

LAS POTESTADES PÚBLICAS COMO CRITERIO DELIMITADOR DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

PUBLIC POWERS AS A CRITERION FOR DELIMITING CRIMINAL LIABILITY IN PUBLIC COMPANIES

Antonio Cardona Barber^{1, a, *} 
¹Universidad Autónoma de Barcelona, España

 aantonio.cardona@uab.cat

Recibido: 18/02/2025; Aceptado: 01/07/2025

Resumen

El artículo 31 quinquies del CP cuenta con dos apartados. Resumidamente, en el primero de ellos se determina que las personas jurídicas del sector público no podrán tener responsabilidad penal, y, en el apartado segundo, en cambio, se exceptúa de la anterior irresponsabilidad penal a las sociedades mercantiles públicas, las cuales, si concurren los presupuestos señalados en el artículo 31 bis del Código penal, sí que podrán ser condenadas penalmente. De todos modos, en el último inciso del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP el legislador acaba señalando que tampoco tendrán responsabilidad penal aquellos entes que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. Así, la pregunta concreta que voy a intentar resolver en este estudio es la siguiente: ¿pueden ser castigadas penalmente aquellas sociedades mercantiles públicas que ejerzan potestades públicas administrativas?

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas; sociedades mercantiles públicas; potestades públicas; empresas públicas.

* Profesor Lector de Derecho penal. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Facultad de Derecho. Calle de la Vall Moronta, Edificio B. CP 08193. Bellaterra. Universidad Autónoma de Barcelona. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5943-1911>. antonio.cardona@uab.cat

Abstract

Article 31 quinquies of the Criminal Code has two sections. In summary, the first of these determines that legal entities in the public sector cannot be held criminally liable, while the second section, on the other hand, exempts public commercial companies from the aforementioned criminal irresponsibility, which, if the conditions set out in Article 31 bis of the Criminal Code are met, can be criminally convicted. In any case, in the last paragraph of the first section of Article 31 quinquies of the Criminal Code, the legislator ends by pointing out that those entities that exercise public sovereign or administrative powers will not be criminally liable either. Thus, the specific question that I am going to try to resolve in this study is the following: can those public commercial companies that exercise public administrative powers be criminally punished?

Keywords: criminal liability of legal persons; public commercial companies; public authorities; public companies.

1. INTRODUCCIÓN

Por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal (en adelante, "CP"), el legislador español introdujo en el ordenamiento jurídico el artículo 31 bis, precepto configurador de la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad que ha sido modificada y ampliada, primero por medio de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo después, y, más recientemente, por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero. Así, desde hace algo más de diez años, el ordenamiento jurídico español permite que las personas jurídicas sean castigadas penalmente. Con ello, el clásico aforismo *societas puniri non potest*¹ (la sociedad no puede ser penada) ha sido superado por un sistema penal que, además de a las personas físicas, también posibilita que las personas jurídicas sean castigadas con la imposición de una pena².

De todos modos, no todas las personas jurídicas están sometidas a la amenaza penal. En este sentido, el legislador español, por razones de política criminal, ha decidido establecer un sistema de imputación penal societaria desigual, dependiendo del tipo concreto de persona jurídica analizada, siendo para ello capital el examen de la naturaleza pública o privada de la entidad potencialmente responsable³. En concreto, a la luz de lo dispuesto en el primer apartado del artículo 31 quinquies del CP, las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas⁴. Con ello, las diferentes manifestaciones del Estado (territoriales e institucionales) no responderán penalmente por los delitos que se hayan cometido dentro de su estructura orgánica.

Ahora bien, en el CP sí se permite la condena penal de las sociedades mercantiles públicas, y, por ello, puede afirmarse que, dentro del conocido como "sector público empresarial⁵", integrado esencialmente por las entidades públicas empresariales y las

¹ En este sentido, parte de las publicaciones sobre esta temática se refieren a la derogación del principio "*societas deliquere non potest*" (la sociedad no puede delinquir), pero esta afirmación es discutible, ya que podría defenderse que las personas jurídicas siguen sin poder "cometer" delitos, al venir a responder éstas por los delitos cometidos por otras personas (físicas), como son, de forma resumida, sus representantes legales o sus trabajadores (artículo 31 bis del CP, (a) y (b)). En esta posición encontramos, por ejemplo: GÓMEZ MARTÍN, V. "Falsa alarma: *societas deliquere non potest*", en ONTIVEROS ALONSO (coordinador) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 209, o, también, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Empresas prevaricadoras. Delitos especiales de funcionarios públicos, sociedades mercantiles y medio ambiente", en GONZÁLEZ CUSSAC; LEÓN ALAPONT (Coord.) *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.6.

² Entre otros ver ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

³ Cuestión que ha sido parcialmente criticada por parte de la Doctrina, por ejemplo: NIETO MARTIN, A.; MAROTO CALATAYUD, M., "Lección 35. La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en DEMETRIO CRESPO; RODRÍGUEZ YAGÜE (Coords.) *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 561.

⁴ Entre otros ver CARBONELL, J.C; MORALES, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" en ALVAREZ, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 78, o, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013.

sociedades mercantiles públicas, solamente estas últimas están sometidas a la amenaza de una pena.

En este sentido, las sociedades mercantiles públicas estatales⁶ se encuentran reguladas en el artículo 111 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, "Ley 40/2015"), donde se señala que, por sociedad mercantil estatal se entiende aquella sociedad mercantil sobre la cual se ejerce control estatal. En este contexto el control estatal puede realizarse por las dos siguientes vías: (i) Porque la participación directa en su capital social, de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que, conforme a lo que se dispone en el artículo 84 de la Ley 40/2015, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100. (ii) Porque la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos vinculados o dependientes, respecto de la sociedad mercantil pública, se encuentran en alguna de las siguientes formas de control empresarial (previstas en el artículo 42 del Código de Comercio⁷): (a) que posean la mayoría de los derechos de voto; (b) que tengan la facultad de nombrar o destituir la mayoría de los miembros del órgano de administración; (c) que puedan disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; o, (d) que hayan designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que ejerzan su cargo en el momento en que tengan que formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Asimismo, obviamente, para que en un procedimiento penal se acabe condenado a una sociedad mercantil pública también deberán concurrir todos y cada uno de los presupuestos generales configuradores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas previstos en el artículo 31 bis del CP, a saber: (1) la comisión de un delito por parte (i) de los representantes legales de la empresa; o, (ii) de las personas físicas que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la empresa; o, (iii) por sus trabajadores cuando estos hayan podido realizar los hechos delictivos porque se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión de su actividad; (2) que el delito se haya cometido en beneficio⁸ (directo o indirecto) de la sociedad

⁵ Sector público empresarial donde el riesgo de corrupción es mayor que en el ámbito de actuación de las empresas privadas, así, por ejemplo, [QUINTERO OLIVARES, G, "El Derecho Penal y las empresas públicas: un problema político criminal", en MORILLAS \(Dir.\), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 304.](#)

⁶ Si bien no se identifican diferencias sustanciales entre las sociedades mercantiles públicas estatales, autonómicas y locales, sí que tiene que apuntarse que todas las Comunidades Autónomas han aprobado normas propias que regulan su sector público empresarial. Y, en cuanto a las sociedades mercantiles públicas de los Ayuntamientos, la Ley de referencia es la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. En este sentido, en el artículo 85 de esta norma se señala que los Entes locales, para el desarrollo de sus servicios públicos, a través del sistema de gestión directa, pueden utilizar tanto entes públicos empresariales locales como, sociedades mercantiles públicas municipales.

⁷ Técnicamente el artículo 111 de la Ley 40/2015 señala que el segundo supuesto de control estatal de las sociedades mercantiles públicas lo será porque éstas estén en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes, ahora bien, esta norma fue derogada por el Real decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, y, por lo tanto, su remisión tendrá que entenderse a esta última norma, la cual, a su vez, se remite a lo que se dispone en el artículo 42 del Código de Comercio (precepto que regula la cuestión del grupo de sociedades mercantiles).

⁸ A diferencia de otros sistemas, como, por ejemplo, el de los Estados Unidos, donde no se exige tal beneficio empresarial; [GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Sevilla: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.](#)

mercantil⁹; y, (3) que el delito realizado sea uno de los que concretamente pueden generar responsabilidad penal a la empresa, según el sistema del *numerus clausus* decidido por el legislador.

Además de todo lo anterior, a mi juicio, el texto vigente del CP permite encontrar un tipo de sociedades mercantiles públicas que podrían gozar de un tratamiento penal privilegiado, en concreto, me refiero a aquellas sociedades mercantiles públicas que ejerzan potestades públicas administrativas.

Sin avanzar ahora en esta Introducción cuestiones que intentaré tratar con detenimiento a lo largo de este estudio, mi tesis es que, el legislador, en el último inciso del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP (precepto que, como ya ha sido señalado *supra*, determina la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas del sector público¹⁰) ha configurado una especie de “cajón de sastre” en el cual potencialmente cabrían incluir a todas aquellas otras organizaciones o entidades del sector público que ejercieran potestades públicas de soberanía o administrativas.

Dos apuntes al respecto (que serán objeto de desarrollo en apartados posteriores): primero, las sociedades mercantiles públicas son entidades del sector público institucional [ver artículos 2.2. b) y 84.1. c) de la Ley 40/2015], y, por ello, *a priori*, en tanto que entidades del sector público, podrían caer en el concepto “otras” [referido a: otras organizaciones o entidades del sector público¹¹] con el que se configura el “cajón de sastre” previsto en el último inciso del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP; y, segundo, resulta que, a la luz del artículo 113 de la Ley 40/2015, las sociedades mercantiles públicas también pueden ser dotadas (cierto que de forma excepcional, pero, en todo caso, posible) del ejercicio de potestades administrativas¹².

⁹ Requisito que, en el campo de las sociedades mercantiles públicas, podría llegar a determinar su absolución en la mayoría de los procedimientos penales en los que aquéllas sean protagonistas. Ciertamente la posible casuística es prácticamente inagotable, y la imaginación de cada uno puede dar para mucho, pero, en el operar normal de las cosas, cuando un directivo o un trabajador de una mercantil estatal cometa un delito dentro de la estructura de la empresa pública, lo habitual y ordinariamente esperable no será que lo haya realizado en beneficio (directo o indirecto) de la sociedad mercantil pública, más bien lo contrario, seguramente lo habrá realizado asumiendo su perjuicio: ya sea lesionando directamente el patrimonio societario, ya sea lesionando los intereses públicos que justificarían la creación de aquella empresa pública, y, en todo caso, lesionando (en el supuesto de ser descubierto) la reputación social empresarial de la mercantil pública en cuya estructura orgánica se hubiera cometido el delito.

¹⁰ Ver al respecto a CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. “La exención de responsabilidad penal del Estado y entidades de él dependientes”, *Diario La Ley* núm. 3949, 2019, o, también, CARDONA BARBER, A, “La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2021.

¹¹ En el punto 3.3 de este estudio explicaré cómo llego a la conclusión de que la referencia a “otras” del redactado del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP (*in fine*) debe entenderse referida a “otras organizaciones o entidades del sector público”.

¹² De todos modos, esta previsión, para las sociedades mercantiles públicas, cuenta con un problema que, hasta donde alcanzo a conocer, todavía no se le ha dado una solución normativa. En este sentido, normalmente, los empleados de las mercantiles públicas tendrán la categoría de personal laboral, distinto en todo caso al concepto de “funcionario público de carrera” previsto en el art. 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), precepto en cuyo apartado segundo se señala expresamente que: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas (...) corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, (...)”. Ciertamente que en la reciente STS de la sala tercera de 12 de abril de 2023 (rec. 8778/2021) el alto tribunal parece flexibilizar la referida exclusividad de los funcionarios de carrera en el ejercicio de las potestades públicas, pero, aquella resolución, a mi juicio, no acaba de dar una solución a la restricción competencial referida en el campo operativo de las mercantiles públicas que hayan sido dotadas del ejercicio de potestades públicas administrativas.

