



Compiladores:

*Msc. Roberto Garita Navarro
Dra. Magally Hernández Rodríguez*

Temas de Derecho Público

En homenaje al Dr. Rafael González Ballar



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

SEP

Sistema de
Estudios de Posgrado

PPD

Programa de Posgrado en
Derecho

Temas de Derecho Público

Maestría en Derecho Público

En homenaje al Profesor Rafael González Ballar

Temas de Derecho Público

Maestría en Derecho Público

En homenaje al Profesor Rafael González Ballar

Compiladores:

ROBERTO GARITA NAVARRO

MAGALLY HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

342

T278t Temas de Derecho Público. En homenaje al profesor Rafael González Ballar, Roberto Garita Navarro y Magally Hernandez Rodriguez compiladores. – 1ª. edición – San José, Costa Rica : ISOLMA, 2021. 557 páginas ; 26 x 20 centímetros.

ISBN 978-9930-602-03-2

1.DERECHO PÚBLICO. I. Garita Navarro, Roberto, compilador. II. Hernández Rodríguez, Magaly, compiladora. III. Título.

COMISION EDITORIAL

María Lourdes ECHANDI GURDIAN

Roberto GARITA NAVARRO

Rafael GONZÁLEZ BALLAR

Oscar GONZÁLEZ CAMACHO

Magally HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Ariana MACAYA LIZANO

COMPILADORES

Roberto GARITA NAVARRO

Magally HERNANDEZ RODRIGUEZ

ASISTENTE

Lexy Alfaro Castro

EDITORIAL

ISOLMA S.A.

Diseño de portada

Lexy Alfaro Castro

La Facultad de Derecho no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de este material. La distribución y comercialización de este material es exclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Contenido

PRESENTACIÓN	7
SEMBLANZA	9
1. REFLEXIONES ACTUALES SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (JURIDICIDAD) ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO PÚBLICO COSTARRICENSE. MAGALLY HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	13
2. EL PROTOCOLO NÚMERO 16 A LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y LA POSIBILIDAD DE PLANTEAR POR LAS JURISDICCIONES SUPREMAS OPINIONES CONSULTIVAS AL TRIBUNAL EUROPEO. HAIDEER MIRANDA BONILLA	55
3. DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA Y DERECHO A BENEFICIARSE DE LA MISMA. FUNCIÓN SOCIAL Y DIMENSIONES. MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN	67
4. NEOCONSTITUCIONALISMO; ¿UN NEOLOGISMO JURÍDICO? JOSÉ GABRIEL MONTERO RODRÍGUEZ	89
5. EXAMEN SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES EN LOS PROCESOS DE DENUNCIA DE PARCIALIDAD Y/O BELIGERANCIA POLÍTICA: APUNTES SOBRE SU NATURALEZA FUNCIONAL Y CONSTRUCCIÓN PROCESAL. JOSUÉ ARTURO BOGANTES CARVAJAL / DAVID GERARDO SALAZAR MORALES	119
6. LAS EXCEPCIONES EN MATERIA ELECTORAL AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA. DANIEL MORA DÍAZ	141
7. DERECHO A LA HUELGA EN COSTA RICA: ¿AVANCES O RETROCESOS? DAISY CARVAJAL GUTIÉRREZ / KIMBERLYN ROJAS DE LA TORRE	153
8. LA JERARQUÍA IMPROPIA, INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL AGRARIO DE COSTA RICA. ENRIQUE NAPOLEÓN ULATE CHACÓN	173
9. EL CRITERIO RECIENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL SOBRE LA REMISIÓN A LA VÍA ORDINARIA LABORAL DE LOS ASUNTOS RELACIONADOS CON DESPIDOS Y SANCIONES A FUNCIONARIOS PÚBLICOS DERIVADOS DE FUEROS ESPECIALES. FRANCISCO MORA VARGAS	199
10. EL CONTROL DE LA HACIENDA PÚBLICA EN TIEMPOS DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO. HANSEL ARIAS RAMÍREZ	221
11. SOBRE EL RÉGIMEN DE LA LESIVIDAD EN EL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN CUANTO A SUS ELEMENTOS. JOSÉ ROBERTO GARITA NAVARRO / CARLOS EDUARDO FALLAS NAVARRETE	255

12. ANÁLISIS DEL AMPARO DE LEGALIDAD EN COSTA RICA: CONQUISTAS Y MEJORAS. DIEGO RUDIN ARGUEDAS	305
13. CONFLICTOS DE COMPETENCIA POR MATERIA EN PROCESOS DE EMPLEO PÚBLICO. UN ENFOQUE NORMATIVO, PRÁCTICO Y JURISPRUDENCIAL. FRANCINE CUBERO DE LA VEGA / DANIELA VEGA ROJAS	325
14. LA NOCIÓN SISTEMÁTICA DE TÉRMINO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. MICHAEL A. DURÁN ARRIETA.	349
15. APUNTES SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL SILENCIO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN EL DERECHO TRIBUTARIO. LUIS FELIPE RODRÍGUEZ VARGAS / LUIS ALEJANDRO SEGURA SÁNCHEZ	369
16. EXONERACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES, EN LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS DE GARANTÍA. DISCUSIÓN CASO DEL ICE. JUAN CARLOS ARAYA GONZÁLEZ	409
17. CONTENIDO DE LA POTESTAD DE PLANIFICACIÓN URBANA O TERRITORIAL EN COSTA RICA. JOSÉ ROBERTO GARITA NAVARRO / SANTIAGO JIMÉNEZ SANABRIA	431
18. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SALARIOS EN EL ÁMBITO MUNICIPAL. ARIANNE MARÍA SALAS HERNÁNDEZ / MELANDI DAYANNA AZOFEIFA OCAMPO	477
19. AVANCES Y DESAFÍOS DE LOS REGLAMENTOS DE CONSULTAS POPULARES EN EL ÁMBITO MUNICIPAL. ANDREA BERMÚDEZ LING / DAVID SALAZAR MORALES	501
20. CAPTURA DE PLUSVALÍAS: FOTOGRAFÍA IBEROAMERICANA Y COSTARRICENSE EN EL SIGLO XXI. JOSUÉ ARTURO BOGANTES CARVAJAL / JOSÉ ADOLFO GELL LORÍA	529

PRESENTACIÓN

Nos complace presentar a la comunidad jurídica esta obra que contiene una cantidad importante de artículos, todos relacionados con el Derecho Público. Especialmente en este caso, en que, la Maestría en Derecho Público del Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica ha querido rendir homenaje al profesor Rafael González Ballar.

Entre los maestros del Derecho Público costarricense, particularmente del Derecho ambiental, sin duda alguna tenemos al insigne profesor González Ballar. Tantos años de aportes a la discusión jurídica, a la academia, a la enseñanza del Derecho, lo hacen acreedor de este “Mélange” (como se le dice en francés a una obra escrita por varios autores dedicada a una persona que, por sus grandes calidades, la hacen merecedora de un homenaje) que me nos honra presentar, como profesores de la Maestría en Derecho Público.

A lo largo de los años, como profesores del Posgrado en Derecho, estábamos observando la gran cantidad de producción científica de calidad de parte de profesores y de estudiantes, en sus distintos trabajos de investigación, en los distintos cursos. De allí surgió la idea de recopilar varios de estas reflexiones y presentarlos en una obra colectiva. No como la única obra que surgirá, sino como una de las primeras de muchas más.

Somos concedores y consientes de que, la producción académica que se da en los distintos cursos de la Maestría, debe ser compartida y puesta la discusión a la comunidad jurídica. La academia se transforma en motor de cambio y mejora social cuando los distintos análisis, críticas y valoraciones que se realizan en las aulas pasan a publicitarse.

