

ANTONI CARDONA BARBER

*Investigador postdoctoral de Dret penal
contractat a la Universitat Autònoma de Barcelona
antonio.cardona@uab.cat*

LA RESPONSABILITAT PENAL DE LES SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES

PUBLICAT A LA
«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 4, 2021

LA RESPONSABILITAT PENAL DE LES SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES¹

per

ANTONI CARDONA BARBER

*Investigador postdoctoral de Dret penal
contractat a la Universitat Autònoma de Barcelona
antonio.cardona@uab.cat*

RJC, núm. 4-2021, pgs. 931-956

RESUMEN: *Per mitjà del present treball s'intentaran plantejar els requisits de la possible responsabilitat penal de les societats mercantils públiques, amb especial atenció a la seva identificació conceptual en el camp del Dret penal, per a diferenciar-les dels ens públics empresarials (aquests últims irresponsables penalment segons el que es disposa en l'apartat primer de l'art. 31 quinquenes del Codi penal). Amb aquest objectiu es repassarà la importància de la participació privada en el capital social de l'empresa; la facultat vinculada a la possible utilització de potestats públiques; i, els conceptes «executar polítiques públiques» i «prestar serveis econòmics d'interès general», els quals serveixen per a configurar un doble estatut de responsabilitat penal de les societats mercantils públiques.*

ABSTRACT: *By means of this paper we will try to raise the requirements of the possible criminal liability of public trading companies, with special attention to the conceptual identification in the field of criminal law, to differentiate them from public business entities (the latter not criminally liable according to the provisions of the first paragraph of art. 31.5 of the Criminal Code). For this purpose, the importance of private participation in the company's capital stock will be reviewed; the power linked to the possible use of public powers; and, the concepts of «executing public policies» and «providing economic services of general interest», which serve to configure a double status of criminal liability of public corporations.*

1. Part d'aquest estudi s'ha realitzat en el marc del Projecte de recerca I+D+i «La Prevenció de la Corrupció en el Sector Públic Empresarial» (PID2020-117526RB-I00).

Palabras clave: *Dret penal, persones jurídiques, societats mercantils públiques, delictes empresarials, responsabilitat penal societària, compliance penal.*

Keywords: *Criminal law, legal entities, public commercial companies, business crimes, corporate criminal liability, compliance penal.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓ. II. QÜESTIÓ PRÈVIA: ALGUNES CONSIDERACIONS, GENERALS I ESQUEMÀTIQUES, SOBRE LA RESPONSABILITAT PENAL DE LES PERSONES JURÍDIQUES. III. SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES I ENS PÚBLICS EMPRESARIALS: NECESSÀRIA DIFERENCIACIÓ MATERIAL. 1. Les entitats públiques empresarials. 2. Les societats mercantils públiques. 3. Algunes referències a la normativa d'aplicació al sector públic empresarial de Catalunya. 4. Les diferències entre els ens públics empresarials i les societats mercantils públiques que fonamenten el doble estatut de responsabilitat penal del sector públic empresarial. IV. ELS REQUISITS DE LA CONCRETA RESPONSABILITAT PENAL DE LES SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES. 1. L'exercici de potestats públiques com a condició negativa de la responsabilitat penal de les societats mercantils públiques. 2. Els conceptes «executar polítiques públiques» o «prestar serveis d'interès econòmic general» i el doble estatut de responsabilitat penal de les societats mercantils públiques. V. CONCLUSIONS. VI. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓ

Des de fa poc més de deu anys l'ordenament jurídic penal espanyol permet que les persones jurídiques (societats, fundacions i altres ens dotats de personalitat jurídica) siguin castigades penalment². Així, el clàssic aforisme *societas puniri non potest*³ (la societat no pot ser penada) ha estat superat per un sistema penal que, a més de les persones físiques, també possibilita que les persones jurídiques (si es donen una

-
2. De totes maneres, i si bé actualment ja està plenament normalitzada, s'ha de reconèixer que durant els primers anys de la seva vigència, i a causa de l'absència de causes judicials amb empreses imputades, es va notar un cert desànim entre la doctrina partidària d'aquest tipus de responsabilitat penal empresarial, CUGAT (2012).
 3. En aquest sentit, la majoria de publicacions sobre aquesta temàtica es refereixen a la derogació del principi «*societas deliquere non potest*» (la societat no pot delinquir), però això, a parer meu, i a parer de part de la Doctrina penal –com per exemple MIR (2016: 209) i GÓMEZ (2014: 209)–, és un error; ja que les persones jurídiques segueixen sense poder «cometre» delictes. De fet, el Codi penal no les castiga pels delictes que elles cometin (que no poden) sinó pels delictes comesos per altres, en concret, i de forma resumida, pels seus representants legals o pels seus treballadors [article 31 bis del CP, (a) i (b)].

sèrie de requisits que es comentaran més avall) siguin castigades amb la imposició d'una pena.

Ara bé, no totes les persones jurídiques estan sotmeses a l'amenaça penal. En aquest sentit, el legislador, per raons de política criminal, ha decidit establir un sistema d'imputació penal societària desigual, depenent del tipus concret de persona jurídica analitzada, esdevenint capital l'examen de la naturalesa pública o privada de l'empresa potencialment responsable, ja que, segons es disposa al Codi penal, article 31 quinquenes, les disposicions relatives a la responsabilitat penal de les persones jurídiques no seran aplicables a l'Estat, a les administracions públiques territorials i institucionals, als organismes reguladors, a les agències i les entitats públiques empresarials, a les organitzacions internacionals de dret públic, ni a aquelles altres que exerceixin potestats públiques de sobirania o administratives.

Així, pot dir-se que, en general, les diferents manifestacions de l'Estat no respondran penalment pels delictes que s'hagin comès dins de la seva estructura orgànica. Ara bé, a l'apartat segon de l'article 31 quinquenes del Codi penal el legislador configura una excepció a l'excepció força rellevant: permet la possible responsabilitat penal de les societats mercantils públiques.

En aquest sentit, la qüestió concreta de la responsabilitat pena de les societats mercantils públiques, i les condicions necessàries per a la seva condemna, seran el tema del present treball d'investigació. Ara bé, abans de seguir, m'agradaria avisar al lector que en aquestes pàgines només es treballarà la responsabilitat penal «de» les societats mercantils públiques, no la responsabilitat penal «a» les societats mercantils públiques. De fet, la profunditat i tecnificació de la possible responsabilitat penal del personal de les societats mercantils públiques (dels gestors/directors o treballadors, plantejant-se preguntes com: s'han comès delictes contra l'administració o delictes societaris?, quina és la naturalesa de la lesió comesa?, encaixa la figura singular del treballador dins del concepte de funcionari públic penal previst a l'article 24 del CP?)⁴ són qüestions que no solament mereixen un tractament autònom, a través d'un estudi independent, sinó que, a més, la seva inclusió en aquestes pàgines desbordaria amb escreix l'espai màxim d'aquesta contribució.

4. Pot veure's al respecte, entre d'altres: VALEIJE (1997), DE LA MATA (2004), RODRÍGUEZ I SOBRINO (2008), REBOLLO (2011), QUINTERO (2011), o RAMÓN (2014).

En definitiva, considerant la importància pràctica que representa l'espai de responsabilitat penal que el legislador ha habilitat contra les societats mercantils públiques, per mitjà del present article s'intentarà: (i) facilitar al lector una diferenciació sistemàtica entre empreses públiques no responsables i societats mercantils públiques potencialment responsables; (ii) apuntar i aclarir els conceptes jurídics que conformen els requisits típics de la responsabilitat penal de les societats mercantils públiques; i, també, (iii) intentar orientar un esbós d'exegesis jurídica sobre els conceptes «executar polítiques públiques» o «prestar serveis d'interès econòmic general», conceptes que determinen un doble estatut de responsabilitat penal d'aplicació al camp d'actuació de les societats mercantils públiques.

