

# **LOS LÍMITES JURISPRUDENCIALES A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA**

PEDRO GARCÍA GUIJARRO

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INICIATIVA PÚBLICA Y SU LIMITACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA. 2.1. La iniciativa pública como instrumento de intervención directa. 2.2. La aparente superación del principio de subsidiariedad. 2.3. La vinculación de la Administración al interés público. 2.4. La economía de mercado como premisa de la competencia. 2.5. Los artículos 128.1 y 135 CE. 3. LA DENATURALIZACIÓN DE LA INICIATIVA PÚBLICA. 4. CONCLUSIÓN: UNA NECESARIA Y POLIÉDRICA REFORMA.

# LOS LÍMITES JURISPRUDENCIALES A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA INICIATIVA PÚBLICA ECONÓMICA

PEDRO GARCÍA GUIJARRO<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común entre la doctrina afirmar que el constitucionalismo del Estado social, inaugurado con la Constitución de Weimar<sup>2</sup> y consolidado por la Constitución italiana (1947) y la Ley Fundamental de Bonn (1949), persigue la integración y conducción en sede constitucional de la multitud de conflictos socioeconómicos, políticos y culturales ignorados por el constitucionalismo liberal que le precedía, conflictos caracterizados por las profundas desigualdades materiales que representaban. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial y ante la realidad de una Europa devastada, se produjo una cierta recomposición contingente de las relaciones de poder entre los factores capital y trabajo, que dará como resultado el ejercicio por estos de un pacto constituyente tácito y material<sup>3</sup>, con base en el cual se reinterpreta al Estado como el escenario preferente de desarrollo y resolución del conflicto socioeconómico primario<sup>4</sup>, en el marco de una “democracia de negociación [...] entre el sector público y el privado”<sup>5</sup>. Dadas las nuevas funciones y obligaciones que se exigen a los poderes públicos en este constitucionalismo social rematerializado, sus textos fundamentales

---

<sup>1</sup> Personal investigador predoctoral (CIACIF) en Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración. Facultad de Derecho, Universitat de València. Avda. dels Tarongers s/n, 46022, Valencia. Email: pedro.garcia-guijarro@uv.es. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3526-3030>

<sup>2</sup> Montoya Martín, E. (1996). *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, p. 27.

<sup>3</sup> Camisón Yagüe, J. Á. (2021). *Constitución económica: transformaciones y retos*, Madrid, Marcial Pons, pp. 55-56.

<sup>4</sup> De Cabo Martín, C. (1986). *La crisis del Estado Social*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, p. 39.

<sup>5</sup> Grimm, D. (2020). *Constitucionalismo: pasado, presente y futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 413.

establecerán numerosos instrumentos y “enormes competencias”<sup>6</sup> de intervención pública en la realidad social, sobre todo en el campo económico, cargados de un importante potencial transformador para superar las diferentes desigualdades.

Es en este modelo de constitucionalismo, en crisis ya a finales de los años 70, en el que se inserta la Constitución española de 1978<sup>7</sup> (CE) con la definición del Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), y con un articulado en el que el constituyente volcó las inquietudes sociales, presentes durante la Transición, relativas a las problemáticas desigualdades que fracturaban la sociedad española, especialmente en lo tocante a la realidad económica del momento. La importancia concedida por la CE al fenómeno económico puede identificarse en tres tendencias. En primer lugar, en el reconocimiento por el constituyente de una serie de endémicas e irresueltas desigualdades materiales, en sus distintas expresiones personales, grupales y territoriales, cuya remoción se convierte en una de las finalidades del Estado (STC 83/1984, FJ 3º). En segundo lugar, en la constitucionalización de un amplio abanico de obligaciones, deberes, derechos, potestades, principios y mandatos destinados a coadyuvar en la función redistributiva de los poderes públicos (art. 9.2 CE), así como en el establecimiento de instrumentos de intervención pública en la economía, habida cuenta de la constatada inoperancia del libre mercado como mecanismo exclusivo de dirección autónoma del progreso social. Por último, la relevancia del fenómeno socioeconómico en la CE se desprende del reconocimiento indirecto en sus preceptos de la configuración real del sistema económico español en las postrimerías de la dictadura franquista<sup>8</sup>, un modelo neocapitalista<sup>9</sup> marcadamente cartelista y corporativista.

Estos preceptos y normas, por los que se estructura y se regula el funcionamiento del orden y del proceso económicos<sup>10</sup>, conforman la Constitución económica española (CEE), que se articula como una conciliación constitucional resultado de los compromisos necesarios para alcanzar el consenso político de la Transición en materia económica, integrando así en la CE el contenido mínimo indispensable para las formaciones presentes en el proceso constituyente. Puesto que los idearios económicos que trataron de cohonestarse eran en muchos aspectos contrapuestos e incluso irreconciliables, la CEE presenta una redacción a simple vista fragmentada, desestructurada y hasta contradictoria, de tal manera que para aprehender su auténtico contenido es

<sup>6</sup> Hernando Nieto, E. (2000). “Entre la excepción y la regla: el decisionismo jurídico frente a la escuela de Frankfurt”. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 40, p. 220.

<sup>7</sup> Nieto Carol, U. (2019). *Constitución económica de 1978*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 17.

<sup>8</sup> Garrorena Morales, Á. (1988). *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, pp. 89-90.

<sup>9</sup> De Juan Asenjo, O. (1984). *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 313.

<sup>10</sup> García Pelayo, M. (1991). *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 2857.

necesario interpretarla de forma sistemática<sup>11</sup>. Su conflictiva interpretación resulta del carácter anfibológico de sus preceptos, pretendidamente perseguido con la finalidad de dotarlos de una elevada apertura y flexibilidad interpretativas, mediante las cuales fuera posible que las distintas alternativas políticas accedieran a las instituciones y desarrollaran sus programas económicos<sup>12</sup>, así como sus respectivas ideas de justicia<sup>13</sup>. Empero, el pluralismo de políticas económicas no es ilimitado, tal y como se desprende del propio articulado de la CEE y de su interpretación por el Tribunal Constitucional (TC), de tal forma que es válido el desarrollo y configuración de determinados submodelos económicos<sup>14</sup> —liberales, intervencionistas, y tendentes a la economía indicativamente planificada—<sup>15</sup>, siempre y cuando su aplicación no derive en ninguno de los modelos económicos extremos<sup>16</sup> e incompatibles con el ordenamiento constitucional<sup>17</sup>.

En esta línea respetuosa con el valor superior del pluralismo político-económico (art. 1.1 CE), el TC ha rechazado la existencia de un modelo económico concretamente positivizado por la CE, al identificar un marco jurídico fundamental para la actividad económica estructurado en torno a “unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario” (STC 1/1982, FJ 1º). De ello se desprende implícitamente el refrendo<sup>18</sup> a la teoría de la neutralidad económica relativa<sup>19</sup> de la CE.

No obstante, a nuestro entender, la neutralidad de la CEE es incompatible con el reconocimiento de aquellos principios básicos del orden económico. En efecto, aquella incorpora una prevalencia insuperable en beneficio de las garantías mínimas de la economía de mercado en su acepción capitalista, en cuanto el conjunto de preceptos integrado por el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE) y por la libertad de

<sup>11</sup> Escribano Collado, P. (1985). “El orden económico en la Constitución española de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, p. 87.

<sup>12</sup> Bassols Coma, M. (1985). *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, p. 41.

<sup>13</sup> Zagrebelsky, G. (2019). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, p. 97.

<sup>14</sup> López Guerra, L. M. (1983). “El modelo económico en la constitución”. *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 2, p. 23.

<sup>15</sup> La tesis de los submodelos económicos constitucionales se encuentra ya en el conocido voto particular a la STC 37/1981.

<sup>16</sup> Rojo Fernández-Río, Á. J. (1983). “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”. *Revista de derecho mercantil*, núm. 169-170, p. 316.

<sup>17</sup> Viciano Pastor, R. y Moreno González, G. (2018). “Artículo 128”, en Pérez Tremps, P. y Saiz Arnaiz, A. (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española — Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 1790.

<sup>18</sup> Albertí Rovira, E. (2004). “La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, p. 125.

<sup>19</sup> Un análisis sobre la Constitución económica relativamente neutral puede verse en González-Varas Ibáñez, S. (1994). “Nuevas perspectivas jurídicas respecto a la actuación de los poderes públicos (Con referencia especial a la actividad local)”. *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 261, pp. 110-118.

empresa (art. 38 CE) queda protegido por el deber de respeto a su contenido esencial, con base en el artículo 53.1 CE, mientras que se regula como potestativo el conjunto de artículos de carácter socializante<sup>20</sup> compuesto por la forma del Estado social (art. 1.1 CE), la cláusula de igualdad material (art. 9.2 CE), la función social de la propiedad privada (art. 33.2 CE), los principios rectores de la política social y económica, la subordinación de toda la riqueza al interés general y los mecanismos de intervención directa en la economía (art. 128 CE).

