

Josep Oriol Llebot Majó  
Universitat de Girona

## Sumario

-  
*En este trabajo se analizan las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública en el ordenamiento jurídico español. Para esto es preciso primero poner de manifiesto que los poderes públicos despliegan actividades económicas en virtud de una pluralidad y diversidad de habilitaciones entre las que se encuentra la potestad de iniciativa económica pública. La característica fundamental de esta potestad reside en que las actividades económicas desplegadas por los poderes públicos han de llevarse a cabo sujetas al mismo marco legal y condiciones que los particulares. Esta característica se condensa en el principio de neutralidad competitiva que comprende todo el marco legal y condiciones al que están sujetos los poderes públicos en el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública y cuyo fundamento normativo es posible situarlo en la propia CE y en el TUE y el TFUE. La aplicabilidad del principio de neutralidad competitiva a las formas de organización que están a disposición de los poderes públicos nos permite deslindar entre todas las únicas que pueden ser válidamente adoptadas. Establecido así el marco jurídico de análisis a continuación se estudian las disposiciones que tanto en el ámbito estatal como en el autonómico y el local contienen el régimen de las formas organizativas a disposición de los poderes públicos para el ejercicio de la iniciativa económica pública con la finalidad de mostrar la coherencia o no de estas con respecto al principio de neutralidad competitiva.*

## Abstract

-  
*In this paper, the valid organizational forms for the exercise of the power of public economic initiative within the Spanish legal system are analysed. To this end, it is first necessary to highlight that public authorities engage in economic activities based on a plurality and diversity of legal authorizations, among which is the power of public economic initiative. The fundamental characteristic of this power lies in the fact that the economic activities carried out by public authorities must be conducted subject to the same legal framework and conditions as those applicable to private individuals. This characteristic is encapsulated in the principle of competitive neutrality, which encompasses the entire legal framework and conditions to which public authorities are subject in the exercise of the power of public economic initiative, and whose normative foundation can be found in the Constitution itself, as well as in the TEU and the TFEU. The applicability of the principle of competitive neutrality to the organizational forms available to public authorities allows us to distinguish, among all possible forms, those that may be validly adopted. Having thus established the legal framework for analysis, the paper then examines the provisions, at the state, regional, and local levels, that set out the regime governing the organizational forms available to public authorities for the exercise of public economic initiative, with the aim of assessing whether they are consistent with the principle of competitive neutrality.*

**Title:** Public economic initiative and neutrality of organizational forms

**Palabras clave:** Iniciativa económica pública, formas organizativas, principio de neutralidad competitiva

**Keywords:** *Public economic initiative, organizational forms, principle of competitive neutrality –*

-

**DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.03**

2.2026

Recepción  
23/02/2026

-

Aceptación  
23/03/2026

-

1. *Planteamiento*
2. *La pluralidad y diversidad de habilitaciones para el despliegue de actividades económicas por los poderes públicos*
3. *La caracterización de la potestad de iniciativa económica pública*
4. *El principio de neutralidad competitiva (par conditio concurrentium) en la iniciativa económica pública*
5. *La neutralidad de las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública*
6. *Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito estatal*
7. *Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito autonómico*
8. *Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública el ámbito local*
9. *La polivalencia funcional de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública y el régimen especial*
10. *Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Planteamiento\*

La modificación del artículo 49.1 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona<sup>1</sup>, introducida por la Ley 3/2025, de 18 de marzo, de modificación de la Ley 22/1998, de la Carta municipal de Barcelona, ha comportado una alteración sustancial de su contenido normativo. El precepto ha dejado de disponer que «ordinariamente el ejercicio de la iniciativa municipal en la actividad económica debe adoptar la forma de sociedad mercantil con participación íntegra o parcial del Ayuntamiento, organismos autónomos, entidades y otras sociedades municipales» para establecer, en su nueva redacción, que « el ejercicio de la iniciativa municipal en la actividad económica debe adoptar ordinariamente la forma de alguna de las entidades a las que hace referencia el artículo 45.1.c». En virtud de esta modificación, la iniciativa económica municipal puede, con arreglo a la enumeración prevista en el citado artículo 45.1.c, adoptar indistintamente cualquiera de las formas siguientes i) organismos autónomos locales; ii) entidades públicas empresariales locales; iii) sociedades mercantiles municipales; iv) sociedades mercantiles pluripersonales, y v) cualesquiera otras formas jurídicas previstas en la legislación aplicable. Esta ampliación del abanico organizativo hace preciso replantear la cuestión de las formas organizativas de las que pueden servirse los poderes públicos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública<sup>2</sup>.

En el modelo de economía de mercado configurado por la CE los particulares participan ejerciendo el derecho de libertad de empresa reconocido en el primer inciso del artículo 38 CE pero también los poderes públicos pueden participar en el mercado mediante el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública otorgada directamente a éstos en el primer inciso del artículo 128.2 CE. No obstante, mientras el número de formas organizativas puestas a disposición de los particulares para desplegar empresas colectivas, ejerciendo no sólo el derecho de libertad de empresa sino también y simultáneamente el derecho de asociación<sup>3</sup>, no ofrece ninguna duda, en cambio, la legislación pertinente no traza una distinción precisa respecto de las formas organizativas que pueden adoptar los poderes públicos cuando participan en el mercado mediante la potestad de iniciativa económica pública, sino que, como acabamos de ver, pone a su disposición tanto formas organizativas propias de éstos como las previstas para la iniciativa económica privada para el ejercicio colectivo de actividades económicas por los particulares.

---

\* Autor/a de contacto: Josep Oriol Llebot Majó (oriol.llebot@udg.edu).

<sup>1</sup> Vid., últimamente, sobre el régimen especial municipal de Barcelona, CASES PALLARES y AGUILA RECHA, “El régimen especial del Ayuntamiento de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Local*, 2023, págs., 199-230.

<sup>2</sup> Vid., por todos, LAGUNA DE PAZ, “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”; en PÉREZ MORENO (coord.): *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, 1994, págs. 1191-1232, si bien aquí no tratamos de la empresa pública, con el significado que ha de darse a este concepto atendiendo a la noción de empresa establecida en el Derecho de la Unión Europea y a la noción de empresa pública que encontramos en el artículo 2.b de la Directiva 2006/111/CE (*id est*; cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico o de su modo de financiación, en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen), sino de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública que, sin duda, da lugar a la creación de empresas públicas pero esta última y también las nociones de patrimonio empresarial (expresión utilizada en el título VII de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas;) o sector público empresarial (artículo 3.2 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), son nociones más amplias, pues comprenden también el despliegue de actividades económicas constitutivas de empresa por los poderes públicos pero acogidas a una habilitación distinta de la prevista en el primer inciso del artículo 128.2 CE para la iniciativa económica pública.

<sup>3</sup> Vid., por todos, PAZ-ARES/ALFARO, “Comentario al artículo 38”, en RODRIGUEZ-PIÑERO, CASAS BAHAMONDE (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, 2018, págs., 1247 y sigs.

La puesta a disposición de los poderes públicos de esta pluralidad y diversidad de formas organizativas pone de manifiesto que el significado y el alcance de la potestad de iniciativa económica pública todavía no están totalmente perfilados en los diferentes aspectos que comprende<sup>4</sup>. En este trabajo únicamente nos centraremos en el análisis de la disciplina vigente respecto al catálogo de formas organizativas puestas a disposición de las diversas administraciones públicas para el ejercicio de la iniciativa económica pública y su consistencia con el fundamento, significado y alcance de esta potestad. En concreto, trataremos, primero, de poner de manifiesto que los poderes públicos despliegan una pluralidad y diversidad de actividades económicas amparadas en una pluralidad y diversidad de habilitaciones y que no en todos los casos en que lo hacen ejercen la potestad de iniciativa económica pública, sino que a menudo lo hacen en concepto de servicios públicos económicos o personales, en virtud de una reserva legal o como manifestación de la potestad de autoorganización (2).

Establecidas las diversas habilitaciones que amparan las actividades económicas desplegadas por los poderes públicos, a continuación, llevamos a cabo una caracterización de la potestad de iniciativa económica pública para destacar los caracteres de las actividades económicas constitutivas del ejercicio de esta potestad (3), para, posteriormente, detenernos tanto en la exposición del significado del principio de neutralidad competitiva, como elemento caracterizador fundamental de la iniciativa económica pública, como también en el fundamento normativo del mismo que situamos tanto en la CE como en el TUE y el TFUE (4) y así poder poner de manifiesto por qué el significado de este principio se extiende también a las formas organizativas válidas para el ejercicio de esta potestad con el fin de garantizar que los poderes públicos desplieguen las actividades económicas en el mercado sujetos al mismo marco legal y en igualdad de condiciones que los particulares y así no distorsionen la competencia (5).

Por último, analizamos la coherencia con este principio de neutralidad competitiva de las formas organizativas previstas para el despliegue de la iniciativa económica pública tanto en la legislación estatal (6), en la que no encontramos una expresa distinción de las formas organizativas previstas para el desarrollo de actividades económicas en función del ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, como en la autonómica (7), en la que en algún caso sí que encontramos esta distinción de forma implícita y, finalmente, también en la legislación local (8), que es en la que la distinción se encuentra más consolidada pero, a su vez, por eso mismo, más injustificada está la falta de diferenciación de las formas de organizativas.

## **2. La pluralidad y diversidad de habilitaciones para el despliegue de actividades económicas por los poderes públicos**

Los diversos poderes públicos constituidos por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local despliegan una pluralidad y diversidad de actividades económicas a través de organismos y entidades de Derecho público y de Derecho privado vinculadas o dependientes de esas Administraciones y que constituyen una pluralidad y diversidad de formas jurídicas organizativas. Lo que distingue esta pluralidad y diversidad de actividades económicas

---

<sup>4</sup> La referida modificación del artículo 49.1 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, por la Ley 3/2025, de 18 de marzo, de modificación de la Ley 22/1998, de la Carta municipal de Barcelona, constituye una prueba de esta falta de seguridad jurídica con respecto al significado y alcance de la potestad de iniciativa económica pública.

desplegadas por los poderes públicos no es su naturaleza pues, en todos los casos, se trata de actividades consistentes en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios, sino en la naturaleza y caracteres de la habilitación con que cuenta la respectiva administración pública para llevar a cabo la correspondiente actividad.

En una parte las actividades económicas desplegadas por los poderes públicos mediante organismos y entidades de Derecho público y de Derecho privado vinculadas o dependientes son constitutivas de servicios públicos en sentido formal, subjetivo y estricto y consisten en un conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas por ley a los poderes públicos para satisfacer necesidades colectivas de interés general que se caracterizan por prestarse en régimen de monopolio<sup>5</sup>, es decir, sin concurrir con la iniciativa privada en el desarrollo de estas actividades económicas y sujetas a un régimen exorbitante de Derecho público.

En otra parte las actividades económicas llevadas a cabo por los diferentes poderes públicos mediante organismos y entidades de Derecho público y de Derecho privado vinculadas o dependientes son constitutivas también de servicios públicos pero en sentido substantivo, objetivo y amplio<sup>6</sup> y consisten en actividades que se caracterizan porque, a diferencia de las constitutivas de servicios públicos en sentido estricto, se prestan en concurrencia con los particulares que despliegan idénticas actividades económicas en el mercado pero con la

---

<sup>5</sup> El ejemplo paradigmático de estos servicios públicos es en la actualidad la municipalización de actividades en régimen de monopolio ex artículos 26.1 y 47.2.k LBRL como el suministro de agua o el transporte urbano. Esto, no obstante, como es sabido, en los últimos años se ha producido un proceso de liberalización de muchos servicios públicos económicos tradicionales, proceso impuesto por el Derecho comunitario des el convencimiento de que el mercado puede garantizar las prestaciones propias de estos servicios públicos y que la competencia mejorara la cualidad y el precio de estos servicios. La liberalización supone eliminar la reserva legal de la actividad en favor de la Administración y la consiguiente devolución de esta al mercado. Esto es lo que se ha impuesto en servicios como la telefonía (Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones), televisiones (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual i Ley 17 /2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal), servicios postales (Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), suministro de gas (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos) y electricidad (Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico), transportes (Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario), tabaco (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria) y algunos servicios locales como los servicios funerarios (arts. 23 y 24 Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica) y mercados municipales (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local). Ahora bien, éstos servicios no pierden la naturaleza de servicios de interés general y por esto, simultáneamente a su liberalización, el Derecho comunitario construye el concepto de servicio económico de interés general con el objeto de poder exceptuar las normas sobre competencia cuando sea necesario para alcanzar los fines de interés general inherentes a las actividades liberalizadas (cfr. art. 106 TFUE), excepciones que pueden consistir en regímenes de ayudas que alteren la competencia o la imposición de obligaciones de servicio público o de servicio universal a las empresas que los presten. En otro ámbito, la preocupación por conseguir unos niveles de prestación de servicios personales homogéneos dentro de la Unión Europea ha llevado a crear la categoría más amplia de servicios de interés general, comprensiva de los servicios económicos de interés general pero también de los servicios públicos personales o servicios de interés general no económicos que no están afectados por las normas del Derecho de la competencia (cfr. art. 2 Protocolo núm. 26 al TFUE).