II. QÜESTIÓ PRÈVIA: ALGUNES CONSIDERACIONS, GENERALS I ESQUEMÀTIQUES, SOBRE LA RESPONSABILITAT PENAL DE LES PERSONES JURÍDIQUES

Com és àmpliament conegut, per mitjà de la Llei orgànica 5/2010, de 22 de juny, de reforma del Codi penal, el legislador espanyol va introduir a l'ordenament jurídic la possible responsabilitat penal de les persones jurídiques⁵, responsabilitat que ha estat modificada i ampliada per mitjà de la Llei orgànica 7/2012, de 27 de desembre primer⁶, la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març després, i, més recentment, per la Llei orgànica 1/2019, de 20 de febrer⁷.

5. De totes maneres, part de la doctrina entén que abans de l'any 2010 ja podien trobar-se al text del Codi penal algunes referències a la responsabilitat dels ens col·lectius. Així, per exemple, algun autor va defensar que el mateix text originari del Codi penal del 1995 ja establia algunes notes de responsabilitat penal per les persones jurídiques, ja fos perquè les conseqüències accessòries previstes per les persones jurídiques a l'art. 129 del CP podien considerar-se penes, ja fos perquè a l'art. 262 del CP (delicte de l'alteració del preu de les coses) establia, directament per les persones jurídiques, una conseqüència d'inhabilitació: GALÁN (2017: 29-30).
6. Llei que, entre altres qüestions, va incorporar la responsabilitat penal dels partits polítics, GARCÍA-ARÁN (2016).
7. Que, entre altres qüestions, ha introduït el delicte de malversació en el catàleg de delictes que poden generar responsabilitat penal a les persones jurídiques, qüestió molt rellevant pel que fa al camp d'actuació de les societats mercantils públiques, més després de l'Acord del Ple no jurisdiccional de la Sala segona del Tribunal Suprem, de data 25 de maig de 2017, on l'alt Tribunal va assenyalar que els béns, efectes, cabals o qualssevol altres de qualsevol índole que integrin el patrimoni de les societats mercantils participades per l'Estat o altres Administracions o Organismes Públics, han de tenir la consideració de patrimoni públic i, per tant, el seu perjudici pot donar lloc al delicte de malversació.

Així, pot dir-se que fins fa poc més de deu anys, la responsabilitat penal només podia exigir-se a les persones físiques, i, en el camp dels delictes comesos dins de les empreses, les persones físiques que responien penalment, a la llum de l'article 31 del CP, eren, o bé els seus administradors de fet (després normalment de l'operació de l'aixecament del vel⁸) o, més habitualment, els seus administradors de dret⁹.

De fet, aquesta limitació d'imputació era plenament coherent, tant amb la lògica de la necessitat de comptar amb una acció penalment rellevant (entesa aquesta com una conducta humana dominada per la voluntat amb capacitat de produir una conseqüència en el món extern¹⁰) i, més especialment, amb un sistema d'atribució de responsabilitat que, en tot cas, exigia un escurpolós respecte al principi de culpabilitat en general i, la submissió de les acusacions al principi del retret penal pel mateix fet en particular, conegut aquest com al principi de personalitat de la pena¹¹.

Doncs bé, en el camp de la responsabilitat penal de les persones jurídiques, el principi de la limitació de la resposta penal a la responsabilitat pel mateix fet s'ha posat en dubte (més enllà que el Tribunal Suprem haguí interpretat que la falta de control de l'activitat empresarial és el fonament de la culpabilitat penal de l'empresa, derivada aquesta de l'absència de mecanismes o mesures eficaces, tendents a prevenir i a controlar la comissió de delictes en la mateixa persona jurídica¹²), ja que, com he apuntat més amunt, en el nostre sistema penal les perso-

8. AYALA (1996), BACIGALUPO (2011) o FARALDO (2021: 77).

9. L'article 31 del CP assenyala el següent: «El que actuï com a administrador de fet o de dret d'una persona jurídica, o en nom o representació legal o voluntària d'un altre, respon personalment, encara que no hi concorrin les condicions, qualitats o relacions que la corresponent figura de delicte requereix per poder ser-ne subjecte actiu, si aquestes circumstàncies es donen en l'entitat o la persona en nom o representació de la qual actua».

10. MIR (2016: 195).

11. Principi que impedeix castigar a algú per un fet aliè, MIR (1994: 175). De fet, quan a mitjans del segle passat la qüestió de la possible responsabilitat de les empreses es va començar a parlar a Alemanya, i després d'una intensa discussió doctrinal entre les principals figures de la dogmàtica penal d'aquell país, es va acabar rebutjant la punibilitat de les persones jurídiques per la qüestió de l'absència de capacitat d'acció pròpia i real; és a dir, «per la idoneïtat d'una amenaça penal per a la protecció de béns jurídics enfront d'un destinatari en absolut incapaç d'acció; i per absència de culpabilitat, perquè culpabilitat significa el retret de no complir el seu deure malgrat la llibertat d'actuar d'una altra manera que falta a la persona jurídica», SCHÜNEMANN (2014: 499).

12. Així es va dir a la primera resolució important al respecte, la STS 154/2016 de 29 de febrer, i s'ha seguit la mateixa línia fins al moment a les següents Sentències del TS sobre aquest tema.

nes jurídiques no cometen delictes (entesos com la mateixa realització d'una conducta típica, antijurídica i culpable), sinó que les empreses responen penalment pels delictes comesos per altres persones (físiques).

En concret, en el vigent article 31 bis del CP es disposa, clarament, que les persones jurídiques només podran respondre penalment pels delictes «comesos per», o bé: (i) els seus representants legals; o, (ii) per les persones físiques que, actuant individualment o com a integrants d'un òrgan de la persona jurídica, estan autoritzats per prendre decisions en nom de la persona jurídica o ostenten facultats d'organització i control dins d'aquesta; o, (iii) pels treballadors de l'empresa, quan aquests hagin pogut realitzar els fets delictius perquè s'han incomplert greument els deures de supervisió de la seva activitat per part de les persones responsables del degut control i vigilància.

Adicionalment, actualment la responsabilitat penal de la persona jurídica pot ser declarada amb independència de què la responsabilitat penal de la persona física pugui ser finalment individualitzada. De totes maneres, en tot cas, i com un mitjà de limitació de la responsabilitat penal de la societat, el sistema penal espanyol (a diferència per exemple del sistema penal dels Estats Units¹³) estableix que per a determinar la responsabilitat penal de les persones jurídiques és necessari que els delictes comesos per les persones físiques assenyalades més amunt s'hagin realitzat en benefici directe o indirecte de l'empresa.

El tercer requisit de la responsabilitat penal de les persones jurídiques (a més de la comissió del delicte per part d'una de les persones físiques assenyalades i, que el fet s'hagi realitzat en benefici de l'empresa) és el de la comissió d'un concret tipus penal. En aquest sentit, el sistema espanyol (a diferència per exemple del sistema penal francès¹⁴) ha apostat per establir un llistat tancat de delictes (*numerus clausus*) que poden generar responsabilitat a les persones jurídiques¹⁵. Així, les

13. GÓMEZ-JARA (2006).

14. Sistema on les persones jurídiques són susceptibles de ser perseguides per qualsevol delicte, excepte en els casos que s'exclouï expressament, POELEMANS (2014: 121).