La probada preponderancia constitucional de las garantías del modelo capitalista es congruente con las finalidades propias del Estado social: el mantenimiento de las dinámicas de acumulación de la riqueza y la legitimación del sistema socioeconómico<sup>21</sup>. Sistema que, de esta manera, deviene intrínseco a la forma del Estado social que adopta nuestra Constitución, y queda garantizado por el reconocimiento de la libertad de empresa y del derecho a la propiedad privada, dentro de cuyos infranqueables límites, determinados por su contenido esencial, podrá desenvolverse la intervención pública en la economía. En suma, la aceptación tácita de la tesis de la neutralidad económica constitucional, mientras se desconoce la primacía del bloque de preceptos garantistas del modelo económico sobre aquellos de carácter más intervencionista, que son además potestativos en su aplicación, justifica una desmesurada flexibilidad interpretativa de la cláusula del Estado social que puede conllevar en la práctica la distorsión de sus atributos esenciales y de sus potencialidades<sup>22</sup>.

Pese a lo anterior, y con base en el mandato de persecución de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE), los poderes públicos retienen un importante margen para el desarrollo de políticas de intervención sobre el mercado, con capacidad suficiente para promover dinámicas de transformación en el campo de las relaciones económicas<sup>23</sup>. En otras palabras, la imposibilidad de transgredir el marco constitucional básico del orden económico no obsta a que determinados instrumentos de intervención, especialmente la iniciativa pública, puedan resultar idóneos para perseguir la transformación de la realidad socioeconómica y la remoción de las desigualdades que la permean.

Con todo, la tendencia a la intervención pública en la economía ha ido decreciendo desde la oleada privatizadora de los gobiernos españoles durante los años 80 y 90, paralelamente a la integración y profundización de España en la Unión Europea (UE). Asimismo ha ocurrido con la intensidad de la discusión doctrinal en torno a las figuras de intervención directa en la economía, dinámica y abundante

<sup>20</sup> Moreno González, G. (2017). “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones”. *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, núm. 20, pp. 129-130.

<sup>21</sup> De Cabo Martín, C. (1986), *ob. cit.*, p. 32.

<sup>22</sup> Lasa López, A. (2019). “La desnormativización constitucional del Estado social: la contrarreforma silente”. *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 64, p. 138.

<sup>23</sup> Fernández-Miranda Campoamor, A. (2003). “El Estado Social”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, p. 167.

tras la aprobación de la CE pero progresivamente mitigada y desatendida, quizá por el consenso generalizado de que la entrada en la UE relegaba dichos instrumentos a una situación de desfase por contraposición a la prevalencia del principio de competencia<sup>24</sup>. Una contraposición, por otra parte, producto de la superposición interordinamental de principios jurídico-económicos opuestos que, por medio del principio de primacía, ha permitido la priorización del valor “competencia” europeo sobre el valor “pluralismo” constitucional, en apariencia sin posibilidad de confrontar jurídicamente sus fundamentos normativos<sup>25</sup> y sin necesidad de acometer un proceso de cambio o reforma constitucional<sup>26</sup>.

El decreciente interés doctrinal por los instrumentos de intervención directa en la economía se ha revertido tras la compra por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) de una parte considerable del capital social de la compañía Telefónica, en mayo de 2024. Esta intervención pública resulta relevante no sólo por la importancia del sector estratégico al que se dirige, sino también por tratarse de una significativa excepción en la consolidada tendencia de no intervenir directamente en la actividad económica, sino de forma indirecta, principalmente por medio del sistema tributario, los presupuestos, la deuda pública o la regulación de los mercados. Asistimos a una revivificación de la discusión pública y académica en torno a la iniciativa pública, discusión en la que se inserta este artículo, con el que se aporta un análisis crítico de la jurisprudencia ordinaria y constitucional relativa a los límites de este instrumento. A lo largo de varias sentencias, el Tribunal Supremo (TS) y el TC han establecido ciertas restricciones al ejercicio de la iniciativa pública mediante interpretaciones sistemáticas de la Constitución que, en cierto modo, se apartan de lo dispuesto por el artículo 128.2 CE y de una comprensión expansiva e integradora del pluralismo político, que indefectiblemente debe dar cabida también a políticas económicas socializantes.

En este trabajo se efectuará un análisis de la referida línea jurisprudencial, detallando la argumentación utilizada por ambos tribunales para vincular a la iniciativa pública con los límites sistemáticos detectados, y desarrollando las consecuencias que comporta su vigencia para el alcance del pluralismo político, como valor superior del ordenamiento jurídico, y para la capacidad transformadora de la intervención pública en la economía.

Indudablemente, la completa comprensión de las virtualidades de la iniciativa pública requeriría de un análisis no sólo del marco constitucional en que se encuadra, de la jurisprudencia que lo interpreta o de la doctrina que los ha comentado, sino

<sup>24</sup> Cruz Villalón, P. (2006). *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 72.

<sup>25</sup> Lasa López, A. (2013). “Algunas consideraciones metodológicas a propósito de la nueva relación entre Estado, Derecho y Justicia Social en el constitucionalismo de mercado europeo”. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, núm. 61, p. 164.

<sup>26</sup> García Herrera, M. A. (2015). “Estado social y estado económico”. *Jueces para la democracia*, núm. 84, p. 64.

también de las normas infraconstitucionales que matizan su alcance —principalmente las leyes de defensa de la competencia— y del Derecho europeo supraordenado en esta materia<sup>27</sup>, de acuerdo con los principios de aplicabilidad directa y primacía. Sin embargo, entendemos conveniente ceñir nuestra investigación aquí al ordenamiento estrictamente constitucional, puesto que la integración coherente del conjunto de relaciones interordinamentales en materia de iniciativa pública debería estar supe-  
ditada primero, fundamentalmente, a la disponibilidad de una interpretación cons-  
titucional integral, sistemática e inteligible de dicho instrumento de intervención.

## 2. LA INICIATIVA PÚBLICA Y SU LIMITACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA

### 2.1. *La iniciativa pública como instrumento de intervención directa*

Junto con el artículo 131.1 CE, por el que se habilita la planificación indicativa de la actividad económica, el artículo 128.2 CE regula los instrumentos de intervención directa de los poderes públicos en la economía. Así, se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, la potestad mediante ley de reservar recursos o servicios esenciales al sector público, y la intervención de empresas por exigencias de interés general. Por iniciativa pública entendemos la potestad que habilita a todas las Administraciones Públicas (AAPP) para actuar como titulares de actividades productivas concretas<sup>28</sup>, mediante la constitución de empresas, con el objetivo de crear nuevos mercados o de participar, en régimen de competencia, en aquellos preexistentes al ejercicio de la iniciativa<sup>29</sup>.

Mientras que del tenor literal del artículo 128.2 CE parece clara la subordinación de la reserva y la intervención al interés general, no ocurre así con el reconocimiento de la iniciativa pública, sobre la que no se establece directamente ningún límite ni criterio constitucional restrictivo a los que atender en su ejercicio. Pese a ello, se ha argumentado que del análisis relacional de la iniciativa pública con el resto de la CE se desprende la exigencia de implementar ciertos límites mediante los que controlar el alcance de las actividades públicas empresariales<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> De la Quadra-Salcedo, T. (1996). “Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público”, en Alzaga Villaamil, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo X, Madrid, Cortes Generales: EDERSA, p. 82.

<sup>28</sup> Garrorena Morales, Á. (1988), *ob. cit.*, p. 79.

<sup>29</sup> Guimerá Rico, J. J. (2020). *Las sociedades públicas. Fundamento y límites de la huida al Derecho privado*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 139-140.

<sup>30</sup> Bassols Coma, M. (1985), *ob. cit.*, p. 170.



## 2.2. *La aparente superación del principio de subsidiariedad*

Uno de los primeros debates respecto a la iniciativa pública en la actividad económica es el relativo al principio de subsidiariedad. Con base en este principio del ordenamiento económico franquista<sup>31</sup>, se condicionaba la posibilidad de ejercer la iniciativa pública a los supuestos en los que la iniciativa privada no alcanzase a suplir de forma autónoma las necesidades del mercado. Es decir, la iniciativa pública se encontraba jurídicamente en posición de subsidiariedad. Aun así, la eficacia real de este principio quedaba desplazada por la fuerza normativa de lo fáctico, dado que en el periodo final de la dictadura algunas de las empresas españolas más importantes, y muchas otras de menor relevancia, pertenecían al Estado.