En esta obra nos encontramos con veinte artículos, que van desde temas claves y generales como el principio de legalidad (1), el neoconstitucionalismo (4). Temas concretos del Derecho internacional de los derechos humanos (2), el derecho fundamental a la libertad de competencia (3), el derecho de huelga (7), el amparo de legalidad (12), responsabilidad administrativa (14). Además, temas procesales de importancia actual como la jerarquía impropia del IDA (8), el régimen de lesividad en el nuevo proceso contencioso (11), conflictos de competencia en el empleo público (13), la figura del silencio en el Derecho Tributario (15). Delimitación de competencias entre lo constitucional y lo legal, como la remisión a la vía laboral de sanciones disciplinarias (9). Competencia del Tribunal Supremo de Elecciones (5), excepciones al control de constitucionalidad en materia electoral (6). Temas de Derecho público en el ámbito local, como la exoneración del impuesto de bienes inmuebles en fideicomisos (16), la potestad de planificación urbana (17), los salarios en el ámbito municipal (18), las consultas populares en el ámbito municipal (19) y la captura de plusvalías (20). Asimismo, temas de gran trascendencia nacional como el control de la Hacienda Pública en tiempos de desequilibrio económico (10).

PRESENTACIÓN

Como profesores de la Maestría en Derecho Público, donde hemos tenido el honor de aprender del profesor González Ballar, nos produce gran satisfacción que este libro se haya gestado y producido en nuestra Maestría, siendo resultado del esfuerzo de un grupo importante de profesores, estudiantes y de estudiosos del Derecho Público. Esperamos que todos los interesados en los asuntos Estado, la Administración Pública, los límites del poder público y de todo lo público, lo puedan tener como referencia en este campo.

Msc Roberto Garita Navarro
Coordinador de publicación

Dra. Magally Hernández Rodríguez
Coordinadora Maestría en Derecho Público

Derecho fundamental a la libertad de competencia y derecho a beneficiarse de la misma. Función social y dimensiones.

María Lourdes Echandi Gurdían *

RESUMEN: Dentro de las garantías económicas contenidas en el artículo 46 constitucional, se encuentra el derecho fundamental a la libertad de competencia del agente económico y el derecho del consumidor a beneficiarse de la misma. En cuanto sea mayor el ejercicio de la libertad de competencia, mayor será el beneficio que ello reportará a la economía y a la sociedad, de modo que el principal aporte de la libertad de competencia en el *milieu* social, es el “*resultado global*” que ocasiona su ejercicio difuso generalizado - función social-. El “*efecto estabilizante*” que genera el ejercicio difuso y repetido de la libertad de competencia, se manifiesta en el beneficio que produce, no tan sólo al agente económico, sino también, al consumidor -un derecho a beneficiarse de la competencia, la otra cara de la garantía invisibilizada - y a la economía en general. La dimensión individual del derecho fundamental a la libre competencia y el derecho a beneficiarse de la misma, implica que los poderes públicos al adoptar sus decisiones -leyes, actos administrativos- deberán evitar que se limite, de forma irrazonable, la libertad de competencia de los agentes económicos y que ningún sujeto de Derecho público, pueda convenir con los agentes económicos prestaciones que les favorezcan en perjuicio de otros. Asimismo, el Estado debe proteger a los particulares de los efectos nocivos de las prácticas monopolísticas, promoviendo y vigilando la libre competencia. Finalmente, el Estado debe asegurar el acceso a la justicia constitucional mediante la demanda de amparo en caso de presentarse una lesión de esos derechos fundamentales.

SUMARIO: I. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA Y EL DERECHO A BENEFICIARSE DE LA MISMA II. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA Y EL DERECHO A BENEFICIARSE DE LA MISMA 1.- La función social y dimensión institucional de la libertad de competencia y el derecho a beneficiarse de la misma 2.- La dimensión individual del derecho fundamental a la libertad competencia y el derecho a beneficiarse de la misma. a.- El efecto negativo de la garantía constitucional de libertad de competencia y del derecho a beneficiarse de la misma b.- El efecto positivo de la garantía constitucional de la libertad de competencia y del derecho a beneficiarse de la misma. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

*Profesora de la Maestría en Derecho Público. Costarricense. Abogada graduada de la Universidad de Costa Rica, con un Doctorado en Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) y con un Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es Socia-Directora de la firma de Consultores en Derecho Público S.A.

La Constitución Política que nos rige, posee una ya extensa vida. Desde mil novecientos cuarenta y nueve ha mantenido, en muchos casos, sus normas originales. Si bien no es el caso del artículo 46, del cual me ocuparé parcialmente en la presente contribución, lo cierto es que los primeros cuatro párrafos que evaluaré, han mantenido su redacción inalterada, a pesar de lo cual, paradójicamente, aún no hay plena conciencia de qué regula y de que reconoce garantías constitucionales a la cuales no se ha dado la importancia que posee. Se trata del derecho fundamental a la libertad de competencia del empresario y el derecho a beneficiarse de la misma por parte del consumidor, garantías que, como se verá, cumplen un papel determinante en el marco del Estado Social de Derecho que nos rige.

De seguido, realizaré, entonces, una operación de observación de los derechos fundamentales referidos, de modo que sea posible, luego, comprobar la construcción de la identidad de la garantía fundamental a la libertad de competencia y su derecho a beneficiarse de la misma (I). Luego se realizará una caracterización de ambos derechos (II).

I. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA Y EL DERECHO A BENEFICIARSE DE LA MISMA

La primera consideración que cabe plantear con relación a la garantía fundamental en estudio, es que el tratamiento dado a la libertad de competencia desde la Constitución, no ha sido uniforme y menos aún, expreso.

Si bien existen ejemplos en el Derecho constitucional comparado en los cuales se ha sido más explícito¹, lo cierto es que, al menos en el caso de los modelos evaluados, ese no ha sido el trato dado a esta garantía fundamental.

En el ámbito europeo, en lo que al Derecho constitucional escrito respecta, las regulaciones constitucionales referidas a la competencia son menos reglamentistas² que, como se

¹ En especial, es el caso de la Constitución colombiana que no solo declara la garantía de forma expresa, sino además, mecanismos procesales de legitimación difusa (acción popular) para su protección y una expresa prohibición de toda práctica comercial contraria a la libre competencia (Vid. Arts. 88, 290 y 333). Interesa destacar, también, el caso de la regulación constitucional argentina artículo 42 prescribe que “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales”. Sucesivamente, el art. 43 dispone que cabrá acción de amparo “...contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen, a la competencia.”, disposición esta última, que de forma implícita dispone el carácter de garantía fundamental de la libertad de competencia.

² Como evidencia de ello, interesa aludir al caso del Derecho alemán, en el cual se ha encontrado, por parte de la doctrina y jurisprudencia, que la libertad de competencia radica en la garantía de libre desenvolvimiento de la personalidad (Art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn). En ese sentido, véanse STÖBER, Rolf, Derecho Administrativo Económico, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, traducción y anotación de Santiago González-Varaz Ibáñez, 1992, pág.134; OSSENBUEHL, Fritz, “Libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, traducción de Manuel Pulido Quecedo y Ulrike Oster, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 11, Núm. 32, Mayo-Agosto, 1991, pág.12 y PAPIER, Juan Jorge, Ley Fundamental y Orden Económico, en Manual de Derecho Constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, traducción de Antonio López Pina, 1996, pág.596. Aún y a pesar de esa aparente laguna, tratándose de ga-

verá, sucedió en el caso de Costa Rica.

En el caso francés, ante la manifiesta ausencia de normas referidas ya no solo a la libre competencia, sino a la propia libertad de empresa³, se ha debido integrar el Derecho de la Constitución, mediante el recurso a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y al “*décret d’Allarde*” de 1791, para dar sustento normativo a la libre competencia.

Si bien es cierto, como se sabe, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, se refiere a la libertad en general, lo cierto es que la ley de 2 y 17 de marzo de 1791, conocida como el “*décret d’Allarde*”, ubicó en el primer lugar de las libertades económicas, a la libertad de empresa⁴. Esa circunstancia fue ignorada, durante mucho tiempo, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina francesa, la cual centró su atención en la libertad de comercio y de industria, ligándose a la primera con la libertad profesional y la libertad de competencia⁵.

De este modo, no es sino, a propósito de un pronunciamiento del Consejo Constitucional de 16 de enero de 1982, relativo a las nacionalizaciones⁶, que se vino a reconocer la libertad de empresa de una forma más amplia y clara, acudiendo para ello, precisamente, al contenido de la citada Declaración de 1789 y del *décret d’Allarde*⁷.