15. En concret, actualment les persones jurídiques poden respondre per algun dels següents delictes: (1) El delicte de tràfic d'òrgans humans (article 156 bis del CP). (2) El delicte de tràfic d'éssers humans (article 177 bis del CP). (3) Els delictes relatius a la prostitució i a l'explotació sexual i la corrupció de menors (articles 187 a 190 del CP). (4) Els delictes de descobriment i revelació de secrets (articles 197, 197 bis i 197 ter del CP). (5) El delicte d'estafa (articles 248 a 251 del CP). (6) Els delictes de frustració de l'execució (articles 257 a 258 ter del CP). (7) Els delictes de les insolvències punibles (articles 259 a 261 bis del CP). (8) Els delictes de danys informàtics (articles 264, 264 bis i 264 ter del CP).

empreses no respondran per tots els delictes previstos al CP (per exemple el legislador ha deixat fora, de forma molt discutible, els delictes d'homicidi imprudent, o els delictes contra els drets dels treballadors, o el delictes de coaccions¹⁶, o el delictes d'apropiació indeguda, o el delictes d'administració deslleial, entre d'altres).

Així mateix, una qüestió força rellevant en el camp de la responsabilitat penal de les persones jurídiques, i que en els últims anys ha sigut protagonista d'una ingent bibliografia jurídica, és el tema dels plans de prevenció, o sistemes de compliment penal¹⁷. En aquest context, i més enllà que la seva naturalesa jurídica segueix estant discutida¹⁸, la seva

(9) Dels delictes relatius a la propietat intel·lectual (articles 270 a 272 del CP). (10) Dels delictes relatius a la propietat industrial (articles 273 a 277 del CP). (11) El delictes de descobriment i revelació de secrets d'empresa (articles 278 a 280 del CP). (12) El delictes de desproveïment de matèries primeres (article 281 del CP). (13) El delictes de publicitat enganyosa (article 282 del CP). (14) El delictes de frau d'inversors i de crèdit (article 282 bis del CP). (15) El delictes de facturació fraudulenta (article 283 del CP). Manipulació de cotitzacions en els mercats (article 284.1 i 2 del CP). (16) El delictes d'abús d'informació privilegiada (articles 284.3 i 285 del CP). (17) El delictes de facilitació il·legal d'accés a serveis de radiodifusió i televisió (article 286 del CP). (18) Els delictes de corrupció en els negocis (article 286 bis a 286 quater del CP). (19) El delictes de blanqueig de capitals (article 310 del CP). (20) Els delictes de finançament il·legal dels partits polítics (articles 304 bis i 304 ter del CP). (21) Els delictes contra la hisenda pública i contra la Seguretat Social (articles 305 a 310 bis del CP). (22) Els delictes contra els drets dels ciutadans estrangers (article 318 bis del CP). (23) El delictes urbanístic (article 319 del CP). (24) Els delictes contra els recursos naturals i el medi ambient (article 325 a 331 del CP). (25) Els delictes relatius a l'energia nuclear i a les radiacions ionitzants (article 343 del CP). (26) Els delictes de risc provocat per explosius (article 348 del CP). (27) Els delictes contra la salut pública (articles 359 a 368 del CP). (28) El delictes de falsificació de moneda (article 386 del CP). (29) El delictes de falsificació de targetes de crèdit i dèbit i xecs de viatge (article 399 bis del CP). (30) El delictes de suborn (articles 419 a 427 bis del CP). (31) El delictes de tràfic d'influències (articles 428 a 431 del CP). (32) Els delictes de malversació (articles 432 a 435 del CP). (33) El delictes d'odi i foment de la discriminació, violència i l'hostilitat (article 510 del CP). (34) Els delictes de terrorisme i de col·laboració i finançament del terrorisme (articles 573 a 580 bis del CP). (35) El delictes de contraban: Llei orgànica 12/1995, de 12 de desembre, de Repressió del Contraban.

16. De fet, incomprensiblement, alguns Jutjats penals, incomplint el principi de tipicitat, han arribat a condemnar penalment a empreses per delictes que no poden generar responsabilitat a les persones jurídiques. Aquestes condemnes, òbviament, han sigut revocades per instàncies superiors. Per exemple, a la Sentència de l'Audiència Provincial de les Illes Balears 95/2016, de 7 de juny, s'absol a l'empresa prèviament condemnada per un delictes de coaccions.
17. VELASCO (2021: 223).
18. ¿És una excusa absolutòria, o una eximent, o constitueix realment la justificació de la culpabilitat penal de l'empresa, o és una condició negativa de la tipicitat del delictes: DEL MORAL (2021: 60).

concurrència pot determinar l'absolució de l'empresa, o com a mínim, una generosa atenuació de la pena¹⁹.

Finalment, i pel que fa a les conseqüències jurídiques, el sistema penal, a l'article 33.7 del CP, preveu les següents possibles penes per a les persones jurídiques²⁰:

- Multa per quotes o proporcional²¹.
- Dissolució de la persona jurídica. La dissolució produeix la pèrdua definitiva de la personalitat jurídica, així com la de la capacitat d'actuar de qualsevol manera en el tràfic jurídic, o portar a terme qualsevol classe d'activitat, encara que sigui lícita.
- Suspensió de les activitats per un termini que no pot excedir els cinc anys.
- Clausura dels locals i establiments per un termini que no pot excedir els cinc anys.
- Prohibició de portar a terme en el futur les activitats en l'exercici de les quals s'hagi comès, afavorit o encobert el delicte. Aquesta prohibició pot ser temporal o definitiva. Si és temporal, el termini no pot excedir els quinze anys.
- Inhabilitació per obtenir subvencions i ajudes públiques, per contractar amb el sector públic i per gaudir de beneficis i incentius fiscals o de la Seguretat Social, per un termini que no pot excedir els quinze anys.
- Intervenció judicial per salvaguardar els drets dels treballadors o dels creditors pel temps que s'estimi necessari, que no pot excedir els cinc anys.

Ara bé, encara que el legislador penal hagi optat per utilitzar el terme penes «tot aconsella entendre que estem davant d'una classe ben diferenciada de sancions, que tenen un fonament, uns pressupostos i una regulació diferents dels de les penes clàssiques²²». A més, la responsabilitat penal de les persones jurídiques, si bé s'ha imposat en la majoria dels ordenaments jurídics del nostre entorn cultural, no ha aconseguit una acceptació doctrinal totalment pacífica. Encara avui, no només qüestions com la dicotomia entre heteroresponsabilitat o

19. NIETO (2008).

20. DE AGAPITO (2014).

21. Val a dir que el legislador penal té en compte el possible fraccionament del pagament de les multes imposades a les persones jurídiques quan es posi en perill la seva supervivència o l'estabilitat dels llocs de treball, així com quan l'interès general l'aconselli.

22. MIR (2016: 210).

autoresponsabilitat²³, les diferents vies d'imputació, l'abast de les possibles causes atenuants, la naturalesa i abast dels plans de prevenció i programes de compliment, sinó, fins i tot, el mateix fonament de la responsabilitat penal de les persones jurídiques, són temes d'oberta discussió en la doctrina penal contemporània.

III. SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES I ENS PÚBLICS EMPRESARIALS: NECESSÀRIA DIFERENCIACIÓ MATERIAL

Més amunt s'ha apuntat que, segons l'article 31 quinquenes del CP, de tots els organismes públics de l'Estat, només poden respondre penalment les societats mercantils públiques. Per això, esdevé fonamental poder identificar aquest tipus de societats dins de la resta d'organismes públics, en especial, buscant les principals característiques materials que les diferències dels ens públics empresarials, i que tal com defensaré *infra*, poden ajudar a justificar la possible responsabilitat penal de les primeres.