Frente al aparente reconocimiento incondicionado<sup>32</sup> de la iniciativa pública al que hacíamos referencia *supra*, se ha defendido en algunas aportaciones doctrinales<sup>33</sup> la vigencia implícita del principio de subsidiariedad en nuestra Constitución, mediante la interpretación conjunta de la iniciativa pública (art. 128.2 CE) y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE). A pesar de ello, la claridad de la CE en el reconocimiento paritario de ambas iniciativas contradice tal argumentario, algo que se confirma por la propia jurisprudencia cuando reconoce la coexistencia en nuestra norma fundamental de un sistema de economía mixta conformado por los sectores público y privado (STS 1278/1989, FJ 2º). De esta forma, la nueva CEE genera un cambio en la relación entre iniciativas, pasando de la subsidiariedad a la compatibilidad en los sectores no publicados<sup>34</sup>. Aun con la ampliación del margen de actuación de la iniciativa pública que afianza este nuevo principio, la necesaria compatibilidad con la iniciativa privada actúa como presupuesto del resto de las constricciones que han terminado por recaer sobre aquella, tal y como expon-dremos posteriormente.

## 2.3. *La vinculación de la Administración al interés público*

La primera restricción operada sobre el alcance de la iniciativa pública se encuentra en la STS 1278/1989, en cuyo fundamento jurídico tercero se constata la plena

<sup>31</sup> Algunas referencias normativas a este respecto son el punto XI.4º del Fuero del Trabajo (1938), el artículo 4.n) de la Ley de 24 de noviembre de 1939, sobre ordenación y defensa de la industria, el décimo principio de la Ley de Principios del Movimiento Nacional (1958), o el artículo 4.2 de la Ley 194/1963 del Plan de Desarrollo Económico y Social.

<sup>32</sup> Corcuera Atienza, J. (1997). "La iniciativa pública en materia económica y sus límites", en García Herrera, M. Á. (Dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, p. 274.

<sup>33</sup> Se destaca en este sentido Ariño Ortiz, G. (1981). "La empresa pública", en Garrido Falla, F. (Dir.), *El modelo económico en la Constitución española, volumen 2º*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, pp. 38 y ss.

<sup>34</sup> De Juan Asenjo, O. (1984), *ob. cit.*, p. 98.

autonomía de los particulares en el ejercicio de la iniciativa privada, mientras que se reconoce el sometimiento de la Administración al interés público del artículo 103.1 CE, al que siempre deberá servir tanto si realiza actos de autoridad, como si desarrolla actuaciones empresariales. Así las cosas, los particulares, amparados en la libertad de empresa, pueden actuar con libertad de fines siempre que no afecten negativamente al interés general<sup>35</sup>, mientras que la iniciativa pública, recuerda el TS, debe ejercerse con base en la obligación de las AAPP de servir “con objetividad los intereses generales”, de acuerdo con el artículo 103.1 CE. Ello queda confirmado en el ATC 63/1991 (FJ 3.b), donde el Tribunal de garantías asume, en última instancia, la supervisión de la interpretación del interés general, con el objetivo de evitar abusos en la concreción casuística de este concepto jurídico indeterminado (STC 68/1984, FJ 4º).

En la práctica, este deber de actuar de acuerdo con el interés público se materializa en la obligación de motivar adecuadamente el objeto de la empresa pública creada y la actividad a la que se destina, pues la ausencia de alguno de estos parámetros impediría a los tribunales examinar si los aspectos técnicos, económicos, sociales y jurídicos de dicha empresa se adecúan al interés público (STS 1278/1989, FJ 7º). En otras palabras, el TS crea *ex nihilo* una obligación constitucional de medios, derivada del concepto indeterminado de “interés público”, que se concreta en el deber de motivar adecuadamente cada ejercicio de la iniciativa pública con el fin de que, *a posteriori*, los tribunales interpreten si lo argumentado en tal motivación se aproximaba razonablemente al cumplimiento con el interés público del artículo 103.1 CE<sup>36</sup>. Son varias las consecuencias constitucionales que se desprenden de este límite.

En primer lugar, el establecimiento de la interpretación sistemática entre los artículos 103.1 y 128.2 CE es discrecional e ignora la ausencia de limitaciones explícitas a la iniciativa pública en este último artículo<sup>37</sup>. Ello provoca la reducción del marco del pluralismo político, al desconstitucionalizar indirectamente determinadas opciones político-económicas —aquellos ejercicios de la iniciativa pública que los tribunales interpreten ajenos al interés público— que, en principio, no parecieran haber sido excluidas por el constituyente. Sobre la base de esta interpretación jurisprudencial, se terminaría por impedir jurídicamente el desarrollo de programas político-económicos que podrían alcanzar eventualmente el apoyo electoral mayoritario, lo que se traduce en un lastre para el libre desarrollo de la dialéctica democrática, para los fundamentos pluralistas de la Constitución<sup>38</sup> y, en definitiva, para la función de esta como elemento catalizador de integración social<sup>39</sup>.

En segundo lugar, a la exigencia de motivación subyace la potestad que se reserva el TS de controlarla, es decir, de apreciar la congruencia de la iniciativa con un interés

<sup>35</sup> Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (1999). “La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, p. 16.

<sup>36</sup> Albertí Rovira, E. (2004), *ob. cit.*, p. 137.

<sup>37</sup> Rojo Fernández-Río, Á. J. (1983), *ob. cit.*, p. 320.

<sup>38</sup> García Pelayo, M. (1991), *ob. cit.*, p. 2872.

<sup>39</sup> Lucas Verdú, P. (1984). *Curso de Derecho Político, Volumen IV*, Madrid, Tecnos, p. 281.

público indeterminado. El control jurisdiccional de las actuaciones realizadas por los poderes públicos ha sido, desde el origen mismo del constitucionalismo, una fuente permanente de conflicto con el principio democrático como fundamento legitimador de los poderes legislativo y ejecutivo, una legitimidad por otra parte ausente en los tribunales, que actúan en un sentido contramayoritario como garantía de la supremacía constitucional y del principio de legalidad. En estas condiciones, deviene esencial para la pervivencia del sistema político-institucional que ambas legitimidades, la democrática y la técnico-jurídica, se relacionen en términos de relativa armonía, a riesgo de sucumbir en su defecto ante dinámicas autoritario-legicentristas o de tiranía judicial. Cuando nuestro TS aborda la definición casuística de un concepto jurídico indeterminado con alto grado de politicidad y flexibilidad<sup>40</sup> como es el de “interés público”, tomando como base normativa un precepto constitucional que no lo referencia —recordemos, el artículo 103.1 CE alude al “interés general”—, y lo eleva al nivel de criterio jurídico básico sobre el que interpretar la constitucionalidad de un determinado ejercicio de la iniciativa pública, *a priori* literalmente ilimitada en el artículo 128.2 CE, cabe preguntarse hasta qué punto la discrecionalidad interpretativa del Tribunal puede afectar negativamente al conflictivo equilibrio entre legitimidad democrática y control jurisdiccional.

En tercer lugar, el límite del interés público puede ser un impedimento potencial para que la iniciativa pública sea utilizada con la finalidad de obtener lucro económico<sup>41</sup> a la imagen de una empresa privada<sup>42</sup>, en caso de que los tribunales partan de la controvertible premisa de que siempre debe existir un ánimo distinto entre las actuaciones empresariales privadas, el lucro, y las públicas, el interés público<sup>43</sup>, de tal modo que el fin de lucro que impulsa a los particulares quede vetado para la empresa pública<sup>44</sup>. Las afirmaciones del TC sobre este particular son sumamente escasas. Por un lado, encontramos el reconocimiento de un régimen jurídico diferente para las empresas públicas y privadas, bajo el argumento de que las primeras no se rigen únicamente por el criterio del lucro económico (AATC 815/1985, FJ 2º; 858/1985, FJ 2º; y STC 96/1990, FJ 3º). Más contundentemente se pronuncia en la STC 54/2017 al afirmar que “el artículo 128.2 CE autoriza directamente a los entes locales el desarrollo de actividades susceptibles de aprovechamiento económico” (FJ 5º.b). Este posicionamiento puede ser interpretado en el sentido de que los poderes públicos están constitucionalmente habilitados para ejercer la iniciativa pública con

<sup>40</sup> Gimeno Feliú, J. M. (1994). “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”. *Revista de administración pública*, núm. 135, p. 210.

<sup>41</sup> Entre otros, González-Varas Ibáñez, S. (2020). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, p. 1506, y De la Quadra-Salcedo, T. (1996), *ob. cit.*, p. 58.

<sup>42</sup> Moreno González, G. (2017), *ob. cit.*, p. 133.

<sup>43</sup> Albertí Rovira, E. (2004), *ob. cit.*, p. 138.

<sup>44</sup> Garrido Falla, F. (1981). “Introducción general”, en Garrido Falla, F. (Dir.), *El modelo económico en la Constitución española, volumen 2º*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, p. 68.

la finalidad primaria de generar lucro; por el contrario, podría entenderse simplemente que la obtención de beneficios económicos es una característica contingente e inmanente a toda actividad económica empresarial, un resultado contable posible independientemente de que sea otra la finalidad de interés público que justifique la iniciativa<sup>45</sup>. Entendemos que la primera interpretación debe ser descartada, ya que invalida materialmente el alcance del interés público como límite establecido por el TS y confirmado por el TC, al poder justificarse cualquier iniciativa económica en la presumible obtención de aprovechamientos económicos. Por tanto, admitir el lucro como interés público convertiría este límite en un cajón de sastre incapaz de cumplir la función constrictiva jurisprudencialmente asignada. No obstante, la ausencia de más pronunciamientos claros por ambos tribunales a este respecto nos impide aportar una respuesta concluyente acerca de la fundamentación del ejercicio de la iniciativa pública en la obtención de beneficio económico.

