

LAS EMPRESAS DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL RESPONSABLES PENALMENTE²

COMPANIES OF THE PUBLIC BUSINESS SECTOR CRIMINALLY RESPONSIBLE

Joan Baucells Lladós^{1,a,*} 

¹ Facultad de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona, España, Edif. B. Calle de la Vall Moronta, Bellaterra (Cerdanyola del Vallés), 08193

 ^ajoan.baucells@uab.cat

Resumen

Identificar como *ratio legis* de la reforma de 2015 la voluntad de exigir responsabilidad penal a las sociedades públicas mercantiles obliga a realizar una interpretación restrictiva de la exclusión penal de los entes públicos empresariales planteada por el art. 31 quinquies. A partir de ella, el concepto administrativo de “potestades públicas” y el comunitario de “servicios de interés general” permiten avanzar en un concepto penal relativamente autónomo sobre el cual fundamentar el trato discriminatorio entre las diversas entidades del sector público institucional. Así, el ejercicio de “*potestades administrativas*” permitirá delimitar los entes a quienes el apartado 1 del art. 31 quinquies excluye de responsabilidad penal. Por otro lado, el concepto comunitario de “*servicio de interés general*” permitirá excluir del régimen de responsabilidad limitada a aquellas sociedades mercantiles públicas que sólo desarrollan actividades económicas, quienes quedarían relegadas al régimen general de RPPJ.

Palabras clave: Responsabilidad penal; Personas jurídicas; Sector público institucional.

Abstract

The *ratio legis* of the 2015 reform requires a restrictive interpretation of the criminal exclusion of public business entities. Based on it, the administrative concept of “*public powers*” and the UE concept of “*services of general interest*” allow progress towards a relatively autonomous penal concept in which to focus discriminatory treatment between the various entities of the institutional public sector. Thus, the exercise of “*administrative powers*” will define the entities that will be excluded from criminal liability. On the other hand, the UE concept of “*service of general interest*” will exclude from the limited liability regime those public commercial companies that only carry out economic activities. The rest would be relegated to the general RPPJ regime.

Keywords: Criminal liability; Legal persons; Institutional public sector.

² Esta investigación se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación (PRECOSPE) “Prevención de la corrupción en el sector público empresarial”, dirigido por la Dra. Miriam Cugat Mauri y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (D2020-117526RB-I00).

* Profesor titular (acreditado catedrático) de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona. Edif. B. Calle de la Vall Moronta, Bellaterra (Cerdanyola del Vallés), 08193.



1. INTRODUCCIÓN.

La introducción en 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas vino acompañada de la exclusión por parte del legislador de todos aquellos entes que ejercieran potestades públicas, ejecutaren políticas públicas o prestaren servicios de interés general. Así se establecía literalmente que *“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 los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”*.

La doctrina ya advirtió que, siendo razonable la exclusión de las administraciones públicas, mucho más discutible resultaba la exención de las Entidades Públicas Empresariales, los Partidos políticos, los Sindicatos y las Sociedades Mercantiles Públicas, aunque prestaran servicios de interés general³. Si bien la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (desde ahora RPPJ) de los Partidos políticos y los Sindicatos fue más discutida⁴, la de las Sociedades Mercantiles Públicas fue criticada con más consenso. La regulación española incluso fue objeto de los requerimientos de la OCDE que llegó a reclamar la responsabilidad penal de todas las empresas estatales, especialmente, en relación con las conductas de corrupción de agentes públicos extranjeros⁵.

Cinco años más tarde, la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* mantuvo la exclusión de responsabilidad penal para el *“Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público, y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”* (art. 31 quinquies 1 CP).

Ahora bien, –en la línea de lo reclamado mayoritariamente por la doctrina y la OCDE– extendió el régimen de responsabilidad penal a las Sociedades mercantiles estatales⁶, aunque ejecutasen políticas públicas o prestaren servicios de interés económico general. Como ha reconocido la doctrina *“el legislador de 2015 vino a atender la generalizada crítica doctrinal, consistente en censurar que las sociedades mercantiles públicas que actúan en el ámbito económico quedasen excluidas de raíz del ámbito del sistema de responsabilidad penal de las*

³ Ver por todos, CARBONELL, J.C.- MORALES, F. (2010) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Álvarez, F.J. - González Cussac, J.L. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 78.

⁴ A favor de la exclusión se manifestó, p.ej, TERRADILLOS, J. (2013) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Dopico Gómez, J. (Coord), Álvarez García, F.J. (Dir.) *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch. En contra BAUCCELLS, J. (2018) “Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos” en RECPC 20-28.

⁵ En Informe de la OCDE sobre evaluación de la implementación en España del Convenio sobre corrupción de agentes públicos extranjeros, en su Fase 3 (aprobado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012), págs. 21 y 74, disponible en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf> se establecía que esa exclusión *“representa una laguna importante en el nuevo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas (...). Por lo tanto, los examinadores principales recomiendan a España, (...) enmendar el Código Penal para garantizar que las empresas estatales y controladas por el Estado también puedan ser consideradas responsables del cohecho”*.

⁶ Tres años antes, en la *LO 7/2012, de 27 de diciembre en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad social*, el legislador extendió la RPPJ a los partidos políticos y los sindicatos, pero en este caso incluyéndolos dentro del régimen general de RPPJ, es decir, sin límites en el tipo de penas imponibles.

personas jurídicas”⁷. Sin embargo, accedía a una solución intermedia puesto que, pese a reconocer la RPPJ de las Sociedades Mercantiles Públicas, ésta era limitada en sus consecuencias jurídicas a las sanciones previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal. Esto es, multa e intervención judicial (art. 31 quinquies 2 CP). El legislador español esquivaba de este modo la recomendación de la OCDE con una intención político criminal evidente: preservar los eventuales efectos preventivos de la responsabilidad penal en estas empresas, pero evitando aquellas penas –como la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de locales o la prohibición de realizar actividades– que impidieran la satisfacción del interés público perseguido con ellas⁸. Así lo justificaba el informe del Consejo de Estado considerándola “una decisión acertada para garantizar la adecuada protección de los intereses públicos y la correcta prestación de los servicios económicos de interés general encomendados a estas sociedades, y que podrían resultar perjudicados en caso de imponerse penas como la suspensión de actividades o la clausura de locales, por ejemplo”⁹.

Pese a la aparente simplicidad de esta evolución legislativa son muchas las cuestiones que plantea el art. 31 quinquies CP: ¿quedan excluidos de responsabilidad penal todos los entes formalmente reconocidos en el apartado 1?, ¿quedan sometidas al régimen de responsabilidad penal limitada todas las sociedades mercantiles?, ¿o se requiere de un fundamento material que permita discriminar entre ellas?, ¿si fuera así, ofrece el derecho administrativo criterios interpretativos útiles o debe avanzarse en conceptos penales autónomos?

En el presente artículo pretendo aclarar con precisión los entes del sector público empresarial que quedan sometidos a los distintos regímenes de RPPJ previstos en este artículo. Hasta el momento ha sido una cuestión que no ha llamado demasiado la atención de la doctrina¹⁰ y que, sin embargo, plantea algunas cuestiones controvertidas.

Pero, ante todo, considero necesario hacer dos puntualizaciones previas. En primer lugar, en base a la distribución competencial constitucional, todas las administraciones territoriales del Estado (estatal, autonómica y local) tienen la posibilidad de crear empresas públicas para gestionar actividades prestacionales en su territorio. Sin embargo, no se observan legalmente unas notas diferenciales significativas, por lo que trabajaremos esencialmente con la normativa estatal¹¹. En segundo lugar, considero imprescindible para empezar explicar el

⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN, C. (2016) *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 604.

⁸ Esa es la *ratio legis* identificada por la doctrina. Ver VALEIJE, I. (2022) “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. Pág. 69. Por su parte el Consejo de Estado en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del CP de fecha de 27 de junio de 2013 valora positivamente “La limitación de la clase de penas que se puede imponer a las Sociedades mercantiles públicas resulta, igualmente, una decisión acertada para garantizar la adecuada protección de los intereses públicos y la correcta prestación de los servicios económicos de interés general encomendados a estas sociedades, y que podrían resultar perjudicados en caso de imponerse penas como la suspensión de actividades o la clausura de locales, por ejemplo”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358> [fecha de consulta: 20.5.2022].