En aquest sentit, l'Estat, en qualsevol de les seves manifestacions territorials, pot participar i intervenir empresarialment en el mercat²⁴, fabricant béns i/o prestant serveis, en tots dos casos amb la possibilitat d'obtenir una contraprestació econòmica²⁵. En el marc d'aquesta possibilitat, i per a poder competir amb les mateixes armes i opcions que els empresaris privats, durant les últimes dècades s'han donat vida a una sèrie d'ens instrumentals la funció dels quals ha estat (i és) la de canalitzar l'activitat econòmica de les administracions públiques, de tal manera que aquestes puguin «escapar» dels formalismes i rigorismes dels procediments administratius (fenomen aquest conegut com el de la «fugida del dret administratiu²⁶»).

En aquest sentit, a totes les instàncies del nostre ordenament jurídic (comunitària, estatal, autonòmica i local) tenim una pluralitat de normes que regulen (o com menys tracten) la qüestió dels ens institucionals de l'Estat. En l'àmbit estatal, com a punt de partida, podríem

23. DEL MORAL (2021: 49) autor que defineix el debat respecte de «discusión bizantina».

24. CUBERO (2011: 122) i FRANCISCO (2008: 21).

25. El fonament constitucional d'aquesta possibilitat el trobem a l'article 128.2 de la Constitució espanyola, precepte on es senyala que es reconeix la iniciativa pública a l'activitat econòmica, MELLADO (2011: 40).

26. Al respecte, i entre molts d'altres, veure a: MARTÍN-RETORTILLO (1996), GONZÁLEZ (2016) o SÁNCHEZ (2020).

acudir al que es disposa en l'article 84 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del Règim Jurídic del Sector Públic (d'ara endavant «Llei 40/2015»), precepte on s'assenyala que integren el sector públic institucional: (a) els organismes públics vinculats o dependents de l'Administració (classificant-se aquests en [1] organismes autònoms vinculats, [2] entitats públiques empresarials, i, [3] agències estatals); (b) les autoritats administratives independents; (c) les societats mercantils estatals; (d) els consorcis; (e) les fundacions del sector públic, (f) els fons sense personalitat jurídica; i, (g) les universitats públiques.

Ara bé, d'entre tots aquests ens institucionals públics només uns pocs són genuïnament instruments de competència empresarial en el sector privat de béns i serveis, i, per això, només aquests poden qualificar-se com a ens del sector públic empresarial. De fet, aclareix aquesta qüestió la Llei 47/2003, de 26 de novembre, General pressupostària, norma que classifica als diferents ens públics de l'Estat en tres subsectors: (a) l'administratiu, (b) el sector públic fundacional, i, (c) el sector públic empresarial, i, dins d'aquest sector públic empresarial s'inclouen, segons l'article 3 d'aquesta Llei: (1) les entitats públiques empresarials; i (2) les societats mercantils públiques.

1. LES ENTITATS PÚBLIQUES EMPRESARIALS

Pel que fa als ens públics empresarials, en l'àmbit Estatal, a la Llei 40/2015 (articles 103 i següents) s'assenyala que són entitats de Dret públic, amb personalitat jurídica pròpia, patrimoni propi i autonomia en la seva gestió, que es regeixen essencialment pel Dret privat²⁷ i que es financen amb ingressos de mercat i que, juntament amb l'exercici de potestats administratives²⁸, desenvolupen activitats prestacionals, de gestió de serveis o de producció de béns d'interès públic, susceptibles de contraprestació.

Formalment, i amb independència de quina sigui la seva denominació, quan un organisme públic tingui naturalesa jurídica d'entitat

27. Excepte en la formació de la voluntat dels seus òrgans, en l'exercici de les potestats administratives que tinguin atribuïdes i en els aspectes específicament regulats en la seva Llei de creació, els seus estatuts, la Llei de Procediment Administratiu Comú, el Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, la Llei 33/2003, de 3 de novembre, i la resta de normes de dret administratiu general i especial que li siguin aplicable.

28. Potestats que només poden ser exercides per aquells òrgans als quals els estatuts se'ls assigni expressament aquesta facultat.

pública empresarial, haurà de figurar en la seva denominació la indicació «d'entitat pública empresarial» o la seva abreviatura «E.P.E.».

2. LES SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES

Les societats mercantils públiques es troben regulades a l'article 111 de la Llei 40/2015, on s'assenyala que, per societat mercantil estatal s'entén aquella societat mercantil sobre la qual s'exerceix control estatal. En aquest context el control estatal pot realitzar-se per les dues següents vies:

(i) Perquè la participació directa en el seu capital social, de l'Administració General de l'Estat o alguna de les entitats que, conforme al que es disposa en l'article 84, integren el sector públic institucional estatal, incloses les societats mercantils estatals, és superior al 50 per 100.

(ii) Perquè l'Administració General de l'Estat o algun dels seus organismes públics vinculats o dependents, respecte de la societat mercantil pública, es troben en alguna de les següents formes de control empresarial (previstes en l'article 42 del Codi de Comerç²⁹): (a) que posseeixin la majoria dels drets de vot; (b) que tinguin la facultat de nomenar o destituir la majoria dels membres de l'òrgan d'administració; (c) que puguin disposar, en virtut d'acords celebrats amb tercers, de la majoria dels drets de vot; o, (d) que hagin designat amb els seus vots a la majoria dels membres de l'òrgan d'administració, que exerceixin el seu càrrec en el moment en què hagin de formular-se els comptes consolidats i durant els dos exercicis immediatament anteriors.

Formalment, en la denominació de les societats mercantils que tinguin la condició d'estatals haurà de figurar necessàriament la indicació «societat mercantil estatal» o la seva abreviatura «S.M.E.».

29. Tècnicament l'article 111 de la Llei 40/2015 assenyala que el segon supòsit de control estatal de les societats mercantils públiques ho serà perquè aquestes estiguin en el supòsit previst en l'article 4 de la Llei 24/1988, de 28 de juliol, del Mercat de Valors respecte de l'Administració General de l'Estat o dels seus organismes públics vinculats o dependents, ara bé, aquesta normativa va ser derogada pel Reial decret legislatiu 4/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei del Mercat de Valors, i, per tant, la seva remissió haurà d'entendre's a aquesta última norma, la qual, al seu torn, es remet al que es disposa en l'article 42 del Codi de Comerç (precepte que regula la qüestió del grup de societats mercantils).

3. ALGUNES REFERÈNCIES A LA NORMATIVA D'APLICACIÓ AL SECTOR PÚBLIC EMPRESARIAL DE CATALUNYA

En aquest sentit, totes les Comunitats Autònomes han aprovat normes pròpies que regulen el seu sector públic empresarial³⁰.

Pel que fa a Catalunya, el Decret legislatiu 2/2002, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei 4/1985, de 29 de març, de l'Estatut de l'Empresa Pública Catalana, és la norma de referència. De totes maneres, aquesta Llei no diferencia formalment (com si es fa la Llei espanyola) entre organismes autònoms i entitats públiques empresarials, utilitzant-se en el Capítol III de la norma catalana l'etiqueta més general i transversal de les «entitats de dret públic que han d'ajustar la seva activitat al dret privat», en l'empara de la qual es poden trobar regulats els organismes autònoms (com serien per exemple l'Agència per a la Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya o, l'Oficina Antifrau de Catalunya) i, les pròpiament entitats públiques empresarials (com per exemple seria l'empresa pública Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya o, també, l'empresa pública Ports de la Generalitat)³¹. De totes maneres, tant unes com les altres han de considerar-se entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia,