Pues bien, en línea de continuidad con los dos últimos párrafos, propongo al lector el siguiente ejercicio: imaginemos un procedimiento penal contra una sociedad mercantil pública, en el que la acusación ha sido capaz de acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos de responsabilidad penal empresarial, pero, para evitar la condena, la defensa de la mercantil acusada alega que aquélla no puede ser castigada penalmente ya que su defendida, en su actividad, ejerce potestades públicas administrativas.

Así, ante tal alegación defensiva, ¿qué debería resolver el Tribunal penal?

Esta es la pregunta concreta que, por medio del presente estudio, intentaré darle algún tipo de solución, la cual, necesariamente, precisará de la previa respuesta a las siguientes tres cuestiones: (i) ¿qué alcance tiene el concepto “potestad pública” previsto en el primer apartado del art. 31 quinquies del CP?; (ii) ¿a qué entidades se refiere subjetivamente la norma penal cuando señala que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tampoco serán aplicables a las “otras” que ejerzan potestades administrativas?; y, finalmente, (iii) ¿cómo debe concretarse el verbo rector “ejercer” potestades administrativas previsto en el precepto penal de referencia?

2. LAS POTESTADES PÚBLICAS

Como punto de partida parece oportuno empezar trabajando con el concepto normativo administrativo de “potestad pública”, para, como mínimo, partir de aquél a la hora de buscar su encaje en la norma penal vigente, evitando con ello posibles confusiones con otros conceptos normativos administrativos “algo” similares previstos en el precepto penal de referencia, y, además, aprovechar el mismo apartado de estudio para valorar si aquél concepto (el de potestades públicas) puede (o incluso “debe”) ser acogido penalmente desde un criterio de interpretación conceptual restrictivo, en todo caso distinto al manejado en el campo del Derecho administrativo (cuestión permitida a la luz de la posible autonomía interpretativa del Derecho penal).

2.1. ¿Qué son las potestades públicas administrativas?

Conceptualmente se entiende que existen tres grandes tipos generales de potestades públicas, dependiendo del poder del Estado que las disponga, así, el poder legislativo cuenta con la potestad pública legislativa, el poder judicial con la potestad pública jurisdiccional, y, el poder ejecutivo (es decir, los distintos órganos que conforman la administración del Estado), con la potestad administrativa. En el marco del objeto de estudio del presente trabajo, la potestad administrativa es el único tipo de potestad que nos interesa (es la única con la que pueden contar las empresas públicas), y, por ello, a continuación, será la única de los tres grupos de potestades públicas que encontrará desarrollo.

En este contexto, de entrada, cabe señalarse que el concepto “potestades administrativas” no se encuentra recogido con una definición auténtica en ninguna norma de derecho administrativo. Tradicionalmente, la doctrina administrativa ha venido entendiendo que el concepto potestad administrativa se identificaba, estrictamente, con la manifestación de un poder coercitivo con capacidad de limitar los derechos subjetivos de los ciudadanos. Así, sin duda, y por poner dos ejemplos evidentes, sancionar administrativamente, o, expropiar terrenos de propiedad privada, formarían parte de ese concepto más estricto de potestad

Ahora bien, abordar estas cuestiones en estas páginas, y buscarles algún tipo de solución, desbordaría con mucho los límites conceptuales y formales de este estudio.

administrativa. De todos modos, a lo largo de los últimos años, se ha ido consolidando, tanto por parte de la jurisprudencia como por parte de la doctrina administrativa, la idea de que dentro del concepto de potestad pública administrativa también han de haber manifestaciones de poder público que sean favorables a los intereses de los particulares¹³, como, por ejemplo, concesiones demaniales sobre bienes de dominio público, adjudicaciones de contratos públicos, resolución favorable de subvenciones, etc.¹⁴

En todo caso, una posible definición doctrinal de potestades administrativas la encontramos en palabras de GAMERO CASADO, que las define como “un poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional)¹⁵”. Con ello, y partiendo de la anterior definición, podríamos afirmar que, aquí, por “potestades administrativas” nos referiremos a aquellos instrumentos privilegiados que, en la consecución de los fines públicos, a la luz del interés general que justifican su operar, ostentan (o pueden ostentar) los distintos entes del sector público a la hora de canalizar sus relaciones con los ciudadanos. Estos instrumentos privilegiados se concretan en dos grandes tipos de potestades administrativas, a saber: (i) la potestad de autotutela declarativa administrativa, mediante la cual la administración puede generar una presunción *iuris tantum* de legalidad con fuerza suficiente para modificar la situación jurídica de los administrados (por ejemplo: denegar una licencia de obras, dictar una sanción o, entre otras muchas posibilidades, resolver definitivamente sobre la solicitud de un permiso de actividad comercial); y, (ii) la autotutela administrativa ejecutiva, potestad que permite a la administración ejecutar de oficio todo tipo de resoluciones sobre el patrimonio de los ciudadanos (como, por ejemplo, ejecutar las sanciones administrativas, embargar bienes propiedad de los particulares, expropiar terrenos privados, etc.)¹⁶.

2.2. Las diferencias entre la ejecución de potestades públicas, la ejecución de políticas públicas y las funciones públicas

En el redactado del artículo 31 quinquies del CP aparecen otros conceptos normativos que, si no se trabajan con cierto cuidado por parte del operador jurídico, podrían llegar a confundirse con el concepto potestad pública por parte de aquellos especialistas del derecho penal que en su trayectoria profesional se hayan acercado poco al campo del derecho administrativo, me refiero en concreto a “ejecutar políticas públicas” o “prestar servicios de

¹³ Así GAMERO CASADO, E, “El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo”, en GAMERO CASADO (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 32 y ss.

¹⁴ De todos modos, un apunte al respecto: en ocasiones, el ejercicio de una potestad pública tendrá las dos caras de la misma moneda, será beneficioso para alguien, pero, perjudicial para otros. Por ejemplo, la resolución favorable de una licitación pública favorece al concursante ganador, pero, perjudica al resto de licitantes vencidos, los cuales, también contarán con el recurso contencioso-administrativo para hacer valer sus derechos.

¹⁵ GAMERO CASADO, E, “Delimitación conceptual de la potestad administrativa”, en GAMERO CASADO (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 73, autor en cuyo lugar también afirma que “La consecuencia que deriva de la individualización del concepto es que toda manifestación de poder jurídico que encaje en la definición (...) se deben someter al Derecho administrativo”. En términos similares se expresa BLANQUER CRIADO, D.V. *Derecho administrativo, El fin, los medios y el control*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 40.

¹⁶ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. *Las potestades administrativas*, Madrid: Tecnos, 1986.

interés económico general”, ambos conceptos previstos en el apartado segundo del artículo 31 quinquies del CP.

Ahora bien, en ningún caso puede considerarse que estos dos conceptos sean lo mismo que la capacidad “de ejercer potestades públicas”, puesto que: (i) aquéllos no tienen la misma naturaleza: las políticas públicas o los servicios de interés económico general son objetivos o finalidades públicas¹⁷, y, en cambio, la capacidad de ejecutar potestades públicas es un medio o instrumento jurídico privilegiado que puede usar la administración (como por ejemplo, como se ha dicho *supra*, sancionando administrativamente, o materializando alguna expropiación); (ii) porque estos conceptos “ejecutar políticas públicas” o “prestar servicios de interés económico general” son los que utiliza el legislador penal para configurar un doble estatuto de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas; y, finalmente, (iii) porque según el literal del primer apartado (*in fine*) del artículo 31 quinquies del CP, el ejercicio de potestades públicas determina directamente la imposibilidad de castigar penalmente a las personas jurídicas públicas que las ejerzan, no su moderación penológica.

Asimismo, también hemos de saber diferenciar los conceptos “realizar funciones públicas administrativas” y “ejercer potestades públicas administrativas”. Muy resumidamente podría decirse que las funciones públicas son todas las actividades que realizan los entes del sector público, directamente, o por medio de externalización¹⁸. En cambio, las potestades públicas administrativas no son ni funciones ni finalidades, son medios o instrumentos de los que se pueden hacer valer los entes del sector público para imponer a sus administrados una determinada decisión administrativa (declarativa o ejecutiva) dictada en el curso de las funciones públicas que tienen encomendadas, siempre a la luz del interés general que preside y justifica su actividad (art. 103.1 CE)¹⁹.

2.3. ¿Necesitamos elaborar un concepto de potestad pública penalmente autónomo?

Los redactados de los preceptos penales son el resultado de una concatenación ordenada de elementos lingüísticos, en los cuales, podremos encontrar elementos lingüísticos normativos y elementos lingüísticos descriptivos²⁰. Pues bien, comúnmente se considera que cuando el intérprete penal se enfrenta a la exégesis de algún elemento normativo, su

¹⁷ Al respecto del concepto puede verse: DIEZ PICAZO, L., “La idea de servicios de interés económico general”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2, 2002, p. 252. También PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 7, 2004. También LAGUNA DE PAZ, J.C., *Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009. pp. 227 y ss.

¹⁸ Pueden encontrarse distintos ejemplos de funciones públicas “externalizadas” en MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas”, en MAQUEDA ABREU; MARTÍN LORENZO; VENTURA PÜSCHEL (Coord.) *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho, estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, UCM, 2016, p. 217 y ss.

¹⁹ 103.1 CE: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales (...)”.

²⁰ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M, *Derecho penal. Parte General*, 10 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, en cuya pp. 239 y 240 señalan que: «Elementos descriptivos son aquéllos que se refieren a términos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo (como «matar», «aire», «lesiones», «cazar», «cosa», etc.). Elementos normativos son, por el contrario, aquéllos que requieren para su comprensión, el conocimiento de alguna norma a la que el tipo se está remitiendo. Así, por ejemplo, para saber quién es «acreedor» tenemos que remitirnos a la norma civil que regula el derecho de crédito; o para saber qué es un «espacio natural protegido» hay que acudir a la normativa administrativa que lo define».

capacidad hermenéutica vendrá más limitada que en los descriptivos, ya que aquéllos (los normativos) estarán cargados de una realidad previa ya determinada por una norma jurídica (o una interpretación doctrinal clara) elaborada en el campo de otro ordenamiento jurídico²¹.

Ahora bien, ello no significa que el Derecho penal deba asumir sin discutir una definición normativa dada por otra rama del ordenamiento. De hecho, “la cuestión de si el derecho penal es autónomo o accesorio respecto a otros sectores del ordenamiento jurídico es un tema clásico en el que, en síntesis, se ha discutido si la norma penal se limita a sancionar el valor o desvalor procedente de otros sectores del ordenamiento (carácter accesorio o secundario) o bien si el injusto penal debe obedecer a pautas valorativas propias del derecho penal (carácter autónomo) lo que repercute en la interpretación posterior de la ley”²², imponiéndose en la actualidad, de forma mayoritaria, la corriente doctrinal que apuesta por permitir un cierto grado de autonomía definitoria penal, también en los elementos normativos identificables y propios de otros sectores del ordenamiento jurídico, si bien, en estos casos, limitadamente²³.

Así, la pregunta que planteo es este apartado es si, a la hora de operar penalmente con el concepto potestades públicas administrativas, ¿podemos utilizar un alcance distinto al que encontraríamos en el campo del derecho administrativo?