Ahora bien, la ambigüedad jurisprudencial en torno al lucro no es obstáculo para reconocer que su exclusión como justificación válida para la iniciativa comporta unas problemáticas constitucionales que deben ser reseñadas. Como ya hemos apuntado, la restricción de determinadas políticas económicas socializantes, entre las que se incluye la persecución de beneficios económicos para sufragar el Estado social, conlleva la paulatina reducción y petrificación de la apertura y flexibilidad que debían informar la CEE, con el consecuente debilitamiento del pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico. Además, en un Estado social donde la iniciativa pública puede actuar como vínculo entre el mercado y los intereses públicos sintetizados en el Capítulo III del Título I de la CE<sup>46</sup>, parece contraintuitivo que se impida su focalización hacia la obtención de los recursos financieros —precisamente cuando es un instrumento apropiado para tal propósito— tan necesarios para financiar el inmenso gasto social que requieren las políticas transformadoras, destinadas a la materialización de los principios rectores de la política social y económica. Finalmente, el mandato constitucional de eficiencia y economía en la asignación del gasto público (art. 31.2 CE) permite reinterpretar la relación entre la iniciativa pública y la búsqueda de lucro, al imponer la exigencia constitucional de “rentabilidad económica y

<sup>45</sup> A este respecto puede citarse también la STS de 16 de abril de 1987, de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, en la que se afirma decididamente que “el lucro no es incompatible con la empresa pública, sin más que sustituir el beneficio capitalista de la teoría clásica, por el beneficio público en favor de los intereses nacionales [...] destinando las utilidades de las empresas públicas municipales siempre en beneficio del interés general” (FJ 2º). Sin embargo, en el contexto de la sentencia, el posicionamiento a favor de la compatibilidad con el lucro se delimita exclusivamente a la posibilidad de la empresa pública de obtener ingresos suficientes con los que amortizar su capital y mantener así el servicio público, sin habilitar así la libre persecución del aprovechamiento económico con fines alternativos.

<sup>46</sup> García Herrera, M. A. y Maestro Buelga, G. (2009). “Estado-mercado y crisis sistémica”. *Jueces para la democracia*, núm. 65, p. 12.

social de la empresa pública”<sup>47</sup>, lo que supone la introducción del beneficio, al menos, como criterio informador de las actividades empresariales públicas.

Con todo, la firmeza con la que la jurisprudencia ha exigido la motivación de un interés público apreciable y apreciado, así como la implícita exclusión de lucro como justificación suficiente de aquel, contradicen en cierto modo el desarrollo histórico de determinados ejercicios de la iniciativa pública, incontrovertidos ante los tribunales. Nos referimos a la inversión pública estatal, concretamente a la participación de la SEPI en una ingente cantidad de empresas cuyas actividades económicas, en determinadas ocasiones, parecen guiarse más bien por la lógica del beneficio económico, y distan de ser reconducibles a la satisfacción del interés público sin forzar la interpretación jurisprudencial analizada.

En último lugar, identificamos la sustitución de varias obligaciones constitucionales de resultados por una de medios. En la STS 1278/1989 se exige que la iniciativa pública se motive de acuerdo con un interés público, y de ello se desprende, a su vez, que la actuación empresarial debe adecuarse al principio de asignación equitativa de los recursos públicos y a los criterios de eficiencia y economía (art. 31.2 CE), adecuación que para el TS no puede ser lograda sin la motivación previa de la actividad empresarial (FJ 3º). En virtud de esta interpretación, la necesaria motivación en el acto de constitución de la empresa debe permitir prever el cumplimiento de dichos mandatos constitucionales. Sin embargo, consideramos que estos últimos establecen una obligación de resultados que requiere de una evaluación o control jurisdiccional *ex post*, tras la ejecución efectiva de las actuaciones públicas empresariales<sup>48</sup>, y no pueden ser reducidos a una obligación de medios —la motivación— que transforme el control de constitucionalidad en preventivo, *ex ante*.

Por un lado, del artículo 103.1 CE se desprende el deber de las AAPP de servir con objetividad a los intereses generales. Entendemos que los intereses generales son un concepto jurídico indeterminado y, en consecuencia, existen multitud de fundamentos jurídicos, no sólo constitucionales sino también de Derecho europeo e infraconstitucional, a los que referirse para justificar su cumplimiento. Así, en el actuar propio y continuo de las AAPP se cumplen simultáneamente una ingente cantidad de intereses generales, algunos de ellos pretendidamente perseguidos, otros indirectamente realizados como resultado de tales actuaciones. Por ello, si clasificamos los intereses generales desde el prisma de la previsibilidad de su cumplimiento, identificamos intereses previstos o imprevistos, pero en todo caso resultado de la actividad administrativa pública. De esta manera, la obligación de servir con objetividad a los intereses generales no puede ser reducida al mero acto de motivar, porque la exigencia de “servir” condensa las notas de performatividad y finalismo. Es una obligación cuyo análisis y control requiere de una actuación previa y acabada. Resulta imposible

<sup>47</sup> Montoya Martín, E. (1996), *ob. cit.*, pp. 522-523.

<sup>48</sup> Ciriano Vela, C. D. (2000). *Administración económica y discrecionalidad. Un análisis normativo y jurisprudencial*, Valladolid, Lex Nova, p. 565.

conocer si las AAPP cumplen con su obligación si ni siquiera han ejecutado acto alguno tendente a realizarla. Centrar el control en la motivación impide a los tribunales conocer si con las posteriores actividades empresariales públicas se habría logrado el cumplimiento de los intereses generales motivados, y por supuesto mucho más complicado es prever el cumplimiento indirecto de intereses no previstos.

Por otro lado, la misma problemática se aplica a las obligaciones de asignación equitativa de recursos y de cumplimiento de los criterios de eficiencia y economía, reducidas también a su previsibilidad en la motivación de la constitución empresarial. ¿Cómo puede conocer un tribunal de la correcta asignación equitativa de recursos públicos mediante la mera motivación de la constitución de la empresa, y sin que esta haya podido aún dotarse de presupuestos? De igual forma, ¿cómo puede entender que la empresa ha actuado de acuerdo con los criterios de eficiencia y economía si todavía no se han podido ejecutar sus presupuestos? No es posible, simple y llanamente porque los mandatos del artículo 31.2 CE son obligaciones de resultados, no de medios.

A nuestro juicio, el TS opera aquí la reducción de varias obligaciones de resultados a una de medios, de la que se deriva una palmaria consecuencia constitucional: la disponibilidad de la obligación de motivar como instrumento jurisprudencial para enjuiciar preventivamente la constitucionalidad de la iniciativa pública. La capacidad de la que se inviste el TS para anticipar, mediante la motivación, el cumplimiento empresarial de las obligaciones de resultados supone, *de facto*, atribuirse un control de constitucionalidad indirecto y preventivo del acto administrativo por el que se ejerce la iniciativa pública, a pesar de la jurisprudencia del TC, a la que contradice, y que reiteradamente ha rechazado la validez del control preventivo de constitucionalidad —en ese sentido se expresa, entre otras, en las SSTC 77/1985, FJ 4º; 195/2012; y 65/2018, FJ 4º—, salvo en lo concerniente al control previo de los proyectos de Estatutos de Autonomía y sus propuestas de reforma (art. 79 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

#### 2.4. *La economía de mercado como premisa de la competencia*

El principio de competencia constituye otro límite jurisprudencial sobre la iniciativa pública, inferido del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Para el TS, las empresas públicas han de desarrollar su actividad bajo las mismas reglas de libre competencia a las que se someten el resto de empresas en el mercado, es decir, sin disponer de ningún privilegio o excepción selectivos (STS 1278/1989, FJ 3º). De ello se desprende como regla general que las empresas públicas no podrán ser beneficiarias de una financiación privilegiada, en cuanto ello pueda distorsionar el correcto desarrollo de la competencia tal y como la han interpretado el TC y el TS. Con base en el artículo 53.1 CE, la relativización de esta limitación sólo será posible cuando así se prevea en una ley por

la que se creen entidades empresariales públicas, y en la que deberán ser estipulados los recursos financieros que les serán transvasados desde otras empresas o AAPP<sup>49</sup>.