30. En concret: (1) Llei 9/2007, de 22 d'octubre, de l'Administració de la Junta d'Andalusia; (2) Decret legislatiu 2/2001, de 3 de juliol, del Text Refós de la Llei de l'Administració de la Comunitat Autònoma d'Aragó; (3) Llei 2/1995, de 13 de març, sobre règim jurídic de l'Administració del Principat d'Astúries; (4) Llei 7/2010, de 21 de juliol, del sector públic instrumental de les Illes Balears; (5) Llei 14/1990, de 26 de juliol, de Règim Jurídic de les Administracions de Canàries; (6) Llei 5/2018, de 22 de novembre, del Sector Públic Institucional de la Comunitat Autònoma de Cantàbria; (7) Decret legislatiu 1/2002, de 19 de novembre, del Text Refós de la Llei d'Hisenda de Castella la Manxa; (8) Llei 3/2001, de 3 de juliol, del Govern i de l'Administració de la Comunitat de Castella i Lleó; (9) Llei 1/2015, de 6 de febrer, del Sector Públic Instrumental de la Comunitat Valenciana; (10) Llei 5/2007, de 19 d'abril, General d'Hisenda Pública d'Extremadura; (11) Llei 16/2010, de 17 de desembre, del sector públic autonòmic de Galícia; (12) Llei 3/2003, de 3 de març, del Sector Públic de la Comunitat Autònoma de la Rioja; (13) Llei 1/1984, de 19 de gener, reguladora de l'Administració Institucional de la Comunitat de Madrid; (14) Llei 7/2004, de 28 de desembre, de l'Administració pública de la Regió de Múrcia; (15) Llei foral 11/2019, d'11 de març, de l'Administració de la Comunitat Autònoma de Pamplona; i, (16) Decret legislatiu 1/1997, d'11 de novembre, del Text Refós de la Llei de la Hisenda General del País Basc.

31. Al respecte, és de molta utilitat el Registre del Sector públic de la Generalitat de Catalunya, d'accés obert al següent enllaç electrònic: <http://governobert.gencat.cat/es/transparencia/Organitzacio-i-normativa/entitats-i-organismes-de-la-generalitat-00001/index.html> (consultat en data 18 de juliol del 2021).

i, per tant, a la llum del primer apartat de l'article 31 quinquenes del CP, aquests organismes no podran respondre penalment, els primers per encaixar en el concepte administració institucional (o agències), i, els segons, en virtut de la seva assimilació al concepte d'en públic empresarial no societat mercantil pública.

De fet, a la Llei Catalana, les societats mercantils de la Generalitat sí que tenen un reconeixement més detallat, norma que considera com a societats mercantils públiques autonòmiques tant: (i) les societats civils o mercantils amb participació majoritària de la Generalitat, de les seves entitats autònomes o de les societats en les quals la Generalitat, o les esmentades entitats, posseeixin també participació majoritària en la seva capital social; com, (ii) les societats civils o mercantils vinculades a la Generalitat, és a dir, les que són gestores de serveis públics la titularitat dels quals ostenti la Generalitat, o les que han subscrit convenis amb aquesta, i en les quals aquesta posseeixi la facultat de designar tots o una part dels òrgans de direcció o participa directament o indirectament en ells, com a mínim, en un 5% del capital social.

Finalment, pel que fa a les empreses dels Ajuntaments de Catalunya, la Llei de referència és la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local (d'ara endavant, «Llei 7/1985»). En aquest sentit, a l'article 85 d'aquesta norma s'assenyala que els Ens locals, per al desenvolupament dels seus serveis públics, a través del sistema de gestió directa, poden utilitzar tant ens públics empresarials locals com, societats mercantils públiques municipals.

4. LES DIFERÈNCIES ENTRE ELS ENS PÚBLICS EMPRESARIALS I LES SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES QUE FONAMENTEN EL DOBLE ESTATUT DE RESPONSABILITAT PENAL DEL SECTOR PÚBLIC EMPRESARIAL

De tot l'anterior es pot veure com la identificació concreta de les diferències que poden justificar el doble estatut penal entre els ens públics empresarials (irresponsables penalment) i les societats mercantils públiques (potencialment responsables penalment) presenta certa compilació.

En aquest sentit, i més enllà d'algunes qüestions formals (com la denominació/etiqueta E.P.E a les entitats públiques empresarials o S.M.P a les societats mercantils públiques, o també la dicotomia competencial entre el poder executiu i el legislatiu en el procés formal per

materialitzar la seva constitució³²), considero que dos són els principals punts de diferenciació material que justifiquen la diferent consideració penal d'aquestes empreses públiques, a saber: (i) la possible participació de capital privat, i, (ii) la capacitat de fer-se servir de potestats públiques.

Així, i a diferència del que pot passar a les societats mercantils públiques, societats en les quals la Llei permet que part del seu capital social (fins i tot de forma majoritària) sigui aportat per fonts privades (i, per tant, a la seva activitat societària s'evidencia la possible concurrència d'interessos empresarials privats diferents dels de l'Estat), la participació en els ens públics empresarials és íntegrament pública (sigui de les administracions territorials o institucionals), i, per tant, els interessos econòmics d'aquestes empreses públiques són interessos exclusivament públics.

A més a més, resulta que, a diferència del que passa a les societats mercantils públiques (amb l'excepció certament rellevant a efectes penals que comentaré *infra* –apartat 4.1–), la Llei permet que, de forma ordinària, i per la consecució dels seus fins, els ens públics empresarials puguin fer-se servir de l'exercici de potestats públiques. En aquest context, per potestats públiques ens referim al poder públic privilegiat que ostenten les administracions públiques en les seves relacions amb els ciutadans³³, poders que es concreten en qüestions com la potestat d'autotutela declarativa administrativa, mitjançant la qual l'administració pot generar una presumpció *iuris tantum* de legalitat amb força suficient per a modificar la situació jurídica dels administrats; i, l'autotutela administrativa executiva, potestat que permet a l'administració executar d'ofici tota mena de resolucions sobre el patrimoni dels ciutadans (com les sancions, embargaments, o expropiacions de béns)³⁴.

Aquesta doble dicotomia (capital privat sí a les societats mercantils públiques, no als ens públics empresarials; i, potestats públiques sí en els ens públics empresarials, no en les societats mercantils públiques) mostra clarament la diferent naturalesa d'aquests dos ens del sector

32. Les societats mercantils públiques són creades per mitjà d'un acord del poder executiu (art. 114 de la Llei 40/2015) i, en canvi, els ens públics empresarials requereixen una Llei de creació i, per tant, són creats pel poder legislatiu (art. 104 Llei 40/2015), amb l'excepció dels ens empresarials municipals, la constitució dels quals requereix acord del Ple de l'Entitat Local (art. 85 bis Llei 7/1985).

33. BLANQUER (2010: 40).

34. DE LA CUÉTARA (1986).

públic empresarial, del que també pot derivar-se que solament els ens públics empresarials són realment administracions públiques, i, que en canvi, les societats mercantils públiques són, com a màxim, empreses «de» les administracions públiques (MELLADO, 2011: 28).

Així, per exemple, quan les administracions territorials senzillament vulguin competir en el mercat de béns i serveis, en el desenvolupament d'un servei mercantil que podria oferir el mercat privat, però, que d'alguna manera entenen que la seva qualitat o freqüència ha d'assegurar-se a través de pressupost públic (pensem per exemple en les televisions públiques o les empreses d'autobusos municipals), l'instrument idoni i lògic seria la constitució d'una societat mercantil pública, la qual, es configuraria realment com una empresa «de» l'administració, és a dir, una societat pública que entraria a competir en el mercat contra altres mercantils privades³⁵.

Per tant, una vegada defensat que les societats mercantils públiques són empreses «de» les administracions públiques i no pròpiament administracions públiques, la necessitat de la seva submissió al Dret penal, com qualsevol altra societat mercantil que opera en el mercat de béns i serveis, s'evidencia, no ja només des d'una òptica d'igualtat d'armes competencials, a la llum dels principis de la lliure competència, sinó, sobretot, a la llum dels principis de la mateixa responsabilitat penal de les persones jurídiques, principis segons els quals, només les administracions públiques (territorials o institucionals) no poden respondre penalment.

