicios que están en el comercio de las personas, cuyos precios están dictados por la oferta y la demanda, y la información corroborable que el sistema de precios posee. En contraposición, sobre los mercados, hacemos referencia a los mecanismos de puja de fijación de precios de producción, precios de origen o precios de exportación de los productos, generalmente expresados en índices bursátiles.

Por su parte, cuando hacemos mención a libre mercado, expresamos una distinción de eficiencia del mercado, donde los operadores económicos ejercen su ámbito de actuación para intercambiar y contratar en certeza del sistema de precios en ejecución y prácticas comerciales justas. Y, por último, la oferta y la demanda como concepto propulsor de la fijación de precios dentro del sistema de precios y que posee información que se puede corroborar.

CUARTA PARTE

I. Principios subyacentes o componentes del libre mercado

En tanto que regulador público, lo inherente a nuestra actividad es la intervención, regulación y control del “libre mercado”. En muchas ocasiones, el libre mercado se ve afectado por razones totalmente alejadas de asuntos monopolísticos, como lo son:

- (i) la asimetría de la información en la cadena comercial,
- (ii) la capacidad de los operadores económicos para influir en la modificación de precios,
- (iii) elementos externos a la cadena comercial, siendo estos, los principios de unidad mercado, barreras de entrada al libre acceso al mercado, supervisión adecuada, conductas colusorias de la oferta, conductas colusorias de la demanda, abuso de posición dominante, falseamiento de la libre competencia por prácticas desleales, concentración de mercado, prácticas de distorsión de mercado por ayudas públicas, entre otras.

Es de relevancia en Puerto Rico que, como ente regulador, nuestra forma de intervención en el libre mercado es a través de la regulación o supervisión del sistema de precios, donde analizamos: (i) conductas colusorias de la oferta, (ii) conductas colusorias de la demanda, y (iii) falseamiento de la libre competencia por prácticas desleales. Dado nuestro ámbito de actuación, sería importante poder intervenir también en prácticas de:

- (i) concentración de mercado,
- (ii) principios de unidad mercado,
- (iii) barreras de entrada al libre acceso al mercado, y
- (iv) abuso de posición dominante.

II. La legislación Propuesta (P. del S.6 y P del S. 254)

Actualmente, se encuentran ante consideración de la Asamblea Legislativa dos proyectos de ley que tienen por fin modificar la forma en que se atienden las alegaciones, investigaciones y procesamiento de casos por prácticas monopolísticas en Puerto Rico. El análisis de la legislación propuesta debe comenzar por enfatizar que ambas piezas legislativas centran su análisis hacia las prácticas monopolísticas, dejando de lado aspectos medulares que, de tomarse en consideración, propenderían hacia la instauración de un orden público económico que ejecute

los verdaderos principios de libre mercado. Entiéndase, “libertad económica”, “libre contratación”, “libre voluntad”, “libre acceso a los mercados”, y “libre competencia”, entre otros principios económicos que deben ser garantizados por el Estado en aras de reducir los riesgos desordenados sobre la demografía, el tamaño territorial y sus características naturales, la cantidad y calidad de trabajadores, la calidad de la tecnología, el acceso a fuentes de capital interno y externo en cantidad y calidad, el tamaño del mercado interno y la cantidad y calidad de las empresas de un país.

De otra parte, la estrategia de política económica institucional en Puerto Rico debe ser cónsona con las directrices para la protección del consumidor de la ONU. Consecuentemente, debemos reconocer el desequilibrio comercial donde interactúan los operadores económicos y donde nuestra competencia está determinada por garantizar mercados libres y justos hacia todos los consumidores en Puerto Rico.

La política económica puertorriqueña, a su vez, debe ser consecuente con los principios de unidad de mercado (dado que pertenecemos al mercado interno de los Estados Unidos) y en garantía del libre acceso al mercado de todas las actividades económicas lícitas. A tenor con esto, **en el ejercicio de su ámbito de actuación, el DACO necesita garantizar que los bienes y servicios comercializados en Puerto Rico se proveen en mercados libres de justa competencia, y en observancia de los principios de eficiencia de mercados en libre competencia.**

A. Puerto Rico y los mercados libres de justa competencia

Conforme a los principios esbozados en ambos proyectos de ley, el criterio legislativo concluye que, para un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible, Puerto Rico requiere de mercados libres de justa competencia. Para cumplir con estos fines, los poderes de investigación, intervención normativa y adjudicativos del DACO deben interpretarse de forma que incluyan como ámbitos de actuación institucional, lo siguiente:

la regulación normativa de los operadores económicos para garantizar los principios de unidad mercado, evitar barreras de entrada al libre acceso al mercado, la supervisión adecuada para prevenir las conductas colusorias de la oferta, las conductas colusorias de la demanda, el abuso de posición dominante, el falseamiento de la libre competencia por prácticas desleales, la concentración de mercado y las prácticas de distorsión de mercado por ayudas públicas.

