

ASESORÍA JURÍDICA DE EMPRESAS PÚBLICAS

Por

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA / ANA MEDINA DE ARESPACOHAGA
Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Complutense de Madrid. Secretario General y del Consejo de administración. Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (2018-2024) / Abogada especialista en Derecho administrativo y mercantil. Subdirectora de Servicios Jurídicos. Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (2019-2024). Secretaria del Consejo de administración. Correos Express Paquetería Urgente, S.A., S.M.E. Correos Telecom, S.A., S.M.E. (2019-2024)

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho de los Sectores Regulados 16 (2025)

RESUMEN: El asesoramiento jurídico de las empresas públicas constituye un aspecto vinculado a su régimen jurídico y a su forma de organización; aspectos en los que hay que aplicar conjuntamente Derecho administrativo y Derecho mercantil. En este estudio se analizan los aspectos básicos para que las empresas públicas puedan cumplir su función constitucional de generación de riqueza y legal de obtención de beneficios.

PALABRAS CLAVE: Sociedades estatales, empresas públicas, Derecho aplicable, Derecho administrativo, Derecho mercantil.

SUMARIO: I. Introducción. II. Las empresas públicas y su asesoramiento jurídico: un problema de Derecho aplicable. III. La cuestión de la autonomía en el funcionamiento de la empresa pública y su proyección a su asesoramiento jurídico. IV. Una cuestión terminológica: sociedad pública no es equivalente a empresa pública. Consecuencias en cuanto a su asesoramiento jurídico. V. Una obligación legal: la extrapolación del artículo 529 octies de la Ley de Sociedades de Capital. VI. Cambio de perspectiva de los servicios jurídicos de las empresas públicas: de trabajar “para” a trabajar “con”. 1. El informe como vehículo tradicional: trabajar para las unidades de negocio. 2. Otro asesoramiento jurídico in house es posible. VII. Un vehículo para el cambio: Legal Business Case. 1. Documentos Jurídicos para un Plan de Negocio. 2. La negociación y su impacto jurídico. 3. Valoración jurídica a posteriori. VIII. Legal Design thinking: una perspectiva básica para hacer un trabajo individualizado. IX. Privacy by design: la protección de datos como ejemplo. X. Investigación, protocolización y nuevas tecnologías en la actividad jurídica. XI. La organización de los servicios jurídicos: transversalidad y reforma de los procedimientos de acceso al empleo jurídico-público. XII. Reflexiones finales.

LEGAL ADVICE FOR PUBLIC COMPANIES

ABSTRACT: Legal advice for companies owned by State is an aspect linked to their legal regime and their form of organization; aspects in which administrative law and commercial law must be applied jointly. This study analyzes the basic aspects so that they can fulfill their constitutional function of generating wealth and legal function of obtaining benefits.

KEYWORDS: Companies owned by State, Administrative law, Commercial law.

I. INTRODUCCIÓN

El asesoramiento jurídico de las empresas públicas constituye una cuestión menor, pero extremadamente importante, dentro de su régimen jurídico. Al materializar ese Derecho practicado, en la expresión de Alejandro Nieto, concreta ese derecho que va a regir una relación jurídica en la que está involucrada una entidad de estas características.

Más allá de los aspectos teóricos del Derecho aplicable a una sociedad estatal, sobre lo que volveremos con posterioridad, el asesoramiento jurídico de las empresas públicas debe someterse a un proceso de evaluación para adaptarse a sus necesidades. Unas necesidades que entroncan con la propia transformación de unas entidades que han de adaptarse a una sociedad más evolucionada y a unos requerimientos que exigen la realización de actuaciones perentorias y complejas.

La cuestión no es desterrar alegremente el *viejo* funcionamiento de las asesorías de las empresas públicas. De lo que se trata es de proporcionar un modo de funcionar nuevo que les permita cumplir con las funciones que tienen encomendadas. Es, cómo se va a ver a lo largo de estas páginas, una cuestión metodológica, de ubicación de los servicios jurídicos en el proceso de toma de decisiones y de actitud ante los problemas. El conocimiento del derecho es un presupuesto de base (que afecta a los requisitos que se exigen para formar parte de estos servicios jurídicos), pero ya no resulta un factor prioritario de forma aislada, ya que la imbricación con el negocio resulta imprescindible.

Es preciso tener en cuenta, no obstante, que lo que se propone no es un cambio sólo en los servicios jurídicos. Afecta, en nuestra opinión, a cómo se ve el derecho en el marco del funcionamiento cotidiano de las empresas públicas, algo que no ha estado en muchas ocasiones bien incorporado en el proceso de toma de decisiones. El derecho afecta al desarrollo de la función de una forma propositiva, dado que, en la mayor parte de las ocasiones, no hay una única solución jurídica para un caso. Un contrato concreto, un negocio o una obra en un inmueble se pueden completar a través de varios mecanismos jurídicos y no todos generan los mismos riesgos y oportunidades.