Según explica DELVOLVÉ, esta circunstancia vino a darle a la libertad de empresa una posición preponderante, en consideración de dos distintas variables. La primera está relacionada con un correctivo en torno a lo que se había venido entendiendo que implicaba la también aludida ley del 2 y 17 de marzo de 1791, frecuentemente considerada en el medio francés, como la que proclama la libertad de comercio e industria.

Precisamente, el correctivo tuvo que ver con la apreciación de que, en realidad, dicha normativa garantiza no tan sólo tales derechos de libertad, sino también, el de ejercer toda “*profesión, arte u oficio*”.

rantías fundamentales de naturaleza económica, la doctrina y jurisprudencia alemana han reconocido garantías tales como la libertad de empresa; libertad de producción; libertad para contratar; libertad de anunciarse; libertad profesional y finalmente, la libertad de competir. OSSENBÜHL, al hacer referencia a la Libertad de la Actividad en el Mercado del empresario, agrega las siguientes garantías: Libertad de precios y Libertad de distribución y venta. OSSENBÜHL, Fritz, Las Libertades del Empresario según la Ley Fundamental de Bonn,... págs.32 a 36.

³ Ninguna disposición de derecho constitucional positivo consagra de forma explícita las libertades económicas. Ni el texto de la Constitución de 1958 ni el texto de la Constitución de 1946, se refieren a éstas libertades. En ese sentido véanse los textos y los preámbulos de ambas constituciones citadas, y la siguiente doctrina: LINOTTE, Didier, MESTRE, Achille et ROMI Raphael, Services Publiques et Droit Public Économique, Paris, LITEC, troisième édition, 1995, pág. 123; DRAGO, Guillaume, Pour une définition positive de la liberté d’entreprendre. La reconnaissance de la liberté d’entreprendre par le Conseil Constitutionnel a -t-elle une portée? en Les Libertés économiques, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, pág. 30.

⁴ DELVOLVÉ, Pierre, Droit Public de l’Économie, Paris, Editions Dalloz, 1998, pág. 105.

⁵ DELVOLVÉ, Pierre, Droit Public de l’Économie, ..., págs. 107 y 108.

⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision No. 81-132 DC du 16 janvier 1982.

⁷ DELVOLVÉ, Pierre, Droit Public de l’Économie, ..., pág. 107.

En segundo lugar, la decisión del Consejo Constitucional del 16 de enero de 1982, conceptúa la libertad de empresa en un sentido amplio, cubriendo todos los ámbitos de la actividad económica, de tal modo que las otras libertades son derivaciones de ella o sus componentes¹.

Así, se afirma que la libertad de comercio y de industria es una variante o componente de la libertad de empresa, de la cual, la libertad de competencia² es su prolongación.

Se afirma, también, que la libertad de empresa tiene un carácter general y global, que comprende “*la libertad de comercio y de industria, la libertad profesional y la libertad de la competencia*”³.

Más recientemente, la doctrina alude al surgimiento de una libertad económica nueva, la libertad de competencia⁴.

Se señala, por ello, para describir más gráficamente esta consideración, que de la misma forma que las muñecas rusas, se está en presencia de una serie de libertades que se embuten las unas en las otras, desde la libertad de empresa hasta la libertad de competencia⁵.

De ahí que la doctrina y jurisprudencia francesas reconocen en la libertad de comercio e industria, una doble vertiente: por un lado, comporta la libertad de establecer, ejercer y explotar una determinada actividad comercial, industrial o profesional y, por otro lado, la libre competencia⁶. Se afirma, por esa razón que “*la libertad de comercio y de industria implica también la libertad de competencia*”⁷.

En suma, para la doctrina y la jurisprudencia francesas, las libertades económicas reconocidas al empresario, son:

- libertad de empresa,
- libertad de comercio e industria y

¹ DELVOLVÉ, Pierre, Droit Public de l'Économie, ..., pág. 108.

² Véase DELVOLVÉ, Pierre, Droit Public de l'Économie, ..., pág. 109.

³ DRAGO, Guillaume, Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre. Reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil Constitutionnel a-t-elle une portée?, en Les Libertés Économiques, Paris, Ediciones Panthéon -Assas, 2003, pág.30.

⁴ NICINSKI, Sophie, Droit, Public de la Concurrente, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005, pág. 22. LINOTTE, Didier, MESTRE Archille, ROMI Raphael, Services Publiques et Droit Public Économique, ... págs 123 y 129.

⁵ En ese sentido, véase DELVOLVÉ, Pierre, Droit Public de l'Économie, ..., pág. 109. DRAGO, Guillaume, Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre. La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil Constitutionnel a -t-elle une portée ? ..., pág. 30.

⁶ ESPLUGAS, Pierre, Conseil Constitutionnel et Service Public, Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1994, págs. 146 y 147.

⁷ MALAURIE-VIGNAL, Marie, Droit Interne de la Concurrence, Paris, Armand Colin, 1996, pág.47. En el mismo sentido ESPLUGAS, Pierre, Conseil Constitutionnel et Service Public, ..., pág. 147.

- libertad de competencia.

Interesa resaltar, en ese sentido, que ese listado no es más que el producto de una continua evolución del contenido y alcance de las libertades económicas. La evolución, sin embargo, no exigió mayores innovaciones normativas, al grado que se ha acudido para sustanciarla, a disposiciones como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y el décret d'Allarde de 1791.

Se trata, en realidad, de una evolución que refleja las distintas necesidades que el desarrollo del sistema económico ha ido generando para el agente económico.

Es decir, el texto fuente -la ley del 2 y 17 de marzo de 1791- no debió ser adicionado, reformado o ampliado, sino que se bastó a sí mismo, gracias a la reflexión del sistema jurídico, para dar paso al reconocimiento de lo que inicialmente se limitó a la libertad de comercio e industria y que luego dio lugar a la libertad de empresa -más genérica que la anterior- y, finalmente, a la libertad de competencia, garantías que fueron surgiendo según los requerimientos del entorno.

En el caso costarricense, si se quiere, se da un tratamiento más explícito del tema en el artículo 46 constitucional⁸. Si bien, ciertamente, la norma no dispone de forma explícita que la libertad de competencia es una garantía fundamental, presenta una especial intensidad en la regulación del tema que, a mi juicio, permite derivar el reconocimiento de esa garantía por el propio Constituyente originario.

En efecto, en su contenido, la norma evidencia una importante diversidad de mecanismos para el aseguramiento de la competencia, todo lo cual se plantea, valga recalcarlo, mediante una regulación contenida en el Capítulo referido a las Garantías Fundamentales.

La regulación es rica en la incorporación de mecanismos para la protección de la competencia. Se acude, para ello, a la declaración de una prohibición de monopolios privados; a la declaración de un deber del Estado de impedir toda práctica o tendencia monopolizadora; a someter a una legislación especial a los monopolios de hecho y a imponer un procedimiento parlamentario agravado, en caso de la aprobación legislativa de monopolios estatales o municipales.

⁸La norma dispone, a la letra, lo siguiente:

“Artículo 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materia.”

Todo ello permite encontrar, aunque ciertamente no de forma explícita, sustento constitucional suficiente para afirmar que la libre competencia es un bien jurídico protegido y, por qué no, que se trata de un derecho fundamental. Más aún, estimo que es posible encontrar en esa norma, múltiples derechos fundamentales, todos relacionados con la libre competencia.

Para una mejor comprensión del examen del numeral 46 constitucional, se procederá a revisar cada uno los párrafos originalmente aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente de 1949.

Para ello se tomará de base, la moderna teoría alemana de los derechos fundamentales⁹, de la cual deriva la clasificación de éstos, según se trate de derechos fundamentales a acciones negativas o bien a acciones positivas¹⁰.

⁹ El estudio parte de la base teórica y conceptual que realiza el autor Robert Alexy (1993, pp. 188 y ss). Para esta clasificación existe una estructura fundamental del derecho a algo que representa una relación triádica “A (titular) tiene frente a b (destinatario) un derecho G (objeto)”. Los derechos a algo se dividen en derechos a acciones negativas y en derechos a acciones positivas frente al Estado.