De entrada, parece evidente que el elemento lingüístico “potestades administrativas” del artículo 31 quinquies del CP debe ser considerado como elemento normativo, dotado de una evidente carga definitoria proveniente del derecho administrativo. En este sentido, en el anterior punto 2.1 he señalado que el concepto potestad pública administrativa se refiere a un instrumento privilegiado que pueden utilizar algunos entes del sector público para llevar a cabo sus funciones públicas, lo cual se justifica en su misión constitucional de defender el interés general (artículo 103.1 CE)²⁴. De todos modos, dentro de este concepto amplio de potestades administrativas podrían caber varias manifestaciones distintas del poder público, y, por ello, puede plantearse si el concepto “ejercer potestades administrativas”, previsto en el inciso final del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP, se refiere a “todas” las potestades administrativas o, solamente piensa en las potestades públicas más importantes y significativas de la *potestas* pública, es decir: las que a la postre puedan identificarse con el núcleo duro de potestad pública.

²¹ En términos similares por ejemplo MIR PUIG, cuando señala que: «En la formulación del tipo el legislador puede acudir a elementos descriptivos o a elementos normativos. 1. Son elementos descriptivos los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos (...). 2. Son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social»: MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2016, p. 240.

²² GARCÍA ARÁN, M. “Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de la empresa pública”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, p. 266.

²³ Algunos ejemplos clásicos: la “cosa mueble penal” (jurisprudencial y doctrinalmente) tiene un alcance más amplio que la “cosa mueble civil”. Otro, el concepto “funcionario público penal” tiene un alcance (*ex lege*: art. 24.2 CP) más amplio que el concepto “funcionario público del derecho administrativo”.

²⁴ De hecho, y por lo que respecta a la posible iniciativa privada de la administración pública en el mercado económico, función canalizada a través de las sociedades mercantiles públicas, de antiguo, la doctrina especializada, de forma mayoritaria, ha venido afirmando que esta habilitación constitucional (prevista en el art. 128.2 de la CE) está limitada a las prestaciones de bienes y servicios que tengan un contenido vinculado al interés público o general. Por ejemplo, ARIÑO ORTIZ, G, “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del Sector público y control de su expansión”, en *Revista de Administración Pública*, número 88, 1979, pp. 64 y ss., en cuya pág. 69 afirma categóricamente que: “(...) la esfera de legítima intervención del Gobierno en un modelo de sociedad libre debe venir justificada por la existencia de un interés público”.

De hecho, al respecto, la doctrina administrativa ha señalado que pueden diferenciarse aquellas potestades administrativas cuyo ejercicio supone una manifestación de *imperium*, y aquellas otras donde esta muestra de poder no tiene lugar²⁵. Con ello, cabrían diferenciarse las potestades públicas que comporten actos de gravamen (aquellas que vienen a lesionar o limitar derechos subjetivos de los ciudadanos) de las que no tiene esa capacidad o finalidad. En las primeras (las de gravamen) encontraríamos el núcleo esencial del concepto potestades administrativas, como, por ejemplo, la imposición y posterior ejecución de una sanción administrativa, o, la declaración de expropiable y la posterior expropiación forzosa de un terreno particular. Así, cabría defenderse que, cuando el artículo 31 quinquies CP utiliza el concepto “potestades administrativas” se está refiriendo solamente al núcleo esencial de las mismas.

No es este mi criterio interpretativo. Del texto del CP interpreto que la voluntad de la Ley es la de no someter a responsabilidad penal a ninguna entidad del sector público que ejerza potestades públicas, sean éstas del tipo que sean: las de gravamen y las que no, las declarativas y las ejecutivas. Esta afirmación (que desarrollaré en el punto 3.5 de este estudio, donde trabajaré con el método de interpretación teleológico del precepto penal) la realizo al entender que la dotación de una potestad pública es la manifestación más evidente y clara de que el ente público que la disfruta forma parte de algún modo del grupo de entes integrantes del núcleo duro del sector público (territorial o institucional) que velan por el interés general²⁶, antes que el legislador penal ha decidido imponer *ex lege* su irresponsabilidad penal.

No obstante, cosa distinta es que a la hora de identificar qué es una potestad pública nos equivoquemos e incluyamos cuestiones que, en palabras de la doctrina administrativista, no son más que el desarrollo de ejercicios accesorios o accidentales, o de apoyo técnico, auxiliar o mecánico, a una potestad pública²⁷. Pongo un ejemplo concreto de esta posible confusión: considero que la realización de las inspecciones técnicas de vehículos (ITV), con la redacción del informe pertinente (que no emisión de resolución) más el despachar (o no) la etiqueta (pegatina) conforme, al final del examen, no es la manifestación de una potestad pública, es la ejecución y realización de actividades de apoyo y servicio técnico (por parte de una concesionaria) en favor de la “administración supervisora” quien controla el ejercicio de la potestad pública administrativa en esos procedimientos²⁸.

²⁵ GAMERO CASADO, E, “Delimitación conceptual...ob.cit., p. 118.

²⁶ Sobre la vinculación de las potestades públicas con el interés general ver: GONZÁLEZ GIL, D, “El interés general, presupuesto de atribución y ejercicio de la potestad pública”, en GAMERO CASADO (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021.

²⁷ GAMERO CASADO, E, “El ejercicio de potestades administrativas...ob.cit., p. 32. O, más extensamente, BERNING PRIETO, A.D, “Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas y auxiliares”, en GAMERO CASADO (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 277 y ss.

²⁸ De hecho, el TJCE, en la Sentencia de 22 de octubre de 2010 (C-438/08, Comisión contra República Portuguesa), tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de la actividad de las empresas ITV. En este contexto, el TJUE, tras diferenciar los aspectos técnicos (ajenos al ejercicio del poder público) y los del ejercicio del poder (certificación de la inspección técnica realizada), entendió que la actividad de las ITV's, estando como estaban (y siguen estando) sometidas a la administración supervisora, carecían de la autonomía decisoria propia de las prerrogativas de poder público. En concreto, en el FJ 41 de la referida Sentencia puede leerse lo siguiente: “a este respecto, ha de señalarse que la decisión de certificar o no certificar la inspección técnica se limita, en esencia, a constatar los resultados de la inspección, por lo que, de una parte, carece de la autonomía decisoria propia del ejercicio de las prerrogativas de poder público, y, por otra parte, se adopta en el marco de una supervisión estatal directa”.

Consecuentemente, tal y como afirma GARCÍA ARÁN, hemos de negar la posibilidad de incluir a las empresas que puedan colaborar en el ejercicio de potestades públicas en funciones de vigilancia, seguridad, etc., en el espacio de impunidad previsto en el inciso final del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP²⁹. Pero, en mi caso, no porque discuta la posible irresponsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten potestades públicas, sino, porque esas actividades (los servicios de vigilancia, seguridad, etc.) no son realmente la manifestación del ejercicio de una potestad pública, son solamente la realización de una actividad auxiliar y de apoyo a una administración supervisora que sí cuenta con el ejercicio de potestades públicas.

En definitiva, en el campo del Derecho penal, si somos capaces de “separar el grano de la paja”, es decir, de purgar qué son en cada caso concreto potestades públicas administrativas de lo que son solamente actividades de apoyo, servicio técnico o colaboración con un ente del sector público con potestades administrativas³⁰, no precisaremos dotarnos de un concepto de potestad pública distinto al manejado en el campo del derecho administrativo.

Pues bien, una vez tratada la conceptualización de “potestades públicas”, intentemos despejar, a continuación, las otras dos cuestiones que, a mi juicio, comprometen la interpretación y aplicación del primer apartado (*in fine*) del artículo 31 quinquies del CP, en concreto: ¿a qué sujetos concretos se refiere el CP cuando habla de las “otras” que ejecuten potestades públicas?; y, ¿cuál es el alcance concreto del verbo “ejercer” a efectos penales?

²⁹ GARCÍA ARÁN, M. “Autonomía interpretativa...ob.cit., autora en cuya p. 283 apunta lo siguiente: “(...) imaginemos que una empresa privada de seguridad a la que se han encomendado funciones de control en un aeropuerto establece un sistema por el que recibe contraprestaciones ocultas a cambio de flexibilizar el control para permitir que otros lleven a cabo hechos de contrabando, lo que sin duda sería incardinable en el delito de cohecho pasivo que es uno de los que puede ser atribuido a personas jurídicas (art. 427 bis CP). En mi opinión, es posible negar el ejercicio de potestades administrativas en la prestación de determinados servicios de colaboración, pues no se olvide que, en los aeropuertos, el ejercicio de la potestad en sentido estricto está atribuido a la Guardia Civil. Pero si no se admite lo anterior, habría que eximir de responsabilidad penal a la citada empresa, también con el criterio de comprobación del ejercicio de potestades en el caso concreto lo que se antoja un privilegio insostenible”. En este sentido, y ante este interesante caso hipotético, ciertamente las empresas de seguridad de los aeropuertos no pueden quedar incluidas dentro del espacio de impunidad penal previsto en el primer apartado del art. 31 quinquies del CP, pero, no porque se discuta la posible irresponsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten potestades públicas, sino, porque en aquellos casos, seguramente ni tan solo se darían los dos presupuestos legales mínimos para que la previsión del inciso final del primer apartado del art. 31 quinquies CP pudiera ser aplicada: (i) esas actividades (los servicios de vigilancia, seguridad, etc.), a mi juicio, no son la manifestación del ejercicio de una potestad pública, son solamente la realización de una actividad auxiliar y de apoyo a una administración que sí cuenta con el ejercicio de potestades públicas; y, a mayor abundamiento, (ii) si la empresa encargada del control aeroportuario es una “empresa privada” concesionaria (huérfana de los requisitos que la podrían llegar a identificar como una sociedad mercantil pública: básicamente más del 50% de capital social público, o, control funcional público en sus órganos de gobierno) aquella empresa no sería una de las “otras” entidades del sector público a los que se refiere el primer apartado del artículo 31 quinquies del CP (cuestión que trataré *infra* en el punto 3.3 de este estudio).

³⁰ Como podrían ser, por ejemplo, la realización de las “funciones públicas” de control, inspección y certificación por parte de las entidades colaboradoras de las administraciones públicas: CANALS AMETLLER, D, “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado”, en GAMERO CASADO (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 341 y ss.

3. LAS POTESTADES PÚBLICAS EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

Los preceptos del CP, como toda norma escrita, pueden y deben ser interpretados. En este contexto, como es conocido, en el artículo 3.1 del Código civil se apunta que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”³¹.

Ahora bien, a modo de cierto “excursus crítico general”, antes de avanzar, me gustaría apuntar que, a mi juicio, aunque la interpretación del texto es una función legítima y necesaria (en el campo del Derecho penal muy especialmente a través del método teleológico, en la averiguación de la voluntad de la norma, con el uso del principio del bien jurídico penalmente protegido), ocasionalmente pueden encontrarse textos doctrinales o resoluciones jurisprudenciales con la plasmación de exégesis “atrevidas” (por utilizar un delicado eufemismo) mediante las cuales se defiende una interpretación que anima a la aplicación de una norma claramente en contra del sentido literal y evidente de sus palabras. Ello seguramente es debido a la voluntad (quizá inconsciente) de intentar que el texto diga lo que no dice, para acomodarlo a una determinada ideología. Pero, no podemos confundir el derecho “deseable” con el derecho “vigente”. La separación de poderes del Estado y el respeto al principio de legalidad nos lo impide. Así, ante tipos penales que castigan cuestiones que a juicio del interprete no deberían ser castigadas, o, preceptos que no abrazan en su texto hechos que a juicio del interprete deberían ser penalmente perseguidos, lo que cabe no es decir que el tipo penal dice lo que no dice, e intentar con ello convencer al Juez o Tribunal penal para que falle un tema apartándose del principio de legalidad en general y del mandato claro y taxativo previsto en los apartados segundo y tercero del artículo 4 del CP en particular, sino, la realización de la oportuna (y a menudo necesaria -más en los tiempos de expansión punitiva que nos ha tocado vivir-) crítica legislativa y propuesta de *lege ferenda*.