En aquest sentit, part de la doctrina ha interpretat que el fonament de la irresponsabilitat penal de les administracions públiques es troba en la incongruència (o absurd³⁶) que l'Estat s'autocastigui a si mateix. Altres en què la imposició d'una pena de multa sobre aquestes entitats incidiria negativament en la seva capacitat per a la correcta prestació de les funcions públiques que tenen encomanades³⁷. A més de l'anterior, jo afegiria que la irresponsabilitat penal de les administracions públiques (territorials o institucionals) serveix per evitar que l'Estat s'autoimposi una pena que, al final, lesionaria el patrimoni públic i,

35. «Societats Públiques que se sotmeten al règim general de les Societats de Capital, amb escasses, irrelevantes o inexistents especialitats i que bàsicament coincideixen amb aquelles l'objecte social de les quals és de caràcter purament industrial o comercial, actuant en règim competitiu o de mercat», SUAN (1993: 41).

36. BARONA (2014: 82).

37. GÓMEZ (2015: 178).

per extensió, els interessos generals que (teòricament) persegueixen les administracions públiques³⁸.

De totes maneres, aquesta justificació d'irresponsabilitat penal podria tenir sentit pel que fa a la pena de multa, però no es sosté quan la pena a imposar és una pena interdictiva, com per exemple la intervenció judicial de l'en públic, o, fins i tot, en escenaris de criminalitat manifesta, la seva dissolució. De fet, si s'ha arribat a dissoldre administrativament a un Ajuntament sencer (recordis el cas Marbella³⁹), quin problema teòric hi hauria en possibilitar la dissolució judicial d'una mera entitat pública empresarial d'activitat delictiva continuada?

A més, si finalment acceptem que la justificació de la irresponsabilitat penal de les administracions públiques és senzillament l'evitació de la lesió dels interessos públics a través del seu patrimoni públic, no haurien de quedar fora de l'abast de la pena de multa les societats mercantils públiques amb capital social íntegrament públic? De fet, crec que la pena de multa per les societats mercantils públiques només té sentit quan analitzem l'operativa de les societats mercantils mixtes o participades, però no quan l'empresa sigui una societat mercantil pública formada íntegrament per capital social exclusivament públic. És més, costa identificar les diferències materials que justifiquin un sotmetiment penal diferenciat entre una societat mercantil íntegrament pública, que executa activitats d'interès públic, i, per exemple, un organisme regulador, una agència pública, o, molt menys, una entitat pública empresarial.

IV. ELS REQUISITS DE LA CONCRETA RESPONSABILITAT PENAL DE LES SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES

Com ja s'ha assenyalat a l'inici d'aquestes pàgines, la responsabilitat penal de les persones jurídiques s'ha configurat amb un abast general per totes les persones jurídiques (art. 31 bis del CP), amb l'excepció de les administracions públiques territorials o institucionals (apartat

38. En la mateixa línia DOPICO (2018: 134), autor que assenyalava que la justificació de la irresponsabilitat és la d'evitar que el perjudici de la sanció reverteixi sobre els administrats.

39. On amb l'arribada del partit polític G.I.L. (Grup Independent Liberal) al poder del consistori es van crear una sèrie de societats mercantils municipals que van ser utilitzades instrumentalment per a escometre una activitat delictiva continuada de malversació de cabals públics (STS 1394/2009).

1 de l'art. 31 quinquenes del CP), amb l'excepció de l'excepció per les societats mercantils públiques (apartat 2 de l'art. 31 quinquenes el CP).

En aquest sentit, per poder determinar els requisits acumulatius que han de concórrer per a poder castigar penalment a una societat mercantil pública, primer, òbviament, han de donar-se els requisits generals per a tota persona jurídica. Així, recapitulant de tot el que s'ha dit fins aquí, pot entendres que per poder exigir responsabilitat penal a una persona jurídica es necessita: (i) que el delictes s'hagi comès per part d'una de les persones físiques que marca el CP (administradors, gestors o treballadors de l'empresa); (ii) que el delictes s'hagi comès en benefici directe o indirecta de la societat; i, (iii) que el tipus penal consumat sigui un dels que ha decidit el legislador (sistema de *númerus clausus*)⁴⁰.

Però, en el cas de les societats mercantils públiques, els anteriors requisits són requisits necessaris, però no són requisits suficients, tal com s'explicarà a continuació:

1. L'EXERCICI DE POTESTATS PÚBLIQUES COM A CONDICIÓN NEGATIVA DE LA RESPONSABILITAT PENAL DE LES SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES

Més amunt ja s'han apuntat les diferències que justifiquen el tractament desigual dels dos tipus d'empreses del sector públic, bàsicament la qüestió de la possible participació privada de capital privat a la societat mercantil pública i, la capacitat d'exercir potestats públiques als ens públics empresarials.

Doncs bé, resulta que a l'article 113 de la Llei 40/2015 acaba assenyalant-se que, «excepcionalment», la llei també pot atribuir a les societats mercantils públiques l'exercici de potestats administratives. Certament aquesta facultat es configura com una excepció a la regla general i la pràctica totalitat de les societats mercantils públiques operaran sense poder utilitzar aquesta prerrogativa administrativa.

Ara bé, no només la possibilitat existeix sinó que, a més, planteja algunes tensions aplicatives amb el que es disposa en el primer apartat de l'article 31 quinquenes (*in fine*), on el legislador, després de llistar les administracions públiques irresponsables penalment, acaba configurant una espècie de «calaix de sastre», declarant, expressament, que tampoc podran castigar-se penalment les entitats que exerceixin potestats públiques.

40. GONZÁLEZ (2020).

Així, ens trobem amb que en el segon apartat de l'article 31 quinquies del CP es possibilita la punició de les societats mercantils públiques, però, a partir d'una interpretació literal del que es disposa al final del primer apartat del mateix precepte penal, i, completada a través d'una exegesi teleològica a la llum del sentit de la irresponsabilitat penal de les administracions públiques, considero que, quan de forma excepcional, la societat mercantil pública també tingui atribuïdes potestats públiques, la seva condemna penal no serà possible.

2. ELS CONCEPTES «EXECUTAR POLÍTQUES PÚBLIQUES» O «PRESTAR SERVEIS D'INTERÈS ECONÒMIC GENERAL» I EL DOBLE ESTATUT DE RESPONSABILITAT PENAL DE LES SOCIETATS MERCANTILS PÚBLIQUES

Al segon apartat de l'article 31 quinquies del Codi penal es disposa que quan les societats mercantils públiques «executin polítiques públiques» o «prestin serveis d'interès econòmic general», només podran ser castigades penalment amb les penes de multa (per quotes o proporcional) o la pena de la seva intervenció judicial⁴¹.

D'aquesta manera el legislador, per mitjà de la reforma del Codi penal operada per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, ha establert un doble règim de responsabilitat penal per les societats mercantils públiques: un «limitat» per a les que executin «polítiques públiques» o prestin «serveis d'interès econòmic general» i, conseqüentment, un altre «ple» per a totes les altres, és a dir, per a aquelles societats que no que executin polítiques públiques o que no prestin serveis d'interès econòmic general⁴².

De totes maneres, tal com també es disposa en el mateix precepte, aquesta limitació penològica no serà d'aplicació (com òbviament no podria ser d'una altra manera) quan la societat no sigui més que un instrument fraudulent per cometre delictes. Per tant, s'evidencia que, en el curs de procediments penals judicials, s'haurà de determinar si aquelles societats realment desenvolupaven activitats mercantils ordinàries, o, potser, la seva activitat tenia un objectiu espuri particular: el que utilitzaven els seus promotors per a obtenir un rèdit personal.