⁹ Ver Consejo de Estado (2013), dictamen núm. 358/2013 relativo al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 27 de junio de 2013. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358> [Fecha de consulta: 28.5.2022]

¹⁰ Hasta donde he alcanzado a ver, la cuestión ha sido abordada por GÓMEZ RIVERO, M^a. C. (2016) “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-06; CARDONA, A. (2021) “La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4; VALEIJE, I. (2022) o GARCÍA ARAN, M. (2022) “Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de las empresas públicas” en *Estudios jurídicos y criminológicos*, núm. 5.

contexto en el que creo que debe ser interpretado restrictivamente este precepto puesto que, en mi opinión, condicionará completamente el abordaje de la cuestión.

2. TENDENCIA A RESTRINGIR EL ÁMBITO DE IMPUNIDAD DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL: EL “RETORNO AL DERECHO PENAL”

En la segunda mitad del siglo XX las administraciones públicas iniciaron un proceso de creación de entes instrumentales, formalmente sujetos al derecho privado, para poder desembarazarse de la rigidez de actuación del derecho administrativo, especialmente del derecho a la contratación pública. El proceso fue bautizado con éxito con el nombre de “*huida del derecho administrativo*”¹² y muy pronto empezó a ser criticado por la doctrina administrativista por ser incompatible con la idea de Estado de derecho. Era, con razón, inadmisibles que el poder político pudiera zafarse de todo un régimen jurídico ideado desde la ilustración para someterlo a derecho. Por ello, se reivindicó el “*retorno al derecho administrativo*”¹³, como garantía de los ciudadanos sea cual sea el sujeto ejerciente de la actividad, especialmente –por lo que nos interesará aquí– cuando se trataba del ejercicio de potestades públicas. Y ese retorno se ha ido produciendo en los últimos años con reformas como las planteadas en las leyes 19/2013¹⁴ o 39 y 40/2015¹⁵, la ley 9/2017 e, incluso en el ámbito de la contratación pública que motivó la huida del inicio¹⁶. En definitiva, estamos ante una tendencia a someter a derecho público –y por tanto a ser tratadas como administraciones– al sector público empresarial especialmente –por lo que nos interesa en este trabajo– cuando ejerce potestades administrativas.

Por otro lado, con ocasión de la crisis financiera de 2008 se reforzó el proceso de privatización del sector público con la idea de reducir el sobreendeudamiento y los costes públicos. Es decir, se ha producido un incremento de lo que el art. 3 Ley General Presupuestaria denomina “sector público empresarial” –en el que se incluye a Entidades

¹¹ En este sentido CARDONA, A. (2022) “La responsabilidad penal de los gestores del sector público empresarial” en *Revista General de Derecho penal*, núm. 6, pág. 5 con cita rigurosa de toda la normativa autonómica relativa al sector público empresarial.

¹² Se atribuye esta denominación a CLAVERO, M. (1962) “Personalidad jurídica. Derecho general y derecho singular de las Administraciones autónomas” en *Documentación administrativa*, núm. 58.

¹³ La expresión ha sido utilizada por SÁNCHEZ MORÓN, M. (2018) “El retorno del derecho administrativo” en *RAP*, núm. 106.

¹⁴ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno extendió en su art. 2 c) su ámbito de aplicación a los Entes públicos empresariales y g) a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.

¹⁵ El art. 2.2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas prevé que “Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley (...) en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas” y el mismo artículo de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público prevé “Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley (...) en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas”.

¹⁶ La Ley 19/2013, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 estableció en su art. 3 que se sometían a ella “g) Las Entidades Públicas Empresariales (...) y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo” y “h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre”.

Públicas Empresariales y Sociedades Mercantiles Públicas, dedicadas a actividades empresariales– frente al “sector público administrativo”, dedicado a actividades administrativas.

Pero los problemas asociados a la corrupción de este “sector público empresarial” (falta de eficacia, politización, etc.)¹⁷ aconsejaron adaptar su regulación a las experiencias de buen gobierno corporativo de las empresas privadas¹⁸. Una buena muestra de ello ha sido el traslado de la cultura del cumplimiento normativo de las empresas al ámbito público (*public compliance*)¹⁹ o –por lo que nos interesa aquí– la exigencia de responsabilidad penal a los entes del sector público empresarial como demuestran las resoluciones de la OCDE, apuntadas anteriormente. De hecho, en la doctrina penal, algunas voces han manifestado su preocupación por que la huida del derecho administrativo se convierta también en una huida del derecho penal²⁰, llegando incluso –en esa misma línea– a criticar expresamente la exención de responsabilidad penal de las Agencias estatales y Entidades Públicas Empresariales²¹.

En definitiva, nos encontramos en un contexto actual de regeneración democrática sobre el “sector público empresarial” con la clara intención de someterlo a más controles, lo que representa, un “retorno al derecho administrativo” para ser tratados como administraciones públicas cuando actúen como tales y un “retorno al derecho penal” para someterlo a las buenas prácticas corporativas del resto de empresas cuando ejerzan sus actividades empresariales. En este contexto, considero que no se puede renunciar a que tanto las Entidades Públicas Empresariales como las Sociedades Mercantiles Públicas sean sometidas al derecho penal como instrumento de control democrático. Y de renunciar, como mínimo, debe hacerse encontrando el fundamento jurídico-material que lo justifique. A este propósito vamos a dedicar el siguiente apartado.

3. LA DEBILIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA FUNDAMENTAR EL ART. 31 QUINQUES CP. HACIA UN CONCEPTO PENAL AUTÓNOMO.

3.1. Los entes excluidos de responsabilidad penal (art. 31 quinqués 1 CP)

Como acabamos de ver, de una primera lectura del art. 31 quinqués CP se podría considerar que todas las Entidades Públicas Empresariales (en lo sucesivo EPE) quedan equiparadas a la Administración y, en consecuencia, excluidas de la RPPJ (art. 31 quinqués 1 CP). A ello conduciría su tenor literal al establecer que *“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*

¹⁷ Por sólo citar algunos casos sobre los que han recaído condenas penales, se puede traer a colación los casos Vittel, Interhorse o Mercasevilla.

¹⁸ FERNÁNDEZ, I. (2021) *La creación de sociedades públicas a examen: una aproximación crítica*, Tirant lo Blanch, p. 211.

¹⁹ NIETO, A.-MAROTO, M. (2014) *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la UCLM, Cuenca.

²⁰ GÓMEZ RIVERO 2016: 6

²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C. (2016) *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, (5ª ed. adaptada a la LO 1/2015), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 604.

Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público (...). Ello permitiría considerar que las EPE han sido equiparadas al trato con el “sector público administrativo” y que la siguiente alusión a “(...) ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas” lo era para equiparar en la exención penal a otros entes del sector público administrativo que ejercieran potestades públicas, entre las cuales podría considerarse a las Sociedades mercantiles públicas (a partir de ahora SMP) que, eventualmente, las ejercieran.

Entre la doctrina que se ha pronunciado al respecto, parece que todos los autores han llegado a esta conclusión. Desde los comentarios de urgencia de la reforma de 2015 realizados por GONZÁLEZ CUSSAC –quien afirma que los “entes públicos estarán siempre y en todo caso exonerados de responsabilidad penal”²²– hasta la aproximación más detallada de GARCÍA ARÁN cuando en 2022 se plantea buscar “el fundamento de la exención de responsabilidad penal de las primeras (EPE) y de la eventual reducción penológica de las segundas (SMP)”²³.

Es cierto que algún argumento de derecho administrativo podría avalar esta interpretación. Así, por ejemplo, el art. 84 de la Ley 40/2015 identifica claramente a las “Entidades públicas empresariales” (EPE) definiéndolas como “los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado” (dentro de la letra a) entre los que incluye también a los Organismos autónomos y Agencias estatales –citados todos ellos en el apartado primero del art. 31 quinquies CP–. Mientras que alude a “las sociedades mercantiles estatales” (SMP) (dentro de la letra c) a quienes –sin ser organismos públicos– también considera integrantes del sector público institucional²⁴.

Pues bien, un criterio exclusivamente formal, como el de la denominación/etiqueta en los documentos de constitución²⁵ o la dicotomía competencial para su constitución²⁶, quizás pueda delimitar claramente estos dos entes a nivel administrativo, pero –sin lugar a duda– no sería suficiente para fundamentar y justificar este trato penal diferenciado. En realidad, el derecho administrativo no es capaz de ofrecer un fundamento material para poder justificar el tratamiento penal diferenciado de estos dos entes.

Si para el derecho penal el derecho administrativo no es capaz de establecer delimitaciones materiales claras en conceptos como el de “funcionario público”, mucho menos podrá ser útil para fundamentar o excluir la RPPJ si tenemos en cuenta la incongruencia y contradicciones de la regulación administrativa propuesta para estos entes²⁷.

²² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2015) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art. 31 bis, ter, quater y quinquies” en González Cussac, J.L. (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 209.