<sup>6</sup> Vid., sobre las distintas nociones de servicio público, por todos, ORTEGA BERNARDO, "Competencia, Servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)", *Revista de Administración pública*, 169, 2006, págs., 55-98, y bibliografía citada; vid., también, PAREJO ALFONSO, "Servicios públicos y Servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 7, 2004, págs., 51-68.

diferencia de que, al igual que las constitutivas de servicios públicos en sentido estricto, las desplegadas por los poderes públicos están sujetas a un régimen exorbitante de Derecho público<sup>7</sup>.

Las administraciones públicas también pueden desplegar actividades económicas esenciales que por ley hayan sido reservadas a éstas por razones de interés general en aplicación del segundo inciso del artículo 128.2 in fine CE y, por tanto, la titularidad del sector de actividad reservado es asumida por el correspondiente poder público y sustraído a la iniciativa privada mediante el ejercicio de la libertad de empresa, si bien la actividad reservada puede ser ejercida directamente por el correspondiente poder público en régimen de monopolio o bien se puede encomendar la gestión a los particulares mediante técnicas concesionales<sup>8</sup>. En fin, los poderes públicos también desarrollan actividades económicas con el fin de proveerse de bienes y servicios valiéndose de organismos y entidades de Derecho público y de Derecho privado vinculadas o dependientes que despliegan esas actividades<sup>9</sup> y constituyen una manifestación de la potestad de autoorganización<sup>10</sup> que produce un mercado interno entre la entidad instrumental constitutiva de medio propio y los poderes públicos adjudicadores que contratan con la misma los correspondientes bienes y servicios y que compensan mediante las tarifas aprobadas (artículo 32.2.a.III LCSP) que permiten reducir los costes de transacción<sup>11</sup>.

Por último, los poderes públicos también despliegan actividades económicas que no pueden reconducirse a ninguna de las categorías de habilitaciones anteriores y, por esto, el desarrollo de estas actividades económicas sólo puede ampararse en la potestad de iniciativa económica pública prevista en el primer inciso del artículo 128.2 CE, actividades que han de desarrollarse en régimen de libre concurrencia con los particulares en el mercado y sometidas a las mismas reglas y condiciones que éstos y, por tanto, sin que éstas puedan estar sujetas a ningún régimen exorbitante de Derecho público.

### 3. La caracterización de la potestad de iniciativa económica pública

El primer inciso del artículo 128.2 de la CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. La noción de iniciativa se emplea en este artículo como sinónima de la noción de iniciar o emprender, y emprender una actividad económica equivale a iniciar una empresa, esto es, el ejercicio de una actividad económica organizada de producción o distribución de bienes o de prestación de servicios<sup>12</sup>. El fundamento del reconocimiento de la iniciativa económica

<sup>7</sup> Los ejemplos más destacados de estos servicios públicos prestados en concurrencia con los particulares son la educación (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, artículo 108.4) o la asistencia sanitaria (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículos 3.2, 88 y 89)

<sup>8</sup> Vid., ORTEGA y ARROYO, “Comentario al artículo 128”, en RODRIGUEZ-PIÑERO y CASAS BAHAMONDE (dirs.) Comentarios a la Constitución española, Tomo II, 2018, págs., 837 y sigs.

<sup>9</sup> En relación con estas entidades instrumentales o medios propios personificados que despliegan actividades económicas para las administraciones públicas vid., artículo 32 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y 86 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, en la medida en la que estas entidades instrumentales pueden desplegar hasta un poco menos del 20 por 100 de sus actividades en competencia con otras empresas y, por tanto, también con empresas privadas, debería ser aplicable también a éstas el principio de neutralidad competitiva y sus consecuencias que analizamos a lo largo de este trabajo.

<sup>10</sup> Vid., PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2024, esp., pág., 867.

<sup>11</sup> Vid., sobre la reducción de los costes de transacción en la contratación intragrupo, PAZ-ARES, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, 2019, esp., págs., 85 y sigs.

<sup>12</sup> Esta interpretación gramatical del significado de la expresión “iniciativa económica” enlaza con la realizada de idéntica expresión, aunque referida a la iniciativa económica privada, contenida en el artículo 41 de la constitución italiana de 1947, vid., por todos, GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 1995, esp.,

pública con este significado radica en que éste es preciso para que los poderes públicos puedan llevar a cabo una empresa, por exigencias del principio de legalidad y porque no pueden ser titulares del derecho individual de libertad de empresa reconocido a los particulares en el artículo 38 de la CE<sup>13</sup> pero, es claro, que, de la misma forma que este último derecho debe ejercerse en el marco de una economía de mercado, la empresa producto del ejercicio de la iniciativa económica pública, en tanto que empresa, también ha de desarrollarse en este mismo marco.

Por tanto, no es dudoso, que en el sistema de economía de mercado institucionalizado en la CE las decisiones de iniciar actividades económicas, los bienes o servicios que quieran producirse o prestarse y la forma en que esto se quiera hacer, así como, finalmente, la decisión de cesar en la actividad, decisiones que comprenden los tres aspectos en que se concreta el contenido de la libertad de empresa<sup>14</sup>, son decisiones que no sólo pueden tomar los particulares, en virtud del reconocimiento del derecho constitucional de libertad de empresa (artículo 38 CE), sino también todos los poderes públicos como consecuencia del reconocimiento de la potestad de iniciativa económica pública (art. 128.2 ab initio CE) y mediante la decisión de crear una entidad vinculada o dependiente de ésta que desplegara la correspondiente actividad económica como un nuevo operador en el mercado<sup>15</sup>.

La naturaleza del título que legitima el despliegue de las actividades económicas por los particulares y por los poderes públicos es diversa, pues mientras los primeros gozan del reconocimiento constitucional del derecho de libertad de empresa (art. 38 ab initio y 51.1 CE), los poderes públicos, en cambio, cuentan con una habilitación directamente conferida por la CE para desplegarlas (art., 128.2 ab initio CE)<sup>16</sup>. Los titulares de esta habilitación son todos los poderes públicos y, por tanto, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

No obstante esta diversidad de títulos legitimadores de los particulares y de los poderes públicos, constituye una condición del sistema de economía de mercado que las entidades dependientes o vinculadas creadas por los poderes públicos para desplegar actividades económicas deben someterse a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado<sup>17</sup>, especialmente las derivadas del Derecho de la competencia y, por esto mismo, no pueden percibir ningún tipo de ayudas que supongan ventajas económicas gratuitas, ya sea en forma de prestaciones positivas o mediante intervenciones que rebajen o minoren las cargas que graven el presupuesto de esas entidades que supongan preferencia respecto de otras empresas del sector, ni tampoco utilizar prerrogativas propias de la administración que las ha creado. Es en función de esta igualdad de condiciones en la que han de desarrollar las actividades económicas los poderes públicos y los particulares que debe abordarse la cuestión relativa a la relación entre la libertad de empresa y la iniciativa económica pública, pues en estas condiciones,

---

págs.159 y sigs. Y con respecto al significado de la dimensión funcional del concepto de empresa, vid., por todos, GONDRA, *Derecho Mercantil I, Introducción*, Madrid, 1992, págs., 132 y sigs.

<sup>13</sup> Vid., LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, “La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas juridicopublicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 125, 1991, págs., 557-573.

<sup>14</sup> La doctrina constitucional sobre el derecho fundamental de libertad de empresa se encuentra recogida en la STC (Pleno) 7/2023, de 21 de febrero (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2023) FD 6.

<sup>15</sup> Vid., *infra*, apartado 5.

<sup>16</sup> Vid., por todos, CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, 2006, esp., págs. 96-97; ORTEGA y ARROYO, “Comentario al artículo 128”, op., cit., págs., 834 y sigs.

<sup>17</sup> Vid., *infra*, apartado 4.

no es dudoso, que el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública no comporta ni una restricción ni una limitación de la libertad de empresa de los particulares, pues no reduce el ámbito de ejercicio de este derecho<sup>18</sup>, puesto que en estas condiciones de igualdad los empresarios no prevalecen en el mercado en función de su naturaleza pública o privada sino en función de la mayor eficiencia de sus prestaciones, es por esto que el ejercicio de la iniciativa económica pública no ha de quedar sujeta al juicio de proporcionalidad<sup>19</sup> porque no existe colisión o incompatibilidad de realización simultánea<sup>20</sup> alguna entre la libertad de empresa y la iniciativa económica pública<sup>21</sup> sino que ésta última constituye el equivalente necesario a la libertad de empresa para que los poderes públicos queden habilitados para poder desplegar también actividades económicas.

La interpretación gramatical del primer inciso del artículo 128.2 CE lleva a concluir que éste no somete a ninguna condición positiva el ejercicio de la iniciativa económica pública, tampoco, según la doctrina mayoritaria<sup>22</sup> y la jurisprudencia<sup>23</sup>, al principio de subsidiariedad

<sup>18</sup> En esto seguimos la noción de restricción de los derechos fundamentales de ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, esp., págs. 267 y sigs.

<sup>19</sup> En este sentido, vid. CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, op., cit., esp., págs. 246-248; y ORTEGA y ARROYO, “Comentario al artículo 128”, op., cit., esp., pág. 837, y en contra, afirmando la necesidad de este juicio porque la iniciativa económica pública constituye una injerencia (sic) en el derecho fundamental de libertad de empresa, vid., PAZ-ARES y ALFARO, “Comentario al artículo 38”, op., cit., pág. 1258, si bien el autor citado por éstos como autoridad sostiene la necesidad del juicio de proporcionalidad únicamente cuando la actividad económica desplegada por los poderes públicos afecta de forma sustancial a la actividad económica privada al ser desarrollada al margen de la competencia por la eficiencia porque goza de algún privilegio directo o indirecto, vid., SCHOLZ, en MANUNZ y DURIG, *Grundgesetz Kommentar*, II, Munich, 1981, artículo 12, números 401 y sigs.

<sup>20</sup> La noción de colisión que seguimos también está extraída de la obra de ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op., cit., esp., págs., 87 y sigs.

<sup>21</sup> No obstante, ARIÑO ORTIZ, “La iniciativa pública en la constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de Administración Pública*, 88, 1979, págs. 55-106, y TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, esp., págs. 85 y sigs., y 158 y sigs., afirman que la iniciativa económica pública restringe la libertad de empresa pues puede llegar a suprimir este derecho, llegando, este último autor, a afirmar que una presencia de los poderes públicos en la economía de más del 50 por 100 del PIB puede ser considerado excesivo (sic). Estas afirmaciones que pueden compartirse por lo que respecta a la reserva de actividades prevista en el segundo inciso del artículo 128.2 CE, de ningún modo pueden aceptarse para el caso del ejercicio de la iniciativa económica pública en igualdad de condiciones que los particulares en ejercicio de la libertad de empresa pues esto supondría privar, eventualmente, a la sociedad de empresas más eficientes y, por tanto, de la satisfacción de las necesidades de la sociedad a un coste inferior, por el único motivo de ser públicas las empresas que las satisfacen. En sentido parecido, CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, op., cit., esp., pág. 248, afirma que la libertad de empresa constituye un límite a que la actividad empresarial pública alcance tal extensión que acabe anulando la actividad empresarial privada, afirmación que en un mercado con competencia efectiva no podemos compartir porque es inverosímil y porque en caso de producirse sería producto de la mayor eficiencia de la empresa pública respecto de la privada y, por tanto, en beneficio del conjunto de la sociedad y, en todo caso, potencialmente siempre seguirá existiendo la posibilidad de ejercer el derecho de libertad de empresa.

<sup>22</sup> Vid., autores citados por FERNÁNDEZ FARRERES, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración Económica”; en COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, 2003, pág., 169; y MUÑOZ MACHADO, “Los límites constitucionales de la libertad de empresa»; en COSCULLUELA MONTANER, {coord.}, *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, op. cit., esp., pág. 142.

<sup>23</sup> En este sentido la controvertida STS 1278/1989, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5279) afirma en su FDº 3º que “(p)or un lado, mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (art. 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los órganos de la Administración pública deben responder al interés público que en caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art 103 1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas

preconstitucional<sup>24</sup> que limitaría el ejercicio de esta potestad a los supuestos en que la iniciativa privada no exista o sea insuficiente, de modo que en la CE la subsidiariedad es una posibilidad, pero no una obligación constitucional, posibilidad por la que ha optado el legislador de la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>25</sup>, al establecer que la constitución o toma de participación en sociedades de capital por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi o cualquiera de los entes de su sector público tendrá carácter excepcional, y habrá de motivarse, entre otras causas que procedan, en razones estratégicas determinantes para el sector económico en que actúe la sociedad o en su actuación como medio para garantizar la igualdad de la ciudadanía en el acceso a bienes y servicios en los que, por diversas causas, no exista oferta suficiente o adecuada de la iniciativa privada.

No obstante, como resultado de una interpretación sistemática de los artículos 128.2 y 103.1 CE, la jurisprudencia ha declarado y, posteriormente la doctrina ha acogido mayoritariamente<sup>26</sup>, que mientras los particulares en el ejercicio de la libertad de empresa pueden perseguir cualquier propósito lícito (arg., ex artículo 1275 CC), en cambio, los poderes públicos en el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, al ser la decisión misma de proceder a tal ejercicio un acto del poder público correspondiente requiere en cuanto tal el servicio al interés general (artículo 103.1 CE)<sup>27</sup>, interés general que no puede ser sin más el de creación de la entidad vinculada o dependiente de éste como un nuevo operador en el mercado, sino la consecución por esta entidad de objetivos de interés general de ámbito estatal, autonómico o local y que, en todo caso, son susceptibles de control judicial en virtud del sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE)<sup>28</sup>.