41. Mesura pensada pel legislador per salvaguardar els drets dels treballadors o dels creditors pel temps que s'estimi necessari, que no pot excedir els cinc anys.

42. Abans de la reforma del Codi penal de l'any 2015 les societats mercantils públiques que executessin polítiques públiques o prestessin serveis d'interès públic general, no podien ser castigades penalment (d'acord amb l'art. 31 bis.5 del text penal vigent fins al dia 1 de juliol del 2015).

Pel que fa a la interpretació concreta dels conceptes «executar polítiques públiques» o «prestar serveis d'interès econòmic general», el text del Codi penal, i alguns pronunciaments jurisprudencials i doctrinals, ens serveixen d'ajuda per anar perfilant algunes idees del que almenys «no» formaria part d'aquests conceptes.

Així, per exemple, no pot considerar-se que els conceptes «executar polítiques públiques» o «prestar serveis d'interès econòmic general» siguin el mateix que la capacitat «d'exercir potestats públiques», ja que: (i) aquests conceptes no tenen la mateixa naturalesa: les polítiques públiques o els serveis d'interès econòmic general són objectius o finalitats públiques, i, en canvi, la capacitat d'executar potestats públiques és un mitjà o instrument jurídic privilegiat del qual es fa servir l'administració; i, sobretot, (ii) perquè segons el literal del primer apartat (*in fine*) de l'article 31 quinquenes del CP, l'exercici de potestats públiques determina directament la impossibilitat de castigar penalment a l'empresa, no la seva moderació penològica.

Tampoc s'hauria d'igualar el concepte «executar polítiques públiques» o «prestar serveis d'interès econòmic general» amb el concepte de la «participació en l'exercici de funcions públiques» integrant de la tipicitat de l'article 24.2 del CP, i que serveix per decidir si un subjecte pot ser reconegut com a funcionari públic a efectes penals⁴³, ja que, actualment, tant la jurisprudència de la Sala Segona del Tribunal Suprem, com la doctrina penal majoritària⁴⁴, entenen que, a efectes penals, «participar en funcions públiques» significa participar en qual-sevol activitat que pugui considerar-se, en un sentit molt ampli, com «d'interès públic», sempre que hagi estat realitzada per alguna administració pública (tant territorial com institucional)⁴⁵.

Doncs bé, l'article 128.2 de la Constitució espanyola, precepte que reconeix la iniciativa pública en l'activitat econòmica, s'interpreta per la doctrina a la llum de l'article 103.1 de la mateixa carta magna, on es recorda que, en tot cas, l'administració pública serveix amb objecti-

43. A l'article 24 del CP es disposa: «Es considerarà funcionari públic tot el que per disposició immediata de la Llei o per elecció o per nomenament d'autoritat competent participi en l'exercici de funcions públiques».

44. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE (2003).

45. Per exemple, en el Fonament jurídic vuitè de la recent Sentència del Tribunal Suprem 546/2019, d'11 de novembre, es va assenyalar que: «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública».

vitat als interessos generals, i, per això, s'entén que totes les empreses públiques necessiten, almenys indirectament, d'algun tipus d'interès públic que justifiqui la utilització de capital públic a l'hora de procedir a la seva constitució⁴⁶.

Per tant, considerant que tota societat mercantil pública realitzarà, d'alguna manera, una funció vinculada a l'interès públic, i, sabent que la jurisprudència ha utilitzat aquest concepte per definir què és participar en funcions públiques a efectes penals, identificar «executar polítiques públiques» o «prestar serveis d'interès econòmic general» de la mateixa manera que s'ha interpretat l'article 24.2 del CP, comportaria, necessàriament, que tota responsabilitat penal d'una societat mercantil pública quedés limitada a la pena de multa o la de la intervenció judicial⁴⁷, resultat interpretatiu que pervertiria la voluntat del legislador, el qual, clarament, ha decidit configurar un doble estatut penal per les societats mercantils públiques, un amb una resposta penal limitada, i una altra (vigent per cert des de la mateixa entrada en vigor de la Llei orgànica 5/2010⁴⁸), sense les limitacions punitives previstes a l'article 31 quinquies del CP.

És més, en aquesta línia exegetica (la de defensar un doble estatut de responsabilitat penal per les societats mercantils públiques) també trobem la Circular 1/2016, de 22 de gener, de la Fiscalia General de l'Estat, sobre la responsabilitat penal de les persones jurídiques, on podem llegir el següent: «Para que sea aplicable esta cláusula limitativa de las penas a las sociedades mercantiles públicas es necesario que las mismas “ejecuten políticas públicas” o “presten servicios de interés económico general”. Si bien la ejecución y prestación de tales políticas y servicios se atribuye de ordinario en el ámbito estatal a los organismos autónomos, los consorcios o a las entidades públicas empresariales, no resulta infrecuente que las sociedades estatales, especialmente las de capital exclusivo público, presten servicios públicos de interés económico general. Será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación

46. ARIÑO (1979: 64).

47. Perquè la societat estaria executant polítiques públiques o prestant serveis d'interès econòmic general.

48. Recordem que a la Llei orgànica 5/2010 el legislador no va disposar que les societats mercantils públiques (és a dir, totes) serien irresponsables, va dir que serien irresponsables (només) quan executessin polítiques públiques o prestessin serveis d'interès econòmic general (les altres, per tant, estaven sotmeses a l'amenaça de la pena).

y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas (...)).

En definitiva, «executar polítiques públiques» o «prestar serveis d'interès econòmic general» són uns conceptes jurídics que no es podran definir a partir d'apriorismes, sinó que s'haurà d'estar al cas concret per poder analitzar la seva concurrència, estudiant les concretes funcions de la societat mercantil imputada. Però, en tot cas, la seva concreció s'haurà de trobar per sota de la qüestió de l'execució de potestats públiques (que es mouen en un espai molt més estricte i reduït), i, per sobre de la qüestió de la participació en funcions públiques⁴⁹ o activitats prestacionals d'interès general (que representen un camp d'actuació molt més general i transversal)⁵⁰.

V. CONCLUSIONS

Fins fa poc més de cinc anys, els delictes comesos dins de les estructures de les societats mercantils públiques que executaven polítiques públiques o realitzaven serveis econòmics d'interès general només podien generar responsabilitat penal a les persones físiques que haguessin realitzat, o participat, en la conducta delictiva. Ara bé, per mitjà de la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març (amb entrada en vigor el dia 1 de juliol del mateix any) el legislador penal va decidir ampliar l'abast de responsabilitat d'aquest tipus de societats.

De totes maneres, aquesta nova possibilitat penal presenta algunes contingències interpretatives i aplicatives. Per exemple, hem manifestat que la identificació concreta de les societats mercantils públiques dins del camp d'activitat del sector públic empresarial, on comparteixen espai amb les entitats públiques empresarials, entitats penalment irresponsables, i la justificació del seu doble estatut penal, pot generar alguna dificultat.

Per intentar posar una mica de llum sobre aquestes qüestions hem fet servir els elements «potestats públiques» (que d'ordinari només

49. De totes maneres, la Doctrina administrativa ha reconegut la difícil delimitació del que ha d'entendre's per funció pública, entre altres: GALÁN I PRIETO (2008: 81).

50. De fet, recordi's aquí, que fins i tot «l'administració pública no monopolitza la satisfacció de l'interès general», CRIADO (2010: 128) i que, per tant, també les empreses privades poden realitzar prestacions o serveis que en certa manera siguin considerats d'interès públic o general.

tenen reconegudes les entitats públiques empresarials) i la possible concurrència de capital privat (que és una característica de les societats mercantils públiques). A partir d'aquestes qüestions hem acabat defensant que només les entitats públiques empresarials són realment administració pública i, que en canvi, les societats mercantils públiques participades són empreses «de» les administracions públiques, el que justificaria la seva submissió al dret penal com qualsevol altra empresa que opera en el mercant capitalista de béns i serveis.