1. Derechos a acciones negativas (derechos de defensa):

- a) Derechos a no impedimento de acciones: libertad de movimiento, manifestación de fe, expresión de opinión, creación de obra de arte, educación de los hijos, la reunión en una calle, y la elección de una profesión.
- b) Derechos a la no afectación de propiedades (vivir y estar sano) y situaciones (inviolabilidad del domicilio):
- c) Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas: ejemplo propietario. Derecho a que el Estado no derogue determinadas normas.

2. Derechos a acciones positivas:

- a) Derechos cuyo objeto es una acción fáctica:
 - cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones,
 - cuando se fundamente un derecho a un mínimo vital,
 - cuando se considera una pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio.
 - derechos a prestaciones en sentido estricto.
- b) Derechos cuyo objeto es una acción normativa: son derechos a actos estatales de imposición de norma:
 - el derecho del concebido a la protección a través de normas del derecho penal;
 - derechos a prestaciones en sentido amplio: derecho al establecimiento de una determinada competencia de cogestión en una institución, por ejemplo en una universidad. ALEXY Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 188 y ss.

¹⁰ Ante el reconocimiento de derechos fundamentales “surge no sólo una obligación (negativa) del Estado de abstenerse a injerencias en el ámbito que aquellos protegen, sino también, una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos” HESSE, Conrado, Significado de los Derechos Fundamentales, en Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., traducción de Antonio López Pina, 1996, pág.94.

El primer párrafo del artículo 46 constitucional señala,

“Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.”

De conformidad con los criterios de la doctrina alemana antes citada, este párrafo contiene un derecho individual a una acción negativa (de no hacer) por parte del Estado y de los particulares. Se trata de un derecho a que el Estado se abstenga de impedir el ejercicio de la libertad, en este caso, las libertades ahí detalladas.

La prohibición de *“monopolios de carácter particular y cualquier acto aunque fuere originado en una ley”*, permite inferir que desde la óptica constitucional, existe un marcado interés en proteger, como bien jurídico, la competencia¹¹.

Interesa señalar que el monopolio y las restricciones a la libre competencia, en el marco del sistema económico, equivale a una evidencia de ineficiencia o desorden del sistema.

Lo constitucionalmente permitido, entonces, es la competencia, es decir, el orden económico, o según la semántica económica, la eficiencia¹². Así que es de orden público competir.

La doctrina, el *“orden público concurrencial, representará, en fin, una variante del orden público económico, a la par del orden público financiero, del orden público monetario y del orden público regulador.”*¹³

De esta forma, cuando la Constitución establece la prohibición de *“monopolios de carácter particular y cualquier acto aunque fuere originado en una ley”*, lo que hace es confirmar que, constitucionalmente, lo permitido es competir.

Como se ve, el derecho fundamental a competir, se dirige al ciudadano que asume el papel de agente económico, rol que lo legitima para ser beneficiario de acciones negativas de parte del Estado y de los particulares, de tal forma que no se le impida la acción de com-

¹¹ La competencia es definida como la “Situación del mercado en la que empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan por atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado. (...) La competencia se percibe como un proceso clave que obliga a las empresas a dar pruebas de eficiencia y a comercializar a menor precio un más amplio abanico de productos y servicios. Se refleja en un aumento de bienestar para el consumidor y de eficiencia de asignación” CENTRO PARA LA COOPERACION CON LAS ECONOMIAS EUROPEAS EN TRANSICION, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1995, pág. 23.

¹² En cuanto al concepto de eficiencia véanse: FISCHER, Stanley, DORNBUSCH, Rudiger, SCHMALENSEE, Richard, Economía, México, Mc Graw Hill, traducción Luis Toharia y Esther Rabasco, 2da. ed., 1994, capítulo 10; SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, Economía, México, Mc Graw Hill, traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, decimocuarta edición, 1995, capítulo 9; CASE, Karl, FAIR, Ray, Fundamentos de Economía, México, Prentice Hall Hispanoamericana, traducción de Pilar Mascaró Sacristán, segunda edición, 1993, capítulo 12.

¹³ CAMUS, Aurélien, L' Ordre Public Concurrentiel, en L' Ordre Public Économique, France, 2018, LGDJ, pág. 263.

petir o el “*derecho a (hacer) la competencia*”¹⁴, como lo denomina parte de la doctrina francesa.

Por su parte, el segundo párrafo de la norma en estudio indica:

“Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.”

Es posible señalar que, mediante esta disposición, se reconoce y declara el derecho subjetivo público, en beneficio del agente económico y del consumidor, de ser beneficiarios de los efectos de acciones positivas del Estado -cuyo objeto es una acción (es) fáctica (s)-, capaces de impedir toda “*práctica o tendencia monopolizadora*”.

Así las cosas, es de “*interés público*”, entonces, que el Estado respete, proteja, promueva y, de ser necesario, regule la libre competencia, mediante acciones capaces de “*impedir toda práctica o tendencia monopolizadora*”.

La competencia, entonces, es la regla, el principio es competir.

Interesa destacar que este segundo párrafo, como se adelantó, termina reconociendo un derecho, no ya tan sólo del agente económico, sino además del consumidor. El derecho consiste en disfrutar los beneficios de acciones positivas de parte del Estado -cuyo objeto es una acción fáctica-, capaces de impedir toda “*práctica o tendencia monopolizadora*”.

Se trata de un derecho de los particulares -agentes económicos y consumidores- a que el sistema económico mantenga el mecanismo que genera su orden, es decir, mantenga la libre competencia, la cual “*cubre todos los aspectos de la vida económica*”.¹⁵

De esta forma, se configura una potestad-deber, a cargo del Estado, de adoptar una conducta que impida prácticas monopólicas o, inclusive, de tendencia monopólica, conducta que se califica expresamente, como de interés público.

Por su parte, el tercer párrafo de la norma en estudio que dispone:

“Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.”

Mediante esta disposición, el Constituyente reconoció la existencia de monopolios de hecho. Para el caso, en que esa situación se dé, se decidió declarar y reconocer un derecho subjetivo a acciones positivas del Estado, cuyo objeto, a diferencia del anterior, es una acción normativa, con el fin de regular, en beneficio del Orden Público Económico, “*las empresas constituidas en monopolio de hecho*”.

Como corolario de todo lo que hasta ahora se ha examinado, en lo que a la regulación de los monopolios se refiere, el Constituyente se ocupó, también, del caso de los monopolios estatales en el párrafo que de seguido se examina y que dice así:

¹⁴ MOUSSERON, Jean-Marc et SELINSKY Véronique, *Le Droit Français Nouveau de la Concurrence*, Paris, LITEC, 1988, pág. 8. Traducción libre.

¹⁵ BRACONNIER, Stéphane, *Droit Public de l'Économie*, France, Presse Universitaire de France, 2^a edición, 2017, pág. 39. Traducción libre.

“Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.”

Como se ve, la fórmula elegida por el Constituyente al respecto, fue admitir la posibilidad de creación, vía legal, de monopolios del Estado y de las Municipalidades.

Sin embargo, visto el interés público en la competencia, el Constituyente sujetó tal circunstancia al previo cumplimiento de un procedimiento parlamentario agravado.

Es decir, si bien se admite la creación de monopolios mediante una disposición legal, tal admisión se hace imponiendo un trámite legislativo agravado, consistente en la exigencia de una votación no menor a los “...dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa”.

Por otra parte, interesa señalar que, tal y como se ha explicado, frente a toda posición de poder en el mercado, surge la tendencia de su abuso. Esta consideración es también válida para el caso de los monopolios de Derecho a favor del Estado y de las Municipalidades, pues, aunque sean públicos, no dejan por ello de ser amenazantes para el consumidor y el usuario.

Es claro que la creación de un monopolio es una excepción al Principio de libertad de competencia, lo cual hace que la señalada autorización constitucional deba ser interpretada restrictivamente.

II.- CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA Y EL DERECHO A BENEFICIARSE DE LA MISMA

Es preciso aludir, para caracterizar los derechos fundamentales en estudio -dos caras de una misma garantía-, a la función social y dimensión institucional que se le asigna a la garantía de esa misma índole (1), así como a su dimensión individual (2).

Como se sabe, la tesis liberal de los derechos fundamentales ha sido complementada por una que resalta, también, su beneficio o utilidad social.