El interés general que ha de ser satisfecho en el ejercicio de la iniciativa económica pública ha de quedar reflejado en el objetivo (*rectius*, causa) que habrá de perseguir la entidad vinculada o dependiente creada con este propósito y no en la actividad o actividades económicas que ésta desplegará. El objetivo se refiere a la finalidad que ha de perseguir la entidad vinculada o dependiente creada y que ha de satisfacer el interés general, mientras que la actividad o actividades que desarrollará tienen carácter instrumental respecto de aquel objetivo perseguido,

---

carentes de justificación". Vid., también, Auto TC (Sección Segunda) 63/1991, de 23 de febrero, FJ 3.b y STC (sala Segunda) 54/2017, de 11 de mayo (BOE núm. 92, de 17 de abril de 2007) FD 5.b [(el ejercicio de esta iniciativa pública no está exento de límites (...)) (h)ay, de un lado, los límites que resultan de otros preceptos constitucionales: la iniciativa pública en la actividad económica, en cuanto poder fiduciario, debe ejercerse en beneficio de intereses públicos (art. 103.1 CE)]

<sup>24</sup> El principio de subsidiariedad figuraba plasmado en diversas disposiciones preconstitucionales como en el punto XI. 4º del Fuero del Trabajo (1938), en el artículo 4.n) de la Ley de 24 de noviembre de 1939, sobre ordenación y defensa de la industria en el décimo principio de la Ley de Principios del Movimiento Nacional (1958), o en el artículo 4.2 de la Ley 194/1963 del Plan de Desarrollo Económico y Social

<sup>25</sup> Vid., artículo 40.4 Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco.

<sup>26</sup> Vid., críticamente, aunque desde una perspectiva alejada del mercado y de la libertad de empresa, GARCIA GUIJARRO, "Los límites jurisprudenciales a la constitucionalidad de la iniciativa pública económica", *Revista de Derecho Político*, 124, 2025, págs. 207-234, esp., págs. 215 y sigs.

<sup>27</sup> En sentido, vid., ROJO, "Actividad económica pública y actividad económica privada en la constitución española", *Revista de Derecho Mercantil*, 1983, págs. 309-344, esp., págs. 319-.321 (El interés general actúa como límite negativo de la iniciativa económica: Esta sea pública o privada, no puede desarrollar en contra del interés general (...)) La empresa pública no es administración en sentido técnico (...) no tiene por qué perseguir necesaria y directamente el interés general). En el mismo sentido, MARTIN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, 1998, esp., págs. 94-95 y 250-251.

<sup>28</sup> Vid., PAREJO, "El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización", *Presupuesto y gasto público*, 83, 2016, págs. 9-46, esp., págs. 34 y sigs.

esto es, mediante el ejercicio de las actividades se ha de dar satisfacción al objetivo<sup>29</sup>. En consecuencia, no es en el análisis de las actividades a desarrollar donde se descubre el interés general perseguido sino en el objetivo que con el despliegue de estas actividades se persigue satisfacer y que por esto es preciso poner de manifiesto en la decisión de ejercitar la iniciativa económica pública<sup>30</sup>. Por esto mismo, el cumplimiento del principio de especialidad de las entidades instrumentales de los poderes públicos por contraposición a la capacidad general de éstos y que como corolario del principio de legalidad se manifiesta en la tipificación de los objetivos y las actividades que pueden desarrollar en la norma o acto de creación y en los estatutos (cfr., artículos 91.2.a, 92.1.a y e, 93.1.a, 114.1.a LRJSP), sirve para determinar el interés general perseguido<sup>31</sup>.

El requisito de la satisfacción del interés general cumple, en tanto que concepto jurídico indeterminado<sup>32</sup>, una doble función delimitadora -negativa una y positiva la otra- de los objetivos que mediante el ejercicio de la iniciativa económica pública pueden perseguirse. La función delimitadora negativa excluye todos aquellos objetivos contrarios al interés general en tanto que constituyen una desviación de poder (artículos 106.1 CE y 70.2 LJCA). Por su parte, la función delimitadora positiva conlleva la obligación de justificar de una manera concreta y específica que el objetivo perseguido satisface el interés general. En la concreción de esos intereses, según el sistema de fuentes del ordenamiento y con el propósito de juridificar el concepto, resulta fundamental partir del cuadro de valores y bienes consagrados por la CE, en especial, en los artículos 40 y 130 que, respectivamente, habilitan a los poderes públicos para promover el progreso económico y el desarrollo de todos los sectores económicos<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> La distinción que formulamos entre las nociones de objetivo y actividad es equivalente a la distinción entre fin común y objeto social formulada con respecto a los elementos que integran la causa del contrato de sociedad (vid., PAZ-ARES, "Comentario al artículo 1665", en PAZ-ARES et al., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, esp., págs. 1322 y sigs.), pero también encontramos formulada esta distinción en la delimitación del ámbito subjetivo de la contratación pública; vid., AYMERICH, Entes instrumentales y Derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de «organismo de Derecho público», *Cuadernos de Derecho Público*, 6, 1999, págs. 113-137, esp., 122-124.

<sup>30</sup> Es por esto por lo que el análisis del objeto social de la sociedad que realiza la STS 1278/1989, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5279), FD 4º a 8º, no le permite determinar el objetivo de la misma y, por tanto, el interés general que con ésta se persigue satisfacer. El problema, por tanto, no está en la falta de precisión del objeto social sino en la ausencia de toda referencia al objetivo perseguido que permita comprobar el carácter instrumental de las actividades con respecto a la satisfacción de este. En este sentido, se trata de un supuesto de falta de justificación adecuada de los datos que podían abonar la presencia del interés público en el caso (vid., NIETO, "La administración sirve con objetividad los intereses generales", en MARTIN RETORTILLO et al., *Estudios sobre la Constitución española*, Vol., 3, 1991, págs. 2185-2254, esp., 2238 y sigs.).

<sup>31</sup> En contra, afirmando la inexistencia del referido principio y remitiendo al requisito de determinación del objeto social de las sociedades de capital, vid., SOSA WAGNER, "Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989", *Poder judicial*, 19, 1990, págs., 309-312.

<sup>32</sup> Vid., GARCIA DE ENTERRIA, "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996, págs. 69-89; contra, NIETO, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", op., cit., passim.

<sup>33</sup> Vid., PAREJO, "El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización", op., cit., esp., págs. 33 y sigs., donde, con respecto a la STS 1278/1989, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5279) afirma que "(d)onde la Sentencia no acierta desde luego es en la derivación de la exigencia de la concurrencia de un interés público específico y concreto del principio de especialidad del objeto social de la empresa resultante de la iniciativa pública. Pues aquí parte el Alto Tribunal de un concepto erróneo, por restringido, de interés público, al excluir la calificación como tal del apoyo a la iniciativa privada empresarial (aunque sea en diversos campos o sectores) para la promoción de la vida económica (en el caso: en el ámbito municipal). Que tal apoyo integra un interés público resulta, sin más, de la habilitación constitucional al Estado (art 131 1) para el estímulo del crecimiento de la riqueza"; PAREJO, "Reflexiones sobre la Economía y la Administración pública en la Constitución", *Cuadernos de Derecho Público*, 25, 2005, págs. 27-54, esp., págs. 44 y

La función delimitadora positiva de los objetivos válidamente perseguibles que impone la exigencia del requisito de satisfacción del interés general, según una parte de la doctrina, abocaría la iniciativa económica pública al principio de subsidiariedad preconstitucional<sup>34</sup> pero si bien es cierto que este requisito restringe el ámbito objetivo de la iniciativa económica pública respecto al de la libertad de empresa de los particulares, no lo es, en cambio, que limite la validez de su ejercicio únicamente a los casos contemplados por el principio de subsidiariedad<sup>35</sup> pues, no es dudoso, que el elenco de objetivos que satisfacen el interés general va más allá de estos supuestos.

La vinculación de la potestad de iniciativa económica pública al interés general no excluye el ánimo de lucro<sup>36</sup>, ni en su dimensión objetiva —esto es, la obtención de un saldo positivo entre ingresos y gastos—, pues, de lo contrario, la actividad económica en el mercado no sería viable; ni tampoco en su dimensión subjetiva, es decir, la apropiación por parte del poder público titular de la entidad vinculada o dependiente del excedente resultante<sup>37</sup>. Así lo ponen de manifiesto figuras societarias como la sociedad cooperativa con una causa típicamente mutualista -la satisfacción de las necesidades económicas o sociales de sus miembros (artículo 1.1 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; en adelante, LCoop)- que, sin embargo, al poder llevar a cabo operaciones con terceros (artículo 4 LCoop), no excluyen la previsión de distribuir entre estos el eventual excedente obtenido en el desarrollo de la actividad empresarial que constituye su objeto social (artículos 16.2.d y 58.3 LCoop)<sup>38</sup>

#### 4. El principio de neutralidad competitiva (*par conditio concurrentium*) en la iniciativa económica pública

El principio de neutralidad competitiva constituye uno de los presupuestos estructurales del sistema de economía de mercado y su contenido radica en la exigencia de que todos los operadores que desarrollan actividades económicas en un mismo mercado lo hagan sometidos a

---

sigs., PAREJO, “Interés público como criterio de control de la actividad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, págs. 125-148.

<sup>34</sup> Vid., BISBAL, “Servicios públicos e iniciativa económica pública”, en FONT, *Informe sobre el gobierno local*, 1992, págs., 195-244, esp., págs. 206-209 y 241-243 (el interés público, así concebido (...) condicionaría nuevamente la iniciativa económica pública al principio de subsidiariedad).

<sup>35</sup> Vid., sobre los fallos del mercado que explican que la iniciativa privada no exista o sea insuficiente y la racionalidad económica de la iniciativa económica pública, PUTNINS, “Economics of State-Owned Enterprises”, *International Journal of Public Administration*, 38, 2015, págs., 815-832

<sup>36</sup> La calificación del ánimo de lucro como un objetivo de interés general (vid., por todos, ORTEGA y ARROYO, “Comentario al artículo 128”, op., cit., esp., pág. 836) para salvar así las limitaciones derivadas de la vinculación a un objetivo de esta naturaleza es, por lo afirmado en el cuerpo del texto, innecesaria y, además, dudosa, porque habrá que reconocer que afirmar la posibilidad de que los poderes públicos deban perseguir en sus actuaciones el ánimo de lucro, en tanto que servidores del interés general ex artículo 103.1 CE, resulta, como mínimo, inquietante.

<sup>37</sup> Vid., sobre las nociones objetiva y subjetiva de ánimo de lucro, PAZ-ARES, “Comentario al artículo 2.2”, en PAU PEDRON, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, 1992, págs., 36-46, esp., pág. 41-42.

<sup>38</sup> Finalmente, la STSJ Cataluña de 20.10.2022, Sala de lo Contencioso, de 20 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:10755) parece imponer un nuevo límite a la potestad de iniciativa económica pública consistente en que el ejercicio de esta potestad sólo puede llevarse a cabo en el ámbito de las competencias de las que sea titular la administración local, vid., en este sentido, TORNOS, “La iniciativa pública económica local. Análisis de un caso concreto”, *Cuadernos de Derecho Local*, 68, 2025, págs. 212-239. No obstante, a nuestro juicio, lo que impide dicha resolución es que el ayuntamiento lleve cabo mediante el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública una actividad que por incurrir en duplicidad le está vetada realizar en concepto de servicio público, evitando que mediante la utilización de esta potestad se eluda la prohibición de ejecución simultánea del mismo servicio público.

un mismo marco normativo y a las mismas condiciones de actuación<sup>39</sup>. En efecto, sólo en un contexto de igualdad de reglas es posible que la competencia despliegue sus efectos disciplinadores y selectivos, permitiendo que los procesos productivos se realicen al menor coste y que los recursos se asignen a los operadores más eficientes. La vulneración de este principio introduce distorsiones significativas en el proceso competitivo, en la medida en que los operadores beneficiados por un trato diferenciado o privilegiado obtienen ventajas que no derivan de su mayor eficiencia, sino de la alteración exógena de las condiciones de competencia. Esto no sólo compromete la eficiencia productiva y asignativa, sino que conduce a una utilización subóptima de los recursos y obstaculiza la maximización del bienestar de los consumidores, puesto que, en tales supuestos, el desplazamiento de competidores no es el resultado de la superioridad de las prestaciones ofrecidas, sino de una ventaja artificial incompatible con una competencia basada en los méritos.