Desde una perspectiva general del funcionamiento de la empresa, supone configurar procesos de decisión más abiertos y transversales que superan la concepción tradicional de los *reinos de taifas* que se siguen viendo en muchas organizaciones. Un negocio, un proyecto, no son elementos que se gestionen en la intimidad de un departamento, sino que es global en la compañía, ya que hay muchos aspectos involucrados. En este sentido, no se puede obviar que las empresas públicas no dejan de ser un sistema donde el movimiento de un departamento impacta en muchos otros que, de no coordinarse correctamente, pueden conducir a un fracaso estrepitoso. Fracaso que normalmente no

es jurídico, pero que en todo caso constata las necesidades de coordinación dentro de la empresa. Dicho gráficamente, obliga a superar el concepto de órgano del funcionamiento de una Administración pública para incorporar mecanismos de gestión propias de su naturaleza.

Desde la perspectiva de una dirección eficaz de las empresas públicas, como veremos en estas páginas, se trata, también, de eliminar la percepción de los servicios jurídicos como una “unidad de gasto” para pasar a ser una unidad activa en el desarrollo de la actividad de las empresas, con funciones equivalentes a los departamentos financieros, comerciales, tecnológicos o de personas y relaciones laborales. Se trata de un salto cualitativo importante que afecta a todos los elementos de las empresas públicas.

Desde un punto de vista subjetivo, el cambio en el modo de funcionar determina, asimismo, que los perfiles de los profesionales jurídicos que trabajan en las empresas han de evolucionar para adaptarse a un papel más activo que supere el marco tradicional del actuar jurídico, sin caer en valorar positivamente el peso del informe como vehículo de comunicación. Involucrarse en el negocio supone mucho más, es participar desde su gestación.

Pero lo anterior obliga a tener conocimientos que vayan más allá del marco tradicional. Hay que estar en disposición de afrontar nuevos retos en los procesos de transformación de las empresas públicas, que resultan ineludibles para ser instrumentos eficaces desde una perspectiva de generación de riqueza y de obtención de beneficios. Y esto supone dejar de estar sentados en la zona de confort que deriva de la observación desde una atalaya a la que sólo se accede para que se informe sobre lo ya actuado.

Lo jurídico tiene impacto en la actividad de las empresas públicas, pero también tiene consecuencias jurídicas derivadas de la revisión de la actividad de los organismos de control externo. Y, por qué no decirlo, tiene un impacto reputacional importante, tanto en el momento en que ha aparecido un posible problema, como en aquellos casos en los que los resultados económicos no han sido los satisfactorios.

Una primera aclaración antes de continuar el desarrollo: el cambio en el modo de funcionar de los servicios jurídicos de las empresas públicas no lo soluciona el uso de la tecnología, aunque se empleen muchas de ellas para facilitar su trabajo. De lo que se trata es de modificar los procesos internos que permiten realizar los distintos análisis jurídicos, para que se proporcione una respuesta eficaz y empática a la necesidad de la organización.

Y una segunda aclaración: este artículo se refiere a los servicios jurídicos internos de las empresas públicas. No se desconocen los convenios con entidades generales de asesoramiento jurídico del sector público (que tienen un marco muy específico, no general y no imbricado en la vida de la empresa) y los supuestos (muy limitados, en nuestra

opinión) de externalización. Uno y otro constituyen elementos complementarios a la labor diaria en el asesoramiento de la empresa.

Y una concreción terminológica: no todas las sociedades públicas son empresas públicas. En este escrito nos estamos ocupando únicamente de aquellas sociedades que compiten en mercados liberalizados frente a otros operadores. El caso de Correos compitiendo con Amazon exterioriza perfectamente la situación que abordamos. No obstante, trataremos esta cuestión con posterioridad.

A estas cuestiones se dedican las páginas siguientes.

II. LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y SU ASESORAMIENTO JURÍDICO: UN PROBLEMA DE DERECHO APLICABLE

El primer problema para el asesoramiento jurídico de las empresas públicas es el del régimen jurídico aplicable a su funcionamiento. Un régimen jurídico que en la legislación dista mucho de estar claro, dado que las normas suelen recurrir a fórmulas eclécticas que requieren un alto nivel de interpretación, fruto posiblemente de la confusión entre forma jurídica (sociedad estatal) y función (empresa pública o no). De hecho, en este momento, sería vital un cambio en la estructura del régimen jurídico de la empresa pública ya que constituye un derecho que, como ya ha señalado uno de nosotros¹, constituye un freno para el cumplimiento eficaz de la función que tiene una empresa pública.

Lo que sí resulta meridianamente nítido es que los tiempos en los que se hablaba de la empresa pública como la personificación de la huida del Derecho administrativo han cambiado. Sí, la huida ha desaparecido porque lo que ha ocurrido es que el Derecho mercantil se ha administrativizado y se han introducido elementos de Derecho administrativo a la vida mercantil, que son ajenos (y no aportan nada, sino todo lo contrario) al funcionamiento de la empresa pública.

Tomando como punto de referencia las sociedades estatales, en unas reglas extensibles a todas las demás sociedades públicas de titularidad de otras administraciones territoriales, vemos que el Derecho aplicable a su funcionamiento cotidiano es de todo menos claro: “las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación” (artículo 113 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

¹ González García, J.V., Sociedades estatales: Un régimen inadecuado para la empresa pública; en *la Revista de Derecho de los Sectores Regulados* (2023).