²³ GARCÍA ARÁN, M. (2022: 3). En la misma línea se han pronunciado el resto de los autores que han entrado a analizar esta cuestión y destacados en nota 7: CARDONA, A. (2021: 959); VALEIJE, I. (2022:71).

²⁴ “Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades: **a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado**, los cuales se clasifican en: 1. Organismos autónomos. **2. Entidades públicas empresariales**. 3. Agencias estatales. b) Las autoridades administrativas independientes. **c) Las sociedades mercantiles estatales**. d) Los consorcios. e) Las fundaciones del sector público. f) Los fondos sin personalidad jurídica. g) Las universidades públicas no transferidas.

²⁵ El art. 103.3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece que “Con independencia de cuál sea su denominación, cuando un organismo público tenga naturaleza jurídica de entidad pública empresarial deberá figurar en su denominación la indicación de «entidad pública empresarial» o su abreviatura «E.P.E.»” y el art. 111.2 del mismo texto legal dispone “2. En la denominación de las sociedades mercantiles que tengan la condición de estatales deberá figurar necesariamente la indicación «sociedad mercantil estatal» o su abreviatura «S.M.E.»”

²⁶ Las SMP se crean por acuerdo del poder ejecutivo (art. 114 de la Ley 40/2015) mientras que los EPE requieren una ley aprobada por el poder legislativo (art. 104 de la Ley 40/2015) con excepción de los de titularidad municipal que requeriría un acuerdo del pleno del Ente local (art. 85 bis de la Ley 7/1985)

Nos referimos, por ejemplo, a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria que –a diferencia de la Ley 40/2015, apuntada anteriormente– clasifica a los distintos entes públicos del Estado en tres sectores: (1) el administrativo, (2) el público fundacional y (3) el público empresarial y, dentro de este último, equipara a las EPE y las SMP, como entes opuestos a los organismos administrativos. Pero las contradicciones e incongruencias de la regulación administrativa son muchas más.

En primer lugar, para justificar la exención de responsabilidad penal no puede recurrirse a la sumisión de las SMP al derecho privado y las EPE al derecho público puesto que, aunque el art. 103 de la Ley 40/2015 dispone que son “entidades de derecho público” excepto en algunas materias como la formación de la voluntad de sus órganos y el ejercicio de potestades administrativas, “se regirán especialmente por el derecho privado”. E inversamente el art. 2.1 de esta Ley, después de reconocer a las SMP como entidades de derecho privado establece que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas”. Es más, incluso en aquel aspecto que justificó en su origen la huida del derecho administrativo –la contratación– la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, en su art. 3.1 (ámbito subjetivo) establece que será aplicable tanto a las EPE (letra g) como las SMP en cuyo capital social la participación pública, directa o indirecta, sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (letra h).

Pero, en segundo lugar, para fundamentar la distinción de trato penal tampoco puede recurrirse al criterio administrativo del control público de las EPE por parte la Administración puesto que también la SMP viene definida en el art. 111 de la Ley 40/2015 como “aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal”.

Ni, tampoco recurriendo, en tercer lugar, al carácter íntegramente público de su capital. Recientemente CARDONA ha apuntado que la posible participación de capital privado en las SMP sería el criterio que justificaría la diferente consideración penal de estas empresas públicas respecto a las EPE. Según este autor “a diferencia de lo que puede pasar a las SMP, sociedades en las cuales la ley permite que parte de su capital social sea aportado por fuentes privadas, la participación en el EPE es íntegramente pública y, por tanto, los intereses económicos de estas empresas públicas son intereses exclusivamente públicos”²⁸. Sin embargo, el criterio no puede ser útil puesto que el derecho administrativo permite que también una SMP disponga de un capital participado en el 99% por recursos públicos.

Por supuesto, por último, tampoco serviría el criterio contable al que se someten estos entes. Como ha concluido PADRÓS²⁹ “*las normas de contabilidad pública*” –Sistema Europeo de Cuentas (SEC) Nacionales y Regionales de la Unión Europea– “*permiten una interpretación muy amplia del concepto de sujeto administrativo, con independencia de su personificación pública o privada. Será un sujeto administrativo, a efectos contables, toda entidad bajo el control de la administración y cuya financiación sea pública en más del 50%*. Por tanto, puede incluir tanto SMP como EPE.

²⁷ Sobre esta cuestión, ver CHINCHILLA, C. (2017) “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada ¿Realidad o ficción?” en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, p. 17 a 56.

²⁸ CARDONA, A. “La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques” a *RJC*, núm. 4-2021, pág. 950.

²⁹ PADRÓS, C (2022) “El problema del sujeto administrativo en la atribución de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas” (en prensa), p. 14

En definitiva, creemos que se impone una delimitación de los supuestos del art. 31 quinquies que, siguiendo las reglas de interpretación de las leyes (art. 3 Cc):

1. respete los conceptos del derecho administrativo utilizados en el precepto penal (criterio gramatical), para asegurar el principio de legalidad en materia penal y el principio de coherencia y unidad del ordenamiento jurídico;
2. respete el contexto de los distintos párrafos del art. 31 quinquies (criterio sistemático);
3. pero pueda reinterpretarlos atendiendo a las necesidades de aplicación de la norma penal³⁰, dotándoles de un contenido parcialmente distinto si ello es necesario para la funcionalidad de la norma penal (criterio teleológico).

Así, atendiendo al tenor literal del primer apartado del art. 31 quinquies CP (criterio gramatical), deberíamos partir –como, en principio, hace la mayoría de la doctrina penal– de la exclusión de responsabilidad penal de las EPE para la definición de la cual valdrá el criterio administrativo exclusivamente formal, como el de la denominación/etiqueta en los documentos de constitución.

Frente a esos entes, el legislador ha querido ofrecer en el apartado segundo un trato penal distinto a las SMP, no equiparándolos con las EPE, sino ofreciendo para ellas un régimen de “responsabilidad penal con limitación de las penas”. De hecho, este apartado siguiente arranca con una expresión (“*En el caso de las Sociedades Mercantiles Públicas ...*”) que permite dejar bien claro que la voluntad del legislador ya no era la de eximir las de responsabilidad penal, sino proponer un régimen de “responsabilidad penal con limitación de penas” para aquellas “*que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*” mientras que el resto se sometían al régimen general de RPPJ, como cualquier otra empresa privada (criterio sistemático).

Sobre estos dos presupuestos –que respetarían el principio de legalidad y coherencia del ordenamiento jurídico–, considero fundamental partir de la *ratio legis* del mismo, esto es, de la razón político criminal que llevó al legislador a excluir la responsabilidad penal de los entes previstos en el apartado primero del art. 31 quinquies CP para poder completar la interpretación del precepto (criterio teleológico).

A) *Ratio legis* del régimen de exclusión de la responsabilidad penal: la potestad pública.

De entre todas las propuestas defendidas hasta el momento, creo que debe descartarse las que consideran que la exclusión de la responsabilidad penal del art. 31 quinquies se fundamentaría en la correcta prestación de las funciones públicas que tienen encomendadas los órganos aludidos en el apartado primero³¹. Ello es así puesto que –como veremos más adelante– para estos supuestos está precisamente reservada la “responsabilidad penal con limitación de penas” de las SMP del párrafo segundo. Más bien creemos que la *ratio legis* de la exclusión del primer párrafo se encuentra en la incongruencia que el Estado pueda

³⁰ Recientemente se ha manifestado a favor de esa relativa autonomía del derecho penal en esta materia GARCÍA ARÁN 2022: 7.

³¹ Así lo considera, p.ej., GÓMEZ, V. (2015) “Art. 31 quinquies del CP” en Corcoy, M. – Mir, S. (coord.) *Comentarios al Código penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 178.

autocastigarse a sí mismo³², autoimponerse una pena que, al final, repercuta sobre el propio Estado.

A partir de ahí, creo 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, como parte del poder ejecutivo del Estado³³. La legislación administrativa de 1992 (*Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*) todavía seguía anclada en el concepto subjetivo de Administraciones Públicas, clasificando las mismas entre territoriales y no territoriales³⁴. En cambio, la nueva legislación (*Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* y *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*), supera el ámbito de “administración pública” para abrazar el más amplio de “sector público”. Si bien toda Administración pública (sujeto) forma parte del sector público (objeto), no todos los sujetos administrativos serán Administración pública³⁵. Como desarrollaremos a continuación sólo podrán ser considerados Administración a efectos del apartado primero aquellos entes que, de forma general, ejecuten potestades públicas.