La denominación «principio de neutralidad competitiva» es la expresión actualmente más difundida para designar esta exigencia<sup>40</sup>, que cuenta, sin embargo, con una consolidada tradición conceptual tanto en el ámbito jurídico como en el económico. Así lo ponen de relieve formulaciones anteriores como la locución latina *par conditio concurrentium*<sup>41</sup> o la conocida expresión anglosajona *level playing field*<sup>42</sup>, que evocan, en esencia, la necesidad de una igualdad sustancial de condiciones entre quienes concurren en el mercado. En nuestro ordenamiento este principio aparece expresamente formulado en relación con el ejercicio de la potestad de

---

<sup>39</sup> Vid., sobre el significado y contenido del principio de neutralidad competitiva, en ACCO, Servicios Odontológicos Ayuntamiento de Barcelona, Ref. n.º: OB 44/2019 (disponible en: [https://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/20190318\\_OB-44-2019-Serveis-odontologics-Aj.-BCN\\_CAST.pdf](https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20190318_OB-44-2019-Serveis-odontologics-Aj.-BCN_CAST.pdf)), esp., págs., 4-5; OCDE, *Competitive Neutrality*, 2012; OCDE, *Competitive Neutrality Toolkit*, 2024, y en la doctrina, centrada en el principio de paridad de trato derivado del artículo 109 TFUE, PAREJO, “Organización y actividad en la Administración Pública”; en PAREJO, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, 1995, págs., 82-83; y CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, op., cit., esp., págs., 245-246, que lo funda tanto en la garantía constitucional de la economía de mercado como en el artículo 106 TFUE. En cambio, TORNOS, “La iniciativa pública económica local. Análisis de un caso concreto”, op., cit., esp., págs., 219-220, se refiere al principio de neutralidad competitiva. En la jurisprudencia la STS 1278/1989, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5279) describe correctamente el significado del principio de neutralidad competitiva cuando manifiesta que: la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el art.85 del tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo Tratado); y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado, y aun siempre sometiendo previamente las excepciones (con una antelación mínima de tres meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión del Mercado Común (arts. 93.3 del Tratado y 1.º.1 del Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre).

<sup>40</sup> Es la expresión utilizada en una pluralidad de documentos elaborados por la OCDE citados *supra* nota 37.

<sup>41</sup> Vid., GLÖCKNER, “Par conditio concurrentium-Equal treatment in competition as a fundamental principle of market economies”, en GLÖCKNER et al., *Rechtliche Funktionsbedingungen Von Märkten und Formen der Konfliktbeilegung in China und Europa*, 2017, Vol.20, págs., 43-56; Entre nosotros utiliza esta frase latina, ALFARO, “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 202, 1991, págs., 667-730, esp., págs., 673-676.

<sup>42</sup> Fórmula utilizada en los subtítulos de los documentos de la OCDE *supra* nota 37 y, en general, en la bibliografía anglosajona que se refiere al significado aludido en el texto.

iniciativa económica pública en el artículo 138 del *Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals de Catalunya*, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio, y en el artículo 200.1 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, aprobado por el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre. Ambos preceptos disponen, en términos prácticamente idénticos, que las entidades constituidas para el ejercicio de actividades económicas se someterán a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado.

No obstante, la fundamentación normativa del principio de neutralidad competitiva es fundamental puesto que este se extiende a todo el marco jurídico y condiciones en el que los particulares han de desplegar las actividades económicas y, en especial, por lo que respecta a las formas organizativas que están a su disposición. El fundamento normativo último de la vigencia de este principio en nuestro ordenamiento se halla en el primer inciso del artículo 38 de la CE que reconoce simultáneamente un derecho fundamental, la libertad de empresa, y un instituto propiamente dicho, el mercado<sup>43</sup>, como elementos determinantes del sistema económico<sup>44</sup> que se refuerzan mutuamente. El despliegue de actividades económicas sin que las entidades vinculadas o dependientes de los poderes públicos que las despliegan estén sometidas al mismo marco normativo y a las mismas condiciones de actuación que los particulares es contrario tanto al derecho fundamental como a la institución, salvo que las ejerzan acogidas a un título habilitante distinto de la potestad de iniciativa económica pública. La contrariedad de dicha actuación con la institución del mercado se manifiesta en la afectación que ésta produce en la correcta formación de los precios porque la ventaja que proporciona la desigualdad permite ofrecer los bienes o servicios por un precio inferior al coste marginal, mientras que la contrariedad con el derecho fundamental de libertad de empresa en su dimensión objetiva se manifiesta al afectar a la existencia de una competencia efectiva porque impide la asignación de los recursos a los operadores más eficientes. Por tanto, no es dudoso que, salvo que los poderes públicos desarrollen actividades económicas amparados en un título habilitante distinto de la potestad de iniciativa económica pública, las actividades económicas desplegadas por las entidades vinculadas o dependientes de éstos, han de desarrollarse sometidas al mismo marco jurídico y en igualdad de condiciones que los particulares puesto que esto constituye un presupuesto estructural del sistema de economía de mercado con arreglo al significado de la institución constitucionalmente garantizada del mercado y de la dimensión objetiva del derecho fundamental de la libertad de empresa.

Este fundamento directamente residenciado en la CE se ve reforzado por el Derecho de la Unión Europea en el que el artículo 3.3 del TUE prevé el establecimiento de un mercado interior configurado como un sistema de economía social de mercado altamente competitiva que, de acuerdo con el artículo 26.2 TFUE, implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada, y que, conforme al artículo 3.1.b TFUE, para su funcionamiento se establecen las normas sobre competencia necesarias, de modo que también en el ámbito del Derecho de la Unión Europea se contiene una garantía de la institución del mercado que impide que los poderes públicos desplieguen actividades económicas sin estar sujetos al mismo marco jurídico y condiciones que los

---

<sup>43</sup> Vid., sobre el mercado como instituto protegido por la CE y la dimensión objetiva de la libertad de empresa, CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, op., cit. esp., págs., 150 y sigs., 373 y sigs., y también, CIDONCHA MARTÍN, "Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial", *Teoría y realidad constitucional*, 23, 209, págs., 149-188

<sup>44</sup> STC (Pleno) 227/1993, de 9 de julio, (BOPE núm. 192 de 12b de agosto de 1993) FJ 4º, e).

particulares puesto que esto resulta contrario a la institución del mercado también garantizada en este Derecho y a la libertad de establecimiento (artículo 50.1 TFUE) o prestación de servicios (artículo 56.1 TFUE) para el ejercicio de las actividades económicas porque afecta a la competencia como elemento para el correcto funcionamiento del mercado, pues, como ha quedado expuesto anteriormente, el principio de neutralidad competitiva constituye una condición estructural para la existencia misma de la economía de mercado<sup>45</sup>. Por tanto, no es dudoso, que el Derecho de la Unión Europea también impone que el desarrollo de actividades económicas en el mercado por los poderes públicos en ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública ha de llevarse a cabo sujeta a las mismas reglas y condiciones que a las que están sujetas las desarrolladas por los particulares.

La vigencia del principio de neutralidad competitiva en los términos analizados se refuerza en algunos casos mediante manifestaciones específicas contenidas en una norma especial que lo concreta para el supuesto contemplado en la misma. Esto es lo que ocurre en el ámbito de la Unión Europea en el artículo 106 TFUE que establece expresamente el denominado principio de paridad de trato entre las entidades que ejerzan una actividad económica con independencia de que la titularidad de la mismas corresponda a los particulares o a los poderes públicos, al prohibir que los Estados miembros adopten ninguna medida, normativa o administrativa, respecto de sus entidades vinculadas o dependientes que desplieguen una actividad económica contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18, prohibición de discriminación, y 101 a 109, normas sobre competencia incluidas las ayudas de estado, de forma que tanto los particulares como los poderes públicos en el despliegue de actividades económicas están sujetos a las mismas normas del TUE y del TFUE<sup>46</sup>, significado que en nada difiere del expuesto con respecto al principio de la *par conditio concurrentium* más allá de estar limitada al ámbito concretado en este supuesto.

Esta misma manifestación específica del principio de neutralidad competitiva se encuentra en nuestro ordenamiento en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, cuyo artículo 15 tipifica las conductas desleales por infracción de normas al reputar desleales las conductas de quien realiza en el mercado una ventaja competitiva obtenida gracias a la infracción de una norma jurídica y la de quien infringe normas cuyo objeto es la regulación de la competencia, pues en ambos supuestos el fundamento de la prohibición radica en la vulneración del principio de la *par conditio concurrentium*<sup>47</sup> ya que dichas conductas persiguen utilizar la infracción de normas para obtener una ventaja competitiva que al no estar fundada en la eficiencia de las propias prestaciones falsea la competencia e impide que sobrevivan los más eficientes.

## 5. La neutralidad de las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública

<sup>45</sup> En este sentido Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014 Comisión Europea v DEI, asunto C-553/12 P, (ECLI:EU:C:2014:2083) apartado 43 (de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos).

<sup>46</sup> Vid., por todos, ALONSO SOTO, “Los poderes públicos y la libertad de competencia (análisis del art. 90 TCE)”, *Aranzadi Comunidad Europea*, 5, 1999, págs. 31 y sigs.

<sup>47</sup> Vid., ALFARO, “Competencia desleal por infracción de normas”, op., cit., esp., págs. 673-676; PAZ SOLER, “Comentario al artículo 15”, en MASSAGUER, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1999, págs., 430-468, esp., págs., 432-433/

Los poderes públicos no pueden ejercer de manera directa e indiferenciada, a través de sus propios órganos, la potestad de iniciativa económica pública, ya que ello vulneraría la *par conditio concurrentium* fundamentalmente porque éstos actuarían en el mercado bajo la forma organizativa propia de la administración pública que le otorga todas las prerrogativas propias de ésta al estar sometida a un régimen exorbitante respecto del aplicable a las formas organizativas de que disponen los particulares para el ejercicio de la libertad de empresa y, por tanto, a unas reglas y condiciones absolutamente distintas a las que obligan a estos últimos. Por ello, resulta indudable que el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública debe llevarse a cabo mediante la creación de una entidad vinculada o dependiente.

El ejercicio por los poderes públicos de actividades económicas -ya sea de producción o distribución de bienes, o de prestación de servicios en el mercado- no puede llevarse a cabo mediante la creación de entidades de Derecho público vinculadas o dependientes con ese fin, con independencia de que, en el desarrollo de su actividad, se rijan o no por el Derecho privado. La razón de esta prohibición es que tales formas organizativas públicas tienen atribuidas potestades públicas y pueden implicar menores costes de funcionamiento, lo que les otorgaría una ventaja competitiva en el mercado, pues se trata de estructuras jurídicas que no están al alcance de los particulares para el ejercicio de la libertad de empresa, de modo que los poderes públicos no actuarían en condiciones de igualdad con los operadores privados<sup>48</sup>.

En consecuencia, no cabe duda de que el principio de neutralidad competitiva implica que, para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, los poderes públicos deben adoptar necesariamente alguna de las formas organizativas propias del Derecho privado. Por tanto, en la resolución mediante la cual ejercen dicha potestad, han de optar expresamente por la creación de alguna de las formas organizativas disponibles para los particulares en el ejercicio colectivo de actividades empresariales. No obstante, tampoco todas las formas organizativas propias del Derecho privado pueden ser utilizadas por los poderes públicos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública. Entre éstas han de quedar excluidas todas las formas organizativas societarias cuyo régimen establezca la responsabilidad personal e ilimitada del socio por las deudas de la sociedad puesto que la responsabilidad patrimonial universal de los poderes públicos frente a las deudas derivadas de la actividad económica equivale a una garantía implícita constitutiva de una ayuda pública que distorsionaría la competencia<sup>49</sup>. Esto último excluye como formas organizativas válidas para el ejercicio de la iniciativa económica pública, con independencia de la necesaria pluralidad subjetiva que exige la inherente naturaleza contractual de estas formas, la sociedad civil (artículo 1698 CC) y también los tipos de sociedades mercantiles como la sociedad colectiva (artículo -127 C de C), la sociedad comanditaria (artículo

---

<sup>48</sup> En caso contrario, como destaca BISBAL, “Servicios públicos e iniciativa económica pública”, op., cit., esp., pág. 219, se estaría ignorando que tanto la forma de producir, como los procesos decisionales en base al mercado, son independientes del modo como se estructura la empresa. Esta misma conclusión se alcanza desde la perspectiva del alcance de la potestad de autoorganización de los poderes públicos pues, como señala PAREJO, “El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización”, *Presupuesto y gasto público*, 83, 2016, págs., 9-46, esp., pág., 36, en su creación y configuración, el poder público ejercita su potestad organizatoria no en forma plena (lo que podría conducir a una forma tanto jurídico-pública, como, instrumentalmente, jurídico-privada), cuanto justamente al servicio de la iniciativa económica, lo que le obliga a servirse de las formas predeterminadas al respecto por el Derecho privado.

<sup>49</sup> Vid., Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, esp., apartado 110, y sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de abril de 2014, Francia/Comisión, asunto C-559/12 P (ECLI:EU:C:2014:2017), apartado 98.

148 C de C) y la sociedad comanditaria por acciones (artículos 1.4 y 252 LSC), en estos dos últimos tipos siempre que el poder público asuma la administración y representación de la sociedad.