3.1. Interpretación de la norma a través del método literal

De todos modos, volviendo al tema objeto de este estudio, y reiterando la idea de que las normas penales no pueden ser aplicadas sin antes haber sido debidamente interpretadas, siempre, pero, partiendo del respeto a la redacción literal del texto vigente, analicemos a continuación el redactado gramatical del precepto objeto de estudio para valorar si éste pudiera facilitar una interpretación clara que permitiera al operador jurídico realizar una subsunción mecánica. Avanzo que mi respuesta será negativa.

Así, de nuevo, en el primer apartado del artículo 31 quinquies del CP podemos leer lo siguiente: “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”. Como ya ha sido dicho, de todo lo anterior nos interesa especialmente su inciso final: “ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”.

³¹ De este precepto se han deducido los siguientes métodos hermenéuticos, o de interpretación de la norma: (i) el literal o gramatical (atendiendo al sentido del texto de la norma); (ii) el sociológico, (iii) el histórico; (iv) el sistemático; y, (v) el teleológico (en la búsqueda de la finalidad o espíritu de la norma).

En cuanto al concepto “potestades públicas administrativas”, a lo largo del apartado 2 de este estudio ya he defendido qué tipo de interpretación propongo (y, para profundizar más en este punto, me remito a lo desarrollado *supra*).

Ahora bien, he de reconocer que de la lectura del texto penal transcrito no queda claro quiénes son exactamente “aquellas otras” entidades a las que se refiere la Ley, ni, tampoco, cuál es el alcance concreto del verbo rector “ejercer”. Para resolver estas cuestiones no nos bastará con el método literal, deberemos hacernos servir del concurso de otros métodos de interpretación, muy especialmente del histórico, del sistemático y, del teleológico.

3.2. Interpretación a través de un estudio histórico: iter legislativo

De inicio, para poder resolver la cuestión objeto del presente estudio, me parece importante destacar que la posibilidad normativa que señala que las sociedades mercantiles públicas podrán (excepcionalmente) ejercer potestades públicas es de fecha “posterior” a la de la entrada en vigor del artículo 31 quinquies del CP. En este contexto, la LO 1/2015 (que introdujo el art. 31 quinquies del CP), se publicó en el BOE en fecha 31 de marzo del año 2015, y entró en vigor en fecha 1 de julio del mismo año. En cambio, la Ley 40/2015, y, con ello, su art. 113 (donde se regula por primera vez la posibilidad del ejercicio de potestades públicas por parte de las mercantiles públicas) se publicó en el BOE en fecha 2 de octubre del año 2015 y, entró en vigor en fecha 2 de octubre del año 2016.

Esta nueva posibilidad, durante la tramitación del anteproyecto de la Ley 40/2015, no estuvo exenta de discusión parlamentaria. De hecho, en el diario de sesiones del Congreso de los Diputados, de 21 de julio de 2015 (de Comisiones número 270), se recoge la intervención del sr. diputado DE LA ROCHA RUBÍ, quien criticó la posibilidad de atribuir potestades públicas a las mercantiles estatales con las siguientes palabras: “(...) se hace sin ninguna explicación y puede tener consecuencias muy graves porque el ejercicio de potestades administrativas sitúa a quien lo ejerce en una posición de supremacía respecto de aquellos que no las ejercen, sobre el ciudadano y otras empresas y entidades. Estamos hablando de sociedades estatales que tienen ánimo de lucro por su propia naturaleza y que compiten en el mercado”. En la misma línea, el Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Senado una enmienda (la número 211) solicitando eliminar del texto normativo la posibilidad de que las sociedades mercantiles públicas pudieran ejercer potestades administrativas. Su argumentación fue la siguiente: “Esta excepción, que no está prevista en la disposición adicional 12.^a de la LOFAGE, actualmente vigente, no se compadece con la prohibición enfática de que las sociedades mercantiles estatales dispongan de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, y entra también en contradicción con el principio de reserva del ejercicio de potestades públicas al personal funcionario, previsto en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Pero, fuese como fuese, la Ley 40/2015 finalmente aprobada ha incorporado la posibilidad de que las sociedades mercantiles públicas puedan ejercer potestades administrativas, y, el hecho de que esta nueva posibilidad sea cronológicamente posterior a las reformas penales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas, determinará que, a partir de aquí, no podamos escudarnos en una hipotética “voluntad del legislador penal” para interpretar si aquél quería (o no) incluir a las sociedades mercantiles públicas que ejercieran potestades administrativas en el ámbito de aplicación del primer apartado *in fine* del art. 31 quinquies del CP³². Cuando dio vida a aquel precepto penal

directamente no se lo pudo ni plantear: en aquel momento las sociedades mercantiles públicas con posibilidad de ejercer potestades públicas ni existían³³.

3.3. Interpretación del precepto a través del método sistemático, estudiando el derecho penal a la luz de las disposiciones del derecho administrativo

De entrada, quiero apuntar que la diferencia entre las entidades del sector público “administrativo”, entidades del sector público “institucional”, entidades del sector público “empresarial”, entidades del sector público “fundacional” o, entidades del sector público “a secas”, no es una diferencia menor.

Así, dentro del sector público se separan y clasifican los distintos entes a través de distintas formas, según la Ley que se trabaje³⁴. Por ejemplo, según la Ley 40/2015, el sector público comprende (art. 2): (i) la Administración General del Estado; (ii) las Administraciones de las Comunidades Autónomas; (iii) las Entidades que integran la Administración Local; y, (iv) el sector público institucional. A su vez, el sector público institucional se integra por: (i) cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas; (ii) las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (aquí encontraríamos a las sociedades mercantiles públicas); y, (iii) las Universidades públicas. En cambio, por ejemplo, para la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, “Ley 47/2003”), la división lo sería entre: (i) el sector público administrativo, (ii) el sector público empresarial (en el cual, junto a las entidades públicas empresariales encontraríamos a las sociedades mercantiles públicas y, también, a cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los consorcios y

³² Mucho más si tenemos en cuenta que la previsión sobre que a los entes del sector público que ejerzan potestades públicas no se les podrán pedir responsabilidad penal ya aparecía en el texto de la primera regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ver el apartado 5 del art. 31 bis del CP en su versión original del año 2010).

³³ Sobre la necesaria atribución legal para el ejercicio de potestades públicas por parte de entidades de derecho privado, ver: NAVARRO GONZÁLEZ, R, “La atribución de las potestades administrativas”, en GAMERO CASADO (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 253. De todos modos, al respecto, no puede esconderse que el TS, en su Sentencia de 17 de mayo del año 2012 (recurso 2616/2009), afirmó que la sociedad mercantil pública (prestadora de servicios portuarios) objeto del recurso, ejercía potestades públicas. Ahora bien, si analizamos el relato de hechos de aquel caso, me parece que el TS debería haberse referido a que la mercantil pública ejercía “funciones públicas”, pero no “potestades públicas”, potestades que, por cierto, el TS ni enumera, ni identifica, ni explica con qué base normativa se le permite ejercerlas. De hecho, ni mediante el Decreto 105/2000, de 6 de junio, del Gobierno del País Vasco, por el que se crea la referida mercantil pública portuaria, ni mediante el posterior Decreto 105/2001, de 29 de mayo, (por el cual se le atribuyen nuevos bienes y derechos), se le dota del ejercicio de potestad pública alguna. También se refiere a esta Sentencia: CHINCHILLA MARIN, C., “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, 203, 2017, p. 27.

³⁴ Soy consciente que existen más leyes que ofrecen distintas clasificaciones del sector público, como, por ejemplo, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en cuyo art. 3 se diferencian a las “administraciones públicas”, los entes del sector público “no administración pública”, y, los poderes adjudicadores), pero, a mi juicio, para resolver la cuestión objeto de este apartado 3.3, las normas administrativas que deberán trabajarse son la Ley 47/2003 y la Ley 40/2015.

los fondos sin personalidad jurídica no incluidos en el sector público administrativo³⁵); y, (iii) el sector público fundacional.

Pues bien, a la luz de todo lo anterior, y en cuanto a la operación interpretativa sistemática, con relación a las disposiciones del ordenamiento jurídico en su conjunto, sobre la cuestión planteada (¿a qué sujetos se refiere la norma penal con la expresión “ni a aquellas otras”?) entiendo que cabrían tres posibilidades principales. En concreto, cuando la norma penal habla de “ni a aquellas otras que (...)”, esencialmente podría estar haciendo referencia a: (i) “ni a aquellas otras organizaciones o entidades del sector público que (...)”; o, (ii) “ni a aquellas otras organizaciones o entidades del sector público institucional que (...)”; o, quizá, (iii) “ni a aquellas otras organizaciones o entidades del sector público administrativo que (...)”. En el primer caso el precepto permitiría incluir a todas las entidades del sector público que ejercieran potestades públicas; en la segunda selección el precepto solamente estaría pensando en aquellas otras entidades institucionales que ejercieran potestades públicas; y, en el tercer escenario, todavía más restrictivo, el precepto solamente estaría pensando en las entidades del sector público que tuvieran la consideración de administración pública y que además ejercieran potestades públicas.

Al respecto, la Fiscalía General del Estado, en la página 17 de su Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (en adelante, “Circular 1/2016”), apuntó lo siguiente: “La referencia legal a “aquellas otras [organizaciones] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” permite incluir todo el sector público administrativo”³⁶. De lo anterior se evidencia que la Fiscalía General del Estado usa la clasificación del sector público tripartida contenida en la Ley 47/2003 (sector público administrativo, sector público empresarial y sector público fundacional)³⁷, y, con ello, parece (no de forma clara, ya que decir: “permite incluir *todo* el sector público administrativo”, no es lo mismo que decir: “permite incluir *solamente* el sector público administrativo”) dejar fuera del ámbito de aplicación del “cajón de sastre” del último inciso del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP a las posibles entidades del sector público empresarial que, eventualmente, pudieran estar ejerciendo potestades públicas.

En todo caso, si esa fuese la interpretación de la Fiscalía General del Estado, me parecería discutible por los tres motivos siguientes:

Primero, no se justifica porqué dentro del concepto “otras entidades” solamente pueden caber organizaciones del “sector público administrativo” cuando en el listado de instituciones del sector público irresponsables penalmente decidido por el legislador

³⁵ Así se dispone concretamente en el artículo 3.2 de la Ley 47/2003.

³⁶ En términos muy similares a los de la Fiscalía General del Estado se expresa VALEIJE ÁLVAREZ, cuando señala que: “la referencia legal final a “aquellas otras [organizaciones] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” es una cláusula abierta que permite incluir, además de a las entidades expresamente enumeradas que ya tienen reconocido por ley el ejercicio de potestades administrativas, a todo el sector público administrativo, lo cual obliga a ulteriores delimitaciones teniendo en cuenta que el objetivo final es preservar el ejercicio de función pública de la intervención penal”: VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general “en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, F. (Dir.) *Lobbies. ¿Instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 68.

³⁷ Ley 47/2003 que, por cierto, señala expresamente que esta triple división (sector público administrativo, empresarial y fundacional) lo será “a los efectos de esta Ley” (art. 3).

y plasmado en la primera parte del redactado del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP aparecen distintos entes del sector público institucional (según la Ley 40/2015) o del sector público empresarial (según la Ley 47/2003), como, por ejemplo, los organismos reguladores, las agencias públicas o las entidades públicas empresariales.