La vinculación del principio de competencia en su expresión limitativa respecto de la iniciativa pública es resultado de la identificación del artículo 38 CE como garantía institucional (STC 83/1984, FJ 3º), “en cuanto elemento de un determinado sistema económico” (STC 227/1993, FJ 4º. e), de la que se deriva una obligación pública objetiva de proteger la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. De entre los múltiples fenómenos socioeconómicos que pueden debilitar o poner en riesgo esta libertad, el TC destaca el desequilibrio o falseamiento de la concurrencia empresarial, es decir, la quiebra de la libre competencia, de tal manera que su defensa frente a las dinámicas del propio mercado (STC 88/1986, FJ 4º) se convierte en el núcleo de la obligación constitucional del artículo 38 CE (STC 135/1992, FJ 8º). Por ende, a fin de asegurar el cumplimiento del principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y privada<sup>50</sup>, también deberá supeditarse la actividad empresarial pública al respeto del principio de libre competencia, impidiendo “prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad” (SSTC 96/2002, FJ 11º, y 135/2012, FJ 5º).

No obstante, consideramos que la forma en que el TS ha recepcionado esta jurisprudencia en su aplicación limitativa a la iniciativa pública afecta excesivamente a la vigencia de principios y valores alternativos al de competencia, y plantea ciertos problemas interpretativos en cuanto al alcance de la garantía del artículo 38 CE. Para empezar, entendemos por libertad de empresa la capacidad de afectar cualquier tipo de bien a la realización de actividades económicas para producir e intercambiar otros bienes y servicios, bajo la premisa de alcanzar un beneficio económico<sup>51</sup>; e interpretamos la fórmula de la economía de mercado como aquella en la que existe una pluralidad de actores libres y autónomos para adoptar decisiones económicas relevantes, sin que ninguno llegue a imponerse sobre el resto<sup>52</sup>. Partiendo de estos planteamientos podemos interpretar el artículo 38 CE, por un lado, como una garantía constitucional para iniciar, ejercer y cesar en libertad<sup>53</sup> una actividad empresarial (STC 83/1984, FJ 3º), en un determinado mercado —susceptible en todo caso de regulaciones públicas que lo “disciplinen, proporcionada y razonablemente” (SSTC 127/1994, FJ 6, y 18/2011, FJ 15º)—; y por otro lado, como una interdicción de conductas empresariales sistemáticas, públicas o privadas, que conllevasen, directa o indirectamente<sup>54</sup>, la expulsión de las empresas ya establecidas en dichos mercados o la imposibilidad fáctica de nuevos capitales de introducirse en ellos.

<sup>49</sup> Coscuella Montaner, L. y López Benítez, M. (2011). *Derecho público económico*, Madrid, Iustel, p. 143.

<sup>50</sup> Garrido Falla, F. (1981), *ob. cit.*, p. 66.

<sup>51</sup> Bassols Coma, M. (1985), *ob. cit.*, p. 137.

<sup>52</sup> De Juan Asenjo, O. (1984), *ob. cit.*, p. 144.

<sup>53</sup> Rojo Fernández-Río, Á. J. (1983), *ob. cit.*, p. 327.

<sup>54</sup> González-Varas Ibáñez, S. (2020), *ob. cit.*, p. 1603.

Recuperando aquí la interdicción de privilegiar directa o indirectamente a empresas públicas, generalmente mediante beneficios financieros y fiscales, se observa cómo ello no tiene por qué incidir en un sentido limitativo en la capacidad privada de iniciar, mantener y cesar una actividad económica. Y siempre y cuando tales privilegios no provoquen una tendencia objetiva y localizada de expulsión artificial de la competencia en un mercado concreto, tampoco podrá afirmarse la desnaturalización de la economía de mercado como garantía institucional<sup>55</sup>. En síntesis, sin una regulación excesivamente restrictiva de la entrada y salida de un mercado, y sin un abuso manifiesto en la concesión de beneficios financieros y fiscales, no entendemos posible afirmar la vulneración del principio de competencia a nivel constitucional —como expondremos más adelante, el alcance de dicho principio en el Derecho europeo es más extenso y limitativo—. Por esta razón, consideramos que al obstaculizar la utilización de dichos privilegios, como medidas auxiliares de la iniciativa pública, el TC y el TS reproducen el problemático enjuiciamiento preventivo de constitucionalidad al que hacíamos referencia previamente. En este caso, anticipando posibles ejercicios inconstitucionales de la iniciativa pública —como indudablemente lo sería la expulsión de competidores de un mercado mediante al abuso de privilegios fiscales y financieros—, se restringe desproporcionada y preventivamente todas aquellas iniciativas que vayan acompañadas de privilegio alguno en cuanto medida auxiliar, aun cuando tales privilegios no vulneran por sí mismos el principio de competencia, sino que, a lo sumo, lo relativizan. Y esta restricción no es baladí en términos constitucionales, dado que la concesión de determinados privilegios fiscales o financieros a las empresas públicas podría reforzar el cumplimiento de objetivos de interés público perseguidos por la iniciativa pública, que a su vez se podrían traducir en la realización de valores y principios inherentes al Estado social, tales como la búsqueda de la igualdad real y efectiva, la redistribución de la riqueza, o la corrección de los desequilibrios económicos interterritoriales.

## 2.5. *Los artículos 128.1 y 135 CE*

No será hasta la STC 54/2017 cuando se establezcan los límites jurisprudenciales más recientes a la iniciativa pública, siguiendo el patrón de interpretaciones sistemáticas ya descrito, mediante el que se prima la sobreprotección de los preceptos constitucional-económicos de mercado en detrimento de aquellos de potencial más intervencionista. Aquí, el TC vincula el ejercicio de la iniciativa pública a la subordinación de toda la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE) y al principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). Si ponemos en relación el primero de estos límites con la exigencia previa del TS de respetar el “interés público” del artículo 103.1 CE, se observa cómo el TC incurre en una confusa tautología. Resulta ciertamente complicado entender cuáles pueden ser las virtualidades limitativas de

<sup>55</sup> Corcuera Atienza, J. (1997), *ob. cit.*, p. 262.



someter la iniciativa pública, al mismo tiempo, al interés público del artículo 103.1 y al interés general del artículo 128.1, ambos conceptos indeterminados, de alcance y distinción difícilmente discernibles. Más aún si tenemos en cuenta que, con esta interpretación, el apartado primero del artículo 128, presupuesto habilitante de la iniciativa pública, se convierte en su propio límite<sup>56</sup>. Por ende, sin que resulte posible deducir la innovación constitucional introducida por dicha limitación, debemos concluir que su función, en consonancia con la lógica de la línea jurisprudencial reseñada, es la de servir como justificación para futuras argumentaciones restrictivas de la iniciativa pública.

Por lo que respecta a la estabilidad presupuestaria, convenimos en la adecuación de su vinculación a la iniciativa pública. Por un lado, las obligaciones constitucionales que derivan de este principio se encuentran relativamente concretadas en el artículo 135 CE, lo que permite a las AAPP adecuar su actividad empresarial a su correcto cumplimiento, y a los tribunales enjuiciar este último con cierta objetividad. Por otro, se trata de un principio cuyo contenido, la exigencia de estabilidad presupuestaria, es claramente aplicable a la financiación y al presupuesto de las empresas públicas que, como componentes del entramado orgánico de las AAPP, quedan incluidas en el ámbito de aplicación objetiva del precepto.

### 3. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INICIATIVA PÚBLICA

Como habrá podido observarse, la jurisprudencia examinada presenta una serie de problemáticas interpretativas, caracterizadas por una argumentación en ocasiones incongruente y tautológica, pero generalmente incompleta dado que, ante la parcialidad que integra en beneficio de las garantías constitucionales liberal-capitalistas, desplaza del debate jurídico argumentaciones perfectamente válidas en defensa de un ejercicio más intervencionista de la iniciativa pública. Así, tanto el TC como el TS han hecho uso de conceptos jurídicos indeterminados discrecionalmente interpretados para articular una camisa de fuerza sobre el potencial intervencionista de la iniciativa pública, a lo que se suma la interpretación extensiva de determinados principios que, desde un plano exclusivamente constitucional, no presentan un alcance tan restrictivo como el que les otorga la jurisprudencia en esta concreta materia. Esta potestad de interpretación jurídica discrecional, residente en el TC, es intrínseca a la necesidad de todo ordenamiento constitucional de localizar en un determinado órgano la decisión definitiva sobre los conflictos jurídicos. Dicha potestad cobra especial relevancia cuando se trata de resolver conflictos originados por la compleja interpretación de conceptos jurídicos anfibológicos, abiertos y flexibles como los de

<sup>56</sup> El TC incurre aquí en una palmaria alienación constitucional, es decir, en la utilización de un precepto en el sentido opuesto para el que fue redactado, como se señala en De Cabo Martín, C. (2010). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Editorial Trotta, p. 118.

la CEE, consecuencia tanto del recurso a compromisos apócrifos<sup>57</sup> que permitieran la convergencia constitucional de intereses contradictorios<sup>58</sup> sin poner en riesgo el proceso constituyente, como de los contornos difusos que por antonomasia caracterizan a la juridificación de conceptos de política económica<sup>59</sup>.