B) Concepto y clases de potestad pública

Aunque el concepto de potestad pública no aparece enunciado en ningún precepto normativo, la doctrina administrativista ha sido capaz de proponer una definición y hasta una sistematización de ellas que puede ayudar a justificar la discriminación del trato penal (ver infra apartado 3.1. B) 1), delimitar con mayor precisión los entes que las desarrollan y que, en consecuencia, quedarían excluidos de responsabilidad penal (ver infra apartado 3.1 B) 2).

Así, recientemente, GAMERO las ha definido **“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)”**. Siguiendo a este autor en la definición hay tres elementos de carácter diferenciador, cuya suma o adición permite individualizar a la potestad administrativa respecto de otros poderes jurídicos: i) Su vinculación a la satisfacción del interés general; ii) Su articulación mediante el principio de legalidad, es decir, creadas, reguladas y tasadas por ley; iii) su plena sujeción al derecho administrativo, y iv) Su sujeción a control jurisdiccional contencioso-administrativo (judicial y constitucional)³⁶.

³² Es la opinión mayoritaria en la doctrina. Ver, por todos, BARONA, S. (2014) “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España” en Ontiveros, M. (coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 82; DOPICO, J. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV. *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 134; MARTÍNEZ-BUJÁN (2016: 608); ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2011) “Societas delinquere potest”, en Zúñiga/Gorjón/Fernández García (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio legis, Salamanca, p.16. VALEIJE (2022:67); CARDONA (2021: 951).

³³ En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ, T.R. (2015) *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, Civitas, Madrid, pág. 479. “el conjunto de atribuciones que el Ordenamiento jurídico asigna a la Administración se configura técnicamente como potestades administrativas”.

³⁴ Entre las primeras, el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales. Entre las segundas, una gran constelación de entidades (colegios, federaciones, cámaras oficiales, organismos autónomos, agencias, autoridades independientes, empresas públicas, consorcios, y otros monstruos legales: entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado)

³⁵ PADRÓS (2022:2)

Respecto a su sistematización, si bien tradicionalmente han **estado vinculadas al imperium (como la fe pública, la expropiación, la ejecución forzosa de los actos administrativos o la imposición de sanciones administrativas)**, en el Estado contemporáneo tienen una configuración mucho más amplia. Pese a que su sistematización es complicada, parece que la sumisión al proceso administrativo es clave para su identificación pues es el cauce de su ejercicio³⁷. Como ha afirmado LÓPEZ GONZÁLEZ, “no es exacto que los conceptos de prerrogativa, privilegio y poderes exorbitantes sean comunes a todas las potestades administrativas”. De esta manera, “podemos identificar como potestades administrativas **también aquellos poderes funcionales cuyo ejercicio produzca efectos favorables para los ciudadanos, como el otorgamiento de subvenciones o la adjudicación de contratos**”³⁸.

Queda así más clara la delimitación entre la Autoridad y Potestad. Así se puede afirmar que no toda potestad supone ejercicio de autoridad. La autoridad es propia de la Administración territorial y no pueden delegarse³⁹. Mientras que las potestades pueden delegarse y ser ejercidas por las administraciones institucionales y otros entes administrativos. Aunque tradicionalmente han venido siendo ejercidas por la Administración *institucional*, en las últimas décadas se ha extendido a la conocida como Administración *empresarial* a quien se refiere precisamente el artículo 31 quinquies del código penal⁴⁰. Pues bien, si el ejercicio de potestades administrativas es lo que nos permite definir la actividad exclusiva de la Administración del Estado, quedaría suficientemente justificada la exclusión de RPPJ de aquellos entes que desarrollen la función de un poder del estado: el poder ejecutivo.

C) Justificación de la discriminación penal

Además, ello nos permitiría algo muy importante para la legitimación de esta opción político criminal: anclar el fundamento material de la exclusión penal de estos entes en un precepto constitucional, **el art. 103 CE**. Como ha destacado la mayoría de la doctrina administrativista⁴¹ la potestad administrativa es la potestad pública en la que con mayor facilidad se percibe la vinculación con la satisfacción de los intereses generales lo que ha permitido al TC concluir que el artículo 103 CE supone “*una habilitación general para la intervención de las administraciones públicas en defensa de dichos intereses*” (STC 340/1993, de 16 de noviembre). Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado repetidamente que la potestad administrativa es una potestad-función, esto es, **un poder vinculado, dirigido a la**

³⁶ Ver ampliamente sobre el concepto de potestad administrativa GAMERO, E. (Dir.) (2021) *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 50 y ss.

³⁷ GAMERO (2021:114-115).

³⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L. “El derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de derecho privado de la Administración” en *Foro*, Nueva época, Vol. 19, núm. 1, pág. 71.

³⁹ En esa línea el art. 113 de la Ley 40/2015 del sector público establece expresamente que las SMP como administración institucional “*En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública*” -reservada exclusivamente a la Administración territorial- “*sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas*”

⁴⁰ Hasta el punto de que la Ley 39/2015, 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en su art. 2.2 b) considera que “Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas”

⁴¹ Ver GAMERO 2021: 75 con amplias referencias doctrinales en nota 40.

satisfacción del interés general, con lo que la conexión potestad administrativa-art. 103 CE es directa⁴².

En realidad, el propio código penal ofrece un argumento adicional de tipo gramatical a favor de este fundamento material puesto que establece de forma literal que lo realmente relevante para excluir la responsabilidad penal de estos entes es que “*ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*”. Es decir, que lejos de un fundamento formal en cualquier criterio administrativo posible (ver supra apartado 3.1), la exclusión de responsabilidad penal se fundamenta en el interés material de proteger las potestades públicas que se ejerzan por parte de estas entidades.

D) Delimitación de entes excluidos de RPPJ (art. 31 quinquies 1 CP)

Declarar el ejercicio de potestades públicas como el fundamento material de la exclusión de la responsabilidad penal del art. 31 quinquies 1 no sólo permite justificar penalmente desde una perspectiva constitucional el trato privilegiado de estos entes, sino que tiene importantes consecuencias interpretativas prácticas.

En **primer** lugar, justificaría la exención de responsabilidad penal del “**Estado y las Administraciones públicas territoriales**” (gobierno central, gobiernos autonómicos, municipios, diputaciones, ...) puesto que todas ellas ejercen las anteriormente identificadas como “potestades de imperio”.

En **segundo** lugar, también justificaría los supuestos de “**Organismos Reguladores**”⁴³, **Agencias estatales**⁴⁴ y “**Administraciones institucionales**” equiparados con la Administración pública territorial por ejercer algunas de las potestades públicas identificadas anteriormente (sancionadoras, contratación pública, otorgamiento de subvenciones, etc...) no vinculadas al territorio, sino en ámbitos de competencia temática y por ser formalmente considerados por el art. 84.1 de la Ley 40/2015 como “organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado”⁴⁵.

En **tercer** lugar, también quedaría justificada la exención de responsabilidad penal de las “**Entidades públicas Empresariales**”. El artículo 103 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* define las EPE como “*entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian con ingresos de mercado, (...) y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación*”. Aunque estos entes son organismos que

⁴² “Las potestades administrativas (...) son atribuidas por el Ordenamiento jurídico a la Administración para que ésta pueda servir a los intereses generales, de los cuales no puede apartarse, so pena de incurrir en desviación de poder (art.103 CE)”; STS 14/9/95,

⁴³ Son organismos reguladores el Organismo Autónomo Parques Nacionales; el Servicio Público de Empleo Estatal; el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial; el Centro de Investigaciones Sociológicas; el Consejo Superior de Deportes; la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; el Instituto Nacional de Estadística; el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales o la mutualidad de funcionarios MUFACE.

⁴⁴ Son Agencias estatales la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios; la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; la Agencia Estatal Antidopaje o la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

⁴⁵ Art. 84 1. Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades: a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en: 1. Organismos autónomos. 2. Entidades públicas empresariales. 3. Agencias estatales”.

realizan actividades no estrictamente administrativas, sino de contenido económico-empresarial⁴⁶, es decir, producen bienes y servicios que venden en el mercado, el hecho de que tengan atribuidas potestades administrativas permite que sean equiparados penalmente con los anteriores.

A partir de ahí, el fundamento jurídico-penal de la exención obligará a hacer una interpretación restrictiva del resto de “*sector público institucional*” recogido en el art. 84 de la Ley 40/2015 para seguir limitándolo exclusivamente a aquellos entes que ejecutan potestades públicas. En realidad, a ello se refiere expresamente el legislador penal en el mismo apartado primero *in fine* extendiendo la exención de responsabilidad penal “*a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*”. Ello incluirá, en **cuarto lugar**, a las “**autoridades administrativas independientes**” [letra b)]; los organismos cuya misión sea la supervisión o regulación de sectores económicos, y cuyas características justifiquen su organización en régimen de descentralización funcional o de independencia⁴⁷; los “**consorcios**” [letra d)]; y las “**universidades públicas**” [letra g)].