Como se puede ver, hay que hacer un análisis diario de cuál es el Derecho aplicable y hasta qué punto condiciona la actividad de la empresa. Previsiblemente esa concreción del régimen jurídico debería venir en los Estatutos de las sociedades públicas o en los reglamentos de régimen interno de los consejos de administración, pero ni en uno ni en otro se ha visto una concreción suficiente. Por ello, debemos seguir en el ámbito de la teoría, ya que su tratamiento específico habrá que analizarse caso por caso.

Hoy hay una mayor concienciación (incluso en los órganos de resolución de controversias) sobre que los fondos de las empresas públicas son públicos y que un uso indebido de los mismos puede dar lugar a la malversación de caudales públicos. De ahí se deriva que el régimen de las empresas públicas, aunque formalmente sea de Derecho privado, esté esencialmente administrativizado en el desarrollo de su objeto social. Esto supone que haya que proceder con extremo cuidado los procesos de toma de decisiones teniendo muy presente el carácter de los fondos públicos, tanto en la fase de gestión de la actividad empresarial, como en la fase posterior de control por parte de los órganos supervisores y de inspección.

El problema viene cuando es el propio legislador el que, a fin de evitar futuros problemas, y pese a los controles que ya se establecen en estas entidades, aplica a la actividad mercantil las reglas del Derecho administrativo, desvirtuando su función. Tal es el caso, por ejemplo, de la inclusión de las empresas públicas, que no son poderes adjudicadores, en el ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), frente a lo que dispone la Directiva europea que solo se aplica a poderes adjudicadores. Cuando se analiza, en la práctica, el asesoramiento que se proporciona desde órganos administrativos a las empresas públicas (tal como se recoge en el artículo 321.1 LCSP y en los convenios de asesoramiento con la abogacía del Estado²), se percibe inmediatamente el alejamiento que existe entre la realidad administrativa y la de la empresa pública, especialmente en el ámbito de la ejecución de los contratos, sometidos en el caso de la empresa pública al ordenamiento privado y, por tanto, sin ninguna necesidad de ejercitar las prerrogativas de la LCSP dirigidas a las Administraciones públicas.

Más allá de este exceso legislativo, el principio de buena administración juega como cláusula de cierre. No hay, desde este punto de vista, huida del Derecho administrativo cuando hablamos de la actividad mercantil de una empresa pública que compite en un mercado liberalizado. No hay que olvidar que el Derecho mercantil proporciona

² Este asesoramiento externo se desarrolla en el marco de los Convenios de asistencia jurídica entre la Abogacía General del Estado y cada una de las empresas públicas. El personal de la abogacía del Estado que cubre estos convenios tiene un puesto determinado y cubre como "segunda actividad" el asesoramiento, que se desarrolla básicamente en materia de contratación pública.

mecanismos suficientes para garantizar esta buena administración de las empresas públicas y que el Derecho mercantil administrativizado reduce su flexibilidad, a veces en exceso, lo que se traduce en dificultades de competencia en el mercado.

De hecho, es necesario afirmar desde la experiencia vivida, que la concepción más extendida sobre el Derecho de las empresas públicas olvida que, en toda actividad empresarial, pública o privada, hay un elemento de riesgo que se quiere obviar, y por ello se prefiere el sometimiento a reglas administrativas, que proporcionan una mayor seguridad financiera, pero que impiden poder competir en sectores de competencia feroz en el mercado, cuyos actores juegan en otra liga. Con ello, en el fondo, no se hace otra cosa que limitar su capacidad de actuar y se impide la obtención de unos beneficios económicos. El sometimiento a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (yendo en dirección contraria a lo que dicen las Directivas europeas) es el caso más llamativo.

Además, hay otros mecanismos que están muy adaptados para la exigencia de responsabilidad en el ámbito del comercio. En efecto, los mecanismos usuales del Derecho de sociedades deben constituir el marco esencial de referencia jurídica para las empresas públicas.

No resulta muy responsable, desde la perspectiva de la eficacia en la gestión pública, transformar internamente una empresa pública en una Dirección General de un ministerio o equivalente, desde la conversión de sus prácticas en el día a día; puesto que ha sido el propio legislador el que ha marcado las diferencias entre ambas figuras y las relaciones jurídicas que cada una de ellas puede materializar. Esto, que pervierte la naturaleza jurídica de la empresa pública, deriva (en no pocas ocasiones) en la utilización del ordenamiento jurídico público para un fin distinto para el que se ha creado y en el fracaso de la finalidad a la que sirve la empresa mercantil pública. No olvidemos que la empresa mercantil se crea para cubrir necesidades de interés público (con las actividades y precios regulados que correspondan), pero también para competir en el mercado y poder aportar ingresos a unas arcas del Estado cuyos fondos repercuten en beneficio de todos los ciudadanos. El caso de La Poste, en Francia, es el mejor ejemplo.

El Consejo de administración y sus comisiones delegadas -con la comisión de auditoría y control a la cabeza- son, en este sentido, los órganos encargados adecuados para efectuar el control de las sociedades y en la legislación de sociedades se prevén instrumentos suficientes para que la sociedad no actúe de espaldas al derecho. Las cuentas están auditadas exactamente igual que las de cualquier sociedad privada. Los últimos tiempos han incorporado, además, el recurso a los mecanismos de *compliance*, impulsados por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

III. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA PÚBLICA Y SU PROYECCIÓN A SU ASESORAMIENTO JURÍDICO

Las empresas públicas están dotadas de un alto grado de autonomía, en el marco de lo que se dispone en la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Una autonomía que sirve para la percepción del mercado en el que intervienen y que actúa, asimismo, como garantía del Derecho de la competencia.