Segundo, porque de aceptarse esta interpretación limitativa, la Circular 1/2016 adolecería de cierta contradicción interna. En este sentido, la Fiscalía General del Estado, mediante la referida Circular, ha defendido que las fundaciones públicas (por cierto, entidades del sector público fundacional -distinto al sector público administrativo- que no están incluidas formalmente en el listado de entes del sector público irresponsables previsto en el primer apartado del art. 31 quinquies del CP) no pueden tener responsabilidad penal porque, básicamente, aquéllas, están sometidas a derecho administrativo y su actividad está justificada en el interés general³⁸. Pues bien, resulta que las mercantiles públicas que ejercen potestades públicas: (i) también operan en la satisfacción del interés general (se requiere para poder justificar el su uso de potestades administrativas); y, además, (ii) por el hecho de ejercer potestades públicas cuentan con un régimen de vinculación al derecho administrativo reforzado, según el cual, adicionalmente a las normas administrativas citadas en el art. 113 de la Ley 40/2015³⁹, también quedarán sometidas plenamente a los principios generales del derecho administrativo previstos en el art. 3 de la Ley 40/2015 (*ex art 2.2.(b) de la misma Ley*)⁴⁰. Con ello, me parece muy difícil de justificar la posible exclusión de los entes del sector público empresarial que “sí” ejerzan potestades públicas del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP, cuando se incluyen en aquél a las fundaciones públicas que “no” pueden ejercer potestades públicas⁴¹.

Y, tercero, y muy especialmente, porque si la mención a “ni a aquellas otras” hiciera referencia solamente a “ni a aquellas otras entidades del sector público administrativo”, en el marco del actual ordenamiento jurídico vigente, sería una referencia innecesaria a algo que ya ha sido dicho antes: todas las entidades del sector público administrativo (a la luz de las disposiciones de la Ley 40/2015), ya están incluidas en la frase “la responsabilidad penal de las personas jurídicas no será aplicables (...) a las Administraciones públicas territoriales e institucionales (...)” del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP⁴².

³⁸ En concreto, en la Circular 1/2016 puede leerse que: “Aunque no aparecen expresamente mencionadas, deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho administrativo (...)” En definitiva, las fundaciones públicas no son sino simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa que debe obedecer al mejor cumplimiento de los fines de interés general”.

³⁹ Básicamente: patrimonio de las administraciones públicas, contabilidad, presupuestos, de personal, de control económico-financiero y de contratación del sector público.

⁴⁰ Ver a [CANALS AMETLLER, D](#), “El ejercicio de potestades administrativas...*op.cit*, en cuya p. 330 señala que: “la última reforma legislativa habilita a personas jurídico-privadas para que ejerzan potestades públicas y se sometan al Derecho administrativo cuando las ejerzan (...)”.

⁴¹ Así se dispone expresamente en el art. 128.2 de la Ley 40/2015: “Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas”.

Consecuentemente, me resulta obvio que, actualmente, la referencia a “ni a aquellas otras” debe referirse a algún tipo de organizaciones o entidades del sector público, que, primero, no tengan la consideración legal de administraciones públicas (ni territoriales ni institucionales) ya que éstas ya están incluidas expresamente en el listado de sujetos públicos irresponsables penalmente del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP, y, segundo, que sean “otras” organizaciones o entidades del sector público que también tengan la capacidad de ejercer potestades públicas (de lo contrario ni siquiera nos plantearíamos su posible subsunción en el precepto penal de continua referencia).

Por todo lo anterior, entiendo que la referencia “ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” debe entenderse referida a “ni a aquellas otras [organizaciones o entidades del sector público] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”. Así, dentro del ámbito de impunidad del precepto, cabrían incluirse “a todas” las organizaciones o entidades “del sector público” que ejercieran “potestades públicas”.

De la anterior definición, consecuentemente, también resultaría una delimitación “negativa” del precepto: se estaría dejando fuera del ámbito del artículo 31 quinquies del CP a todas las “entidades privadas” (empresas privadas, fundaciones privadas, asociaciones privadas, etc.) que eventualmente (por delegación) pudieran estar ejerciendo potestades públicas. En este sentido, recuérdese que para poder subsumir a una entidad en el “cajón de sastre” del primer apartado del 31 quinquies CP deben darse en aquélla los dos requisitos acumulativamente exigidos en el texto del CP, a saber: (i) ser una entidad del sector público; y, (ii) ejercer potestades públicas. Con ello, por ejemplo, las empresas privadas colaboradoras de las administraciones públicas (ECA,s), aunque estuvieran ejerciendo potestades públicas administrativas, no podrían incluirse en el ámbito de aplicación del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP, ya que, aquéllas (a no ser que también concurrieran en su estructura orgánica los presupuestos para poder ser consideradas sociedades mercantiles públicas⁴³), no son “entidades del sector público”, solamente son empresas privadas “colaboradoras” de las administraciones públicas⁴⁴.

⁴² Según se dispone en el art. 2.3 de la Ley 40/2015, las únicas entidades del sector público que no tienen la consideración de “administración pública” son “las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas” y, “las universidades públicas”.

⁴³ Muy sucintamente: porque la empresa cuenta con más del 50% de capital social público, o, cuenta con un control funcional público en sus órganos de gobierno

⁴⁴ Parcialmente en contra, afirmando que las empresas colaboradoras de la administración que ejerzan potestades públicas han de incluirse en el primer apartado del artículo 31 quinquies del CP encontramos a [SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Empresas prevaricadoras...ob.cit., 2020, en cuya p. 11](#) señala literalmente que: “A la vista del estado de la discusión en el Derecho administrativo, parece claro que las ECAs sí ejercen tales potestades públicas. Por tanto, y salvo que se haga una interpretación restrictiva del art. 31 quinquies CP, no les es aplicable el régimen penal de responsabilidad de las personas jurídicas”. Tal y como he defendido en el cuerpo de mi estudio, en mi caso, solamente lo entendería del mismo modo que el precitado autor si la “ECA” en cuestión también tuviera la condición de “SMP”, y, por tanto, formara parte del sector público empresarial, pero, no, cuando sea solamente una empresa privada, colaboradora de la administración pública, pero ajena al sector público.

3.4. Interpretación del precepto a través del método sistemático con relación a los distintos apartados del CP que importan en la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas

De todos modos, también cabría hacerse otro examen interpretativo sistemático de la cuestión, no a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico administrativo (cuestión ventilada en los párrafos anteriores) sino, a partir de un examen comparado de los dos apartados del artículo 31 quinquies del CP en su conjunto, con el apoyo, además, de la posible voluntad del legislador penal a la hora de configurar este precepto. De hecho, en la Doctrina penal pueden encontrarse argumentos interpretativos (contrarios a mi tesis) realizados en este esquema de pensamiento. Por ejemplo, me parecen especialmente relevantes e interesantes los trabajos del profesor BAUCELLS LLADÓS⁴⁵. En este sentido, de este autor, en el apartado que trabaja el posible encaje de las sociedades mercantiles públicas que ejerzan potestades públicas en el CP, podemos leer literalmente lo siguiente: “(...) considero evidente que el legislador de 2015 quiso excluir a las SMP del apartado 1 del art. 31 quinquies expresamente iniciando el párrafo segundo con una alusión gramatical a “En el caso de las Sociedades mercantiles públicas (...)” que advierte de su voluntad de excluirlas del apartado primero y regularlas específicamente en el segundo”⁴⁶.

Ahora bien, en respuesta a lo anterior, primero, en cuanto a la hipotética voluntad del legislador penal de excluir a las mercantiles públicas “que ejercieran potestades públicas” del primer apartado del art. 31 quinquies del CP, *supra* (apartado 3.2), ya he señalado que aquél (el legislador penal), al momento de dar vida al art. 31 quinquies del CP, ni pudo plantearse la cuestión de referencia: en ese momento las mercantiles públicas con la posibilidad formal de poder ejercer potestades públicas ni existían. Y, segundo, en cuanto a la cuestión metodológica sistemática, no es correcto afirmar que el legislador penal haya decidido que todas las cuestiones de las sociedades mercantiles públicas queden reguladas en el apartado segundo del artículo 31 quinquies CP. De hecho, resulta que, si se analiza el texto del CP vigente, el operador jurídico podrá llegar a identificar hasta cuatro tipos de sociedades mercantiles públicas, con tres posibles sometimientos penales distintos, en tres preceptos penales diferentes, a saber:

- (i) En primer lugar podríamos identificar a las sociedades mercantiles públicas que “ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”, mercantiles públicas previstas expresamente en el primer inciso del apartado segundo del artículo 31 quinquies del CP, empresas que, en caso de ser condenadas penalmente, solamente podrían responder de forma limitada, a saber, con la pena de multa o la pena de su intervención judicial.
- (ii) En segundo lugar nos encontraríamos con las sociedades mercantiles públicas que también ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, pero, que “hayan sido creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”. Éstas

⁴⁵ Así, por ejemplo, BAUCELLS LLADÓS, J: *Las empresas del sector público empresarial responsables penalmente*, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 42, 2022, y, más recientemente, BAUCELLS LLADÓS, J, *Especificidades de los modelos de cumplimiento penal para prevenir la corrupción en el sector público empresarial*, en *La Ley compliance penal*, Nº 17, 2024.

⁴⁶ Así, por ejemplo, BAUCELLS LLADÓS, J: *Las empresas del sector público... ob.cit.*, p. 13.

también aparecen expresamente previstas en el último inciso del apartado segundo del artículo 31 quinquies del CP y podrán responder plenamente, sometidas a todo el catálogo de penas previsto por el legislador para las personas jurídicas en el artículo 33.7 del CP.

(iii) Ahora bien, en tercer lugar, también podríamos identificar a las sociedades mercantiles públicas que “no” ejecuten políticas públicas “ni” presten servicios de interés económico general. Estas mercantiles públicas no aparecen expresamente en el texto del CP, pero, su existencia, se deduce a *sensu contrario* de la previsión expresa contenida en el primer inciso del apartado segundo del artículo 31 quinquies del CP, en cuyo lugar el legislador decide limitar la responsabilidad penal “solamente” de aquellas mercantiles públicas que sí ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Estas mercantiles públicas (las que no ejecuten políticas públicas ni presten servicios de interés económico general) se encuentran sometidas al marco general de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas en el artículo 31 bis del CP, y, por tanto, podrán responder plenamente, cual mercantil privada se tratase⁴⁷. De hecho, creo que es muy relevante remarcar que ya en el texto primigenio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, (año 2010) las sociedades mercantiles públicas que no ejecutasen políticas públicas ni prestasen servicios de interés económico general estaban (y siguen estando actualmente) incluidas en el régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis. Esta es la única conclusión lógica posible si se acude al literal del último inciso del primer párrafo del apartado quinto del artículo 31 bis, en su versión originaria del año 2010, y se observa que el legislador del año 2010 únicamente decidió la irresponsabilidad penal de las mercantiles públicas (en ese momento definidas como “sociedades mercantiles estatales”) cuando éstas ejecutasen políticas públicas o prestasen algún servicio de interés económico general⁴⁸.

(iv) Además de todo lo anterior, y una vez demostrado que no todas las cuestiones que afecten a las sociedades mercantiles pública se encuentran reguladas en el apartado segundo del art. 31 quinquies del CP (insisto, las que no ejecutan políticas públicas o no presenten servicios económicos de interés general están sometidas -ya desde el año 2010- al régimen general del art. 31 bis CP) a mi juicio, no concurriría ningún impedimento teórico para asumir que el texto del CP vigente también permite encontrar un cuarto tipo de sociedades mercantiles públicas que podrían gozar de un tratamiento penal privilegiado, en concreto, me refiero a aquellas sociedades mercantiles públicas que tengan la capacidad de “ejercer potestades públicas administrativas”, y, en tanto que son indiscutiblemente “entes del sector público”, cabrían incluirse en el inciso final del primer apartado del art. 31 quinquies del CP.