Pero la exigencia material de ejercicio de potestades públicas dejaría fuera de la exención penal al resto de los entes previstos en el art. 84. En concreto, “**Las fundaciones del sector público**” [letra e)]; y “*Los fondos sin personalidad jurídica*” [letra f)]. Respecto a las primeras, VALEIJE ha considerado “*exentas de responsabilidad las Fundaciones públicas (estatales, autonómicas o locales) integradas en el sector público fundacional dado su sometimiento al derecho administrativo*”⁴⁸. Opinión compartida por la FGE quien considera que “*deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho administrativo (Ley 40/2015, Ley 50/2002, de Fundaciones, y Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria). Su actividad está siempre relacionada con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, sin que ello suponga la asunción de competencias propias (art. 128 Ley 40/2015). Sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personal se rigen por disposiciones administrativas, como su régimen de contratación, que se somete a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público [art. 4.2 g) Ley 47/2003 y 131 de la Ley 40/2015] y su control, encomendado a la Intervención General de la Administración del Estado*”. Sin embargo, en mi opinión deberán derivarse al régimen general de RPPJ por quedar excluidas del fundamento jurídico-penal de esta exención que, insistimos, reside en el ejercicio de potestades públicas y no en aspectos administrativos como la sumisión al derecho administrativo, su régimen de control o de contabilidad⁴⁹.

Respecto a los “**los fondos sin personalidad jurídica**”, con mucha más razón por tratarse de masas patrimoniales afectas a fines específicos, cuya gestión se realiza con arreglo a normas financieras más propias del subsector empresarial que del administrativo⁵⁰.

⁴⁶ Son ejemplos de EPE el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía; Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC); RENFE; Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF); Agencia EFE (EFE); Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT); Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR); Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI); Instituto de Crédito Oficial (ICO); Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX España Exportación e Inversiones); ENAIRE, de la cual depende AENA.

⁴⁷ Constituyen ejemplos de autoridades independientes: la Agencia Española de Protección de Datos; la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; la Comisión Nacional del Mercado de Valores; el Consejo de Seguridad Nuclear; el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

⁴⁸ VALEIJE, I. 2022: 68.

⁴⁹ Ver supra epígrafe 3.1 sobre los límites del derecho administrativo para fundamentar la exención de responsabilidad penal.

⁵⁰ PADROS 2022:9.

Por último, debo aclarar que **quedarían fuera de la exención de responsabilidad del apartado primer las SMP**, pese a “*que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas*” (art. 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). A nivel estrictamente administrativo, estamos ante entidades de derecho privado (sociedades mercantiles) que entran dentro de la categoría de sector público institucional, pero no dentro de la categoría de Administraciones públicas.

Pero, además, desde el carácter relativamente autónomo del derecho penal aquí defendido –y aunque algún autor haya considerado lo contrario⁵¹–, creo que la *ratio legis* del art. 31 quinquies y los criterios de interpretación de las normas penales obligarían a exigir RPPJ a todas las SMP. Para empezar, y en relación con la *ratio legis* del precepto, vimos en la introducción el contexto restrictivo en el que se legisló la exención de la responsabilidad penal de las empresas públicas. La voluntad del legislador era, dar respuesta a las críticas de la OCDE y de la doctrina penal para corregir la exención penal de las SMP del 2010 y asegurar su “retorno al derecho penal”. Por tanto, coincidiríamos con MARTÍNEZ-BUJÁN en que la “*novedad de la reforma de 2015 fue extender en el apartado 2 del nuevo art. 31 quinquies el ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas a las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general que, con la primitiva redacción de la LO de 2010 quedaban excluidas*”⁵² que, en consecuencia, quedarían excluidas del apartado primero.

De hecho, esa voluntad legislativa viene manifestada expresamente en la misma Exposición de motivos de la reforma penal donde el legislador reconoce literalmente que “*asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*”⁵³.

Además, la decisión de exigir responsabilidad penal a las SMP está alineada con los ordenamientos comparados de nuestro entorno comunitario más próximo. Así, por ejemplo, ni más ni menos que en Francia, todos los entes públicos distintos a las administraciones territoriales incurrir en una responsabilidad penal en las mismas condiciones que las personas jurídicas de derecho privado. Sólo existe también algunas diferencias mínimas en las penas que no pueden imponérselas a las sociedades mercantiles públicas: disolución o control judicial⁵⁴. Algo parecido sucede en Italia, donde de conformidad con el apartado 3 del artículo 1 del Decreto Legislativo nº 231, de 8 de junio de 2001 (“Reglamento sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las que carecen de personalidad jurídica”), las normas sobre responsabilidad administrativa por infracciones penales se aplican a todos los organismos colectivos, con la sola *exclusión* del Estado, los organismos públicos territoriales, otros organismos públicos no económicos y los organismos que

⁵¹ Es el caso de CARDONA 2021: 954 considerando que “*cuando de forma excepcional, la Sociedad mercantil pública también tenga atribuidas potestades públicas, su condena penal no será posible*”.

⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN 2016: 604.

⁵³ Ver apartado III del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en BOE-A-2015-3439. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439 [fecha de consulta: 12.7.2022]

⁵⁴ Según el art. 131-39 del código penal francés el resto de las penas pueden serles impuestas también a las sociedades mercantiles públicas. Entre ellas, penas que pueden dificultar su actividad como, por ejemplo, la prohibición definitiva o temporal de ejercer directa o indirectamente diversas actividades profesionales; el cierre definitivo o temporal de establecimientos utilizados para cometer el delito; la prohibición temporal de recibir ayudas públicas, etc. Sobre el régimen de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas en Francia, ver MARTÍN,S. (2009) “La responsabilité pénale des personnes morales de droit public” disponible en <https://www.carrieres-publiques.com/actualite-fonction-publique-la-responsabilite-penale-des-personnes-morales-de-droit-public-d-212> [fecha de consulta: 8.7.2022]

desempeñan funciones de importancia constitucional (como, por ejemplo, los partidos políticos y los sindicatos). Pese a las primeras dudas sobre si las sociedades mercantiles quedaban excluidas si desarrollaban funciones de relevancia pública, la doctrina⁵⁵ y la jurisprudencia han considerado que los organismos públicos de forma privada estén sujetos a las normas del Decreto 231.

Se debe destacar, en primer lugar, la sentencia de Casación Penal núm. 28699/2010 que estableció que el carácter público de una entidad es una condición necesaria para la exención de responsabilidad, pero no suficiente, ya que también debe cumplirse la condición de que la entidad no ejerza una actividad económica. Además, en el caso en cuestión ni siquiera se trataba de un organismo público, sino de un hospital privado y, en particular, de una sociedad anónima participada en un 51% por el Estado, que no deja de estar constituida para ejercer una actividad económica con el fin de repartir sus beneficios, independientemente de la forma en que éstos se repartan. Además –y por lo que nos interesa en este trabajo– la sentencia criticó el argumento de la defensa de que la responsabilidad penal no era aplicable en virtud de que el sujeto estaba llamado a cumplir funciones de importancia constitucional, y en este caso a proteger y garantizar el derecho a la salud. Esta declaración confunde la función con los valores protegidos. El fundamento de la exención de las entidades que desempeñan funciones de relevancia constitucional es evitar la aplicación de medidas cautelares y sanciones que suspendan funciones indefectibles en el equilibrio constitucional, requisito que no se aplica a las meras actividades empresariales. Es decir, que una interpretación atendiendo a la *ratio legis* del precepto –como la defendida en este trabajo– no permite eximir de responsabilidad penal a ningún tipo de sociedad mercantil por muchas funciones públicas que desarrollen.

En esta idea profundiza, en segundo lugar, la sentencia de Casación Penal núm. 234/2011 que recordaba que si la empresa presta un servicio público o un servicio de necesidad pública cuya interrupción puede causar un grave perjuicio a la colectividad, el artículo 15, letra a), del Decreto Legislativo núm. 231/2001 prevé expresamente la posibilidad de que el juez sustituya la sanción de inhabilitación por el nombramiento de un comisario judicial, al que se encomendará la continuación de la actividad.

Obsérvese, por tanto, una vez más, como el derecho comparado también considera para los casos de sociedades mercantiles públicas un régimen de “responsabilidad penal con penas limitadas”.

Por todo ello, 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.