Un pronunciamiento de la Corte Constitucional italiana¹⁶ identifica las dos dimensiones en que se desenvuelve la libre competencia como garantía fundamental. Se trata de su vertiente individual, relacionada por ese tribunal con la libertad de iniciativa económica privada y, por otro lado, de la vertiente social dirigida a proteger a la colectividad “*in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi*”.

Por su naturaleza, es tesis de este estudio que la libertad de competencia y el derecho a beneficiarse de la misma presentan una clara función social y dimensión institucional

¹⁶CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, sentenza No. 223 de 16 dicembre 1982.

que se concretan en el “*resultado global*” de su ejercicio difuso masivo o generalizado, lo cual relaciona la Corte Constitucional italiana con la mejoría en la calidad de los productos y la contención de los precios, pero que, en mi opinión, va aún más allá (1).

Esta circunstancia no anula, como es claro, su natural dimensión individual, a la cual también se le dará atención, mediante el examen de los efectos negativos y positivos que es posible atribuir a estas garantías fundamentales (2).

1.- La función social y dimensión institucional de la libertad de competencia y el derecho a beneficiarse de la misma

En cuanto a la función social y dimensión institucional de la libertad de competencia y el derecho a beneficiarse de la misma, existe una especial situación: en cuanto sea mayor su ejercicio, mayor será el beneficio que ello reportará al entorno social.

Es decir, el principal aporte de la libertad de competencia y el derecho a beneficiarse de la misma en el *milieu* social, no es tan sólo, desde una visión subjetiva, individual, el pleno desarrollo de la personalidad individual de quienes compiten en calidad de agentes económicos y quienes se benefician de esa competencia, sino, además, el “*resultado global*” que reporta su ejercicio difuso generalizado.

Con agudeza, ha señalado HÄBERLE que, para determinar el contenido y los límites de un derecho fundamental, es preciso reflexionar sobre su función social.

No cabe duda, a mi juicio, que existe un interés público en la preservación de la libre competencia, en la medida en que beneficia al sistema económico como un todo y, en particular, los intereses de los competidores, pero también, claro está, a los consumidores. Como lo entiende COSCULLUELA MONTANER las normas que protegen el pleno ejercicio de la libre competencia tienen “*connotaciones ideológicas claramente progresistas, de protección del empresario más débil frente al fuerte que pretende prácticas abusivas de naturaleza oligopolista, y de protección al consumidor, que es una de las vertientes más actuales del ciudadano.*”¹⁷

Más aún, el normal funcionamiento del sistema económico involucra, inevitablemente, la libre competencia, lo cual explica que se entienda que integra el orden público económico. Todas esas circunstancias explican que exista un marcado interés, desde lo más alto del Ordenamiento Jurídico, por garantizar la competencia.¹⁸

Cabe ahora cuestionarse, ¿A qué obedece una atención tan especial a estos derechos?

¿Obedece tan sólo a un interés propio del enfoque puramente liberal, individualista, de garantizar espacios intangibles para el ciudadano frente al Estado -*Potentior Personae*-?

¹⁷ COSCULLUELA MONTANER, Luis, Reflexiones sobre los Presupuestos Constitucionales y de Derecho Comunitario Europeo y los Principios Generales del Derecho Público Económico, Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo, Madrid, Civitas, 2003, pág.129.

¹⁸ Véase en ese sentido ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes, “Principio Constitucional de Competencia”, en Constitucionalismo Costarricense, Libro homenaje Profesor Rubén Hernández Valle, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2017, 259-345pp.

La respuesta, ahora evidente, es negativa. En mi opinión, no sólo por esa razón, ya de por sí suficiente y nada despreciable, el Constituyente optó por tales refuerzos¹⁹. No sólo por esa razón, el sistema jurídico, de forma reflexiva, decidió reconocer una determinada autonomía a la libertad de competencia como garantía fundamental de los agentes económicos y el derecho a beneficiarse de la misma por parte de los consumidores.

Sin duda, al sistema jurídico, como producto de la demanda que percibe del sistema económico, le interesa garantizar la libre competencia cuando se ha optado por un modelo de economía de mercado. La libertad de competencia de los agentes económicos y el derecho a beneficiarse de la misma por parte de los consumidores aparecen, en ese marco de referencia, como un requerimiento vital para el sostenimiento balanceado de las fuerzas del mercado.

Vistas todas esas evidencias, la función social de la libertad de competencia y el derecho a beneficiarse de la misma, consiste en asegurar, mediante su ejercicio difuso, un «*resultado global*» consistente en procurar una eficiente asignación de los recursos, en el marco de una economía de mercado.

Así pues, si como señala HÄBERLE, “*todo ejercicio de un derecho fundamental es, en sentido específico, una actividad social*”²⁰, competir en el mercado es entonces, además del ejercicio de una garantía individual, una actividad que beneficia al consumidor y una actividad social que promueve eficiencia en la asignación de los recursos escasos.

Es esa circunstancia la que, como señala SORIANO, hace de la libertad de competencia una “*completa garantía institucional*”, en tanto su ejercicio concurrente ocasiona una automática protección del mercado²¹.

A esta idea habrá nada más que agregar, como confirmación del carácter de instituto que se le confiere a la libertad de competencia, el claro “*efecto estabilizante*”²², que genera su ejercicio difuso repetido y conforme.

Ese efecto estabilizante de la libertad de competencia queda en clara evidencia, si se admite, como lo hace el estudio, el beneficio que reporta su ejercicio, no tan sólo al agente económico, sino también, al consumidor y al sistema económico como un todo que ve en

¹⁹ HÄBERLE deja en claro, al respecto, que “Para los derechos fundamentales rige el principio por el cual el interés individual y la función social tienen un rango equivalente” HÄBERLE Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Granada, Editorial Comares, traducción Jürgen Saligmann, 2003, pág. 38.

²⁰ HÄBERLE Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*...pág.40.

²¹ Para el autor, “La protección del mercado a través de la competencia supone sumar a la consideración aislada de cada agente, de cada operador económico, la de todo el conjunto del mercado. Se impone así calificar la libertad de concurrencia como una completa garantía institucional en su veste de reflejo global de la suma de las libertades de concurrencia de todos los agentes económicos y de la necesaria protección a todas ellas, a su conjunto” SORIANO GARCIA, José Eugenio, *Derecho Público de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pág.96.

²² Para HÄBERLE, los derechos fundamentales son institutos, sólo “...cuando poseen en alto grado un efecto estabilizante del cuadro general de la Constitución y del ordenamiento social.” HÄBERLE Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*... pág. 198.

la competencia su orden.

Debe recordarse que, iniciada y organizada una empresa con el fin de conseguir el lucro, los empresarios compiten por atraer consumidores de los bienes o servicios que ofrecen.

En esa lucha por el favor de la masa consumidora y de un mayor lucro, no es infrecuente que se acuda a malas artes, ya sea en detrimento de la leal competencia o de la libre competencia²³. En este último caso, la lesión a los intereses económicos de los consumidores será evidente. En la medida en que se impida que la interacción de la oferta y la demanda defina los precios, éstos no serán expresión de una asignación eficiente de los recursos.

Señala la doctrina, que la Comisión Europea concibe que la competencia “entre proveedores de bienes y servicios tiene el efecto de reducir los precios, mejorar la calidad y ampliar la gama de opciones del consumidor”.²⁴

Es tal el nivel de beneficio que reporta al consumidor el ejercicio masivo de la libre competencia que, para algunos autores, incluida, claro está, la autora de la presente contribución, cabe entender que existe un derecho subjetivo de los consumidores de beneficiarse de la libre competencia, en la medida en que logra asegurar la maximización de múltiples ventajas. Se llega a afirmar, en ese sentido, que “La competencia está hecha para los consumidores”²⁵ y que, inclusive, existe un derecho subjetivo del ciudadano consumidor, “a (beneficiarse) de la competencia”²⁶.

Así, desde esta última óptica, el ejercicio de la libertad de competencia no se reduce a tan sólo un beneficio individual al empresario, sino también, a la maximización de beneficios que asegura al consumidor²⁷ y en general a brindar un beneficio social a la economía en general.