La autonomía se proyecta sobre todo en el funcionamiento de las empresas públicas. No caben, salvo en el estrecho marco del artículo 178 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, instrucciones de la Administración de tutela a la empresa pública. Las instrucciones a las que hace referencia el citado artículo 178 se materializan en directrices para la realización de determinadas actividades, cuando resulta de interés público su ejecución. Instrucciones que tienen que ser excepcionales, por escrito y debidamente justificadas.

En este contexto, hay que ser crítico con las “Normas Reguladoras del Sistema de Autorización y Supervisión de Actos y Operaciones del Grupo SEPI”, cuya última versión es de 2023. Más allá de que no sean normas en sentido estricto y que tampoco se puedan encuadrar dentro del marco del artículo 178 de la Ley de Patrimonio, hay que destacar que late una concepción muy administrativizada de la gestión, con relaciones jerárquicas, en lugar de la necesaria flexibilidad, rapidez y gestión del riesgo propio de las empresas públicas.

No hay que olvidar que cada una de las empresas del Grupo SEPI se ha creado con la finalidad de atender a necesidades públicas concretas y, por ello, más que nunca debe extremarse el cuidado de la actividad que desarrollan. Porque si bien la SEPI actúa como socio único de las empresas que forman parte del holding en que opera como sociedad matriz, el exceso de intervencionismo da lugar a un conflicto de intereses de difícil solución. El interés público que protege e impulsa cada sociedad mercantil pública debe ser el primero en el orden jerárquico, y su ordenado cumplimiento no debería entroncar con otros factores, fundamentalmente económicos, que necesariamente están presentes en una sociedad pública tenedora de acciones como la SEPI, que depende directamente del Ministerio de Hacienda. Se corre el riesgo de que el conflicto de intereses que marca el control excesivo de la actividad y el gasto de estas empresas por parte de su matriz derive en una parálisis de la actividad pública, dejando vacío de contenido los intereses públicos que cada una de estas empresas públicas protege.

De hecho, si las comparamos con las de otros holdings empresariales (ponemos el ejemplo de Iberdrola) la lejanía es muy considerable, en detrimento del funcionamiento de las empresas públicas.

Y esto, como ya hemos indicado, hay que proyectarlo al funcionamiento de las asesorías jurídicas: no hay una relación de jerarquía, sino de colaboración. Entre otras cosas, por un mero problema de eficacia y conocimiento de lo que ocurre en el día a día de la actividad empresarial. También es un problema de responsabilidad jurídica por parte de los órganos que formalmente toman las decisiones. En concreto, los miembros del consejo de administración de cada sociedad mercantil pública deben contar con toda la autonomía necesaria para debatir y valorar los acuerdos que sean objeto del orden del día de cada sesión, siendo responsables, a todos los efectos, de las decisiones que se adoptan en beneficio de la sociedad a la que representan.

IV. UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: SOCIEDAD PÚBLICA NO ES EQUIVALENTE A EMPRESA PÚBLICA. CONSECUENCIAS EN CUANTO A SU ASESORAMIENTO JURÍDICO

Cuando nos planteamos el régimen de las sociedades de capital público hemos de establecer una diferencia conceptual en cuanto a las funciones que desarrollan. Unas son empresas que compiten en mercados liberalizados (véase el ejemplo de CORREOS, compitiendo con AMAZON o SEUR³) y otras desarrollan políticas públicas (véase el ejemplo de las múltiples empresas municipales de suelo o las sociedades estatales de obras públicas⁴).

Mientras en las primeras, las que son empresas públicas en un sentido económico, el grado de participación del Derecho administrativo debe ser mucho más reducido, en el ámbito de las segundas no debería haber diferencias sustanciales con las de la Administración de las que dependen. Esencialmente, es la diferencia entre ser poder adjudicador o no ser poder adjudicador, que sirve aquí como parámetro jurídico esencial para la diferenciación entre ellas.

De hecho, si cogemos dicho ámbito de actuación, el de la contratación pública, nos encontramos con que, para el Derecho europeo, no hay razón que justifique que estas entidades estén sometidas a las directivas públicas de contratación; ya que sólo incluye en su ámbito de aplicación a los poderes adjudicadores.

Evidentemente, esto forma parte de las cuestiones en las que el régimen de las sociedades públicas en España no está bien articulado y precisa una revisión profunda.

³ El caso de SEUR, filial de La Poste francesa, es un fenómeno curioso pero usual. Son filiales de empresas públicas que aquí actúan sin sometimiento al Derecho público y que, por consiguiente, tienen una capacidad de actuar mucho más flexible a lo que ocurre con las empresas del Grupo CORREOS, que no tienen, además, un régimen equivalente al de La Poste en Francia, sino que está mucho más administrativizado

⁴ Sobre ellas, puede verse González García, J.V., Sociedades estatales de obras públicas, Ed. Tirant lo Blanch (2007).