⁴⁷ En este sentido, parte de la doctrina ha considerado que el fundamento principal de la responsabilidad de las empresas (cuestión que a mi juicio encajaría perfectamente en el campo de actuación de las empresas públicas) es el de mejorar los sistemas internos de control y prevención de delitos. En esta línea, por ejemplo: NIETO MARTÍN, A, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008, p. 215.

⁴⁸ Ver MARTÍNEZ-BUJÁN, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 604.

3.5. Interpretación del precepto a través del método teleológico: la irresponsabilidad penal de los entes del sector público

Llegados a este punto, el del examen de la *mens legis*⁴⁹, de inicio, deberíamos preguntarnos ¿cuál es la finalidad del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP? La respuesta me parece obvia: con aquél se quiere seguir dejando fuera del marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los distintos entes del sector público, tanto los expresamente incluidos en el listado del precepto (a saber: Estado, Administraciones públicas territoriales, Administraciones públicas institucionales, Organismos Reguladores, Agencias públicas, Entidades públicas Empresariales, y Organizaciones internacionales de derecho público), como, también, de todos aquellos otros que, “por ejercer potestades públicas”, vendrían a representar el núcleo esencial del poder público⁵⁰.

Asimismo, la segunda pregunta que deberíamos hacernos es ¿cuál es la finalidad del apartado segundo del artículo 31 quinquies del CP? En este contexto, con este precepto, el legislador penal ha decidido (animado por las recomendaciones de la OCDE⁵¹) ampliar la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, las cuales, antes de la reforma del CP del 2015, cuando ejecutasen políticas públicas o prestasen servicios de interés económico general, no tenían responsabilidad penal, y, después de la reforma penal del 2015, aquéllas (las mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general) han pasado a tener una responsabilidad penal limitada (quedando sometidas a la amenaza de una pena de multa o a su posible intervención judicial).

⁴⁹ Concebida tal y como lo hace ROXIN, C, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Civitas, 1997, p. 150, en el sentido de encontrar un equilibrio entre la voluntad subjetiva del legislador, y, la voluntad objetiva de la Ley, pero, postergando, en este estudio, la primera en favor de la segunda en caso de conflicto interpretativo, ya que, tal y como afirma LUZÓN CUESTA, la función principal del interprete es buscar la *mens legis* y no la *mens legislatoris*: LUZÓN CUESTA, J.M, *Compendio de Derecho. Penal Parte General*, Dykinson, 2023, p. 18.

⁵⁰ En este contexto, parte de la doctrina ha interpretado que el fundamento de la irresponsabilidad penal de las administraciones públicas se encuentra en la incongruencia (o absurdo) de que el Estado se autocastigue a sí mismo, o, que la imposición de una pena de multa sobre estas entidades incidiría negativamente en su capacidad para la correcta prestación de las funciones públicas que tienen encomendadas. Sobre este tema, por ejemplo: BARONA VILAR, S, “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España”. en ONTIVEROS ALONSO (coordinador) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 82. GÓMEZ MARTÍN, V. “Artículo 31 quinquies del CP”, en CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG (coordinadores), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 178. En la misma línea, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DE LA MATA BARRANCO, DOPICO GÓMEZ-ALLER, LASCURAÍNS SÁNCHEZ, NIETO MARTÍN. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018, p. 134, autor que señala que la justificación de la irresponsabilidad es la de evitar que el perjuicio de la sanción revierta sobre los administrados.

⁵¹ También se refiere al informe de la OCDE, adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012, correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, así como la doctrina penal que ha abordado cuestiones vinculadas a la responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas, por ejemplo: BAUCCELLS LLADÓS, J: *Las empresas del sector público... ob.cit*, en cuya p. 12 señala que: “La voluntad del legislador era, dar respuesta a las críticas de la OCDE (...)”. También se refieren a la voluntad del legislador a la luz de las peticiones de la OCDE, entre otros: GARCÍA ARÁN, M. “Autonomía interpretativa...ob.cit., p. 282, o, VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles... ob.cit.

Sobre la anterior afirmación, cabe poca discusión. Incluso así se explica en la Exposición de motivos de la LO 1/2015. Ahora bien, de momento, a no ser que se confundan por error los conceptos “ejercer potestades públicas”, y, “ejecutar políticas públicas”, nada se ha dicho sobre el régimen de responsabilidad al que han de verse sometidas las sociedades mercantiles públicas que “ejercen potestades públicas”. La LO 1/2015, claramente, no está pensando en ellas. Esta afirmación la sostengo con los dos siguientes argumentos: (i) porque la finalidad de la LO 1/2015 es muy clara en su literal: en cuanto a las mercantiles públicas, solamente tiene por objeto ampliar la responsabilidad penal de las que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (nada dice de las mercantiles que ejerzan potestades públicas); y, (ii) sobre todo, porque (como ya se ha dicho *supra*: apartado 3.2 de este estudio) al momento de la elaboración, tramitación, aprobación y publicación de la LO 1/2015, las mercantiles públicas con ejercicio de potestades públicas no existían normativamente. Consecuentemente, sería equivocado vincular la *ratio legis* de la reforma del CP del año 2015 con las posibles vicisitudes penales de las mercantiles públicas que, a partir de finales del año 2016⁵², puedan ejercer potestades públicas⁵³.

Por todo lo anterior, entiendo que, para poder resolver teleológicamente la cuestión rectora de este estudio, (¿pueden incluirse las sociedades mercantiles públicas que ejerzan potestades públicas en el último inciso del primer apartado del art. 31 quinquies del CP?) deberíamos seguir con la siguiente pregunta: ¿por qué, a diferencia del resto de los entes del sector público, las sociedades mercantiles públicas sí que están sometidas a responsabilidad penal?

En este sentido, como es conocido, el Estado, en cualquier de sus manifestaciones territoriales, puede participar e intervenir empresarialmente en el mercado⁵⁴, fabricando bienes y/o prestando servicios, en ambos casos con la posibilidad de obtener una contraprestación económica⁵⁵. En el marco de esta posibilidad, y para poder competir con las mismas armas y opciones que los empresarios privados, durante las últimas décadas se han dado vida a una serie de entes instrumentales la función de los cuales ha sido (y es) la de canalizar la actividad económica de las administraciones públicas, de tal manera que éstas puedan “escapar” de los formalismos y rigorismos de los procedimientos administrativos (fenómeno este conocido como el de la “huida del derecho administrativo⁵⁶”). Así, cuando las administraciones territoriales quieran competir en el mercado de bienes y servicios, en

⁵² Desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015, concretamente, en fecha 2 de octubre de 2016.

⁵³ Apostando por una *ratio legis* distinta, según la cual las mercantiles públicas que ejerzan potestades públicas también deben responder penalmente, encontraríamos a BAUCCELLS LLADÓS, J: *Las empresas del sector público... ob.cit., p. 12*. De todos modos, a mi juicio, este autor, para sostener su posición argumentativa (sobre cuál es la *ratio legis* de la LO 1/2015), a lo largo de los párrafos segundo y tercero de la citada p. 12 de su obra, hace referencia a las sociedades mercantiles públicas que “ejecuten políticas públicas” o “presten servicios de interés económico general”, pero “no” a las mercantiles públicas que “ejercen potestades públicas”.

⁵⁴ CUBERO MARCOS, J.I. “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades” en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, Madrid. 2011, p. 122.

⁵⁵ El fundamento constitucional de esta posibilidad lo encontramos en el artículo 128.2 de la Constitución española, precepto donde se señala que se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica: MELLADO RUÍZ, L. “Las sociedades mercantiles públicas: marco europeo y constitucionalidad de su actividad”, en GARCÍA RUBIO (Coordinador) *Estudio sobre empresas públicas*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 40.

⁵⁶ Al respeto, y entre muchos otros, ver a: DEL SAZ, S, “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones: Aplausos y críticas” en *Revista de Administración Pública*, Nº 133, 1994; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo” en *Revista de Administración pública*, Nº140, 1996; o, GONZÁLEZ LÓPEZ,

el desarrollo de un servicio mercantil que podría ofrecer el mercado privado, pero, que de alguna manera entienden que su calidad o frecuencia tiene que asegurarse a través de presupuesto público (pensamos por ejemplo en las televisiones públicas o las empresas de autobuses municipales), el instrumento idóneo y lógico sería la constitución de una sociedad mercantil pública, la cual, se configuraría realmente como una empresa “del” sector público, es decir, una sociedad pública que entraría a competir en el mercado contra otras mercantiles privadas⁵⁷.

Consecuentemente, en la mayoría de las ocasiones, cuando la sociedad mercantil pública sea en su estructura y, se comporte en su operativa, como una mercantil privada más, la necesidad de su sumisión al Derecho penal se evidenciaría, no ya solamente como una justa consecuencia de la “huida de derecho administrativo”, en una lógica de igualdad de armas competenciales, a la luz de los principios de la libre competencia, sino, también, en el marco de los fines del derecho penal, en el aprovechamiento de los efectos utilitarios de la amenaza de la pena, en la lógica de la prevención general negativa, más todavía en un campo de actuación, el de las empresas públicas, tan sensible al fenómeno de la corrupción⁵⁸.

Ahora bien, lo apuntado en los párrafos anteriores no significa que podamos afirmar que las sociedades mercantiles públicas y las sociedades mercantiles privadas “sean lo mismo”, y, que, por tanto, deban ser tratadas exactamente del mismo modo. De entrada, la propiedad de una mercantil pública será de una administración pública, la cual, podrá utilizarla solamente en la consecución de un objetivo que favorezca el interés general (art. 103.1 CE)⁵⁹. Además, a diferencia de las empresas privadas, las mercantiles públicas cuentan con un régimen jurídico “mixto”, quedando sometidas tanto a derecho privado, como, a derecho público (Ley 40/2015, Ley 33/2003 de patrimonio de las administraciones públicas, y aquellas materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación), lo cual, les dificulta notablemente su operativa comercial en el mercado de bienes y servicios. Obviamente no pueden operar con la misma agilidad contractual que las mercantiles privadas. Además, los gestores de las mercantiles públicas pueden llegar a ser considerados funcionarios públicos a efectos penales, quedando sometidos al catálogo de delitos contra la administración pública. Si todo lo anterior no bastara, resulta que el Tribunal Supremo ha resuelto, mediante su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala segunda, de fecha 25 de mayo de 2017, que los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las

JJ. “La “huida” del derecho administrativo como factor criminógeno” en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº16, 2016.

⁵⁷ “Sociedades Públicas que se someten al régimen general de las Sociedades de Capital, con escasas, irrelevantes o inexistentes especialidades y que básicamente coinciden con aquellas el objeto social de las cuales es de carácter puramente industrial o comercial, actuando en régimen competitivo o de mercado”: SUAN RODRÍGUEZ, C. “La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone si régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades?” en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 7, 1993, p. 41. Y, también, más reciente, es muy recomendable el estudio de NAVARRO FRÍAS, I, “Sociedades públicas: Derecho mercantil vs. Derecho administrativo. En particular, deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades públicas estatales”, en *Revista de derecho de sociedades*, Nº56, 2019.

⁵⁸ Se pronuncia sobre ello QUINTERO OLIVARES, G, “El Derecho Penal y las empresas públicas... ob.cit., pp. 308 y ss.