Al argumento gramatical debería añadirse otro argumento de tipo sistemático. Tal como ha destacado GARCÍA ARÁN si lo que se pretende es evitar perjuicios en las actividades estatales “*eso mismo puede evitarse acudiendo al número 2 del mismo precepto, por el que se limita la sanción de las SME que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, conceptos amplios que normalmente estarán presentes en aquellos casos de atribución de una igualmente amplia potestad administrativa*”. La consecuencia práctica de todo esto es que las SMP en quienes, eventualmente, se hayan delegado potestades

⁵⁵ D'ARCANGELO, F. (2010) “Le società a partecipazione pubblica e la responsabilità da reato nella interpretazione della giurisprudenza di legittimità (commenti alla sentenza della Corte di Cassazione n.28699/10)” en *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, p. 186; CARELLA, V. (2012) “La responsabilità penale e amministrativa delle società in house e miste” en *Rivista di Diritto societario*, num. 2 o MESORI, L. (2022) “Informe comparativo Italia” en *Seminario sobre la prevención de la corrupción en el sector público empresarial*, UAB (inédito).

administrativas como la vigilancia de centros penitenciarios, de aeropuertos o incluso de comisarias no pueden considerarse exentas de responsabilidad penal. De nuevo, en palabras de GARCÍA ARÁN “*si la propia doctrina administrativa cuestiona la atribución de potestades administrativas a entidades privadas en mano pública con mayor razón cabe excluirlas en una interpretación forzosamente restrictiva en el ámbito penal*.”⁵⁶.

Así pues, como acabamos de ver, el criterio restrictivo que inspiró la reforma penal de 2015 estableció dos regímenes de responsabilidad penal para las SMP: uno de “responsabilidad penal con penas limitadas” para las que “*ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*” (epígrafe 2.2) y otro de “responsabilidad plena” para las que no lo hagan (epígrafe 2.3).

3.2. Las SMP con “responsabilidad penal con penas limitadas” (art. 31 quinquies 2 CP)

La Circular 1/2016 de la FGE mantiene que “*será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio prestado*” pero sin concretar qué deba entenderse por “políticas públicas” o “interés económico general”, con lo cual abre las puertas a afrontar la delimitación de supuestos con la más absoluta inseguridad jurídica.

De nuevo, creo que el tenor literal del código penal debería funcionar como elemento inspirador del fundamento penal material de la distinción que sirva no sólo para justificar el distinto trato respecto a las EPE, sino también entre SMP. Por un lado, para delimitarlo claramente de los supuestos de imposibilidad de castigar penalmente a las EPE (art. 31 quinquies 1 CP) puesto que no pueden considerarse que sea lo mismo “ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general” que “ejercer potestades públicas o administrativas”. Como bien ha advertido CARDONA “*estos conceptos no tienen la misma naturaleza: las políticas públicas o los servicios de interés económico general son objetivos o finalidades públicas y, en cambio, la capacidad de ejecutar potestades públicas es un medio o instrumento jurídico privilegiado que utiliza la Administración*”⁵⁷.

Por otro, para delimitarlo claramente de los supuestos de responsabilidad empresarial plena puesto que tampoco es lo mismo “ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general” que no hacerlo. En este último caso, a las SMP se les podrá atribuir responsabilidad penal como cualquier otra empresa, independientemente que su titularidad sea pública, esté sujeta a derecho público o controlada por una administración pública.

A) Los “servicios de interés general” como fundamento de la responsabilidad penal con penas limitadas.

De nuevo, la terminología empleada por el derecho administrativo no coincide con el utilizado en el código penal lo que plantea su incapacidad para la delimitación de los entes incluidos en este supuesto. Mientras el código penal alude a “*ejecución de políticas públicas*” y “*prestación de servicios económicos de interés general*”, en la normativa administrativa de creación de distintos entes institucionales se recurre al concepto más clásico de “*prestación de servicios públicos*” o “*producción de bienes de interés público*”⁵⁸.

⁵⁶ GARCÍA ARÁN 2022: 19

⁵⁷ CARDONA 2021: 955

Este concepto de “**servicio público**” es, así se ha repetido hasta la saciedad⁵⁹, una noción – carente de definición legal y, por tanto, esencialmente dogmática– que, de la mano de su misma expansión, dice todo y nada. Lo advierte con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1997 al afirmar que “*el concepto de servicio público, calificado frecuentemente de polisémico, no es categoría dogmática unívoca*”.

Si se observa la expresión utilizada por la norma administrativa, pone el acento en lo formal y subjetivo, aquellas actividades prestacionales de interés general cuya titularidad ha sido asumida por la Administración a través de la *publicatio*, para su prestación de acuerdo con los principios de asequibilidad, igualdad, continuidad y calidad, ya sea con exclusión o no de la libre iniciativa económica⁶⁰ lo que abre las puertas a su prestación indirecta por parte de sociedades mercantiles. Así **se considerarían servicios públicos la educación, la sanidad, la seguridad o los servicios sociales.**

En sentido parecido se pronuncia PAREJO al definir el servicio público como “el conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general, entendiendo por reserva la *publicatio* de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la Administración (lo que significa: establecimiento de monopolio a favor de ésta y exclusión, por tanto, de la libre iniciativa privada sin perjuicio que se pueda abrir a la referida iniciativa privada (en caso de opción por la gestión indirecta)”⁶¹.

Esa es también la consideración jurisprudencial. Así, la aludida STS de 24 de octubre de 1989 define el servicio público correspondiente a tal concepto como actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua. Hasta aquí el concepto administrativo de “servicio público”.

Sin embargo, la expresión “**servicio de interés económico general**” (SIEG), utilizado por el código penal, tiene un origen más contemporáneo en el derecho comunitario. La construcción de un mercado común europeo inició un proceso de liberalización de muchos servicios económicos que se venían prestando por los estados y cuya gestión llevaba aparejadas obligaciones para garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés general (ámbito territorial, tarifas, etc.). Nos referimos a **telefonía, televisiones, servicios postales, suministro de gas y electricidad, transportes, correos y algunos servicios locales como los servicios funerarios**. Todo ello con la finalidad de someterlas a las reglas comunes en materia de libre competencia, desde el convencimiento neoliberal de que el mercado podía garantizar las prestaciones propias de estos servicios públicos, y que la competencia

⁵⁸ Así la Ley 40/2015 se refiere al término “gestión de **servicios públicos** o de producción de bienes de **interés público**” al referirse a las actividades de los **Organismos públicos estatales** (art. 88); y a “servicios o de producción de bienes de **interés público**” cuando se refiere a las **EPE** (art. 103); o a “gestión común de **servicios públicos**” cuando se refiere a consorcios (art. 118); mientras que se refiere a “cumplimiento de fines de **interés general**” cuando alude a las **fundaciones** (art. 128).

⁵⁹ PAREJO, L. (2002) “Servicios públicos y Servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros” en *Revista de Derecho de la Unión europea*, núm. 7, p. 52. También lo afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989.

⁶⁰ TORNOS, J. (2016) “El concepto de Servicio público a la luz del derecho comunitario” en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Madrid, pág. 200. Ya fuera del concepto de servicio público se situarían las actividades reglamentadas por razones de interés general (farmacia, taxi, banca privada...)

⁶¹ PAREJO 2004:52 con referencias bibliográficas a VILLAR PALASI, «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», RAP núm. 3, año 1950; también GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «La actividad industrial y mercantil de los Municipios», RAP núm. 17, año 1955; y, más recientemente, MEILAN GIL, J.L. «El servicio público como categoría», Cuadernos de Derecho Público, núm. 2, año 1997.

mejoraría la calidad y el precio de los servicios⁶². Por tanto, parecería que el concepto administrativo de “*servicio público*” y el comunitario de “*servicio de interés económico general*” serían conceptos no idénticos.

Pese a todo ello, como ha destacado TORNOS, más adelante, el interés por llegar a hacer realidad la existencia de una ciudadanía europea han hecho patente la preocupación por alcanzar unos niveles de prestación de servicios sociales homogéneos dentro de Europa. Es este planteamiento el que creemos ha llevado a crear la categoría más amplia de “**servicios de interés general**” (SIG) dentro de la cual pueden ubicarse los “servicios económicos de interés general” (SIEG) como **telefonía, televisión, servicios postales, suministro de gas y electricidad, transportes, correos y servicios funerarios** pero también otros servicios públicos en sentido más clásico como la **sanidad, la educación y los servicios sociales** que la expansión neoliberal ha privatizado encargándolos también a sociedades mercantiles⁶³.