²³ En ese sentido, véase FONT GALÁN, Juan Ignacio, Constitución Económica y Derecho de la Competencia, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1987, pág. 64.

²⁴ COLIN, Frédéric, Droit Public Économique, Paris, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2013, 4 édition, pág. 186. Traducción libre.

²⁵ En ese sentido, MOUSSERON, Jean-Marc et SELINSKY Véronique, Le Droit Français Nouveau de la Concurrence, ..., pág.57. Traducción libre.

²⁶ MOUSSERON, Jean-Marc et SELINSKY Véronique, Le Droit Français Nouveau de la Concurrence, ..., pág. 8. Traducción libre.

²⁷ No en vano, diversas normas constitucionales latinoamericanas aluden al consumidor, en el marco de la regulación de la competencia. Es el caso de la Constitución argentina (Arts.42 y 43); de la brasileña (Arts. 5. XXXII, 24 .VIII, 48, 150 § 5, 170. V); colombiana (Arts.78 y 334); costarricense (Art. 46); salvadoreña (Arts. 101 y 110); guatemalteca (Arts. 119 y 130); paraguaya (Arts. 27 y 38); peruana (Art. 65) y venezolana (Arts. 113, 117, 281, 6) y 305).

2.- La dimensión individual del derecho fundamental a la libre competencia y el derecho a beneficiarse de la misma

Una vez evaluada la óptica social e institucional de la libertad de competencia, cabe examinar la igualmente importante óptica individual de esta libertad fundamental.

La labor comporta la necesidad de evaluar el efecto negativo de la libertad (a), es decir, las garantías que le aporta al agente económico tal regulación constitucional.

Además, resulta de interés, en el marco de un estudio como el actual, establecer los efectos positivos de la garantía, es decir, cómo se despliega imponiendo al Estado deberes de acción o de omisión, tendientes a garantizar la eficacia de la libertad fundamental bajo examen (b).

a.- El efecto negativo del derecho fundamental a la libre competencia y el derecho a beneficiarse de la misma

Concebida la libre competencia como un derecho de libertad, la primera conclusión sería encontrar en ésta, como es tradicional en un enfoque liberal, espacios de acción del particular intangibles para el Estado.

Ahora bien, por la naturaleza de la libertad que se examina, es claro que esos ámbitos intangibles no se aseguran al particular, únicamente, respecto del Estado. También se aseguran respecto de los restantes agentes económicos, cuya actividad mercantil podría ocasionar severas lesiones a la libertad de competencia, al consumidor y al mercado.

Es decir, a diferencia de una libertad de corte netamente liberal, decimonónica, la libertad de competencia se manifiesta como una garantía fundamental cuyos efectos negativos alcanzan no sólo al Estado, sino también y en particular, a sujetos de Derecho privado en posición de agentes competidores en el mercado.

En cuanto a lo último, es sabido que las garantías fundamentales definen ámbitos de actuación del Estado y delimitan, a su vez, el ejercicio de otras garantías fundamentales.

De esta forma, es posible señalar que los efectos negativos de la libertad de competencia, se manifiestan tanto respecto del Estado, como respecto de los restantes competidores en el mercado.

En lo que se refiere al Estado, este derecho fundamental despliega sus efectos negativos, imponiendo prohibiciones dirigidas a:

- impedir la adopción de decisiones –leyes, actos administrativos- que limiten la libertad de competencia de los agentes económicos²⁸, no justificadas en función de otros intereses públicos²⁹;

²⁸ DELVOLVÉ, Pierre, Droit Public de l'Economie, ..., págs.115 .Traducción libre.

²⁹ ALONSO SOTO, Ricardo, El Interés Público en la Defensa de la Competencia, en La Modernización del Derecho de la Competencia, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, pág. 40.

- evitar convenios de las administraciones públicas con los agentes económicos que impliquen prestaciones que les favorezcan en perjuicio de otros³⁰, y finalmente,
- impedir condiciones desiguales de acceso al mercado, entre sujetos de Derecho privado y de Derecho público.

Con relación al agente económico, fundamentalmente, el efecto negativo de la libertad de competencia se articula mediante prohibiciones y regulaciones que, en algunos casos, están inclusive insertas en el propio texto constitucional.

Se trata de prohibiciones de toda clase de acuerdos o conductas que vengan a restringir la libre competencia, así como de regulaciones que impongan deberes a cargo del particular –notificación- e inclusive, el deber de gestionar una autorización administrativa, antes de concretar una fusión de empresas otrora competidoras.

En ambos casos, es decir, el de las prohibiciones y las regulaciones en materia de fusiones de empresas, se está frente a delimitaciones de las libertades económicas, principalmente, la de contratación privada³¹ y de la autonomía de la voluntad.

Tales limitaciones, sin embargo, encuentran justificación en el interés público de que prevalezca la libre competencia³², lo cual, a su vez, beneficia a los consumidores, a la economía en general y las hace compatibles con el Derecho de la Constitución.

Como se ve, entonces, el efecto negativo de la libre competencia como garantía fundamental, trasciende al Estado, desde que el contenido y efectos de tal derecho, implica también una delimitación de las libertades económicas de otros sujetos de Derecho privado.

b.- El efecto positivo del derecho fundamental a la libre competencia y del derecho a beneficiarse de la misma

El monopolio implica una exclusividad de producción o comercialización en el mercado de determinado bien o servicio.

³⁰ DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Public de l'Économie*, ..., págs.115 y 116. Traducción libre.

³¹ Así lo entiende HÄBERLE, para quien "Las leyes dirigidas contra el abuso de posiciones dominantes en el mercado "limitan", además de otras, la libertad contractual, obviamente sólo en sentido superficial. Con este fin se sustrae el instrumento contractual a aquellos que, por la efectiva superioridad sobre los coasociados, pueden imponerles a estas condiciones contractuales. Su libertad contractual individual está "restringida" (mejor dicho: delimitada). Sin embargo, aquí si se pregunta en cuanto al sentido y el propósito de esta limitación del derecho fundamental, de cuyo efecto en el cuadro general de la vida social se desea tener una visión de conjunto, entonces al instante aparece evidente una cosa: la libertad contractual y la libertad de competencia están salvadas como "institutos". La esfera de vida constituida por las libertades contractual y de competencia mantiene su carácter basado en la libertad. La libertad contractual perdería su carácter institucional, allí donde ella terminase por configurar únicamente en vía de excepción las relaciones entre personas. Impidiendo el nacimiento de monopolios y negando el reconocimiento jurídico a las condiciones contractuales impuestas, se salva la libertad contractual como instituto. Un gran número de titulares del derecho fundamental –ahora reclutados de nuevo por la idea del derecho fundamental-. Está así nuevamente en grado de ejercitar de hecho la libertad contractual: formalmente, por otro lado, la posibilidad jurídica de tal ejercicio no les ha sido nunca sustraída". HÄBERLE Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional...* pág.191.

³² ALONSO SOTO, Ricardo, *El Interés Público en la Defensa de la Competencia...*, pág. 39.

Si esa posición de privilegio se presenta, deben buscarse mecanismos que logren ajustarlo a los criterios de las leyes del mercado. Ello implica que los precios deben ser acordes con los criterios de eficiencia económica -límite sustancial-, pues de no ser así, se estaría frente a un abuso de la posición monopólica.

El abuso del monopolio se traduce en el exceso sobre el precio del bien o servicio por encima del precio de eficiencia económica.

La simple existencia de un monopolio en un determinado mercado de bienes y servicios, implica la posibilidad de que se incurra en un abuso³³ de tal condición de parte de la empresa monopólica.

Una empresa en monopolio tiene el poder para establecer o fijar, unilateralmente, los precios de los bienes o servicios, de ahí que lo lógico es que busque obtener la mayor rentabilidad posible.

Sin embargo, la empresa en monopolio deberá tener como límite la eficiencia económica, pues de lo contrario, el exceso en el precio se convierte en un costo adicional para el consumidor que afecta sus intereses económicos³⁴.

Como se ha visto, en el caso de la norma constitucional costarricense, se dispone una serie de tareas a cargo del Estado, que tienen la pretensión expresa de hacer eficaz la libertad de competencia. Al decir de HESSE, se trata de normas definidoras de tareas del Estado, tendientes al aseguramiento del pleno disfrute de la libre competencia en el sistema económico de mercado³⁵.