⁵⁹ Al respecto ver NIETO MARTÍN, A. “La administración sirve con objetividad los intereses generales” en MARTÍN RETORTILLO, S. (Coord.) *Estudios sobre la Constitución Española, Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991.

sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público⁶⁰.

Por todo ello, cuando la mercantil pública sea “distinta” a las mercantiles privadas, su tratamiento penal diferenciado está plenamente justificado. Esta afirmación además encaja teleológicamente en los tres regímenes de responsabilidad penal que la Ley penal vigente disciplina y quiere para las distintas formas de sociedades mercantiles públicas: (i) Cuando la sociedad mercantil pública sea, en sus capacidades y finalidades, como una mercantil privada más, responderá como cualquier otra empresa, a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 bis del CP⁶¹. (ii) En cambio, cuando la sociedad mercantil pública tenga por objeto la ejecución de políticas públicas o la prestación de servicios de interés económico general, ya no es como una empresa mercantil más, se parece, sin llegar a serlo, a una administración pública, y, por ello, solamente podrá responder penalmente de forma limitada (con una pena de multa o su intervención judicial). (iii) Y, cuando la sociedad mercantil pública ejerza potestades públicas, en ningún caso podrá identificarse (obviamente) como una empresa mercantil más, ya que, el ejercicio de una potestad pública solamente se justifica en la persecución de un interés general y es la manifestación más pura de poder público. Con ello, la posibilidad de ejercer potestades públicas la situaría en un plano de igualdad, no ya con el resto de los entes sector público, sino, incluso, con las entidades que conformarían su núcleo esencial, y, por tanto, justificaría su inclusión en el primer apartado del artículo 31 quinquies del CP, a la luz del sentido y finalidad de ese precepto penal.

Y es que, seguramente no encontraremos otra manifestación más clara y evidente de que un ente del sector público forma parte de su núcleo duro, en tanto que ostenta un poder público, que la posibilidad de ejercer potestades públicas⁶².

Ciertamente, la posibilidad de que las sociedades mercantiles públicas puedan ejercer potestades públicas es una cuestión muy criticable. Es más, entiendo que esta facultad es contraria a las funciones lógicas de este tipo de entidades (sociedades mercantiles públicas creadas, recordemos, para escapar de los formalismos y rigorismos del derecho administrativo y así competir con “igualdad” de armas con el resto de las sociedades privadas en el mercado de bienes y servicios⁶³) y, por ello, creo que el legislador debería modificar el artículo 113 de la Ley 40/2015 y eliminar esta posibilidad. De hecho, para la prestación de servicios económicos de interés general, o la ejecución de políticas públicas, el Estado cuenta con distintas opciones más idóneas, como, por ejemplo, y muy especialmente, el recurso de las entidades pública empresariales.

⁶⁰ En este contexto, ciertamente, este pronunciamiento versaba únicamente sobre la posible aplicación del delito de malversación en el campo de actuación de las sociedades mercantiles públicas. Ahora bien, a mi juicio, su interpretación es perfectamente extensible a todas las conductas que lesionen el patrimonio o los intereses de las sociedades mercantiles públicas y, a su luz, entender que todo acto de gestión fraudulenta en su seno compromete los “intereses públicos” que justifican su constitución y actividad.

⁶¹ Lo mismo ocurriría cuando la mercantil pública haya sido creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. En esta línea se expresa, entre otros, [QUINTERO OLIVARES, G, “El Derecho Penal y las empresas públicas... ob.cit., pp. 308 y ss.](#)

⁶² En términos similares se expresa BAUCELLS LLADÓS, cuando apunta que: “puede encontrarse un fundamento material en todos los entes excluidos de responsabilidad penal del apartado primero del artículo 31 quinquies CP en la capacidad de ejercer potestades públicas que es lo que los caracteriza o los permite identificarse como Administración”: [BAUCELLS LLADÓS, J: *Las empresas del sector público... ob.cit., p.8.*](#)

⁶³ Al respecto es muy recomendable el trabajo de [RAMON FERNANDEZ, T., “Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, pp. 59-62.](#)

Ahora bien, no podemos confundir el derecho deseable con el derecho vigente. Mientras exista la posibilidad, las sociedades mercantiles pública que ejerzan potestades públicas deberán recibir un tratamiento distinto al general, tanto administrativo, como penal. En términos algo similares se expresa CHINCHILLA MARÍN cuando apunta que: “Si la huida del derecho administrativo es una técnica criticable, no puede serlo menos la que consiste en crear una persona jurídico-privada para, luego, atribuirle potestades públicas. Ahora bien, si se acepta que una sociedad mercantil puede ejercer potestades administrativas, la consecuencia lógica y necesaria ha de ser que se rija por el derecho administrativo”⁶⁴.

3.6. ¿Qué es “ejercer” potestades administrativas a efectos penales? ¿Criterio formal o criterio material?

Hasta aquí he intentado ilustrar qué debe considerarse potestad pública a efectos penales, y, también, quienes son los sujetos del sector público a los que se refiere el inciso final del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP, apostando en este estudio por utilizar la referencia a: “ni a aquellas otras [organizaciones o entidades del sector público] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” (ver *supra* apartado 3.3).

Pero, como última cuestión, y a modo de cierre de este estudio, quedaría pendiente reflexionar sobre cuál debe ser la interpretación correcta del verbo rector “ejercer” utilizado en el precepto penal de continua referencia. Se me ocurren dos posibilidades, una declarativa o formal, y otra restrictiva o material.

Así, una primera posibilidad (la declarativa) sería la de entender que no podrán ser sometidas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas aquellas entidades del sector público que ejerzan potestades públicas, las hayan utilizado, o no, para cometer el delito⁶⁵. En cambio, una interpretación alternativa (más restrictiva) pasaría por entender que lo que se está diciendo en el precepto es que no podrá castigarse penalmente aquella entidad del sector público que, para cometer el delito, se haya hecho servir de una potestad pública⁶⁶.

A mi juicio, la interpretación correcta es la primera. En este sentido, el ejercicio de una potestad pública es prueba de que el ente en cuestión forma parte del núcleo del sector público (entes públicos que el legislador ha decidido expresamente su falta de responsabilidad penal), pero, su uso para cometer el delito no se identifica con un menor desvalor de la conducta que justifique su impunidad penal. En todo caso sería al revés: cometer el delito, usando una potestad pública administrativa, podría contar con un mayor desvalor o reproche penal, al concurrir un fraude del ente en el uso de aquel poder público privilegiado.

⁶⁴ CHINCHILLA MARIN, C., “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, 203, 2017, p. 26.

⁶⁵ Al respecto, VALEIJE ALVAREZ señala que con el criterio de las potestades públicas se quiere “preservar el ejercicio de función pública de la intervención penal”: VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades... ob.cit., p. 68.

⁶⁶ Ver al respecto GARCÍA ARÁN, M. “Autonomía interpretativa...ob.cit., autora en cuya p. 281 señala que: “la cuestión no operaría de manera igual o paralela en los dos números del art. 31 quinquies CP. En el número 1, el criterio concreto reduciría la eximente de los órganos estatales y las EPE, aplicándola sólo en aquellos casos de ejercicio concreto de potestades, es decir, se ampliaría su punibilidad cuando son los órganos y las empresas más claramente excluidas de responsabilidad penal. En cambio, en las SME en las que se parte indudablemente de su responsabilidad penal, se les proporcionaría una eximente en determinados casos, esto es, cuando ejercieran potestades administrativas defraudando el encargo extraordinario que se les haya hecho”.

Dicho de otro modo, lo que hace el precepto penal objeto de estudio es identificar formalmente a una serie de personas jurídicas públicas (las de la lista del primer apartado del 31 quinquies CP más las otras del sector público que ejerzan potestades públicas) a las que el legislador decide, por motivos de política criminal, hacer irresponsables penalmente, pero, no identifica una conducta (la de ejecutar potestades públicas) que pueda concebirse materialmente como un comportamiento menos reprobable penalmente. Por todo ello, a la luz de la *mens legis* que sostiene la justificación del primer apartado del artículo 31 quinquies del CP, y, a partir del mismo sentido lógico de las palabras del texto (si el legislador hubiese querido apostar por el criterio restrictivo material habría podido utilizar la expresión “ni a aquellas otras “cuando” ejerzan potestades públicas”, en lugar de “ni a aquellas otras “que” ejerzan potestades públicas”), interpreto que la voluntad del precepto es la de imponer la irresponsabilidad penal de todos los entes del sector público que ejerzan potestades públicas en su operar, tanto sin han realizado el delito ejerciéndolas, como si no⁶⁷.

4. CONCLUSIONES

De entrada, que las sociedades mercantiles públicas puedan ejercer potestades públicas administrativas, o, que éstas puedan quedar potencialmente incluidas dentro del espacio de irresponsabilidad penal habilitado para las personas jurídicas del sector público, son cuestiones ciertamente discutibles.

Pero, estas discusiones, a mi juicio, deberían hacerse de *lege ferenda* o, en el plano del estudio del derecho deseable, ya sea a través del análisis de posibles “mejores” derechos comparados⁶⁸, ya sea con propuestas de una posible mejor técnica legislativa en este ámbito de actuación.

⁶⁷ La dicotomía criterio formal o criterio material también ha sido planteada para resolver la cuestión de si, las mercantiles públicas que “ejecuten políticas públicas” o “presten servicios de interés económico general”, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, debían ser declaradas siempre penalmente irresponsables (criterio formal), o, solamente lo serían cuando el delito se hubiera cometido en el curso del ejercicio concreto de esas políticas o servicios (criterio material). Así, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Nacional 260/2014, de 17 de diciembre, se confirma la imputación de una sociedad mercantil estatal, que ejercía normalmente servicios económicos de interés general, pero, que, según la Audiencia, en la consecución del concreto contrato objeto de enjuiciamiento penal, no los habían ejercido. De todos modos, a mi juicio, esta resolución es criticable por los siguientes motivos: (i) si el legislador hubiese querido apostar por el criterio restrictivo material habría podido utilizar la expresión “ni a aquellas otras Sociedades mercantiles estatales “cuando” ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”, en cambio, utilizó la forma “ni a aquellas otras Sociedades mercantiles estatales “que” ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”; y, (ii) además, de apostarse por el criterio material, para el examen de cada actividad operativa singular, se estaría dejando a la previsión de referencia prácticamente inoperativa: si una mercantil pública, en el curso de la realización de una actividad *ex ante* aparentemente de interés económico general, la utilizara torticeramente para cometer un ilícito penal, *ex post*, aquella actividad concreta ya no podría ser considerada como de interés general. De hecho, en el precitado caso judicial, al final, mediante la Sentencia de la Audiencia Nacional 4/2023, de 24 de febrero, se acabó resolviendo la irresponsabilidad penal de la mercantil pública acusada, ya que, aquélla, en el periodo de los hechos, prestaba servicios de interés económico general, y, por ello, debía entenderse incluida en el apartado 5 del art. 31 bis CP en la versión del año 2010.

⁶⁸ Encontramos interesantes apuntes de derecho comparado en BAUCCELLS LLADÓS, J: *Las empresas del sector público... ob.cit., pp. 12 y 13*. Ahora bien, un análisis de cómo se resuelve la responsabilidad penal de las empresas del sector público en Francia, o en Italia, puede servir para estudiar político-criminalmente si aquellos sistemas son mejores que el nuestro, y, de ser así, animar al legislador a que modifique el ordenamiento jurídico español. Pero, en cambio, considero que de *lege lata*, en el campo de lo operativo judicial y en la averiguación de la concreta responsabilidad penal de las mercantiles públicas que ejerzan potestades públicas en España, nuestro “texto penal

Ahora bien, de *lege lata*, en el marco del examen de cómo ha de aplicarse el derecho penal vigente, el debate podría superarse por los siguientes motivos:

Primero: Las sociedades mercantiles públicas, según el artículo 2.2 (b) de la Ley 40/2015, son entidades del sector público.