La exclusión de otros tipos societarios mercantiles como formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública se funda en los requisitos subjetivos que deben concurrir en los socios que las integran. Esto es claro en el caso de las agrupaciones de interés económico que al exigir que los socios personas jurídicas que las constituyan desempeñen actividades empresariales, agrícolas, artesanales o profesionales o constituyan entidades no lucrativas dedicadas a la investigación (artículo 4 LAIE) impide la creación y participación directa de los poderes públicos en las mismas en tanto que titulares de la potestad de iniciativa económica pública<sup>50</sup> y, además, en este caso, también impide su adopción el régimen de responsabilidad patrimonial universal de los socios por las deudas sociales en los términos antes expuestos (artículo 5 LAIE). Por esta última razón, tampoco constituye una forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública las agrupaciones temporales de empresas, pues en éstas sus miembros también responden de forma ilimitada (artículo 8.e. ocho, Ley 18/1982) y, sin perjuicio de que también exige la condición de empresarios de sus miembros (artículo 7 Ley 18/1982), igual que también la requiere la constitución de las cuentas en participación (artículo 239 C de C). Las sociedades agrarias de transformación tampoco son una forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública tanto por la exigencia del requisito subjetivo a los socios de ser titular de una explotación agraria o perseguir fines agrarios (artículo 5 RD 1776/1981) como por el régimen de responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales (artículo 1.2 RD 1776/1981).

En consecuencia, las únicas formas organizativas de Derecho privado válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública son los tipos de sociedades mercantiles en los que los socios no responden de las deudas de la sociedad, esto es, la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 1.2 in fine LSC) y la sociedad anónima (artículo 1.3 in fine LSC) que pueden constituirse por acto unilateral de un único socio (artículo 19 LSC) y que éste no ha de reunir ninguna condición subjetiva especial. Pero también la sociedad cooperativa es una forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública<sup>51</sup> pues cualquier actividad económica lícita puede ser organizada y desarrollada mediante esta forma societaria (artículo 1.2 LCoop), los poderes públicos pueden ser socios de esta forma societaria (artículo 12.1 LCoop), con las salvedades establecidas con respecto alguna clase de cooperativas, y éstos no responden de las deudas de la sociedad (artículo 15.3 LCoop)<sup>52</sup>.

En fin, fuera ya de las formas societarias, también ha de mencionarse la fundación como forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública puesto que ésta puede ser constituida por los poderes públicos (artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; en adelante, LF) y, sin perjuicio de perseguir fines de interés general (artículo 3.1 LF), pueden desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los

---

<sup>50</sup> Vid., PAU PEDRON, “Comentario al artículo 4”, en PAU PEDRON, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, 1992, esp., págs., 59-60.

<sup>51</sup> Vid., RODRIGUEZ SOLA, “La cooperativa como forma de gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 260, 1993, págs., 761-782.

<sup>52</sup> No obstante, téngase en cuenta que el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales varía en cada una de las diecisiete leyes de cooperativas vigentes en las distintas CC AA, vid., a este respecto, PALAU RAMIREZ, “La responsabilidad del socio de una sección de cooperativa: imputación de pérdidas y deuda bancaria”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 39, 2021, págs., 135-164, esp., págs., 141-144

finances fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas (artículo 24 LF)<sup>53</sup> y, por tanto, se trata de una forma organizativa que resulta especialmente idónea para el ejercicio de esta potestad, pues la fundación vincula el fin abstracto -interés general<sup>54</sup>-, a las actividades económicas instrumentales a éste, de la misma forma que las entidades vinculadas o dependientes creadas por los poderes públicos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública también han de tener como objetivo el interés general que satisfacen mediante el desarrollo de las actividades económicas.

## 6. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito estatal

La tipología de formas organizativas de las que puede valerse la Administración General del Estado para el desarrollo de actividades económicas se encuentra recogida en los artículos 84 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP). Esta enumeración tiene carácter cerrado, en la medida en que se proscriben expresamente que la Administración General del Estado, así como cualquiera de las entidades integrantes del sector público institucional estatal, ya sea de forma individual o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, pueda crear o ejercer el control efectivo, directo o indirecto, sobre entidades distintas de las tipificadas en dicha norma, con independencia de su naturaleza y régimen jurídico (artículo 84.2 LRJSP). No obstante, la LRJSP no contiene una previsión normativa que determine de manera expresa cuáles son las formas organizativas aptas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, dado que se limita a una enumeración de los distintos tipos de formas organizativas. Sin embargo, la interpretación sistemática de la tipificación de las actividades que algunas de las formas organizativas previstas pueden desarrollar permite identificar las que son válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública.

Entre las formas organizativas enumeradas excluimos del análisis aquellas que no pueden desarrollar actividades económicas<sup>55</sup> y entre las que sí pueden es necesario distinguir por una parte, las formas organizativas de Derecho público que son los denominados organismos públicos estatales (artículos 88 a 97 LRJSP), categoría genérica que integra a los organismos autónomos estatales (artículos 98 a 102 LRJSP) y a las entidades públicas empresariales (artículos

<sup>53</sup> Es el supuesto de la fundación-empresa en el que la fundación ejerce directamente la actividad empresarial, vid., por todos, EMBID, Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial), *Anuario de Derecho de fundaciones*, 1, 2010, págs., 15-68, esp., págs., 20 y sigs., y ERMBID, *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, 2019, esp., págs., 77 y sigs.

<sup>54</sup> Fines de interés general que en el artículo 3 de la propia LF son calificados como tales de manera enunciativa: entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.

<sup>55</sup> Nos referimos a las Agencias estatales que tienen por objeto el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas (artículos 108 bis a 108 sexies LRJSP); las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal que tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas (artículos 109 a 110 LRJSP) y también los consorcios, pues si bien pueden desplegar actividades económicas (de fomento, prestaciones o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes) éstas han de ser de interés común a todos sus miembros y dentro del ámbito de sus competencias (artículos 118 a 127 LRJSP).

103 a 108), ambos tienen la condición de administración pública (artículo 2.3 in fine LRJSP) y, por otra, las formas organizativas de Derecho privado referidas a las sociedades mercantiles estatales (artículos 111 a 117 LRJSP) y a las fundaciones del sector público (artículos 128 a 136 LRJSP). Las actividades típicas que pueden desarrollar los organismos públicos estatales son actividades que el artículo 88 LRJSP califica como administrativas con el significado de propias de la administración pública, pero, no es dudoso, que tienen naturaleza económica (fomento, prestación o gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación) y también actividades económicas reservadas por ley a las administraciones públicas (artículo 88 LRJSP).

No obstante, de los dos tipos de organismos públicos estatales regulados, los organismos autónomos estatales sólo pueden desarrollar actividades económicas propias de la administración pública (fomento, prestaciones, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) y, por tanto, amparados en una habilitación distinta de la potestad de iniciativa económica pública, mientras que, por el contrario, las entidades públicas empresariales, junto a actividades económicas propias de las administraciones públicas (prestacionales) pueden desplegar actividades económicas reservadas a la administración pública (gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) y, por tanto, en ambos casos el título habilitante para desplegarlas no puede ser la potestad de iniciativa económica pública, sino, respectivamente, la habilitación para llevar a cabo las correspondientes prestaciones públicas y la habilitación derivada de la reserva de una actividad a la administración pública ex artículo 128.2 in fine CE atribuida en la propia ley de creación de la entidad (artículo 91.1 LRJSP).

La tipificación de las actividades económicas que definen a los dos tipos de organismos públicos, organismos autónomos estatales y entidades públicas empresariales, bien las propias de la administración pública o bien las reservadas por ley a la administración pública, excluyen que, en coherencia con el principio de neutralidad competitiva, la Administración General del Estado pueda utilizar estas formas organizativas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública<sup>56</sup>. Por consiguiente, las únicas formas organizativas que están a disposición de la Administración General del Estado para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública son las sociedades mercantiles estatales (arts. 111 y sigs. LRJSP) y las fundaciones del sector público (arts., 128 y sigs. LRJSP) aunque no sólo para el despliegue de actividades económicas en virtud de esta potestad sino también cualquier otra actividad que pueda desarrollarse en virtud de otra habilitación pues, a diferencia de los organismos públicos estatales, estas formas organizativas no están definidas por la naturaleza de las actividades que pueden desplegar<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> En contra, vid., BETANCOR RODRÍGUEZ, "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", *Documentación Administrativa*, 246-247, 1996-1997, págs., 439-493, que sostiene la inconstitucionalidad de las entidades públicas empresariales porque despliegan actividades económicas bajo una forma organizativa pública. No obstante, esta consecuencia sólo es válida cuando se trata de actividades económicas desplegadas mediante una forma organizativa de Derecho público ejercitando la potestad de iniciativa económica pública ex primer inciso del artículo 128.2 CE pero no cuando se despliegan acogidas a la habilitación prevista en el segundo inciso del artículo 128.2 CE, esto es, la potestad de reservar por ley a los poderes públicos por razones de interés general actividades económicas esenciales, que es precisamente la habilitación en la que se amparan las actividades económicas desplegadas por las entidades públicas empresariales.

<sup>57</sup> Esto se pone de manifiesto en el régimen del expediente de creación de las sociedades anónimas estatales en el que se ha de acompañar un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta (sociedad mercantil estatal)

La identificación de la fundación como tipo de forma organizativa para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública no plantea ningún problema más allá de la determinación del régimen jurídico, estatal o autonómico, aplicable en cada caso en función del ámbito territorial en el que vaya a desarrollar la actividad (artículo 130 LRJSP). En cualquier caso, son fundaciones del sector público estatal las fundaciones que se constituyan de forma inicial con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de las entidades del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución y también las fundaciones en las que su patrimonio esté integrado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración General del Estado o por cualquiera de las entidades del sector público institucional estatal con carácter permanente o, en fin, las fundaciones en las que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes de la Administración General del Estado o del sector público institucional estatal (artículo 128.1 LRJSP).

En cambio la identificación de las sociedades mercantiles estatales exige determinar el tipo o tipos de sociedades mercantiles válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, pues en el artículo 111 LRJSP éstas se definen únicamente en función del control estatal sobre las mismas, de modo que son las sociedades mercantiles estatales las sociedades mercantiles en las que bien la participación, directa o indirecta, en su capital social de la Administración General del Estado o de las entidades del sector público institucional, sea superior al 50 por 100; o bien las sociedades mercantiles que se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la LMVal respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes, remisión que a su vez reenvía al artículo 42 del C de C y cuyo significado radica en que también son sociedades mercantiles estatales las sociedades mercantiles en las que la Administración General del Estado o sus organismos públicos, aun teniendo una participación en su capital social no superior al 50 por 100 ejercen un control efectivo, directa o indirectamente<sup>58</sup>.

Para determinar el tipo o tipos de sociedades mercantiles válidos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública es preciso tener presente que La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP) delimita en el artículo 166.1.c, en idénticos términos que el 111 LRJSP, las sociedades mercantiles estatales pero en el apartado segundo de este mismo artículo se refiere a las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital social sea en su totalidad de titularidad directa o indirecta de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, para someterlas al régimen especial previsto en los artículos 176 y siguientes. Existe, por tanto, un régimen

---

resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado (artículo 114.1.b LRJSP), análisis que no es pertinente para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública ya que los organismos públicos no son formas de organización válidas en este ámbito, y en idénticos términos también se requiere dicho análisis en el expediente de la creación de las fundaciones del sector público estatal en el artículo 133.2 en relación con el 92.1.b de la LRJSP.

<sup>58</sup> El artículo 42 del C de C establece una presunción de control de una sociedad dominada por otra entidad dominante cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que la dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; b) que la dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; c) que al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra entidad por ella dominada.

especial aplicable a todas las sociedades mercantiles estatales, previsto en los artículos 111 y siguientes de la LRJSP, y un régimen especial aplicable únicamente a las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima referidas en el artículo 166.2 de la LPAP y contenido en los artículos 176 y siguientes de esta ley. Es claro, pues, que la LPAP tampoco determina el tipo o tipos de sociedades mercantiles válidos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, sino que únicamente establece un régimen especial para las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima cuyo capital social sea íntegramente de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos.

E/n cualquier caso, por lo que acabamos de ver, no es dudoso que la sociedad anónima es uno de los tipos de sociedades mercantiles válidos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública por parte de la administración general del estado. Ahora bien, la mención de la participación en el capital social en la definición de las sociedades mercantiles estatales en el artículo 111 LRJSP nos lleva a concluir que además de la forma sociedad anónima, estas sociedades también pueden adoptar la forma de sociedad de responsabilidad limitada, pero en ningún caso la forma de sociedad comanditaria por acciones por las razones expuestas anteriormente<sup>59</sup>, siendo así plenamente coherente con el principio de neutralidad competitiva. En cambio, la validez de la sociedad cooperativa resulta dudosa porque la expresión sociedad mercantil es utilizada con el significado de su dimensión objetiva o contractual y no subjetiva o por la naturaleza de la actividad económica<sup>60</sup> que desplegara a la que no se alude en la legislación analizada y si bien el carácter subjetivamente mercantil de la cooperativa no es dudoso, si es polémica, en cambio, la naturaleza mercantil de la dimensión objetiva o del contrato, de modo que ante el carácter doctrinalmente polémico de la naturaleza de la sociedad cooperativa<sup>61</sup> habría que negar que ésta pueda ser una forma de organización válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, si bien la habilitación a los poderes públicos para ser socios de esta forma social contenida en el artículo 12.1 LCoop, constituye un título suficiente para que también pueda ser adoptada válidamente.