Precisamente por ello, uno de los partidos del Gobierno de coalición lo llevó dentro de su programa electoral de las últimas elecciones generales. De hecho, los exámenes previos a la creación de una sociedad estatal, no abordan ningún elemento referido al mercado en el que va a desempeñar su actuación y sólo se refiere a aspectos similares a los de la creación de un órgano administrativo o un organismo de derecho público.

Es, sencillamente, una cuestión de que el régimen que acompaña a las sociedades públicas sea el adecuado para la función que tienen, que no es otra que la de generar riqueza en favor de un país, siguiendo lo contemplado en el artículo 128 de la Constitución, que reconoce la participación pública en la actividad económica, sin que haya que configurarse sólo como un único recurso para los *fallos del mercado*. Cuando se abordan las bases constitucionales de la empresa pública se aprecia que están pensadas para participar en mercados existentes. De hecho, si se examina la evolución de la empresa pública en la Unión Europea se observa como está lejos de este parámetro reduccionista, cercano al neoliberalismo, que resulta especialmente extraño en boca de algunos directivos de empresas públicas, cuyos planteamientos deberían estar en sus antípodas.

En este sentido, no es razonable utilizar la forma jurídica de la sociedad mercantil cuando se trata únicamente de ejecutar políticas públicas (por ejemplo, las empresas municipales de vivienda y el suelo que existen en multitud de municipios, la sociedad estatal de infraestructuras de transportes terrestres que gestiona autopistas, o las sociedades de obras hidráulicas, etc.): distorsiona el régimen jurídico de todas ellas y no se aprecia un régimen que sea especialmente distinto de una administración pública, sobre todo si tenemos en cuenta que son poderes adjudicadores a los efectos de la legislación de contratos y que están sometidos en su integridad a las reglas del SEC 2010.

V. UNA OBLIGACIÓN LEGAL: LA EXTRAPOLACIÓN DEL ARTÍCULO 529 OCTIES DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

El asesoramiento jurídico de las empresas públicas y de sus administradores es responsabilidad de quien sea titular de la Secretaría del Consejo de administración, que se transforma de una u otra forma en garante de la legalidad de los actos realizados en el desarrollo de su actividad.

Es cierto que la figura de la Secretaría de los Consejos de administración de las sociedades públicas no está regulada en ninguna norma. Más aún, si analizamos el régimen general de las sociedades de capital, sólo está regulado la función del secretario del consejo para las sociedades cotizadas, en las cuales su importancia económica obliga a estructurar un régimen más robusto.

No obstante, ya sea directa, ya sea indirectamente, el asesoramiento jurídico básico de los Consejos de administración deriva del artículo 529 octies de la Ley de sociedades de

capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) que dispone que entre las funciones de los Secretarios está “b) Velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna”.

Es una función que surge en garantía tanto de la participación en el Consejo por quienes están legitimados, como de la seguridad jurídica de los procesos de toma de decisiones en la empresa. Por ello, el ejercicio de esta función se manifiesta tanto a la hora de trasladar a los consejeros la documentación que sustenta las propuestas de información y debate de las distintas sesiones del Consejo, como para velar por la propia legalidad interna de dichas propuestas de acuerdos. Es por ello que, estadísticamente, la Secretaría del Consejo de administración recae habitualmente en el responsable jurídico de la entidad, que debe tener conocimientos suficientes del negocio para el desempeño de la actividad.

VI. CAMBIO DE PERSPECTIVA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS: DE TRABAJAR “PARA” A TRABAJAR “CON”

Sí, es una mera preposición, pero es un gran cambio en el funcionamiento de los servicios jurídicos y en los instrumentos que se utilizan. No se trabaja para el cliente interno, sino con el cliente interno, de tal manera que el proceso jurídico es un elemento más en la toma de decisiones.

1. El informe como vehículo tradicional: trabajar para las unidades de negocio

En la forma tradicional de trabajar, el proceso de toma de decisión sobre el negocio deja fuera a los servicios jurídicos. Se gestiona el proceso desde las unidades de negocio y, en su caso, se solicita un informe a los servicios jurídicos que se encuentra de nuevas ante un proceso que ha venido siendo trabajado, incluso negociado, con la contraparte. Un informe que determinará si es o no legal y que, en condiciones normales, no tendrá siquiera la oportunidad de plantear alternativas que podrían ser más beneficiosas para el funcionamiento de la empresa pública.

El informe, lleno de tecnicismos y que, en su mayoría, sigue la estructura y forma de redacción de los informes de los órganos consultivos del Estado (Consejo del Estado y Abogacía del Estado), constituye el análisis del ajeno al negocio, que funciona como alguien que trabaja “para” la dirección correspondiente. No es el análisis de alguien que haya participado en la gestación del negocio, sino de un órgano que lo analiza de forma externa, aunque trabajen en la misma organización.

De hecho, en condiciones normales, el primer punto de discusión es cómo plantean esta propuesta sin consultar a los servicios jurídicos, cuando hay alternativas mejores desde el punto de vista funcional, que mejoran la posición jurídica de la empresa pública, con un menor coste fiscal, o con una reducción del nivel de riesgo, por ejemplo.