A més a més, i com no pot ser d'altra manera, la responsabilitat penal de les societats mercantils públiques necessitarà la concurrència dels elements generals de la responsabilitat penal de les persones jurídiques, a saber: (1) la comissió d'un delictes per part (i) dels seus representants legals; o, (ii) de les persones físiques que, actuant individualment o com a integrants d'un òrgan de la persona jurídica, estan autoritzats per prendre decisions en nom de l'empresa; o, (iii) pels seus treballadors quan aquests hagin pogut realitzar els fets delictius perquè s'hagin incomplert greument els deures de supervisió de la seva activitat; (2) que el delictes s'hagi comès en benefici directe o indirecta de la societat; i, (3) que el delictes realitzat sigui un dels que concretament poden generar responsabilitat penal a l'empresa, d'acord amb el sistema del *numerus clausus* decidit pel legislador.

Ara bé, addicionalment a les condicions generals indicades en el paràgraf anterior, resulta que a la Llei 40/2015 es permet (de forma excepcional, però possible), que les societats mercantils públiques també puguin disposar de potestats públiques. Doncs bé, hem dit que a partir d'una interpretació literal del disposat al final del primer apartat de l'article 31 quinquies del CP (sobre que no es pot castigar penalment a les entitats que exerceixin potestats públiques), i, completada amb una interpretació teleològica, a la llum del sentit de la proscripció de la sanció penal de les administracions públiques, quan una societat mercantil pública tingui la capacitat d'exercir potestats públiques, la seva sanció penal hauria de descartar-se.

Així mateix, també s'ha dit que la interpretació concreta dels elements normatius «executar polítiques públiques» o «prestar serveis d'interès econòmic general» (que, segons el literal del segon apartat de l'article 31 quinquies del CP, serveixen per determinar un doble estatut de responsabilitat penal de les societats mercantils públiques) no es pot resoldre apriorísticament, sinó que hauran de valorar-se judicialment cas per cas, analitzant-se si l'empresa pública imputada

realment està encarregada d'una activitat d'interès públic rellevant, o, al contrari, es limita a participar en el mercat capitalista de béns i serveis com una empresa més.

Com a punt final de tot el que s'ha vist fins aquí, crec que podria il·lustrar-se esquemàticament la qüestió de la possible responsabilitat penal de les persones jurídiques del Sector públic empresarial, i de les societats mercantils públiques en particular, de la següent manera:

Persones jurídiques del Sector públic empresarial	Possible responsabilitat penal
Ens públics empresarials.	No poden respondre penalment, segons el disposat a l'apartat primer de l'art. 31 quinquinies del CP.
Societats mercantils públiques que executen polítiques públiques o presten serveis d'interès econòmic general.	Poden respondre penalment, però només de forma limitada (amb la pena de multa o la pena d'intervenció judicial), segons el disposat al segon apartat de l'article 31 quinquinies del CP.
Societats mercantils públiques que no executen polítiques públiques o que no presten serveis d'interès econòmic general.	Poden respondre penalment, sense limitació, segons el disposat al segon apartat de l'article 31 quinquinies del CP.
Societats mercantils públiques creades amb el propòsit d'eludir una eventual responsabilitat penal.	Poden respondre penalment sense limitació segons el disposat al segon apartat <i>in fine</i> de l'article 31 quinquinies del CP.
Societats mercantils públiques que, excepcionalment, tenen la capacitat d'exercitar potestats públiques.	No haurien de respondre penalment, segons el disposat a l'apartat primer <i>in fine</i> de l'art. 31 quinquinies del CP.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (1979). La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del Sector público y control de su expansión. *Revista de Administración Pública*,
- AYALA GARCÍA, Juan Mateo. (1996). Doctrina del Levantamiento del velo. Su aplicabilidad en el proceso penal. Aspectos sustantivo y procesal penal. *Revista española de seguros. Publicación Doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, N.º 86.
- BACIGALUPO, Silvina. (2011). Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas. En Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coordinador) *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*. Madrid: La Ley.

- BARONA VILAR, SILVIA. (2014). 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.
- BLANQUER CRIADO, David Vicente. (2010). *Derecho administrativo, El fin, los medios y el control*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio. (2011). Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades. *Revista de Administración Pública*, núm. 184, Madrid.
- CUGAT MAURI, Miriam. (2012). Responsabilidad penal de las personas jurídicas, transaccionalidad y bis in idem. *Revista General de Derecho Penal*, N.º 17.
- DE AGAPITO, Luís Roca. (2014). Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas. En Ontiveros Alonso (coordinador) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. (1986). *Las potestades administrativas*, Madrid: Tecnos.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. (2004). *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. Granada: Comares.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio. (2021). Responsabilidad penal de personas jurídicas y presunción de inocencia. En Rodríguez-García, Nicolás i Rodríguez-López, Fernando (Editores), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En De la Mata Barranco, Dopico GómezÁller, Lascuraíns Sánchez, Nieto Martín. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson.
- FARALDO CABANA, Patricia. (2021). Sobre la irresponsabilidad penal de las sociedades instrumentales. En Rodríguez-García, Nicolás i Rodríguez-López, Fernando (Editores), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GALÁN GALÁN, Alfredo i PRIETO ROMERO, Cayetano. (2008). El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración. *Anuario de Derecho Municipal* N.º 2.

- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. (2017). *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2016). Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos. En Maqueda Abreu, Martín Lorenzo y Ventura Puschel (coordinadores) *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid: UCM.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (2006). *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Sevilla: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2014). Falsa alarma: sociedades delinquere 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.
- (2015). Artículo 31 quinquies del CP. En Corcoy Bidasolo i Mir Puig (coordinadores), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. (2020). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Valencia: Tirant lo blanch.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José. (2016). La «huida» del derecho administrativo como factor criminógeno. *Revista de derecho penal y criminología*, 3.^a Época, n.º 16.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. (1996). Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo. *Revista de Administración pública*, N.º 140.
- MELLADO RUÍZ, Lorenzo. (2011). Las sociedades mercantiles públicas: marco europeo y constitucionalidad de su actividad. En García Rubio (Cordinador) *Estudio sobre empresas públicas*. Madrid: Dykinson.
- MIR PUIG, Santiago. (1994). *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel.
- (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- NIETO MARTÍN, Adán. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- POELEMANS, Maiténa. (2014). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés. *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. N.º 28.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (2011). Comentario al artículo 24 CP. En Quintero Olivares (director) *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*. Pamplona: Aranzadi.

- RAMÓN RIBAS, Eduardo. (2014), La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público), en, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. (2011), Comentario al artículo 24 del CP. En Córdoba Roda i García Arán (directors), en *Comentarios al Código Penal, Parte General*. Barcelona: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro i SOBRINO MARTÍNEZ, Ana. (2008). *Delitos contra la administración pública. Delincuencia Administrativa. Cuando el representante de la administración participa en el delito*. Barcelona: Bosch.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús. (2020). *Introducción a la huida del derecho administrativo*. Pamplona: Aranzadi.
- SCHÜNEMANN, Bernd. (2014). La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal. En Ontiveros Alonso (coordinador) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SOSA WAGNER, Francisco. (2008). *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*. Pamplona: Aranzadi.
- SUAN RODRÍGUEZ, Carlos. (1993). La empresa pública bajo forma societaria. ¿Supone si régimen jurídico una derogación del derecho común de sociedades? *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 7.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. (1997). Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. (2003). *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy. (2021). Efectividad de los programas de cumplimiento. En Rodríguez-García, Nicolás i Rodríguez-López, Fernando (Editores), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.