Segundo: El artículo 113 de la Ley 40/2015 dispone que las sociedades mercantiles públicas pueden ejercer potestades públicas administrativas. Es una posibilidad criticable y excepcional, pero, en todo caso, actualmente posible.

Tercero: El primer apartado (*in fine*) del artículo 31 quinquies del CP señala expresamente que: “las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables (...) ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”. Tal y como he argumentado *supra* en el punto 3.3 de este estudio, esta previsión debe entenderse referida a: “las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables (...) ni a aquellas otras [organizaciones o entidades del sector público] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”.

Cuarto: En tanto que las sociedades mercantiles públicas son “entidades del sector público”, cuando éstas “ejerzan potestades públicas”, necesariamente, por *voluntad expresa de la ley vigente*, a la luz del principio de legalidad, deberán entenderse incluidas en el texto del primer apartado (*in fine*) del artículo 31 quinquies del CP, y, con ello, ser reputadas irresponsables penalmente.

Esta interpretación literal (y casi mecánica) del precepto también es posible a través de los dos siguientes métodos hermenéuticos:

Sistemáticamente, (tal y como he desarrollado en el punto 3.3 de este estudio) en el redactado del CP vigente pueden identificarse hasta cuatro tipos de sociedades mercantiles diferentes, con tres regímenes de responsabilidad penal distintos, a saber: (i) Las sociedades mercantiles públicas que “no” ejecuten políticas públicas “ni” presten servicios de interés económico general, que, al ser como cualquier otra empresa mercantil privada, se encuentran sometidas (ya desde el año 2010) al marco general de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas en el artículo 31 bis del CP. (ii) Las sociedades mercantiles públicas que “ejecutan políticas públicas” o “prestan servicios de interés económico general”, mercantiles públicas previstas expresamente en el primer inciso del apartado segundo del artículo 31 quinquies del CP, empresas que, se parecen, sin llegar a serlo, a una administración pública, y, por ello, la Ley ha decidido que solamente podrá responder penalmente de forma limitada (con una pena de multa o su intervención judicial). (iii) Las sociedades mercantiles públicas que también “ejecutan políticas públicas” o “prestan servicios de interés económico general”, pero, que “hayan sido creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”, mercantiles que aparecen expresamente previstas en el último inciso del apartado segundo del artículo 31 quinquies del CP, pero, que en su caso, podrán responder sometidas a todo el catálogo de penas previsto por el legislador para las personas jurídicas. (iv) Y, finalmente, las sociedades mercantiles públicas que tengan la capacidad de “ejercer potestades públicas

vigente” no debería ser interpretado (y aplicado) a la luz de lo dispuesto en el Derecho penal francés o italiano, ni a través de otros estudios de Derecho penal comparado.

administrativas”, que, al tener la consideración de “entidades del sector público”, han de incluirse necesariamente en el inciso final del primer apartado del art. 31 quinquies del CP.

Asimismo, teleológicamente (y tal y como he desarrollado en el punto 3.5 de este estudio), a través de un examen que busque la voluntad del precepto penal, parece evidente que con el primer apartado del artículo 31 quinquies del CP se quiere dejar fuera de responsabilidad penal a las distintas manifestaciones de los poderes públicos del Estado. Dicho ello, el ejercicio de una potestad pública (que no de un servicio “auxiliar” a una potestad pública: ver *supra* apartado 2) es la manifestación más evidente de poder público, y, por ello, cuando una sociedad mercantil pública ejerza potestades públicas, en ningún caso podrá identificarse como una empresa mercantil más. Todo lo contrario, la posibilidad de ejercer potestades públicas la situaría materialmente en un plano de igualdad, no ya con cualquiera de los entes sector público, sino, incluso, con las entidades que conformarían su núcleo esencial. Además, resulta que, las mercantiles públicas, cuando ejerzan potestades públicas, contarán con un régimen de vinculación al derecho administrativo reforzado, según el cual, adicionalmente a las normas administrativas citadas en el art. 113 de la Ley 40/2015, también vendrán sometidas plenamente a los principios generales del derecho administrativo previstos en el art. 3 de la Ley 40/2015 (*ex art 2.2.(b)* de la misma Ley).

Finalmente, ante el posible argumento de que la voluntad del legislador penal del año 2015 era la de someter a responsabilidad penal a “todas” las sociedades mercantiles públicas, ejercieran, o no, potestades públicas, un análisis cronológico del *iter* legislativo (realizado en el punto 3.2 de este estudio) desmontaría tal interpretación: el legislador penal ni pudo plantearse esta cuestión: la posibilidad de contar formalmente con sociedades mercantiles públicas con potestades administrativas aparece después de la tramitación, publicación y entrada en vigor del art. 31 quinquies del CP.

Si todo ello no bastara, debe recordarse que cuando concurren tensiones entre “*mens legis*” y “*mens legislatoris*” deberá postergarse la segunda en favor de la primera, ya que, en ocasiones, sea por culpa de una deficiente técnica legislativa, o, quizá, por el olvido de también proceder a la necesaria modificación de los preceptos vinculados concordantes, el texto del ordenamiento jurídico resultante obligará a una interpretación y aplicación del derecho por parte de los Tribunales de Justicia que, quizá, difiera al de la “hipotética” (y siempre discutible) voluntad del legislador. Puede que algo de ello ocurra en nuestro tema de estudio, donde el legislador ha dado vida a un precepto administrativo que permite que las sociedades mercantiles públicas (excepcionalmente) puedan ejercer potestades públicas administrativas, sin antes haber modificado el texto del CP, donde se señala, expresamente, que no podrán castigarse penalmente aquellos entes del sector público que ejerzan potestades públicas administrativas.

En definitiva, cuando una sociedad mercantil pública esté ejerciendo potestades públicas administrativas, su inclusión, en el ámbito de aplicación del primer apartado (*in fine*) del artículo 31 quinquies del CP, se presenta imperativa por mandato del principio de legalidad penal. Lo contrario, una interpretación que afirme que actualmente las sociedades mercantiles públicas, que ejerzan potestades administrativas, están fuera del primer apartado (*in fine*) del artículo 31 quinquies del CP, y, por tanto, pueden ser condenadas penalmente, solamente podría sostenerse negando la literalidad de la Ley vigente (que, según ROXIN, es el límite de toda interpretación normativa⁶⁹), lo cual, insisto, significaría apostar por un Derecho penal que traicionaría los principios de legalidad y taxatividad al no aplicar la previsión

⁶⁹ ROXIN, C, *Derecho Penal, Parte General...* ob.cit. en cuya página 148 señala que: “el marco [de interpretación] es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley”.

de irresponsabilidad penal, expresamente prevista, en el primer apartado del artículo 31 quinquies del CP para todas las organizaciones o entidades del sector público que ejerzan potestades públicas administrativas.

Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G. “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del Sector público y control de su expansión”, en *Revista de Administración Pública*, número 88, 1979.
- BARONA VILAR, S. “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (coordinador) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- BAUCELLS LLADÓS, J. “Las empresas del sector público empresarial responsables penalmente” en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 42, 2022. <https://doi.org/10.15304/epc.42.8574>
- BAUCELLS LLADÓS, J. “Especificidades de los modelos de cumplimiento penal para prevenir la corrupción en el sector público empresarial”, en *La Ley compliance penal*, Nº 17, 2024.
- BERNING PRIETO, A.D. “Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas y auxiliares”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021.
- BLANQUER CRIADO, D.V. *Derecho administrativo, El fin, los medios y el control*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- CANALS AMETLLER, D. “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021.
- CARBONELL, J.C; MORALES, F. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en ALVAREZ, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CARDONA BARBER, A. “La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2021.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. “La exención de responsabilidad penal del Estado y entidades de él dependientes”, *Diario La Ley* núm. 3949, 2019.
- CHINCHILLA MARIN, C. “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, 203, 17-56, 2017. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.01>
- CUBERO MARCOS, J.I. “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades” en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, Madrid. 2011.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; DE LA MATA BARRANCO, N.J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. *Las potestades administrativas*, Madrid: Tecnos, 1986.

- DEL SAZ, S. “La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones: Aplausos y críticas” en *Revista de Administración Pública*, Nº 133, 1994.
- DIEZ PICAZO, L. “La idea de servicios de interés económico general”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2, 2002.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DE LA MATA BARRANCO, N, DOPICO GÓMEZÁLLER, J, LASCURAÍNS SÁNCHEZ, A, NIETO MARTÍN, A. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018. <https://doi.org/10.2307/jj.25003656.10>
- GAMERO CASADO, E. “El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021.
- GAMERO CASADO, E. “Delimitación conceptual de la potestad administrativa”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2021.280-2.79568>
- GARCIA ARÁN, M. “Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de la empresa pública”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 6, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 261-291. <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i6.09>
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Sevilla: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- GÓMEZ MARTÍN, V. “Falsa alarma: societas deliquere non potest”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (coordinador) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, V. “Artículo 31 quinquies del CP”, en CORCOY BIDASOLO, M, y MIR PUIG, S. (coordinadores), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- GONZÁLEZ GIL, D. “El interés general, presupuesto de atribución y ejercicio de la potestad pública”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J. “La “huida” del derecho administrativo como factor criminógeno” en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº16, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G. “El Derecho Penal y las empresas públicas: un problema político criminal”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson, Madrid, 2021. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1s7chh4.14>
- LAGUNA DE PAZ, J.C. *Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- LUZÓN CUESTA, J.M. *Compendio de Derecho. Penal Parte General*, Dykinson, 2023.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍN LORENZO, M. “Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas”, en MAQUEDA ABREU, M.L; MARTÍN LORENZO, M; VENTURA PÜSCHEL, A.

- (Coord.) *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho, estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, UCM, 2016.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo” en *Revista de Administración pública*, Nº140, 1996.
- MELLADO RUÍZ, L. “Las sociedades mercantiles públicas: marco europeo y constitucionalidad de su actividad”, en GARCÍA RUBIO, J. (Cordinador) *Estudio sobre empresas públicas*. Madrid: Dykinson, 2011.
- MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel. 1994.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*, 10 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R. “La atribución de las potestades administrativas”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) *La potestad administrativa, concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2021. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2021.280-2.79568>
- NAVARRO FRÍAS, I. “Sociedades públicas: Derecho mercantil vs. Derecho administrativo. En particular, deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades públicas estatales”, en *Revista de derecho de sociedades*, Nº56, 2019.
- NIETO MARTÍN, A. “La administración sirve con objetividad los intereses generales” en MARTÍN RETORTILLO, S. (Coord.) *Estudios sobre la Constitución Española, Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991.
- NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992010000100008>
- NIETO MARTIN, A.; MAROTO CALATAYUD, M. “Lección 35. La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Curso de Derecho Penal. Parte General*, DEMETRIO CRESPO, E; RODRIGUEZ YAGÜE, C. (Coords), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PAREJO ALFONSO, L. “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, 7, 2004.
- RAMON FERNANDEZ, T. “Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, 150, 1999.
- ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Civitas, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Empresas prevaricadoras. Delitos especiales de funcionarios públicos, sociedades mercantiles y medio ambiente”, en GONZÁLEZ CUSSAC; LEÓN ALAPONT, J. (Coord.) *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SUAN RODRÍGUEZ, C. “La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone si régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades?” en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 7, 1993.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”, en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, F. (Dir.) *Lobbies. ¿Instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.