El informe, que suele recoger lo previsto en el artículo 79 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre es el instrumento para este tipo de asesoramiento. La empresa pública sigue aquí, sin resultar necesario y, en muchos casos sin ser conveniente, el funcionamiento de un órgano administrativo. Normalmente escrito en un documento separado, usualmente redactado al modo de los informes de los grandes cuerpos consultivos del Estado y que, para mejorar un contrato, sirve de muy poco ya que su aridez lo transforma en poco amigable para el cliente interno, normalmente ajeno a la terminología jurídica y a criterios formales con mayor o menor implicación legal en el régimen jurídico planteado.

De hecho, normalmente, la lectura de los informes tiene el impacto de una bomba de racimo que incita a no volver a preguntar a los servicios jurídicos. No se puede dialogar en un informe, no se puede proponer, no se pueden aclarar conceptos que, por lo complejos, suelen ser mal comprendidos. Básicamente, se trata de decir si lo que se plantea es legal o no y, como mucho, recordar que la fórmula planteada genera riesgos. Y aquí de lo que se trata no es de sentar cátedra sino de ser útiles al funcionamiento de la empresa pública.

Se podría decir que si el asesoramiento jurídico se reduce al informe, no cumple su función. Y con ello no negamos valor al informe. En ocasiones es necesario. Pero no siempre y desde luego nunca de forma aislada. De lo que estamos convencidos es de que no es el mejor instrumento para mejorar un contrato o un documento que permita la generación de actividad en el día a día de una empresa pública.

2. Otro asesoramiento jurídico *in house* es posible

CORREOS cambió el modo de proceder cuando, con escasos meses de diferencia, asumimos la dirección de sus servicios jurídicos. Como ha explicado uno de nosotros, “el acompañamiento al cliente interno debe afrontarse de forma especialmente cuidadosa. No se trabaja para el cliente, sino CON el cliente. Este nuevo enfoque requiere de nuevas competencias y habilidades por parte de los abogados. Ya no tiene cabida ese ejercicio pasivo de la profesión en el que se combina estudio y espera a partes iguales”. El informe es el modo de trabajar PARA el cliente interno, la cooperación y el diálogo diario es la forma de trabajar CON el cliente interno. Una palabra que abre paso a un mundo de posibilidades.

Una tarea que no resulta sencilla. Como señala A. Medina, “la mayor dificultad para el abogado reside, por tanto, en ser capaz de entender al cliente de tal manera que, en un escenario complicado, pueda posibilitar alternativas válidas que no mermen la capacidad

generadora de negocio del cliente. El abogado, en línea con la proactividad que se demanda, además del estudio normativo constante, debe cuidar el desarrollo en habilidades de exploración, análisis, comunicación, gestión y resolución de conflictos, entre otras, que resultan indispensables para poner en valor todo su conocimiento y experiencia en beneficio de la organización a la que pertenece". Todo un reto.

Pero, precisamente por ello, se trata de un cambio en la forma de actuar en donde los actores tienen que estar especialmente motivados y concienciados del cambio. A. Medina explica perfectamente cómo se gestó en un departamento de la compañía, la Subdirección de Innovación: "Un ejemplo de éxito en cómo construir esa sinergia entre abogado y cliente interno es el "Innovation Team" de la S.E Correos y Telégrafos, S.A, S.M.E impulsado por la Subdirección de Innovación de la Compañía. El "Innovation Team" se renueva cada año y está formado por miembros de las diferentes áreas de la empresa con el fin de innovar, no sólo en nuevos productos y servicios, sino también en la ideación de nuevos modelos de negocio y/o líneas estratégicas que permitan adaptar su oferta a las nuevas necesidades demandadas por el usuario. El aprendizaje transversal resulta "mágico", tanto para la comprensión de las necesidades del cliente interno por parte del abogado, como para el cliente interno, que percibe al abogado como un verdadero aliado"⁵.

Este era el cambio que necesitaban los servicios jurídicos de CORREOS, no sólo para unos objetivos tradicionales, sino para afrontar el proceso de diversificación de actividades, que permitiera dar la vuelta a una compañía que está asumiendo la caída de su objeto de negocio central, el postal y que, sin diversificación, no podía mantener su funcionamiento. Una realidad a la que se han enfrentado otros operadores.

Lo que se acaba de explicar marca diferencias en el funcionamiento de los servicios jurídicos de una empresa que quiere estar abierta a buscar la mejor solución jurídica conjuntamente (los departamentos operativos con sus necesidades, los departamentos jurídicos con su habilidad y técnica jurídica; los financieros con sus análisis de rentabilidad y los tecnológicos facilitando los procesos tecnológicos internos y la integración con los socios).

No es sencillo que se produzca esta implicación sistémica, previsiblemente por reminiscencias históricas y por un mal entendimiento de lo que es el derecho. Precisamente por ello, con posterioridad analizaremos aspectos relevantes de relación entre servicios jurídicos y demás órganos de las empresas públicas para romper estas tendencias que acaban poniéndoles de espaldas a las demandas reales del mercado y de su propia organización.

⁵ Los entrecomillados derivan del artículo de Ana Medina; "Innovación en la asesoría jurídica de empresas", publicado en <https://globalpoliticsandlaw.com/innovacion-en-la-asesoria-juridica-de-empresa/>

3. El **compliance** jurídico: una nueva función de asesoramiento interno

Si desde la perspectiva de la actividad de negocio es necesario contar con unos servicios jurídicos muy distintos, que permitan enfocarse en el negocio, con las nuevas obligaciones que impone el **compliance** en cada sector y actividad empresarial, la gestión de los riesgos pasa también a ser una actividad clave en el ámbito de la actuación de los servicios jurídicos.