Sin embargo, la “pasión por el límite”<sup>60</sup> presente en la jurisprudencia sobre la iniciativa pública se ha erigido en contradicción sistemática con las lógicas de apertura y flexibilidad que deberían regir nuestro ordenamiento constitucional, para que este pudiera actuar como espacio de confluencia de posicionamientos políticos y económicos profundamente diferentes, que garantizase así que las alternativas políticas y de gobierno no fueran programadas de forma definitiva e irreversible (STC 11/1981, FJ 7º). En otras palabras, esta línea jurisprudencial ha provocado la predeterminación jurídica de las posibilidades de ejercicio de este instrumento de intervención desarticulando así su alcance transformador y restringiendo el campo del pluralismo político-económico. La contradictoria subordinación de la iniciativa pública a la vertiente del principio de competencia analizada es muestra de ello: el ejercicio de la iniciativa pública en un sentido socializante y materialmente transformador sólo resulta plenamente funcional si queda exento de presupuestos y condicionantes crematísticos. En esencia, la obtención del máximo beneficio económico posible y la implementación de políticas y servicios característicos del Estado social responden a premisas dispares, de dudosa compatibilidad. La obligación de conceder el mismo tratamiento a las empresas públicas y privadas, con base en el principio de competencia, fuerza también la equiparación de sus lógicas, debiendo las primeras someterse a la persecución del lucro económico para subsistir sin privilegios públicos en mercados competitivos, lo que imposibilita que se guíen principalmente por el cumplimiento de fines sociales y redistributivos<sup>61</sup>. A resultas de lo anterior, el alcance del ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica queda desnaturalizado con el bloqueo de sus efectos transformadores sobre la realidad socioeconómica, hasta el punto de que su utilización ha sido residual en las últimas décadas, impidiendo la emancipación pública “de los flujos económicos privados mediante una sólida base de poder económico propio”<sup>62</sup>. Además, y como impedimento político, a estas dificultades jurídicas de ejercer la

<sup>57</sup> Schmitt, C. (2019). *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, p. 69.

<sup>58</sup> Lassalle, F. (2012). *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, Ariel, p. 30.

<sup>59</sup> Azpitarte Sánchez, M. (2024). “Constitución y dirección de la política económica: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de noviembre de 2023”, *Revista general de derecho constitucional*, núm. 41, p. 254.

<sup>60</sup> Requejo Pagés, J. L. (2016). *El sueño constitucional*, Oviedo, KRK Ediciones, p. 21.

<sup>61</sup> Previamente hemos defendido la conveniencia de permitir la fundamentación de la iniciativa pública en el lucro como interés público. No pretendemos desdeñarnos aquí, sino resaltar el hecho de que cuando la lógica perseguida por la iniciativa pública es de intervención social o redistributiva, debe someterse a la competencia y, por tanto, al aprovechamiento económico como dinámica guía, pero paradójicamente, cuando este aprovechamiento es la justificación real de la iniciativa, deberá revestirse de la apariencia de otro interés público para cumplir con el mandato jurisprudencial de motivación.

<sup>62</sup> Heller, H. (2020). *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, p. 181.

iniciativa pública, desarrolladas por la jurisprudencia, debemos añadir el consenso ideológico al que se adscribe la mayor parte del arco partidista con representación política relevante, concretado en el rechazo sistemático al recurso de este instrumento de intervención, así como al del resto de mecanismos del artículo 128.2 CE.

Llegados a este punto, entendemos posible expandir la interpretación adelantada *supra* sobre la función desarrollada en esta jurisprudencia por el principio de compatibilidad como paraguas jurídico y fuente conceptual de todas las restricciones descritas. La introducción de este principio con la aprobación de la CE perseguía la expansión de las posibilidades de ejercicio de la iniciativa pública, formalmente subsidiaria durante el periodo franquista, a fin de equipararla jurídicamente con la iniciativa privada. No obstante, para la jurisprudencia, la necesidad de compatibilidad entre iniciativas exige una relativización mutua de sus respectivos alcances: la privada pierde la prioridad que le otorgaba el principio de subsidiariedad, mientras que la pública se subordina a una determinada interpretación del principio de especialidad, de “rigurosa invención” jurisprudencial<sup>63</sup>, y fuente de las problemáticas constitucionales estudiadas. El escenario que resulta del principio de compatibilidad es el de una iniciativa privada que puede ser ejercida con libertad de fines, frente a una iniciativa pública que, con base en el principio de especialidad, se somete al principio de competencia (art. 38 CE), al interés público (art. 103.1 CE), al interés general (art. 128.1 CE) y al principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). Entendemos que esta desequilibrada relación jurídica entre iniciativas reincorpora tácitamente un matizado principio de subsidiariedad en nuestro ordenamiento<sup>64</sup>. Si la iniciativa pública está limitada a la satisfacción de intereses públicos, se excluye al lucro como parte integrante de aquellos, y además debe operar de acuerdo con el principio de competencia, previsiblemente las empresas privadas se orientarán hacia los mercados más rentables mientras desatienden aquellos menos lucrativos —frecuentemente relacionados con la prestación y cobertura de servicios sociales económicamente poco eficientes—, a los que se verá relegada la iniciativa pública dada la consecuente atenuación de la competencia privada en el sector, la ausencia de rentabilidad suficiente y la presencia de un interés público apreciable.

Frente a esta aplicación de la especialidad, proponemos su resignificación no ya como principio jurídico restrictivo, sino como criterio de resolución de conflictos entre normas. La especialidad como criterio implica la prevalencia de la norma especial sobre la general, mediante la autolimitación de la misma fuente del derecho que las sostiene<sup>65</sup>. La utilización de este criterio para resolver el conflicto normativo entre los artículos 38 CE y 128.2 CE permitiría interpretar la especialidad de este último

<sup>63</sup> Sosa Wagner, F. (1990). “Comentario a la desafortunada Sentencia de Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989 (asunto, empresa municipal de Barcelona “Iniciatives”)”. *Poder Judicial*, núm. 19, p. 310.

<sup>64</sup> González-Varas Ibáñez, S. (2020), *ob. cit.*, p. 1510.

<sup>65</sup> Balaguer Callejón, F. (2022). “La coherencia del ordenamiento jurídico”. *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 37, p. 279.

como prevalencia de norma constitucional especial —iniciativa pública— sobre norma constitucional general —iniciativa privada—. Mediante esta aproximación al principio de especialidad, la mayoría de las restricciones jurisprudenciales operadas sobre la iniciativa pública resultarían inaplicables o, al menos, deberían ser reconfiguradas, promoviendo la recomposición de la desequilibrada relación jurídico-constitucional entre ambas iniciativas.

Finalmente, ha de reseñarse que con la introducción de todas las limitaciones a la iniciativa pública estudiadas se produce una aproximación del marco constitucional español a la lógica normativa en materia económica de la UE. El Derecho económico de la Unión se caracteriza por la primacía del principio de competencia como fundamento de las dinámicas económicas sobre las que se asientan el mercado común y la Unión Económica y Monetaria, prescindiendo “de la iniciativa pública en la actividad económica como motor de crecimiento”<sup>66</sup>. Así, el modelo económico europeo queda formulado como “una economía social de mercado altamente competitiva” en el artículo 3.3 del Tratado de la UE (TUE), cuya primera garantía se localiza en las normas sobre competencia del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) —artículos 101 a 109—, desarrolladas por los reglamentos y directivas sobre competencia. Con base en el principio de primacía y el efecto de aplicabilidad directa, todas estas normas resultan aplicables al ordenamiento económico español, también a nivel constitucional, y por supuesto podrían haber actuado como soporte jurídico de la limitación a la iniciativa pública, constatando la inapelable realidad de una CEE cuyo alcance material queda configurado no sólo por sus propios preceptos, sino también por “los contenidos de la Constitución Europea, y sus desarrollos”<sup>67</sup>. De hecho, las consecuencias constrictivas para el ejercicio de la iniciativa pública habrían sido similares de aplicarse el Derecho europeo de competencia. Sin embargo, la jurisprudencia española ha recurrido sistemáticamente a la interpretación de preceptos exclusivamente constitucionales para limitar la iniciativa pública, hasta el punto de provocar una retorsión del propio tenor literal de determinados preceptos o de las lógicas sistemáticas y teleológicas que vertebran la CEE. De esta manera, se ignora el parámetro jurídico adecuado y óptimo para aplicar las restricciones, el europeo, provocando una pretendida mutación<sup>68</sup> constitucional del significado de determinados

<sup>66</sup> Troncoso Reigada, A. (1997). *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, Marcial Pons, p. 77.

<sup>67</sup> Muñoz Machado, S. (2004). *Constitución*, Madrid, Iustel, pp. 322-323.