Además, el concepto de “*servicio de interés general*” –con las siglas SIG– ha podido delimitarse con más precisión que el “servicio público”. A pesar de que el concepto evoca a un ambiguo interés común a la generalidad de los ciudadanos –que algunas voces autorizadas han llegado a calificar de “inaprensible”⁶⁴– existen formulaciones de servicios de interés general (SIG), estrictamente jurídicas, muy elaboradas con un doble **fundamento constitucional**. De un lado, formalmente en el **art. 103 CE** que permitió la juridificación del concepto ideológico o político del interés general como fundamento y límite del poder ejecutivo⁶⁵. Pero también materialmente, ofreciendo como parámetro de referencia el interés general como inmanente, es decir, el dependiente de los intereses particulares frente al interés público, entendido éste como el interés propio del Estado⁶⁶. En un sentido idéntico se ha pronunciado el Tribunal constitucional al referirse a la noción de servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción se endereza la prestación, entendiendo por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial siéndolo únicamente en los casos en que la satisfacción de los intereses afectados exija el mantenimiento del servicio y en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija⁶⁷. Así el interés general permite ser identificado con la **dignidad de la persona, en sus derechos y libertades fundamentales lo que en un**

⁶² Una idea general puede obtenerse en LAGUNA DE PAZ, J.C. (2009) *Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 227 y ss.

⁶³ TORNOS 2016: 205. De forma más precisa, el Libro Verde sobre servicios de interés general, COM (2003) 270 final, insiste en que los servicios de interés general son servicios que «las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público». A lo que añade que «abarcan un amplio espectro de actividades de diverso tipo —desde actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, postales, transporte y telecomunicaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales —de dimensiones diversas, unas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local— y de diferente naturaleza, sometidas o no a la disciplina de mercado».

⁶⁴ NIETO, A. (1991) “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, pág. 2189.

⁶⁵ Así GAMERO 2022:190, 208.

⁶⁶ NIETO, A. 2189. También PAREJO:55 “Y la asunción por los poderes públicos de una actividad como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a particulares, no puede tener otra justificación -en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales- que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales;

⁶⁷ STC 8/1992, de 16 de enero, que cita la STC 51/1986; en el mismo sentido, antes, la SSTC 74/1982, de 7 de diciembre; 79/1982, de 20 de diciembre; 206/1990, de 17 de diciembre.

Estado social permite incluir el desarrollo de políticas públicas sanitarias, educativas, de vivienda o servicios sociales⁶⁸.

En conclusión, a diferencia del concepto de “servicio público” de la normativa administrativa reguladora del sector público, en el derecho comunitario los servicios de interés general (SIG) –que recordamos que en sentido amplio incluyen los SIEG– ponen el acento en el objeto, el interés público que desarrollan puesto que no son necesariamente públicos en un sentido subjetivo (titular una Administración Pública) pudiendo incluso estar plenamente privatizados.

B) Justificación del trato penal privilegiado.

Considero que es importante destacar aquí –por sus consecuencias para la fundamentación de este régimen limitado de RPPJ– que la conceptualización de **SIEG** se hizo para sujetar a todos los entes, ya fueran públicos o privados, a las normas de la libre competencia. El origen de la expresión se ubica en el Derecho originario europeo (el Derecho de los Tratados) de cara a **posibilitar la eventual modulación o excepción de las normas sobre competencia** para asegurar que las empresas liberalizadas puedan seguir cumpliendo **la misión pública específica a ellas confiada**⁶⁹.

De otro lado, y con mayor sentido, a los **servicios de interés general (SIG)** tampoco resultarían afectados por las normas sobre competencia pues la aplicación de estas no procedería por principio⁷⁰. Como ha destacado ASÚA “De ahí la relevancia de la distinción entre un servicio de interés económico general y uno de interés social general, y la preocupación desde los Estados porque muchos servicios sean calificados como tal”⁷¹. Entre los criterios de distinción que suelen aportarse destacan el de cohesión social y solidaridad versus eficiencia económica y el de financiación por presupuestos públicos versus pago por los usuarios. Pero se trata de una distinción lábil y fluida, y una misma actividad puede, dependiendo de su configuración, tener como prevalente un perfil u otro⁷².

⁶⁸ Ver ampliamente sobre esta formulación constitucional de interés general GONZÁLEZ GIL, D. (2021) “El interés general, presupuesto de atribución y ejercicio de la potestad administrativa” en Gamero, E. (Dir.) *La potestad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, especialmente pp. 204 y ss.

⁶⁹ Así ocurrió en el art. 90.2 del Tratado Fundacional de la CEU (cuyo tenor fue después el del art. 86.2 del Tratado Constitutivo de la CE y en la actualidad el del art. 106.2 del Tratado Fundacional UE, en el que la alusión a la Comunidad se sustituye por la Unión): “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal **quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada**”. Ver ASÚA, C. “Servicios (Económicos) de interés general y mecanismos en la tutela de los derechos del consumidor” 2012 en https://argitalpen.ararteko.eus/index.php?id_i=68&id_a=2123&leng=cast [fecha de consulta: 15 de mayo de 2022]; TORNOS 2016: 202.

⁷⁰ art. 2 del Protocolo nº 26, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge esta idea cuando señala que **las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico**”

⁷¹ ASÚA, C. (2012) “Servicio (económicos) de interés general y mecanismos en la tutela de los derechos del consumidor” en Ararteko. Disponible en línea en: https://argitalpen.ararteko.eus/index.php?id_i=68&id_a=2123&leng=cast, pág. 2 [fecha de consulta: 12.7.2022]

⁷² SENDÍN GARCÍA, M.A. (2003) *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, pp. 286 y ss; GONZÁLEZ RÍOS, I. (2018) “La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material” en González Ríos, I. (Dir.) *Servicios de interés general y protección de los usuarios: (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)*, Dynkinson, Madrid.

Por todo ello, creemos que la voluntad del legislador penal ha sido **equiparar en el trato penal las sociedades mercantiles que prestan “servicios de interés económico general” (SIEG) con las que ejecutan “políticas públicas” –en el lenguaje del código penal– o servicios de interés general (SIG) –en terminología del derecho comunitario–**. De hecho, también en el derecho administrativo las expresiones “interés público” e “interés general” son sinónimos perfectos⁷³.

Y ese trato penal diferenciado se fundamentaría en evitar **que estas sociedades mercantiles públicas no pudieran verse sometidas a penas que les impidieran continuar prestando servicios de interés general** o –en palabras del derecho comunitario– que la aplicación de las normas penales “*no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*”. Piénsese que estos servicios en el *Libro Verde sobre los Servicios de Interés General* de 2003 se consideran esenciales en el modelo europeo de sociedad, por cuanto contribuyen a la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos y a la lucha contra la exclusión social; y son un factor clave en la mejora de la competitividad económica.

C) Delimitación de empresas

La consecuencia de todo ello es que independientemente de la titularidad 100% pública o participada, de su sujeción al derecho administrativo o privado, o de cualquiera de las distinciones posibles propuestas en la regulación administrativa, cualquier sociedad mercantil pública que ejecute un servicio de interés general (SIG) estará sometida al régimen de “responsabilidad penal con penas limitadas” del art. 31 quinquies apartado segundo.

Serían ejemplos de ellos, por un lado, la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A., S.M.E. o Correos Telecom, S.A., S.M.E., Sociedad Unipersonal por prestar servicios públicos de televisión o correos, respectivamente, ambos situados –como vimos– en el concepto comunitario de SIEG, utilizado por el código penal. Y también servirían de ejemplos sociedades mercantiles que prestaran un SIG –tal y como han sido descritos anteriormente– como Barcelona Gestió Urbanística, S.A. por gestionar la red de viviendas sociales de la ciudad de Barcelona.

3.3. Los entes con responsabilidad penal plena

Por último, queremos advertir que la *ratio legis* del precepto –centrada en restringir la exención de responsabilidad penal del sector público empresarial– conduce a considerar la aplicación del régimen de “responsabilidad plena” a aquellas sociedades mercantiles que no ejerzan “servicios de interés general” (SIG) en los términos definidos en el epígrafe anterior. A ello contribuye el tenor gramatical del apartado 2 en el que específicamente se consideran sólo incluidos dentro de él a las sociedades mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios económicos de interés general por lo que puede deducirse la exclusión de las que no lo hagan.

Así pues, atendiendo al concepto de “servicio de interés general” (SIG) –aclarado en el epígrafe anterior– deberían quedar relegados al régimen general sociedades mercantiles

⁷³ SÁNCHEZ MORÓN, M. (1995) *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, definición del concepto de interés general, p. 3658; SAINZ MORENO, F. (1976): “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico” en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 8/1976, Estudios, Editorial Civitas, Madrid, p. 67.

como, por ejemplo, Cesce Chile dedicada a la actividad económica de prestación de seguros; Cofivacasa cuyo objeto es la liquidación de patrimonio estatal; la Compañía española de tabaco en rama, por dedicarse exclusivamente a la actividad económica de producción y venta de tabaco; o el World Trade Center Barcelona, S.A., S.M.E. cuyo objeto social organización de eventos y convenciones corporativas.