## **7. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito autonómico**

La tipología de formas organizativas de las que pueden valerse las administraciones de las comunidades autónomas para el desarrollo de actividades económicas reproduce mayoritariamente la prevista en los artículos 84 y siguientes de la LRJSP para la Administración General del Estado con modificaciones menores plenamente válidas ya que estas disposiciones no tienen, salvo algunas excepciones no relevantes aquí, carácter básico (artículo 81.3 en relación con el apartado segundo de la disposición final decimocuarta LRJSP). La enumeración de formas organizativas también tiene en algunas comunidades autónomas carácter cerrado, en la medida en que se prohíbe expresamente que la Administración Autonómica, así como cualquiera de las entidades integrantes del sector público institucional de la misma, ya sea de forma individual o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, puedan crear o

---

<sup>59</sup> Vid., supra, apartado 5.

<sup>60</sup> Vid., sobre la distinción entre mercantilidad objetiva y subjetiva, PAZ-ARES, “Comentario al artículo 1670”, en PAZ-ARES et al., *Comentario del Código Civil*, 1991, Tomo II, págs., 1376-1385.

<sup>61</sup> Vid., una síntesis de las distintas posturas doctrinales, MACÍAS RUANO, “El tardío reconocimiento del carácter mercantil de las sociedades cooperativas y su consecuencia”, *Deusto Estudios Cooperativos*, 8, 2016, págs., 55-86.

ejercer el control efectivo, directo o indirecto, sobre entidades distintas de las tipificadas en la correspondiente norma, con independencia de su naturaleza y régimen jurídico<sup>62</sup>.

En el ámbito autonómico tampoco encontramos con carácter general una previsión normativa que expresamente determine las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica públicas, si bien la interpretación sistemática de la tipificación de las actividades que algunas de las formas organizativas previstas pueden desarrollar permite identificar las que son idóneas para el ejercicio de esta potestad. La única disposición en el ámbito autonómico que establece un mandato expreso respecto de la forma organizativa que ha de adoptarse para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, en coherencia con el principio de neutralidad competitiva, lo encontramos en la legislación de la comunidad autónoma de Euskadi en la que se ordena que la intervención del sector público de esta comunidad en la actividad económica mediante la producción de bienes o la prestación de servicios y su tráfico en el mercado en términos equivalentes a la iniciativa privada se instrumentará por la constitución o participación en sociedades de capital<sup>63</sup>, siendo relevante en esta disposición, no la referencia a la actividad sino a las condiciones del despliegue de esta actividad en términos equivalentes a la iniciativa privada.

Entre las distintas formas organizativas enumeradas en la legislación autonómica que pueden desarrollar actividades económicas se distinguen, por una parte, las formas organizativas de Derecho público que se denominan organismos públicos autonómicos<sup>64</sup>, agencias<sup>65</sup> o entidades públicas instrumentales<sup>66</sup> y cuyas actividades típicas son prácticamente idénticas<sup>67</sup> o ligeramente

---

<sup>62</sup> Vid., artículos 85.2 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; 86.2 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

<sup>63</sup> Vid., artículo 40.1 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco.

<sup>64</sup> Vid., artículos, 92 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y 4.2 Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario; 28 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; 93.2 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; 109 Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 2.2.a Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid y 4 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid; 37 Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 43 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral; 19 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 152 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

<sup>65</sup> Vid., artículos 54.1 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>66</sup> Vid., artículos a; 3 y 54 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

<sup>67</sup> Vid., artículos, 92 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; 28 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; 109 Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 37 Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 43 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral; 19 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 152 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

distintas<sup>68</sup> a esta forma organizativa en el ámbito estatal o simplemente no existen<sup>69</sup> y constituyen categorías genéricas que integran dos formas organizativas, los organismos autónomos<sup>70</sup> o agencias administrativas<sup>71</sup>, además de las agencias de régimen especial<sup>72</sup> o los entes de Derecho público de régimen especial<sup>73</sup> exclusivamente en el ámbito autonómico, y las entidades públicas empresariales<sup>74</sup>, agencias públicas empresariales<sup>75</sup>, entidades de Derecho

---

<sup>68</sup> Vid., artículos 93.2 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, definición que no alude a las actividades económicas reservadas a la administración autonómica, omisión que no es relevante porque en la ley de creación del organismo público puede llevarse a cabo esta reserva.

<sup>69</sup> Vid., artículos 50.1 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias; DA7ª Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; DA1ª Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; 85 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; 1 1.a y 1.b.1 Texto refundido de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre ; 3 y 54 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; 2.1 Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid.

<sup>70</sup> Vid., artículos, 103 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; 38 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; DA7ª 1.a Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 102.1 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; DA1ª Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; 86 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; 117 Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 68.2 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia 43 Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 55.1 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral; 38.1 Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco; 31.1 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 154.1 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

<sup>71</sup> Vid., artículo 65 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>72</sup> Vid., artículos 54.1.c y b71 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>73</sup> Vid., Vid., artículos 2.2.b Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid y 5 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

<sup>74</sup> Vid., artículos DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y 4.2.b Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario; 42.1 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; DA7ª 1.b Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 108.1 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; 124 Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 89.1 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; 46.1 Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 59 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral;; 40.1 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 155.3 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

<sup>75</sup> Vid., artículo 68.1.b Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

público<sup>76</sup>, entidades públicas<sup>77</sup>, entes públicos de Derecho privado<sup>78</sup> o entes de Derecho público sometidos al Derecho privado<sup>79</sup>, formas organizativas todas estas equivalentes por las actividades típicas, respectivamente a los organismos autónomos estatales y a las entidades públicas empresariales estatales y, por otra, las formas organizativas de Derecho privado referidas a las sociedades mercantiles<sup>80</sup>, sociedades de capital<sup>81</sup> sociedades públicas<sup>82</sup> empresas públicas<sup>83</sup> o sociedades civiles<sup>84</sup>, y a las fundaciones<sup>85</sup>. Los organismos públicos, agencias o entidades públicas

<sup>76</sup> Vid., artículo 110 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias; DA1ª Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

<sup>77</sup> Vid., DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y 4.2.a Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario.

<sup>78</sup> Vid., artículo 90.1 86 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y 39.1 Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco.

<sup>79</sup> Vid., artículos 2.2.c Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid y 6 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

<sup>80</sup> Vid., artículos, 75.2 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y 5 Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de La Hacienda Pública de la Junta de Andalucía; 117.1 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; 51 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; 117 Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 117 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; 1.b.2 Texto refundido de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre; 2.2.c Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura; 102 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; 2.2.d Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid 7 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid; DA2ª Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 156.1 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

<sup>81</sup> Vid., 40.1 Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco.

<sup>82</sup> Vid., artículos 103.b Ley 14/2007, 7 de abril, del Patrimonio de Navarra, 65 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral; 48.1 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja;

<sup>83</sup> Vid., DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y artículos 4.4 Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario; 134 Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; 92 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

<sup>84</sup> Vid., artículo 1.b.2 Texto refundido de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre.

<sup>85</sup> Vid., artículos, 78 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y 55 Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 134 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y 4.5 Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario; 55 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; 4.3 Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias y Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 124 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; 4.3 Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha; 6.3 Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; 174 Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y 331-2 Código Civil de Cataluña y 411-2.4 Código tributario de Cataluña; 160.4 Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 113; 2.2.f Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid 9 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid; 113.1 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia DA2ª Ley

instrumentales autonómicas, de acuerdo con las definiciones dispuestas allí donde existen, pueden desarrollar tanto actividades propias de la administración pública pero que, no es dudoso, que tienen naturaleza económica (fomento, prestación o gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación) como también actividades económicas reservadas a las administraciones públicas.

No obstante, de los dos tipos de organismos públicos, agencias o entidades públicas instrumentales autonómicas, los organismos autónomos o agencias administrativas autonómicas además de las agencias de régimen especial o los entes de Derecho público de régimen especial exclusivamente en el ámbito autonómico, sólo pueden desarrollar actividades económicas propias de la administración pública (fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) y, por tanto, amparados en una habilitación distinta de la potestad de iniciativa económica pública, mientras que, por el contrario, las entidades públicas empresariales, agencias públicas empresariales, entidades de Derecho público, entidades públicas, entes públicos de Derecho privado o entes de Derecho público sometidos al Derecho privado autonómicos, junto a actividades económicas propias de las administraciones públicas (prestacionales) pueden desplegar actividades económicas reservadas a la administración pública (gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) y, por tanto, en ambos casos el título habilitante para desplegarlas no puede ser la potestad de iniciativa económica pública, sino, respectivamente, la habilitación para llevar a cabo las correspondientes prestaciones públicas y la habilitación derivada de la reserva de una actividad a la administración pública ex artículo 128.2 in fine CE atribuida en la propia ley de creación de la entidad o la potestad de autoorganización.

Sin embargo, las agencias públicas empresariales de la comunidad autónoma de Andalucía y los entes públicos empresariales de la comunidad autónoma de Castilla y León se prevé que también puedan llevar a cabo actividades consistentes, en el primer caso, en la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación<sup>86</sup> y, en el segundo, actividades de carácter económico, comercial, industrial, agrario, financiero o análogo<sup>87</sup>, pero es claro que estas actividades sólo pueden llevarlas a cabo amparadas en una habilitación distinta de la potestad de iniciativa económica pública, pues la forma organizativa pública lo impide y, por tanto, la referencia, en el primer caso, al despliegue de las actividades previstas en régimen de libre mercado no puede significar en igualdad de condiciones que los particulares sino en concurrencia con estos igual que sucede con la prestación de servicios públicos en sentido substantivo, objetivo y amplio. Esta misma necesidad de contar con una habilitación distinta de la potestad de iniciativa económica pública es aplicable con respecto a las entidades autónomas que realizan operaciones o prestan servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero y a las actividades no

---

7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 156.1 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

<sup>86</sup> Vid., artículo 68.1.b Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>87</sup> Vid., artículo 90.1 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

tipificadas que puedan desarrollar las entidades de Derecho público que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado de la comunidad autónoma de Cataluña<sup>88</sup>.

La tipificación de las actividades económicas que definen a los dos tipos de organismos públicos, agencias o entidades públicas instrumentales autonómicas, los organismos autónomos, agencias administrativas, además de las agencias de régimen especial<sup>89</sup> o los entes de Derecho público de régimen especial<sup>90</sup> exclusivamente en el ámbito autonómico, y las entidades públicas empresariales, agencias públicas empresariales, entidades de Derecho público, entidades públicas, entes públicos de Derecho privado o entes de Derecho público sometidos al Derecho privado autonómicos, bien las propias de la administración pública o bien las reservadas por ley a la administración pública, excluyen que, en coherencia con el principio de neutralidad competitiva, las administraciones autonómicas puedan utilizar estas formas organizativas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública y, por tanto, las únicas formas organizativas que están a disposición de estas administraciones para el ejercicio de esta potestad son las sociedades mercantiles, sociedades de capital, sociedades públicas o empresas públicas estatales y las fundaciones del sector público, aunque no sólo para el despliegue de actividades económicas en virtud de esta potestad sino también cualquier otra actividad que puedan desarrollar en virtud de otra habilitación pues, a diferencia de las formas organizativas de Derecho público, las formas organizativas de Derecho privado no están definidas por la naturaleza de las actividades que pueden desplegar.

La identificación de la fundación como tipo de forma organizativa para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública por las administraciones de las comunidades autónomas no plantea ningún problema más allá de la determinación del régimen jurídico, estatal o autonómico, aplicable en cada caso en función del territorio en el que desarrolle principalmente su actividad. En cualquier caso, son fundaciones del sector público autonómico las fundaciones que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma o de cualquiera de las entidades del sector público institucional autonómico, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución y también las fundaciones en las que su patrimonio esté integrado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración de la Comunidad Autónoma o por cualquiera de las entidades del sector público institucional autonómico o, en fin, las fundaciones en las que la mayoría de los derechos de voto en su patronato corresponda a la Administración de la Comunidad Autónoma o del sector público institucional autonómico<sup>91</sup>.

En cambio, la pluralidad terminológica utilizada por la legislación autonómica para referirse a las formas societarias válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública nos obliga a precisar tanto su significado como los tipos o formas societarias que comprende, pues en estas disposiciones las sociedades autonómicas se definen únicamente en función del control

---

<sup>88</sup> Vid., artículos 1.a y 1.b.1 Texto refundido de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre.

<sup>89</sup> Vid., artículos 54.1.c y b71 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>90</sup> Vid., Vid., artículos 2.2.b Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid y 5 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

<sup>91</sup> Vid., *supra*, nota 79 en la que figuran las disposiciones de las comunidades autónomas que fijan el concepto de fundación pública bien por remisión al establecido en el artículo 128.1 LRJSP bien estableciendo uno propio siguiendo los criterios de aquel.

que la comunidad autónoma ostenta sobre las mismas<sup>92</sup>. Las expresiones sociedades públicas o empresas públicas autonómicas son utilizadas para referirse a las sociedades mercantiles que están bajo el control de la correspondiente comunidad autónoma, mientras que la noción de sociedades de capital remite a los tipos de sociedades mercantiles regulados en la Ley de sociedades de capital. Por consiguiente, para determinar el tipo o tipos de sociedades mercantiles válidos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública por las administraciones de las comunidades autónomas es relevante tener en cuenta la mención que todas las normas efectúan a la participación en el capital social en la definición de las sociedades mercantiles autonómicas, pues esta mención, junto con las razones expuestas anteriormente<sup>93</sup>, nos llevan a concluir que los únicos tipos societarios válidos son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, pero en ningún caso ni la forma de sociedad comanditaria por acciones ni tampoco la sociedad civil por las razones también expuestas anteriormente, siendo así las formas organizativas válidas plenamente coherentes con el principio de neutralidad competitiva.