B. Normativas *ex post*: "después del hecho" y *ex ante*: "antes del suceso"

En el ámbito normativo jurídico, las instituciones públicas conforme el criterio del legislador actúan antes que ocurra el conflicto o remedian los efectos del conflicto. Esto es lo que se conoce como normativa *ex ante* y *ex post*. **Para efectos de las garantías de la eficiencia del mercado, la actuación base de una institución pública debe ser *ex ante* para evitar perjuicios mayores a los operadores económicos y la desaparición de ese mercado en particular.** Por lo que, como norma común, coexisten en la normativa comercial, disposiciones de regulación de libre competencia y mercados, así como de prácticas antimonopólicas.

El criterio del legislador puede y debe cumplirse desde una disposición legislativa institucional *ex ante*, antes que ocurra el suceso; esto es, la práctica anti-monopolística. Dado que la práctica antimonopolio es una distorsión directa del libre mercado y plantea un problema de competencia que lesiona *ex post* gravemente al consumidor dos (2) veces, de manera directa y de manera indirecta. A tono con lo anterior, **es necesario que, para regular adecuadamente el acceso a los mercados libres de competencia justa, dentro de su arquitectura normativa institucional, el DACO tenga potestades sobre la regulación normativa de los operadores económicos para garantizar los principios de unidad mercado, evitar barreras de entrada al libre acceso al mercado, la supervisión adecuada para prevenir las conductas colusorias de la oferta, las conductas colusorias de la demanda, el abuso de posición dominante, el falseamiento de la libre competencia por prácticas desleales, la concentración de mercado y las prácticas de distorsión de mercado por ayudas públicas.**

C. Un índice de referencia, el Índice Herfindahl-Hirschman Index (HHI)

Desde el DACO, consideramos que el uso de técnicas y métricas es necesario para el análisis (técnico y sustantivo) de la libre competencia en Puerto Rico. A esos fines, **se hace urgente en Puerto Rico la adopción de índices de medición de libre competencia, que propendan a la transmisión de información relevante sobre sectores y segmentos de mercados concretos.** Cónsono con lo anterior, sugerimos la utilización del índice económico Herfindahl-Hirschman (HHI).

El HHI es comúnmente aceptado en el mundo económico, desde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y los bancos centrales, para tratar asuntos de concentración de mercado,

libertad de mercado y competitividad en un mercado específico. A su vez, es el índice base utilizado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos y por la *Federal Trade Commission* (FTC) para evaluar los problemas competitividad a la hora de autorizar una fusión de empresas o una adquisición entre competidores. Es, en esencia, un índice para medir la eficiencia de un mercado específico. A tales efectos, el Departamento de Justicia de Estados Unidos y la FTC han emitido guías conjuntas para su utilización¹³, las cuales sería recomendable emular para realizar determinaciones de eficiencia de mercados específicos.

D. Recomendaciones

1. Exhortar un cambio normativo bien a través de la modificación de la Ley Orgánica del DACO o una ley especial de nueva creación con el propósito específico de conceder competencias claras para investigar, intervenir y adjudicar asuntos de supervisión de mercados y libre competencia. En específico, capacidad normativa para intervenir en:

- (i) los principios de unidad mercado;
- (ii) evitar barreras de entrada al libre acceso al mercado;
- (iii) la supervisión adecuada para prevenir las conductas colusorias de la oferta;
- (iv) las conductas colusorias de la demanda, el abuso de posición dominante;
- (v) el falseamiento de la libre competencia por prácticas desleales;
- (vi) la concentración de mercado;
- (vii) y las prácticas de distorsión de mercado por ayudas públicas.

2. Ampliar la jurisdicción del ámbito “antimonopólico”, que actualmente únicamente se circunscribe al Departamento de Justicia de Puerto Rico, a los fines de conceder potestad al DACO para investigar, tramitar y adjudicar asuntos de monopolio en Puerto Rico.

3. Reconocer normativamente que toda práctica comercial en Puerto Rico que lacere, afecte o redunde en detrimento del consumidor puede ser investigada, tramitada y adjudicada concurrentemente por el DACO.

¹³ En este sentido, ambos entes reguladores de competencia y libre mercado en Estados Unidos dictan: 1) Las condiciones que se deben cumplir para realizar una determinación de eficiencia del mercado; 2) El problema de eficiencia del mercado; 3) La práctica comercial que condiciona la competencia del mercado.

Conclusión

Este informe busca contribuir al propósito legislativo de lograr un impulso a la competencia libre y justa y a la libertad de mercado, principios sobre los cuales las instituciones administrativas que ejercen su ámbito de actuación institucional, están llamadas a garantizar. Como corolario de lo anterior, el Departamento de Asuntos del Consumidor presenta su análisis y recomendaciones sobre la normativa de mercados y competencia en Puerto Rico ante consideración de la Asamblea Legislativa hasta el mes de mayo de 2021. La información incluida en el presente informe fue evaluada por este Departamento conforme a su mandato legal y la política pública en protección de los consumidores que motivan nuestras competencias.