Por mucho interés público que persigan estas sociedades no puede compararse ninguna de ellas con sociedades constituidas para asegurar la prestación de “servicios de interés general” (SIG) como el suministro energético, las telecomunicaciones, el transporte público o la sanidad, la educación y la vivienda.

Para terminar, debo aclarar que la definición propuesta también dejaría fuera del concepto de “servicio de interés general” (SIG) y, en consecuencia, también fuera del régimen de “responsabilidad limitada” todas aquellas actividades reglamentadas por razones de interés general (farmacia, taxi, banca privada...).

4. UNA REFLEXIÓN FINAL

Como hemos visto, considero fundamental identificar la *ratio legis* de la reforma de 2015 en el que se puede denominar “*regreso al derecho penal*” de las SMP y situarlo en el centro de la interpretación penal del art. 31 quinquies para ofrecer una interpretación restrictiva de la exclusión penal de los entes públicos empresariales.

A partir de ahí, y partiendo de la regulación administrativa para asegurar la coherencia y la unidad del ordenamiento jurídico, basta con aplicar en puridad los criterios interpretativos gramaticales y sistemáticos, pero identificando el fundamento penal de cada uno de los regímenes de RPPJ ofrecido por el CP. En ese sentido, los conceptos de “*potestades públicas*” y “*servicios de interés general*” permiten avanzar en un concepto relativamente autónomo del derecho administrativo en la que focalizar el trato discriminatorio entre las diversas entidades del sector público institucional.

Así, el ejercicio de “*potestades administrativas*” permite delimitar los entes a quienes el apartado 1 del art. 31 quinquies excluye de responsabilidad penal, dejando fuera de su ámbito de aplicación a fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica, y las SMP que de modo general no tienen atribuidas potestades públicas.

Por otro lado, el concepto comunitario de “*servicio de interés general*” permite excluir del régimen de responsabilidad penal con penas limitadas a aquellas sociedades mercantiles públicas que sólo desarrollan actividades económicas, quienes quedarían relegadas al régimen general de RPPJ.

Sin embargo, la regulación penal no deja de plantear algunas contradicciones. Así, p.ej, se ha advertido que si se ha llegado a disolver al Ayuntamiento de Marbella, qué problema teórico habría en posibilitar la sanción penal de una EPE de actividad delictiva continuada⁷⁴. A esas contradicciones coadyuvan la falta de criterios racionales por parte de las administraciones en la constitución de entes del sector público empresarial. Al margen del abuso del recurso a las figuras empresariales para huir del derecho administrativo, también se ha criticado la posibilidad de que las administraciones cedan potestades administrativas a las sociedades mercantiles, planteándose en alguna ocasión hasta la inconstitucionalidad de esta posibilidad por ser contraria a la noción de Administración pública⁷⁵.

⁷⁴ CARDONA 2021: 952

Para afrontar esos problemas, el derecho penal necesita la implicación del derecho administrativo o incluso de las buenas praxis de las administraciones públicas. Cada vez son más las voces tanto entre administrativistas⁷⁶ como mercantilistas⁷⁷ que vienen considerando que para aquellas entidades que ejerzan servicios de interés general deberían adoptarse una forma jurídico-pública (EPE), mientras que cuando la entidad atienda a fines de política económica debería adoptarse una forma jurídico-privada (SMP), tratada en su integridad como una empresa privada. Si eso acabara siendo así, no haría falta eximir de responsabilidad penal a ninguno de estos entes. Se podría someter a las EPE a un régimen de responsabilidad penal con penas limitadas –parecida a la ofrecida en el apartado 2 del art. 31 quinquies– y a todas las SMP al régimen general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Bibliografía

- ASÚA, C. (2012) “Servicio (económicos) de interés general y mecanismos en la tutela de los derechos del consumidor” en *Ararteko*. Disponible en línea en: https://argitalpen.ararteko.eus/index.php?id_l=68&id_a=2123&leng=cast.
- BARONA, S. (2014) “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España” en Ontiveros, M. (coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BAUCELLS, J. (2018) “Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-28.
- CARBONELL, J.C.- MORALES, F. (2010) “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.
- CARDONA, A. (2021) “La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4.
- CARDONA, A. (2022) “La responsabilidad penal de los gestores del sector público empresarial” en *Revista General de Derecho penal*, núm. 6
- CARELLA, V. (2012) “La responsabilità penale e amministrativa delle società in house e miste” en *Rivista di Diritto societario*, num. 2.
- CLAVERO, M. (1962) “Personalidad jurídica. Derecho general y derecho singular de las Administraciones autónomas” en *Documentación administrativa*, núm. 58.

⁷⁵ Así MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JL, (2017) “El contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40/2015”, en Velasco Ruíz, C.I (dir) *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las leyes de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público*, Marcial Pons, Madrid, p.27 citado por GARCÍA ARÁN 2022: 4.

⁷⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1965) “Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública” en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, núm. 4, pp. 101 y ss.

⁷⁷ FERNÁNDEZ TORRES, I. (2021) *La creación de sociedades mercantiles públicas a examen. Una aproximación crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 214

- CHINCHILLA, C. (2017) “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada ¿Realidad o ficción? en *Revista de Administración Pública*, núm. 203
- D'ARCANGELO, F. (2010) “Le società a partecipazione pubblica e la responsabilità da reato nella interpretazione della giurisprudenza di legittimità (commenti alla sentenza della Corte di Cassazione n.28699/10). en *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1965) “Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública” en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, núm. 4
- FERNÁNDEZ TORRES, I. (2021) *La creación de sociedades públicas a examen: una aproximación crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GAMERO, E. (Dir.) (2021) *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA ARAN, M. (2022) “Autonomía interpretativa del derecho penal y delincuencia de las empresas públicas” en *Estudios jurídicos y criminológicos*, núm. 5.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ, T.R. (2015) *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, Civitas, Madrid.
- GÓMEZ RIVERO, M^a. C. (2016) “El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-06.
- GÓMEZ, V. (2015) “Art. 31 quinquies del CP” en Corcoy, M. – Mir, S. (coord.) *Comentarios al Código penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2018) “La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material” en González Ríos, I. (Dir.) *Servicios de interés general y protección de los usuarios: (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)*, Dynkinson, Madrid. <https://doi.org/10.2307/j.ctt22nmdd9>
- GONZÁLEZ GIL, D. (2021) “El interés general, presupuesto de atribución y ejercicio de la potestad administrativa” en Gamero, E. (Dir.) *La potestad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2015) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: art. 31 bis, ter, quater y quinquies” en González Cussac, J.L (Dir.) *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia
- LAGUNA DE PAZ, J.C. (2009) *Servicios de interés económico general*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor,
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L. “El derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de derecho privado de la Administración”, en *Foro*, Nueva época, Vol. 19, núm. 1. <https://doi.org/10.5209/FORO.53387>

- MARTÍN, S. (2009) “La responsabilité pénale des personnes morales de droit public” disponible en <https://www.carrieres-publiques.com/actualite-fonction-publique-la-responsabilite-penale-des-personnes-morales-de-droit-public-d-212>
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C. (2016) *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MESORI, L. (2022) “Informe comparativo Italia” en *Seminario sobre la prevención de la corrupción en el sector público empresarial*, UAB (inédito)
- NIETO, A. (1991) “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.
- NIETO, A.-MAROTO, M. (2014) *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la UCLM, Cuenca.
- PAREJO, L. (2002) “Servicios públicos y Servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros” en *Revista de Derecho de la Unión europea*, núm. 7
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2018) “El retorno del derecho administrativo” en *RAP*, núm. 106. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.02>
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1995) *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, definición del concepto de interés general.
- SAINZ MORENO, F. (1976): “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico” en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 8/1976, Estudios, Editorial Civitas, Madrid.
- SENDÍN GARCÍA, M.A. (2003) *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada.
- TERRADILLOS, J. (2013) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Dopico Gómez, J. (Coord), Álvarez García, F.J. (Dir.) *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TORNOS, J. (2016) “El concepto de Servicio público a la luz del derecho comunitario” en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Madrid.
- VALEIJE, I. (2022) “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.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2011) “Societas delinquere potest”, en Zúñiga/Gorjón/Fernández García (Coords.), *La reforma penal de 2010*, Ratio legis, Salamanca