<sup>68</sup> La discusión doctrinal en torno a la pretendida mutación de la Constitución tras la adhesión española a la UE ha sido sumamente rica y conflictiva. Para una aproximación a la mutación y su discusión en el campo específico de la CEE destacamos, entre otros: Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (1999), *ob. cit.*, pp. 25 y ss.; Meliá Cancio, J. (2002). “La constitución económica: promesas incumplibles”. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, pp. 82 y ss.; Menéndez Menéndez, A. J. (2012). “La mutación constitucional de la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, pp. 41-98; y Moreno González, G. (2022). “La internacionalización de la constitución económica nacional: la problemática recepción del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 126, pp. 104 y ss.

preceptos de la CEE para adaptarse a aquel, en lugar de aceptar la posibilidad de abrir un procedimiento de reforma constitucional con participación ciudadana, mediante el que se determine democráticamente las facultades y los límites de la intervención pública en la economía. Una reforma por otro lado ya ineludible, dada la “dinamici- dad que al ordenamiento constitucional impone la realidad política y social”<sup>69</sup> española tras la adhesión a la UE.

#### 4. CONCLUSIÓN: UNA NECESARIA Y POLIÉDRICA REFORMA

En el transcurso de estas páginas se ha expuesto el *iter* seguido por la jurisprudencia española para articular una amalgama de limitaciones sobre el ejercicio de la iniciativa pública en la economía, manteniendo siempre como referencia tácita el ordenamiento económico europeo, de idéntica pulsión constrictiva sobre este tipo de instrumentos. Por consiguiente, toda propuesta de reforma normativa que pudiera ser planteada sobre la iniciativa pública carecería de sentido si no se aborda previamente la conflictiva relación, a este respecto, entre el Derecho europeo y la CE. En otras palabras, si se pretende recuperar la posibilidad del ejercicio plenamente inter- vencionista de la iniciativa pública, será necesario llevar a cabo un proceso paralelo de reforma, en un sentido negativo, tanto del Derecho económico europeo como de la CEE, incidiendo en los institutos y principios jurídicos que determinan el marco de restricción de la iniciativa pública.

A nivel europeo, se requeriría primeramente la revisión del Derecho originario, particularmente de los artículos 101 a 109 TFUE, para mitigar el efecto limita- tivo del principio de competencia en las facultades de intervención pública en la economía, reguladas en las Constituciones nacionales. Para ello, podría modificarse el alcance del principio de paridad de trato entre empresas públicas y privadas, re- ducir las restricciones a las ayudas públicas, y reconceptualizar la aproximación del Derecho europeo a los procesos de concentración económica pública y al abuso de posiciones dominantes, introduciendo excepciones a su prohibición justificadas en un interés público, sometido este último a una interpretación extensiva.

Seguidamente, en un proceso descendente, deberían reformarse las normas de Derecho derivado, reglamentos y directivas en la materia, siguiendo el patrón re- ductor de la capacidad constrictiva del principio de competencia. El corolario de esta reforma sería la necesaria modificación de la jurisprudencia del Tribunal de Jus- ticia de la UE, relativa a dicho principio y a la prohibición de ayudas y privilegios públicos sobre las empresas de titularidad pública. Como precedente a esta rela- tivización de las normas de competencia, encontramos las medidas de emergencia europeas adoptadas durante la COVID-19 y la crisis energética posterior, por las que

<sup>69</sup> De Vega García, P. (1995). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, p. 180.

se excepcionaba la aplicación de tales reglas a determinadas intervenciones públicas, verbigracia, la concesión de ayudas a empresas estratégicas. Unas medidas guiadas por el interés público de mitigar el daño económico repercutido a la ciudadanía como consecuencia de ambas crisis. En un sentido similar se orienta el reciente Informe Draghi, al afirmar la necesidad de que ciertos intereses públicos, como el incentivo a la innovación, la seguridad y la resiliencia económica sean introducidos como criterios de modulación de las reglas de competencia<sup>70</sup>. Interpretando extensivamente estas políticas y propuestas, nada impediría la incorporación de criterios adicionales moduladores del principio de competencia, fundamentados, por ejemplo, en intereses públicos de carácter social como la redistribución de la riqueza, el acceso asequible por la ciudadanía a bienes y servicios primarios, o la protección del medio ambiente. Este es el enfoque en el que se fundamenta la propuesta de reforma que planteamos, para transitar desde unas respuestas normativas coyunturales, descoordinadas y de emergencia, hacia una regulación estructural europea del “principio de competencia relativizado”.

En caso de realizarse efectivamente el proceso de revisión planteado, podría producirse una reforma del ordenamiento infraconstitucional español en la materia, trasladando la reinterpretación de las reglas de competencia europeas a la Ley 3/1991 de Competencia Desleal y a la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

Por supuesto, todas las medidas de reforma propuestas deberían estar limitadas por unas reglas mínimas e infranqueables, que impidieran la quiebra del mercado interior y la completa desnaturalización de las libertades económicas europeas. Con todo, es menester resaltar que esta garantía normativa no puede confundirse con la actual sacralización del principio de competencia en el ordenamiento europeo, sino como la premisa estructural de unidad de mercado que no podría ser rebasada por la relativización propuesta. En otras palabras, destacamos la necesidad de mantener las relaciones europeas de mercado interior y competencia, pero moduladas por criterios e intereses alternativos de carácter social, con los que no mantienen dinámicas de antagonismo intrínseco e irresoluble, como aparentemente se desprende del ordenamiento europeo económico y del consenso ideológico que lo sostiene, sino de plausible complementariedad. En suma, proponemos la traslación progresiva del marco de la Constitución económica del Estado social al Derecho de la Unión Europea<sup>71</sup>, recuperando la apertura y flexibilidad que siguen permeando el articulado de las Constituciones nacionales en el campo económico.

Dada la actual configuración de la normativa europea en la materia, así como su primacía y aplicabilidad directa sobre el Derecho nacional, esta revisión es la

<sup>70</sup> Draghi, M. (2024). “The future of European competitiveness — In-depth analysis and recommendations”. Informe inédito. Comisión Europea, pp. 298-306.

<sup>71</sup> Un análisis integral -no sólo acotado a la Constitución económica- acerca de la devaluación de nuestro Estado social, así como una propuesta para su restablecimiento a nivel constitucional y su desarrollo en el Derecho europeo pueden encontrarse en Jimena Quesada, L. (2017). *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.

única vía mediante la que resultaría posible recuperar dicha apertura y flexibilidad, junto con el espacio sustraído al pluralismo político de opciones económicas en su vertiente más intervencionista. Y esta revisión es necesaria a pesar de que el mismo Derecho originario insista en su renuncia a prejuzgar el régimen de la propiedad en los Estados miembros (art. 345 TFUE) y, por tanto, indirectamente, el régimen de titularidad pública de los sectores económicos. Dado que si bien no lo prejuzga formalmente, sí lo limita funcionalmente por medio de su normativa sobre competencia, monopolios estatales, control de la concentración y ayudas estatales<sup>72</sup>. En consecuencia, mientras las normas de competencia europea mantengan inmutable su actual acepción ideológica, toda pretendida reforma del ordenamiento económico nacional en sentido contrario devendrá inaplicable por oposición al Derecho europeo.

En todo caso, dadas las previsibles resistencias políticas y económicas que suscitaría la revisión propuesta, tanto a nivel supranacional como interestatal, resulta más viable impulsar una reforma de nuestro ordenamiento constitucional económico en un sentido negativo, tal y como hemos avanzado. Nos referimos a una reforma negativa en tanto que el cambio constitucional efectuado no incorporaría nuevas potestades ni ampliaría el marco para el ejercicio de la intervención directa en la economía, sino que restringiría la capacidad de la jurisprudencia ordinaria y constitucional para realizar interpretaciones restrictivas. A este respecto, podría ser reformado el artículo 128.2 CE para establecer la relativización de las normas de competencia en favor de determinados ejercicios de la iniciativa pública, o su directa suspensión ante ciertos presupuestos habilitantes, recuperando así la apertura del campo de intervenciones válidas que del tenor literal de la CEE se pueden inferir. Asimismo, podría introducirse una cláusula en este artículo que obligara a la jurisprudencia a reinterpretar extensivamente el alcance del ejercicio de la iniciativa pública, incluso incorporando la prohibición de reproducir las concretas interpretaciones restrictivas analizadas en este trabajo.

Con ello, se recuperaría la apertura y flexibilidad interpretativa cercenada por la jurisprudencia, así como la vigencia del valor del pluralismo político en materia económica, depurando así la CEE de límites pretorianos discrecionales, y evitando un conflicto interordinamental directo con el Derecho económico europeo al no contradecir expresamente sus postulados.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, E. (2004). “La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la

<sup>72</sup> Alonso Ureba, A. (1986). “El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas”, en García de Enterría, E., González Campos, J. D. y Muñoz Machado, S. (Dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Tomo I*, Madrid, Civitas, p. 260.