Esto permite señalar que, en general, desde la óptica de los efectos positivos de la libertad de competencia, el reconocimiento de dicha garantía constitucional genera una expectativa generalizada de conductas del Estado, de modo que éste, sea mediante actos de

³³ Se entiende como abuso de situación dominante a las "Prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales puede dedicarse una empresa dominante para preservar o mejorar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de monopolio de un mercado con objeto de restringir la competencia." CENTRO PARA LA COOPERACION CON LAS ECONOMIAS EUROPEAS EN TRANSICION, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, ..., pág.11.

³⁴ Para CASES PALLARES, "La regulación se fundamenta, en ocasiones, en la necesidad de controlar el excesivo poder derivado de una situación de monopolio natural. Existen determinados sectores económicos en que resulta ineficiente, en términos económicos, la existencia de más de una empresa. En este caso, por un lado, la regulación aparece para controlar a esta empresa, que disfruta de un monopolio natural, a fin de evitar que incremente sus beneficios en perjuicio de los ciudadanos, por ejemplo al restringir la producción y aumentar los precios. Y, por otro, la regulación persigue conseguir la máxima eficiencia del conjunto de la economía. En el momento en que se fijen precios excesivos debido a la situación de monopolio, los consumidores estarán tentados a sustituir estos productos por otros cuyo coste, para la economía en general, es más elevado, lo que genera pérdidas de eficiencia del conjunto del sistema económico. Además de la asignación eficiente de los recursos, la regulación podría perseguir el objetivo de asegurar una distribución de los ingresos más equitativa o reflejar la desconfianza del poder social y político frente a los monopolios naturales no regulados". CASES PALLARES, Lluís, Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1995, págs.26 y 27.

³⁵ En ese sentido expresa el autor que "surge no sólo una obligación (negativa) del Estado de abstenerse a injerencias en el ámbito que aquellos protegen, sino también, una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos". HESSE, Conrado, Significado de los Derechos Fundamentales, ...pág. 94.

facilitación o vigilancia, sea mediante medidas que logren evitar efectos nocivos de prácticas contrarias a la competencia, ha de velar por la eficacia de la garantía.

Así las cosas, puede identificarse como primer efecto positivo de la garantía en estudio, una acción positiva del Estado encaminada a proteger a los particulares de prácticas monopolísticas, de sus nocivos efectos y, además, de promover, vigilar o proteger la libre competencia.

Se trata, por ello, de garantías constitucionales que califican como derecho fundamental a acciones positivas consistentes en **una acción fáctica** -limitar el funcionamiento de empresas monopolísticas; impedir prácticas de esa misma naturaleza; evitar los efectos del monopolio; perseguir con eficacia las prácticas anticompetitivas; combatir toda práctica monopolística; proteger la libre competencia; reprimir el abuso de poder económico-.

Otro de los efectos positivos de las garantías, se estima, consiste en **una acción normativa** que someta los monopolios de hecho a una legislación “especial”³⁶.

Toda esta consideración debe ser objeto de una ulterior reflexión. La propuesta de la doctrina y jurisprudencia alemanas, en torno a la eficacia de las garantías fundamentales, es bastante ilustrativa. La plena eficacia de las garantías constitucionales sólo es posible imponiendo al Estado el deber de adoptar garantías en materia de organización y de procedimiento (Organisations- und Verfahrensgarantien).

De esta forma, según señala CAPITANT, en la Jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe se ha señalado –caso Mülheim-Kärlich del 20 de diciembre de 1979- el papel determinante de las normas de procedimiento para favorecer la realización de los derechos fundamentales, idea posteriormente acogida por la doctrina.

Como apunta el citado autor, en materia de derechos fundamentales, durante largo tiempo, la doctrina distinguió entre el Derecho formal, referido a los procedimientos y organizaciones, en contraposición del Derecho material, garante de los derechos fundamentales. Desde esa óptica, a las normas de procedimiento se les asignaba un rol limitado a la instrumentalización de las garantías materiales, de modo que aparecían como normas secundarias.

Ahora bien, desde finales de la década de los años setenta, en el pasado siglo, quedó en evidencia que la ordenación de los procedimientos para la adopción de decisiones tales como los actos administrativos, tiene un papel preventivo muy importante.

Así es como surgen las llamadas “*garantías de procedimiento*”, entre las cuales se distinguen las garantías de procedimiento de carácter defensivo y las relativas a procedimientos destinados a facilitar el ejercicio de derechos fundamentales.

³⁶Un ejemplo práctico de tal tratamiento, se encuentra en la norma constitucional brasileña que dispone, expresamente, que es tarea del legislador ordinario, desarrollar normativa idónea para perseguir prácticas monopolísticas. También lo es el caso costarricense, en que se destaca como obligación del legislador, según se vio, la regulación de monopolios de hecho.

Se afirma, en cuanto a las primeras, que los derechos formales expresamente previstos por la Carta Política, tienen un claro rol de garantes de derechos fundamentales. Es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, del debido proceso, etc. Sin embargo, de las restantes garantías fundamentales, inclusive la de carácter no instrumental, también dimanarían garantías de procedimiento³⁷.

En cuanto a las segundas garantías formales, se entiende que las normas procedimentales o procesales juegan un importante papel **favorecedor** del ejercicio de los derechos fundamentales³⁸.

Es claro que, en caso de no desarrollarse normativa de carácter “secundario” que venga a reconocer vías procesales idóneas para la protección y amparo de la libertad de competencia y el derecho a su beneficio, tal garantía terminará siendo ineficaz.

Por otra parte, si se estudia el derecho fundamental a la libertad de competencia y el derecho a su beneficio, como garantía de interés difuso que atañe no sólo a los agentes económicos, sino también a los consumidores, es clara la necesidad, en procura de la eficacia de esa garantía, del desarrollo de vías procesales o procedimentales idóneas para hacerla efectiva.

De ahí que otro de los efectos positivos de las garantías, se estima, consiste en acciones normativas -de carácter procesal-, para asegurar el disfrute del derecho constitucional de acción de amparo en caso de presentarse una lesión del Derecho a la libertad de competencia del agente económico y el derecho del consumidor a beneficiarse de la misma.

Es evidente que, por las razones apuntadas, a manera de ejemplo, la normativa procesal o procedimental referida a dichos procesos o procedimientos, deberán incorporar criterios de legitimación objetivos, dejando de lado una concepción subjetiva que exija un interés legítimo, personal y directo a todas las partes.

Ahora bien, en su vertiente negativa, ello no podrá entenderse con perjuicio de los derechos instrumentales y materiales de los agentes económicos sometidos al procedimiento o proceso respectivo.

En este último sentido, por ejemplo, si conforme al párrafo tercero del artículo 46 constitucional costarricense, es deber del Estado la aprobación de una legislación “especial” que regule a las empresas constituidas en monopolios de hecho, ésta no debe dejar de lado

³⁷ CAPITANT, David, *Les Effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, págs. 297 y 298.

³⁸ Tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana, señala CAPITANT, han llegado a establecer que “...los derechos fundamentales de carácter material, pueden igualmente exigir la puesta en operación de ciertos procedimientos destinados a promover su pleno ejercicio.” Esto puede darse, “Sea porque el derecho respectivo no puede realizarse sin su puesta en operación (A); sea porque debe operar una conciliación de intereses entre diversas personas en el caso de que los recursos necesarios para el ejercicio de derechos fundamentales no sean ilimitados (B); sea porque el diseño y operación de un procedimiento es un medio de protección de un derecho fundamental contra atentados que provengan de terceros (C)”. CAPITANT, David, *Les Effet Juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne*, ...pág 301.

el conjunto de garantías formales o instrumentales, como tampoco las de carácter material que la misma Constitución garantiza a los agentes económicos, de modo que exista un balance en dicha legislación.

Como se sabe, la organización y el procedimiento *“pueden acreditarse como medios directos para la realización y garantía de los derechos fundamentales”*³⁹.