En cambio, la validez de la sociedad cooperativa no es clara puesto que la expresión sociedad mercantil es utilizada también en la legislación autonómica con el significado de su dimensión objetiva o contractual y no subjetiva o por la naturaleza de la actividad económica que desplegara a la que no se alude en la legislación analizada y si bien el carácter subjetivamente mercantil de la cooperativa no es dudoso, si es polémica, en cambio, la naturaleza mercantil de la dimensión objetiva o del contrato, de modo que ante el carácter doctrinalmente polémico de la naturaleza de la sociedad cooperativa habrá que negar que ésta pueda ser una forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública. No obstante, y quizás como consecuencia de la referida polémica doctrinal en torno a la naturaleza mercantil o no de la sociedad cooperativa, en el ámbito autonómico como la legislación de cooperativas de algunas comunidades autónomas<sup>94</sup> reconoce expresamente esta forma societaria como válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública por las respectivas administraciones de las comunidades autónomas y en las restantes comunidades autónomas se prevé la habilitación a los poderes públicos para ser socios de esta forma social<sup>95</sup>, no cabe sino concluir que la sociedad cooperativa también constituye una forma organizativa que puede ser adoptada válidamente por las comunidades autónomas para el ejercicio de la iniciativa económica pública.

---

<sup>92</sup> Vid., *supra*, notas 75, 76, 77 y 78 en las que figuran las disposiciones de las comunidades autónomas que fijan el concepto de sociedades mercantiles, sociedades de capital, sociedades públicas o empresas públicas autonómicas en función de diversos criterios que determinan el control de la administración de la comunidad autónoma sobre las mismas, siendo el criterio más general ser titular de una participación, directa o indirecta, superior al cincuenta por ciento del capital.

<sup>93</sup> Vid., *supra*, apartado 5

<sup>94</sup> Vid., artículos 27 de la Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears, 18.2 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, 20.2 de la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja y 19.2 del texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana aprobado por el Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell.

<sup>95</sup> Vid., artículos 13.1 Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas; 16.1 y 16.2 Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; 21.1 Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas; 19 Ley 4/2022, de 31 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Canarias; 17.1 Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria; 18.1 Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León; 22.1 Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; 22.1.b Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperatives; 24 Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura; 14.1 y 14.2 Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; 20.2 Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra; 19.1 Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi.

## 8. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito local

El carácter bifronte del régimen jurídico de la administración local comporta que al analizar las formas organizativas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública en el ámbito local debemos tener presente no sólo la legislación estatal relativa a las bases del régimen jurídico de la administración local sino también la legislación de las comunidades autónomas que desarrolla las bases establecidas en la legislación estatal. En contraste con la legislación en el ámbito estatal y autonómico, la legislación estatal (artículo 86.1.I LBRL ab initio) y autonómica<sup>96</sup> relativa al régimen jurídico de la administración local contiene una disposición expresa reconociendo la potestad de iniciativa económica local. Este reconocimiento es innecesario porque el primer inciso del artículo 128.2 CE contiene una habilitación directa a todos los poderes públicos para el ejercicio de la iniciativa económica pública y, además de innecesario, el reconocimiento de la potestad se formula de forma equívoca pues se caracteriza por desplegarse en régimen de libre competencia o concurrencia con la iniciativa privada<sup>97</sup> cuando lo que caracteriza a esta potestad es que se ejerce en igualdad de condiciones que los particulares en ejercicio de la libertad de empresa.

La legislación estatal de bases del régimen jurídico de la administración local en materia de iniciativa económica pública local establece las condiciones sustantivas y formales<sup>98</sup> que ha de cumplir la administración local para ejercer esta potestad y con respecto a las formas de organización que pueden adoptarse remite a cualquiera de las previstas para la gestión de los servicios públicos locales (artículo 95 TRRL). En cuanto a los requisitos sustantivos exigidos para el ejercicio de la iniciativa económica local se refieren a garantizar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias, llevar a cabo un análisis de mercado relativo a la oferta y a la demanda existente que garantice la rentabilidad de la empresa y que también analice los efectos de la actividad municipal sobre la concurrencia empresarial (artículo 86 1.I LBRL), que la actividad sea de utilidad pública y que se preste dentro del término municipal (artículo 96 TRRL), mientras que los requisitos de orden formal consisten en la tramitación de un procedimiento en el que se acredite la conveniencia y oportunidad de la iniciativa y que el acuerdo de creación de la entidad dependiente o vinculada que desarrollara la correspondiente actividad económica sea aprobado por el pleno del ayuntamiento en el que en el que se ha de determinar la concreta forma de organización (artículo 86.1.II LBRL) entre cualquiera de las previstas para la gestión de los servicios públicos locales (artículo 95 TRRL).

---

<sup>96</sup> Vid., artículos 45.1 Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía; 204.1 Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; 173 Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears; 243.1 Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril; 216.1 Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra; 196.1 Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana; y 96.1 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

<sup>97</sup> Vid., artículos 45.1 Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía; 243.3 Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril; 218.1 Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra; 196.2 Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana; y 96.2 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

<sup>98</sup> Vid., TORNOS, "La iniciativa pública económica local. Análisis de un caso concreto", op., cit., esp., págs., 222-224.

La remisión a cualquiera de las formas de organización previstas para la gestión de los servicios públicos locales para concretar la forma de organización para el ejercicio de la iniciativa económica local no es coherente con el principio de neutralidad competitiva pues abarca la gestión por la propia entidad local, el organismo autónomo local, la entidad pública empresarial local y, finalmente, la única forma válida, la sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública. Las razones que explican la falta de validez de las tres primeras formas organizativas ya las hemos expuesto anteriormente con carácter general<sup>99</sup> y también con carácter especial con respecto tanto a los organismos autónomos como a las entidades públicas empresariales<sup>100</sup>, pues la naturaleza pública de estas formas organizativas y la tipología de actividades que pueden desarrollar en nada difieren de las formas que con la misma denominación están previstas en la legislación estatal vigente.

La remisión que efectúa el artículo 85.1 bis LBRL a los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), para determinar el régimen jurídico de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales, no permite plantear ninguna duda sobre el carácter idéntico de estas formas organizativas en el ámbito estatal y en el local y esto sigue siendo así en los artículos 98 a 102 y 103 a 108 de la vigente LRJSP, salvo por lo que respecta a la actividad de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, que se añade a las que pueden desplegar los organismos autónomos estatales, que deroga la LOFAGE y a la que, por tanto, se ha de entender realizada ahora la remisión.

En cuanto al tipo o tipos de sociedades mercantiles, cuyo capital social sea de titularidad íntegramente público, que pueden adoptarse válidamente como única forma de organización para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local, expresamente se dispone que deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (artículo 85.2 ter LBRL) y, por tanto, la forma de sociedad anónima o de sociedad de responsabilidad limitada pero no, en cambio, la forma de sociedad comanditaria por acciones, también prevista en la referida disposición, pues la responsabilidad personal e ilimitada del socio por las deudas de la sociedad siempre que la administración local asuma la administración y representación de la sociedad (artículos 1.4 y 252 LSC) equivale a una garantía implícita constitutiva de una ayuda pública que distorsionaría la competencia. La forma organizativa de sociedad anónima o de sociedad de responsabilidad limitada será la que habrán de adoptar, por tanto, las administraciones locales de las comunidades autónomas que no cuentan con un régimen propio para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local<sup>101</sup>.

Esta ausencia de concreción de la forma o formas organizativas que pueden adoptarse válidamente para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local también la encontramos en algunas de las disposiciones autonómicas de desarrollo de las bases del régimen

---

<sup>99</sup> Vid., *supra*, apartado 5.

<sup>100</sup> Vid., *supra*, apartado 6.

<sup>101</sup> Las comunidades autónomas que no disponen de un régimen de desarrollo de las bases de la legislación estatal para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local, no obstante contar algunas con legislación de desarrollo de las bases, son Asturias, Cantabria, Castilla y León (Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León), Castilla-La Mancha (Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha), Extremadura (Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura), Madrid (Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid) y Murcia (Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia).

jurídico de la administración local. En estas disposiciones para determinar la forma de organización también se remite a las formas de gestión de los servicios públicos, formas que comprenden la gestión por la propia entidad local, por una entidad de Derecho público (organismo autónomo local y/o entidad pública empresarial local) o por una sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local<sup>102</sup>. En todas estas comunidades autónomas, del mismo modo que en la legislación estatal básica y por idénticas razones, hemos de concluir que la única forma de organización válida es la sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local.

La determinación del tipo o tipos de sociedades mercantiles que pueden adoptarse es distinto en las disposiciones de cada una de estas comunidades autónomas, así mientras en alguna se concreta que han de adoptar la forma de sociedad anónima o de cooperativa<sup>103</sup>, en otras solamente se dispone que ha de ser alguna de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada<sup>104</sup>, expresión que remite a la forma de sociedad anónima y de sociedad de responsabilidad limitada. Por otra parte, en las comunidades autónomas que en su legislación de desarrollo de las bases estatales no establecen las distintas formas de gestión de los servicios públicos<sup>105</sup>, los tipos de sociedades mercantiles válidos como formas de organización de la iniciativa económica local son los que resultan de la legislación local básica que remite a las formas reguladas en la LSC (artículo 85.2 ter LBRL), esto es, también la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

En cambio, en la legislación de desarrollo de las bases estatales de algunas comunidades autónomas si se concretan el tipo o tipos de formas organizativas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local. En este sentido, la legislación de la comunidad autónoma de Andalucía establece que para el ejercicio de actividades económicas las entidades locales adoptarán, preferentemente, la forma de empresa pública local y, a continuación, dispone que tendrá la consideración de empresa pública local cualquier sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen<sup>106</sup>. No obstante, la utilización del adverbio preferentemente deja entrever la posibilidad de adoptar otra de las formas organizativas previstas para la gestión de los servicios públicos, pero entre las enumeradas<sup>107</sup> únicamente la fundación pública local constituye una forma organizativa válida alternativa a la sociedad mercantil.

La legislación de desarrollo de las bases estatales de la comunidad autónoma de Cataluña también concreta las formas de organización que pueden adoptarse para el ejercicio de la iniciativa económica local y lo hace disponiendo que puede adoptarse la forma de organismo autónomo de carácter industrial, comercial o financiero, o la de sociedad mercantil de capital

---

<sup>102</sup>Vid., artículos 174.2.a y 159.1 Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears; 309.2.b y 295.3 Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia; 197.2.a Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana; y 96.4 y 94.2 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

<sup>103</sup> Vid., artículo 127.1.II Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.

<sup>104</sup> Vid., artículo 163.1 Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de régimen local de las Illes Balears; 302.1 Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia.

<sup>105</sup> Vid., Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana; y Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

<sup>106</sup> Vid., artículo 46 Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

<sup>107</sup> Vid., artículo 33.3 Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

público o mixto, o la de sociedad cooperativa<sup>108</sup>. La forma de organismo autónomo de carácter industrial, comercial o financiero es la propia de una entidad de Derecho público<sup>109</sup> y, por tanto, no puede ser adoptada para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local por coherencia con el principio de neutralidad competitiva, sin perjuicio de que al no ser una de las formas de gestión previstas en la legislación básica resulte dudosa por esto también su validez. En cuanto a la forma de sociedad mercantil se concreta que tiene que adoptar una de las formas de responsabilidad limitada<sup>110</sup>y, por tanto, ha de ser bien una sociedad anónima o bien una sociedad de responsabilidad limitada, ambas formas plenamente validas y coherentes con el principio de neutralidad competitiva, del mismo modo que la forma de sociedad cooperativa también contemplada.

El estudio realizado de las disposiciones vigentes en los ámbitos estatal, autonómico y local en materia de las formas de organización válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública permite ver con claridad el exotismo que representa la vigente redacción del artículo 49.1 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona al prever expresamente como formas de organización válidas para ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública indistintamente tanto formas de Derecho público -organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales- como de Derecho privado -sociedades mercantiles municipales y sociedades mercantiles pluripersonales-, además de cualesquiera otras formas jurídicas previstas en la legislación aplicable. El exotismo de la disposición deriva de la vinculación expresa entre la potestad de iniciativa económica pública y las formas organizativas de Derecho público pues éstas típicamente sólo pueden desarrollar o actividades propias de la administración pública que pueden tener carácter económico, como ocurre con los servicios públicos, o actividades económicas reservadas por ley a la administración pública, pero en ningún caso actividades económicas en ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública. En otras palabras, las habilitaciones que cubren el despliegue de las actividades típicas de los organismos públicos son las que derivan de la atribución de competencias o de la reserva legal para la prestación de servicios públicos por parte de los poderes públicos o la reserva legal de actividades a éstos o la potestad de autoorganización de las administraciones públicas pero en ningún caso la potestad de iniciativa económica pública, pues el ejercicio de ésta exige que las actividades económicas desplegadas por los poderes públicos se lleven a cabo bajo el mismo marco legal y condiciones que las desplegadas por la iniciativa económica privada en ejercicio de la libertad de empresa y, es claro, que las formas organizativas de Derecho público no cumplen esta condición al no estar a disposición de éstos últimos.