- Constitución española)". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, pp. 123-159.
- ALONSO UREBA, A. (1986). "El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas", en García de Enterría, E., González Campos, J. D. y Muñoz Machado, S. (Dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Tomo I*, Madrid, Civitas, pp. 251-274.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1981). "La empresa pública", en Garrido Falla, F. (Dir.), *El modelo económico en la Constitución española, volumen 2º*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, pp. 13-234.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2024). "Constitución y dirección de la política económica: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de noviembre de 2023". *Revista general de derecho constitucional*, núm. 41, pp. 228-264.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2022). "La coherencia del ordenamiento jurídico". *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 37, pp. 261-296.
- BASSOLS COMA, M. (1985). *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos.
- CAMISÓN YAGÜE, J. Á. (2021). *Constitución económica: transformaciones y retos*, Madrid, Marcial Pons.
- CIRIANO VELA, C. D. (2000). *Administración económica y discrecionalidad. Un análisis normativo y jurisprudencial*, Valladolid, Lex Nova.
- CORCUERA ATIENZA, J. (1997). "La iniciativa pública en materia económica y sus límites", en García Herrera, M. Á. (Dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, pp. 255-286.
- COSCUELLA MONTANER, L. y LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2011). *Derecho público económico*, Madrid, Iustel.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2006). *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DE CABO MARTÍN, C. (1986). *La crisis del Estado Social*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias.
- DE CABO MARTÍN, C. (2010). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid, Editorial Trotta.
- DE JUAN ASENJO, O. (1984). *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (1996). "Artículo 128: Riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público", en Alzaga Villaamil, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo X*, Madrid, Cortes Generales: EDSA, pp. 45-86.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1995). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos.
- DRAGHI, M. (2024). "The future of European competitiveness — In-depth analysis and recommendations". Informe inédito. Comisión Europea.



- ESCRIBANO COLLADO, P. (1985). "El orden económico en la Constitución española de 1978". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, pp. 77-109.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. (2003). "El Estado Social". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, pp. 139-180.
- GARCÍA HERRERA, M. Á. (2015). "Estado social y estado económico". *Jueces para la democracia*, núm. 84, pp. 51-66.
- GARCÍA HERRERA, M. Á. y MAESTRO BUELGA, G. (2009). "Estado-mercado y crisis sistémica". *Jueces para la democracia*, núm. 65, pp. 8-23.
- GARCÍA PELAYO, M. (1991). *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARRIDO FALLA, F. (1981). "Introducción general", en Garrido Falla, F. (Dir.), *El modelo económico en la Constitución española, volumen 2º*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, pp. 15-102.
- GARRORENA MORALES, Á. (1988). *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (1994). "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas". *Revista de administración pública*, núm. 135, pp. 149-212.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (1994). "Nuevas perspectivas jurídicas respecto a la actuación de los poderes públicos (Con referencia especial a la actividad local)". *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 261, pp. 53-122.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2020). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas.
- GRIMM, D. (2020). *Constitucionalismo: pasado, presente y futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- GUIMERÁ RICO, J. J. (2020). *Las sociedades públicas. Fundamento y límites de la huida al Derecho privado*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- HELLER, H. (2020). *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
- HERNANDO NIETO, E. (2000). "Entre la excepción y la regla: el decisionismo jurídico frente a la escuela de Frankfurt". *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 40, pp. 219-228.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (1999). "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, pp. 11-32.
- JIMENA QUESADA, L. (2017). *Devaluación y blindaje del estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LASA LÓPEZ, A. (2013). "Algunas consideraciones metodológicas a propósito de la nueva relación entre Estado, Derecho y Justicia Social en el constitucionalismo de mercado europeo". *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, núm. 61, pp. 155-192.

- LASA LÓPEZ, A. (2019). “La desnormativización constitucional del Estado social: la contrarreforma silente”. *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 64, pp. 130-159.
- LASSALLE, F. (2012). *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, Ariel.
- LÓPEZ GUERRA, L. M. (1983). “El modelo económico en la constitución”. *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 2, pp. 17-25.
- LUCAS VERDÚ, P. (1984). *Curso de Derecho Político, Volumen IV*, Madrid, Tecnos.
- MELIÁ CANCIO, J. (2002). “La constitución económica: promesas incumplibles”. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, pp. 49-101.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J. (2012). “La mutación constitucional de la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, pp. 41-98.
- MONTOYA MARTÍN, E. (1996). *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.
- MORENO GONZÁLEZ, G. (2017). “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones”. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, núm. 20, pp. 117-156.
- MORENO GONZÁLEZ, G. (2022). “La internacionalización de la constitución económica nacional: la problemática recepción del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 126, pp. 89-118.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2004). *Constitución*, Madrid, Iustel.
- NIETO CAROL, U. (2019). *Constitución económica de 1978*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (2016). *El sueño constitucional*, Oviedo, KRK Ediciones.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. (1983). “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”. *Revista de derecho mercantil*, núm. 169-170, pp. 309-344.
- SCHMITT, C. (2019). *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial.
- SOSA WAGNER, F. (1990). “Comentario a la desafortunada Sentencia de Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989 (asunto, empresa municipal de Barcelona “Iniciatives”)”. *Poder Judicial*, núm. 19, pp. 309-312.
- TRONCOSO REIGADA, A. (1997). *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, Marcial Pons.
- VICIANO PASTOR, R. y MORENO GONZÁLEZ, G. (2018). “Artículo 128”, en Pérez Tremps, P. y Saiz Arnaiz, A. (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española — Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1789-1799.
- ZAGREBELSKY, G. (2019). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta.

**Title**

Case-Law limits to the constitutionality of public economic initiative

**Summary**

1. INTRODUCTION. 2. PUBLIC INITIATIVE AND ITS LIMITATION BY CASE LAW. 2.1. Public initiative as an instrument of direct intervention. 2.2. The apparent overcoming of the principle of subsidiarity. 2.3. The Administration's subjection to the public interest. 2.4. The market economy as a premise of competition. 2.5. Articles 128.1 and 135 CE. 3. THE DENATURALIZATION OF PUBLIC INITIATIVE. 4. CONCLUSION: A NECESSARY AND MULTIFACETED REFORM.

**Resumen:**

Tras la II Guerra Mundial, en un contexto de expansión del constitucionalismo social, los Estados europeos se dotan de constituciones económicas abiertas, flexibles y pluralistas, integradoras de alternativas político-económicas tanto liberal-capitalistas como intervencionistas y socializantes. Entre los mecanismos previstos para materializar estas últimas se encuentra la iniciativa pública en la actividad económica, un instrumento de intervención de uso generalizado durante décadas, sobre cuya base las Administraciones Públicas llegaron a participar intensamente en sus mercados y sectores económicos nacionales, incluso ocupando posiciones dominantes en aquellos. La Constitución española no es una excepción en el reconocimiento de este instrumento, ampliamente utilizado por los poderes públicos hasta la incorporación de España en la Unión Europea y la oleada privatizadora de los años 80 y 90. Paralelamente a su progresivo desuso institucional, la jurisprudencia española despliega sobre la iniciativa pública una serie de limitaciones, derivadas de interpretaciones sistemático-constitucionales, que desembocan en una severa restricción de su ejercicio más intervencionista, en síntesis con los similares efectos que se desprenden de la primacía del principio de competencia desde el ordenamiento económico europeo. A lo largo de este estudio se analizará dicha línea jurisprudencial, se inferirán sus principales consecuencias constitucionales, particularmente en lo referente a la afectación del pluralismo político, y se expondrá una serie de propuestas de reforma alternativamente orientadas a la recuperación de marcos normativos para el desarrollo de una posible iniciativa pública más intervencionista, o a la definitiva positivación democrática de sus límites.

**Abstract:**

After World War II, in the context of the expansion of social constitutionalism, European states adopted open, flexible, and pluralistic economic constitutions, integrating both liberal-capitalist and interventionist-socialist political-economic alternatives. Among the mechanisms provided to materialize the latter was the public initiative in economic activity, an

instrument of intervention that was widely used for decades, on the basis of which public administrations came to participate intensively in their national markets and economic sectors, even achieving dominant positions in some of them. The Spanish Constitution is no exception in recognizing this instrument, which was widely used by public authorities until Spain's entry into the European Union and the privatization wave of the 1980s and 1990s. Parallel to its gradual institutional disuse, Spanish case-law has imposed a series of limitations on the public initiative, derived from systematic-constitutional interpretations, resulting in a severe restriction on its more interventionist exercise, in line with the similar effects arisen from the primacy of the competition principle in the European economic order. This study will analyze this jurisprudential trend, infer its main constitutional consequences, particularly concerning the impact on political pluralism, and propose a series of reforms aimed at either recovering normative frameworks for the development of a more interventionist public initiative or definitively establishing its democratic limits.

**Palabras clave**

Iniciativa pública; intervención en la economía; Estado social; límites jurisprudenciales; principio de competencia.

**Keywords**

Public initiative; intervention in the economy; Social State; jurisprudential constrictions; principle of competition.