Ya es imperativo que los servicios jurídicos desarrollen procesos, políticas y actividades para la gestión de los riesgos jurídicos en aquellos ámbitos en los que las posibilidades de infracción son mayores para la compañía. Esto afecta a varios aspectos que derivan principalmente del Derecho penal (en relación con la prevención de determinados delitos relacionados con los trabajadores, el blanqueo de capitales, delitos fiscales, delitos informáticos, la corrupción -cohecho y tráfico de influencias- y los delitos medioambientales, entre otros), del Derecho de la competencia (y la posible generación de prácticas anticompetitivas, especialmente con la actividad comercial) y del Derecho laboral (en lo que respecta al cumplimiento de la profusa legislación laboral y cómo repercute en varios aspectos como el tratamiento de la igualdad entre hombres y mujeres, la diversidad, o el encadenamiento de contratos de trabajo y el cumplimiento del horario laboral, entre otros), etc.

Posiblemente, el asesoramiento jurídico sobre los elementos que forman parte del cumplimiento normativo de las empresas públicas sea uno de los factores que más tensiones provoca en los distintos departamentos de estas entidades. Vender la prevención como estrategia legal, en momentos de cambio e incertidumbre política y económica, no siempre se entiende bien. Lamentablemente, a veces hay que esperar a recibir alguna sanción para espabilar conciencias, y eso no deja de ser frustrante para unos servicios jurídicos que, aunque trabajan para acompañar a las unidades de negocio, también lo hacen para que la empresa no pierda dinero con la imposición de sanciones claramente evitables.

En este contexto, hay que recordar que el ámbito de la denuncia por comportamientos indebidos ha sido reforzado a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción y que, en condiciones normales, la dirección de los servicios jurídicos tendrá un papel preponderante en el sistema interno de información de la empresa pública. La información que se obtenga, más allá de resolver un caso concreto, ha de servir como vehículo de impulso para avanzar en la redacción de las políticas de **compliance**.

VII. UN VEHÍCULO PARA EL CAMBIO: LEGAL BUSINESS CASE

La generación y ejecución de cualquier proyecto de negocio en una empresa conlleva varios análisis que juegan habitualmente de forma transversal, con la implicación de varios departamentos o unidades de distinta naturaleza, así como la preparación de una serie de documentos que permiten legitimar su viabilidad. El análisis global que se efectúa es principalmente de naturaleza económica y operacional, pero que deben convivir y alinearse con otros elementos, como pueden ser los relativos a recursos humanos, o los aspectos jurídicos.

De lo que se trata es, en consecuencia, de determinar en qué momento se han de introducir los aspectos jurídicos dentro del proceso de articulación de un plan de negocio. Una solución que no encuentra una respuesta universal, sino que depende de varios factores.

Esta perspectiva sistémica sobre la puesta en marcha de cualquier negocio supone superar la visión antigua de los departamentos jurídicos de las empresas, concebidos como *unidades de gasto y de control*, para pasar a insertarlos en el desarrollo del negocio desde el comienzo de los proyectos; porque si no se está desde la gestación del proyecto que se quiere desarrollar, no se puede hacer un asesoramiento integral; que resulte eficaz a su finalidad.

Actualmente se cuenta con numerosos estudios que avalan la creación de equipos multidisciplinarios como metodología para conseguir mejores resultados (las metodologías ágiles están basadas en esto precisamente) y aunque ya hace años que las grandes compañías trabajan en este sentido (Amazon, Google, Microsoft o Repsol entre otras), hay mucho campo de desarrollo en este campo entre las empresas públicas, siempre que se sustituya la visión administrativizada por una visión empresarial de titularidad pública.

La manera de articular esta forma de trabajar es simple: a la hora de implantar cualquier nuevo proyecto en el marco de la empresa pública es preciso configurar equipos multidisciplinarios provenientes de diferentes departamentos, donde se incluye al departamento jurídico como parte imprescindible de ese engranaje que permite que todas las piezas encajen para lograr el objetivo propuesto.

Tan importante es saber qué se quiere hacer, cuál es el negocio que se quiere implantar, como concretar la mejor forma de hacerlo. El reto para los abogados de los departamentos jurídicos es encontrar fórmulas para favorecer el proyecto, dentro del marco de cada proyecto individual, que permitan realizar ese acompañamiento al cliente interno, en contraposición con la tradicional postura pasiva del abogado que condiciona su trabajo a la espera de que la consulta llegue en algún momento, tal y como se hace referencia por A. Medina: “El asesoramiento jurídico tradicional, a la espera de las

consultas que, en el mejor de los casos, sea capaz de cuestionar el cliente tras elaborar un nuevo planteamiento de negocio, queda obsoleto”.

Se crea así un concepto de obsolescencia, el de las formas tradicionales de trabajo, dependientes del asesoramiento de la Administración del Estado -que también debería evolucionar-, que lo es tanto para el cliente interno, como para los propios servicios jurídicos y, en último término, para la organización de la que todos dependen.