La mención expresa de la sociedad cooperativa como forma de organización válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local en la legislación autonómica catalana o el silencio de las demás legislaciones autonómicas a este respecto no son, a nuestro juicio, argumentos para negar la posibilidad de que las administraciones locales puedan adoptar esta forma organizativa aunque no esté expresamente recogida ni en la normativa autonómica de desarrollo de las bases estatales aplicable ni en la legislación de bases estatal y esto porque, como

---

<sup>108</sup> Vid., artículo 243.3 Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril.

<sup>109</sup> Vid., ESTEVE PARDO, Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y entidades de derecho público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, *Revista de Administración Pública*, 92, 1980, págs., 353-364

<sup>110</sup> Vid., artículo 255.3 Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril.

hemos puesto de manifiesto anteriormente, el reconocimiento expreso de la capacidad para ser socios de estas sociedades a todos los poderes públicos en las leyes de cooperativas vigentes<sup>111</sup> supone una habilitación directa para que todos estos puedan adoptarla. Esta misma conclusión es la que se alcanza con respecto a la fundación como forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local, pues con respecto a ésta tampoco la mención expresa por la legislación autonómica andaluza y el silencio tanto de las restantes legislaciones autonómicas como de la legislación estatal básica, impiden que sea utilizada por las administraciones locales acogiéndose a la habilitación directamente conferida a todos los poderes públicos por las leyes de fundaciones vigentes<sup>112</sup>.

## **9. La polivalencia funcional de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública y el régimen especial**

En los apartados anteriores hemos analizado las formas organizativas que en coherencia con el principio de neutralidad competitiva son válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública. No obstante, estas formas organizativas están sujetas a un régimen especial de organización y funcionamiento, previsto en la legislación estatal, autonómica y local, respecto del régimen general aplicable a estas mismas formas a la iniciativa económica privada cuando las adopta al ejercer simultáneamente el derecho fundamental de libertad de empresa y el de asociación. Esta diferencia de régimen plantea el mismo problema de coherencia con el principio de neutralidad competitiva que hemos resuelto con respecto a las formas organizativas válidas, pues es claro que, sin prejuzgar quién obtiene la ventaja competitiva, los poderes públicos al adoptar estas formas organizativas sujetas a un régimen especial para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública no quedan sujetos al mismo marco legal que los particulares. El análisis de esta derivada del mismo problema de coherencia con el principio de neutralidad competitiva no forma parte, sin embargo, del propósito de este sino de un próximo trabajo, aunque, a continuación, apuntamos los elementos que, a nuestro juicio, pueden resultar provechosos para llevar a cabo este análisis.

El establecimiento de este régimen especial obedece, a nuestro juicio, a que estas formas organizativas pueden ser adoptadas por los poderes públicos no sólo para el despliegue de actividades económicas en virtud de la potestad de iniciativa económica pública, sino también para el desarrollo de cualquier otra actividad económica en virtud de una habilitación distinta. Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en el régimen del expediente de creación de las sociedades anónimas estatales en el que se ha de acompañar un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado (artículo 114.1.b LRJSP)<sup>113</sup>, análisis que no es pertinente para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública ya que los organismos públicos no son formas de organización válidas en este ámbito y, por tanto, es claro

<sup>111</sup> Vid., *supra*, nota 93

<sup>112</sup> Vid., artículos, 8.4 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; 8.4 Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 2 Ley 6/2020, de 15 de julio, de Fundaciones de Cantabria; 6 Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; 331-2 Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas; 9 Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; 9 Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; 10 Ley Foral 13/2021, de 30 de junio, de Fundaciones de Navarra; 7.2 Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; 7.4 Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

<sup>113</sup> En idénticos términos también se requiere dicho análisis en el expediente de creación de fundaciones del sector público estatal en el artículo 133.2 en relación con el 92.1.b de la LRJSP

que la alternativa aludida se refiere a la adopción de la forma de sociedad anónima estatal para el desarrollo de actividades económicas en virtud de una habilitación distinta. La adopción de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica para el desarrollo de actividades económicas fundadas en una habilitación distinta es posible porque, a diferencia de los organismos públicos estatales, y las formas organizativas equivalentes en la legislación autonómica, estas formas organizativas no están definidas por la naturaleza de la habilitación que les permite desplegar las actividades<sup>114</sup>.

Esta polivalencia funcional de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica permite encontrar una explicación al establecimiento del régimen especial al que están sujetas en función de la habilitación en virtud de la que despliegan la actividad económica pero que en ningún caso es la potestad de iniciativa económica pública. El ejemplo más ilustrativo de esta afirmación es el de las sociedades privadas municipales, sociedades anónimas o de responsabilidad limitada cuyo capital es de titularidad íntegra del ente local (artículo 85.2 ter LBRL) y que tienen atribuida la gestión de un servicio público en régimen de monopolio (artículo 86.2.II LBRL). El régimen especial de estas sociedades establece que el Pleno de la corporación local asume las funciones de la junta general<sup>115</sup> quedando sujeto su funcionamiento con respecto al procedimiento de convocatoria y a la adopción de acuerdos a los preceptos aplicables al pleno de la corporación en estas materias y aplicándose la LSC a las restantes cuestiones sociales<sup>116</sup>. El pleno de la corporación actuando como junta general de la sociedad tiene atribuida la competencia para nombrar a los consejeros del órgano de administración de la sociedad que ha de adoptar la forma de consejo de administración y del que pueden formar parte los miembros de la corporación, así como también al gerente como órgano de gestión diaria de la sociedad<sup>117</sup>. Pues bien, este régimen especial se puede explicar con la finalidad de que los ciudadanos usuarios del servicio público prestado por la sociedad puedan impedir que explote su posición monopolística -por ejemplo, cobrando precios por sus servicios que estén muy por encima del costo de producción- al tener el control directo a través de las elecciones locales de los integrantes del pleno de la corporación local<sup>118</sup> y, por tanto, también, el indirecto de los miembros del órgano de administración y del gerente.

## 10. Bibliografía

ALEXU, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993

ALFARO AGUILA REAL, Jesús, “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 202, 1991, págs. 667-730

---

<sup>114</sup> Esto es, las actividades propias de la administración pública o actividades económicas reservadas por ley a estos organismos públicos.

<sup>115</sup> Vid., artículo 90. 1º Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, en adelante RSCL

<sup>116</sup> Vid., artículos 46 y sigs. LBRL), 77 y sigs. Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, y 92 TRLRL

<sup>117</sup> Vid., artículos 85.3 ter LBRL; 103.1 TRLRL, i 90, 2n y 93 RSCL

<sup>118</sup> Vid., CLARKE y HANSMANN, “Special-Purpose Governments”, *The University of Chicago Law Review*, 92, 2025, págs., 633-704, esp., págs., 647-648.

ALONSO SOTO, Ricardo José, “Los poderes públicos y la libertad de competencia (análisis del art. 90 TCE)”, *Aranzadi Comunidad Europea*, 5, 1999, págs., 31-37

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La iniciativa pública en la constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de Administración Pública*, 88, 1979, págs., 55-106

AYMERICH CANO, Carlos I., “Entes instrumentales y Derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de «organismo de Derecho público»”, *Cuadernos de Derecho Público*, 6, 1999, págs., 113-137

BISBAL MENDEZ, Joaquim, “Servicios públicos e iniciativa económica pública”, en FONT, *Informe sobre el gobierno local*, 1992, págs., 195-244

CASES PALLARERS, Jordi, y AGUILA RECHA, Elisenda, “El régimen especial del Ayuntamiento de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Local*, 2023, págs., 199-230

CIDONCHA MARTÍN, Antonio, *La libertad de empresa*, Aranzadi, 2006

CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *Teoría y realidad constitucional*, 23, 2009, págs. 149-188

CLARKE, Conor, y HANSMANN, Henry, “Special-Purpose Governments”, *The University of Chicago Law Review*, 92, 2025, págs., 633-704

EMBED IRUJO, José Miguel, “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)”, *Anuario de Derecho de fundaciones*, 1, 2010, págs., 15-68

ERMBID IRUJO, José Miguel, *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

ESTEVE PARDO, José, “Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y entidades de derecho público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”, *Revista de Administración Pública*, 92, 1980, págs., 353-364

FERNÁNDEZ FARRERES, German, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración Económica”; en COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, Civitas, 2003, págs., 165-184.

GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 1995

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996, págs., 69-89

GARCIA GUIJARRO, Pedro, “Los límites jurisprudenciales a la constitucionalidad de la iniciativa pública económica”, *Revista de Derecho Político*, 124, 2025, págs., 207-234

GLÖCKNER, Jochen, “Par conditio concurrentium-Equal treatment in competition as a fundamental principle of market economies”, en GLÖCKNER, Jochen, et al., *Rechtliche Funktionsbedingungen Von Märkten und Formen der Konfliktbeilegung in China und Europa*, 2017, Vol.20, págs., 43-56

GONDRA ROMERO, José Maria, *Derecho Mercantil I, Introducción*, Madrid, 1992

GUILLERN CARAMES, Javier, “Organismos autónomos”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2, 2024, págs.,405-459.

HERNANDEZ OLIVER, Blanca, y VILLARINO MARZO, Jorge, “Las Entidades Públicas Empresariales” , *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2, 2024, págs., 461-508

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”; en PÉREZ MORENO, Ignacio. (coord.): *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, 1994, págs., 1191-1232.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco de Borja, “La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas juridicopublicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional” , *Revista de Administración Pública*, 125, 1991, págs., 557-573

MACÍAS RUANO, Antonio José, “El tardío reconocimiento del carácter mercantil de las sociedades cooperativas y su consecuencia” , *Deusto Estudios Cooperativos*, 8, 2016, págs., 55-86.

MARTIN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, 1998

MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Los límites constitucionales de la libertad de empresa»; en COSCULLUELA MONTANER, Luis, {coord.}, *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, Civitas, 2003, págs. 139-164.

NIETO GARCIA, Alejandro, “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTIN RETORTILLO, Sebastián, et alt., *Estudios sobre la Constitución española*, Vol., 3, Civitas,1991, págs. 2185-2254

OCDE, *Competitive Neutrality*, 2012

OCDE, *Competitive Neutrality Toolkit*, 2024

ORTEGA, Luis, y ARROYO, Luis, “Comentario al artículo 128”, en RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, y CASAS BAHAMONDE, Maria Emilia (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, 2018, págs., 832-841.

ORTEGA BERNARDO, Julia, “Competencia, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, *Revista de Administración pública*, 169, 2006, págs., 55-98.

PALAU RAMIREZ, Felipe, “La responsabilidad del socio de una sección de cooperativa: imputación de pérdidas y deuda bancaria”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 39, 2021, págs., 135-164

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Organización y actividad en la Administración Pública”; en PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, 1995.

PAREJOI ALFONSO, Luciano, “Servicios públicos y Servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 7, 2004, págs., 51-68.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Interés público como criterio de control de la actividad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, págs., 125-148.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Reflexiones sobre la Economía y la Administración pública en la Constitución”, *Cuadernos de Derecho Público*, 25, 2005, págs., 27-54

PAREJO ALFONSO, Luciano, “El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización”, *Presupuesto y gasto público*, 83, 2016, págs., 9-46

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2024

PASCUA MATEO, Fabio, “Las Sociedades Mercantiles Estatales”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2, 2024, págs., 601-612.

PAU PEDRON, Antonio, “Comentario al artículo 4”, en PAU PEDRON, Antonio, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, 1992

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, “Comentario al artículo 1665”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, et alt., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 1991.

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, “Comentario al artículo 1670”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, et alt., *Comentario del Código Civil*, 1991, Tomo II, págs., 1376-1385.

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, “Comentario al artículo 2.2”, en PAU PEDRON, Antonio, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, 1992, págs., 36-46

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, y ALFARO AGUILA REAL, Jesús, “Comentario al artículo 38”, en RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, y CASAS BAHAMONDE, Maria Emilia, (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, 2018, págs., 1247-1274.

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, 2019

PAZ SOLER, Maria De La Paz, “Comentario al artículo 15”, en MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1999, págs., 430-468

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, y CASAS BAHAMONDE, Maria Emilia, (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, 2018

PUTNINS, Tālis J., “Economics of State-Owned Enterprises”, *International Journal of Public Administration*, 38, 2015, págs., 815-832

RODRIGUEZ SOLA, César, “La cooperativa como forma de gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 260, 1993, págs., 761-782

ROJO FERNANDEZ-RIO, Ángel, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1983, págs., 309-344

SCHOLZ, R., en Maunz/Durig, *Grundgesetz Kommentar*, II, Munich, 1981, art. 12

SOSA WAGNER, Francisco, “Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989”, *Poder judicial*, 19, 1990, págs., 309-312.

TORNOS MAS, Joaquim, “La iniciativa pública económica local. Análisis de un caso concreto”, *Cuadernos de Derecho Local*, 68, 2025, págs. 212-239

TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Privatización, empresa pública y constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.