Las normas de organización y procedimiento son, particularmente, un medio adecuado para el manejo de posiciones constitucionales enfrentadas. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha expresado que, en caso de conflicto entre la libertad positiva y negativa, es el legislador, mediante estas normas, el que debe encontrar una solución siguiendo un proceso público de formación de voluntad⁴⁰.

Esto es lo que explica que exista, según se ha entendido acertadamente, *“sólo normas apropiadas de organización y de procedimiento pueden evitar el que unos reciban todo y otros nada, y garantizar una distribución equitativa de las oportunidades de libertad aún disponibles”*⁴¹.

De tal forma que, como indica HESSE, *“para que la situación jurídica regulada como derecho fundamental se torne real y efectiva en el seno de la Sociedad, se hace necesario por doquier no solamente establecer regulaciones materiales más minuciosas, sino también poner en pie formas de organización y normas de procedimiento”*⁴².

Así las cosas, para dicho autor, en la medida *“en que los derechos fundamentales precisan considerablemente de organización y procedimiento, actúan al mismo tiempo sobre el Derecho administrativo y el Derecho procesal, los cuales contribuyen de esta suerte a realizarlos y asegurarlos”*⁴³.

CONCLUSIONES

Dentro de las garantías económicas de reconocimiento del artículo 46 de la Constitución Política, se encuentra el **derecho fundamental a la libertad de competencia del agente económico y el derecho del consumidor a beneficiarse de la misma.**

El artículo 46 de la Constitución Política cuenta con una **norma que incorpora mecanismos para la protección de la competencia**, tales como la declaración de una prohibición de monopolios privados; la declaración de un deber del Estado de impedir toda práctica o tendencia monopolizadora; el dictado de una legislación especial para la regulación de los monopolios de hecho y un procedimiento parlamentario agravado, en caso de la aprobación legislativa de monopolios estatales o municipales.

³⁹ HESSE, Conrado, Significado de los Derechos Fundamentales ..., pág. 103.

⁴⁰ HESSE, Conrado, Significado de los Derechos Fundamentales ..., pág. 103.

⁴¹ HESSE, Conrado, Significado de los Derechos Fundamentales ..., pág. 104.

⁴² HESSE, Conrado, Significado de los Derechos Fundamentales ..., pág. 102.

⁴³ HESSE, Conrado, Significado de los Derechos Fundamentales ..., pág. 102.

En el caso de la libertad de competencia, existe una especial situación: en cuanto sea mayor el ejercicio de la señalada libertad, mayor será el beneficio que ello reportará a la economía y a la sociedad, de modo que el principal aporte de la libertad de competencia en el *milieu* social, es el “**resultado global**” que ocasiona su ejercicio generalizado -función social-.

El claro “**efecto estabilizante**” que genera el ejercicio repetido de la libertad de competencia, se manifiesta en el beneficio, no tan sólo al agente económico, sino también, al consumidor - un derecho a beneficiarse de la competencia, la **otra cara de la garantía invisibilizada**- y a la economía en general.

La dimensión individual del derecho fundamental a la libre competencia y el derecho a beneficiarse de la misma, se manifiesta mediante el **efecto negativo y positivo** de esta garantía.

El **efecto negativo** de estos derechos, con relación a los poderes públicos, se manifiesta mediante **dos garantías** concretas:

- al adoptar decisiones –leyes, actos administrativos- deberán evitar que se limite, de forma irrazonable, la libertad de competencia de los agentes económicos, y
- no podrá ningún sujeto de Derecho público, convenir con los agentes económicos prestaciones que les favorezcan en perjuicio de otros.

El **efecto positivo** del derecho a la libertad de competencia y el derecho a beneficiarse de la misma consiste en:

- **acciones positivas** del Estado, encaminadas a proteger a los particulares -agentes económicos y consumidores- de prácticas monopolísticas, de sus nocivos efectos y además, de promover y vigilar la libre competencia y
- **acciones normativas** -de carácter procesal-, para asegurar el disfrute del derecho constitucional de acción de amparo en caso de presentarse una lesión del Derecho a la libre competencia.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXU Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607p.

ALONSO SOTO, Ricardo, El Interés Público en la Defensa de la Competencia, en La Modernización del Derecho de la Competencia, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, pp.31-46.

BRACONNIER, Stéphane, Droit Public de l'Économie, France, Presse Universitaire de France, 2 édition, 2017, 494 p.

CAMUS, Aurélien, L' Ordre Public Concurrentiel, en L' Ordre Public Économique, France, 2018, LGDJ, 263-280 pp.

CASE, Karl, FAIR, Ray, Fundamentos de Economía, México, Prentice Hall Hispanoamericana, traducción de Pilar Mascaró Sacristán, segunda edición, 1993, 1086p.

CASES PALLARES, Lluís, Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1995, 742p

CAPITANT, David, Les Effets Juridiques des Droits Fondamentaux en Allemagne, Paris, LGDJ, 2001, 348 p.

CENTRO PARA LA COOPERACION CON LAS ECONOMIAS EUROPEAS EN TRANSICION, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1995, 96p.

COLIN, Frédéric, Droit Public Économique, Paris, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2013, 4 édition, 357 p.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, Reflexiones sobre los Presupuestos Constitucionales y de Derecho Comunitario Europeo y los Principios Generales del Derecho Público Económico, Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al profesor Dr. Sebastián Martín-Retortillo, Madrid, Civitas, 2003, pp109-138.

DELVOLVÉ, Pierre, Droit Public de l'Économie, Paris, Editions Dalloz, 1998, 799p.

DRAGO, Guillaume, Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre. La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil Constitutionnel a-t-elle une portée ? en Les Libertés économiques, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, pp29-38.

ECHANDI GURDIÁN, María Lourdes, "Principio Constitucional de Competencia", en Constitucionalismo Costarricense, Libro homenaje Profesor Rubén Hernández Valle, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2017, 259-345pp.

ESPLUGAS, Pierre, Conseil Constitutionnel et Service Public, Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1994, 321p.

FISCHER, Stanley, DORNBUSCH, Rudiger, SCHMALENSSEE, Richard, Economía, México, Mc Graw Hill, traducción Luis Toharia y Esther Rabasco, 2da. ed., 1994, 1005p.

FONT GALÁN, Juan Ignacio, Constitución Económica y Derecho de la Competencia, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1987, 350p.

HÄBERLE Peter, La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional, Granada, Editorial Comares, traducción Jürgen Saligmann, 2003, 350p.

HESSE, Conrado, Significado de los Derechos Fundamentales, en Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., traducción de Antonio López Pina, 1996, pp.83-115.

OSSENBUHL, Fritz, "Libertades del Empresario según la Ley Fundamental de Bonn", traducción de Manuel Pulido Quecedo y Ulrike Oster, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 11, Núm. 32, Mayo-Agosto, 1991, pp9-44.

PAPIER, Juan Jorge, Ley Fundamental y Orden Económico, en Manual de Derecho Constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, traducción de Antonio López Pina, 1996, pp.561-612.

STOBER, Rolf, Derecho Administrativo Económico, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, traducción y anotación de Santiago González-Varaz Ibáñez, 1992, 398p.

LINOTTE, Didier, MESTRE, Achille et ROMI Raphael, Services Publiques et Droit Public Économique, Paris, LITEC, troisième édition, 1995, 490p.

NICINSKI, Sophie, Droit, Public de la Concurrence, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente, 2005, 230p.

MALAURIE-VIGNAL, Marie, Droit Interne de la Concurrence, Paris, Armand Colin, 1996, 244p.

MOUSSERON, Jean-Marc et SELINSKY Véronique, Le Droit Français Nouveau de la Concurrence, Paris, LITEC, 1988, 266p.

SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, Economía, México, Mc Graw Hill, traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, decimocuarta edición, 1995, 951p.

SORIANO GARCIA, José Eugenio, Derecho Público de la Competencia, Madrid, Marcial Pons, 1998, 670p.

Constitución de Argentina.

Constitución de Brasil.

Constitución de Colombia.

Constitución de Costa Rica.

Constitución de Guatemala.

Constitución de Paraguay.

Constitución de Perú.

Constitución de Venezuela.

CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, sentenza No. 223 de 16 dicembre 1982.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision No. 81-132 DC du 16 janvier 1982.