1. Documentos Jurídicos para un Plan de Negocio

El análisis de la viabilidad del negocio en las empresas se suele articular sobre un Business Case. En el planteamiento del Plan de Negocio hay que prever, sin embargo, la elaboración de una serie de documentos legales que atestigüen que, desde un punto de vista jurídico, el proyecto es viable y que, además, su forma jurídica es la más adecuada para cumplir las expectativas del negocio.

Una articulación adecuada de esta documentación jurídica sirve, no sólo al buen fin del negocio planteado, sino que constituye un elemento básico para su defensa en el proceso de aprobación en instancias superiores. Pero, además, es preciso para poder disponer de los mecanismos de financiación externa de la empresa pública -típicos de la empresa- y que, en el sector público cuesta mucho integrarlo, posiblemente por una visión errónea de lo que sea el sector de Administraciones Públicas en el SEC 2010.

Un elemento que es necesario dado que en la actualidad el grado de complejidad del ordenamiento jurídico es muy considerable. No sólo está la ordenación escasa de la empresa pública, sino que hay regulaciones sectoriales transversales (especialmente el derecho de la competencia). Pero, además, cuando queremos que la empresa pública española se internacionalice hemos de adoptar criterios de análisis de competencia de ordenamientos jurídicos y de foros de resolución de controversias (jurisdiccionales y arbitrales) que han de ser tenidos en cuenta en el proceso de decisión empresarial. Este es un dato esencial que serviría para la modernización del proceso de toma de decisiones, superando el anquilosado funcionamiento actual.

Aquí no puede haber manifestaciones de lo que uno de nosotros ha denominado cómo *asamblarismo jurídico*⁶, sino que hace falta el respaldo del experto. Y, del mismo modo, no vale cualquier asesor jurídico para cualquier cuestión, sino alguien especializado en la materia tratada. No se trata de poner “un abogado” para que resuelva cualquier problema del cliente interno, sino que el responsable jurídico debe poner a disposición su especialización, escogiendo los medios jurídicos adecuados. Esto abunda en la

⁶ González García, J., “El ensamblarismo jurídico”, publicado en <https://globalpoliticsandlaw.com/asamblarismo-juridico/>

profesionalización, en la generación de valor, en la formación en todo tipo de técnicas para el desarrollo de la actividad. .

El conjunto de documentos que denominamos **Legal Business Case (LBC)**, tiene como función articular todo aquello que, en el marco de un nuevo proyecto empresarial, ha de ser analizado desde un punto de vista jurídico.

El LBC ha de contener el análisis sobre los siguientes elementos:

1. Descripción de la operativa del negocio jurídico de que se trate, para una adecuada definición del marco jurídico de referencia, aprovechando las posibilidades que plantea el ordenamiento jurídico para incrementar el beneficio y atenuar los riesgos, que deben ser conocidos, ya que en la actividad empresarial el riesgo es inherente a su actividad.

2. Definición de los riesgos jurídicos que plantea el negocio propuesto y presupuestos para su minimización. Entre otros aspectos, resulta imprescindible tener un conocimiento suficiente de la solvencia jurídica y económica de la empresa a los efectos de prever medidas de atenuación o, incluso, de evitar el negocio debido a este conjunto de riesgos. En este sentido, resultará conveniente un análisis reputacional del socio, eludiendo aquellos que tengan intereses económicos en territorios no colaborativos desde la perspectiva fiscal.

3. Formas de aprobación interna del negocio; analizado cómo la forma de gobierno de la sociedad repercute en la manera de aprobación de la nueva actividad propuesta. En el caso de empresas pertenecientes a grupos de sociedades, conllevará la aprobación por las entidades superiores, de acuerdo con las normas de gobernanza interna del grupo.

4. Títulos jurídico-administrativos para el desarrollo de la actividad y cómo impacta en el objeto social de la compañía y en los requisitos que han de cumplirse.

5. Requisitos legales de la actividad propuesta, grado de cumplimiento previo y planificación para su completo cumplimiento, teniendo en cuenta los procesos operativos existentes y las políticas internas de la compañía.

6. Derechos inmateriales que se puedan generar y formas de protección. Posiblemente forme parte de lo menos cuidado dentro del marco jurídico de la empresa, precisamente por su intangibilidad y escaso valor inicial. Pero en el futuro puede constituir, incluso por la marca, uno de los principales activos de la sociedad.

7. Análisis de la forma jurídica con la que se proporciona respuesta a la propuesta de negocio y aspectos básicos de su articulación jurídica. Ello conllevará la ponderación de la creación de nuevas entidades ya sea mixtas, ya sea de capital

enteramente público, con el problema de índole procedimental que acarrea.

8. Análisis de las debilidades y las fortalezas de las distintas fórmulas de comercialización a futuro. Éste es un aspecto especialmente sensible cuando nos encontramos ante un negocio que afecte o pueda afectar a la salud, ya sea por las condiciones de conservación de los productos o de sus procesos.

9. Análisis de riesgos y oportunidades para la eventual negociación jurídica con terceros; especialmente en lo relativo a las “líneas rojas” sobre aspectos de lo que vaya a ser objeto de negociación.

10. Análisis de la normativa de protección de datos y, en particular, de cómo se regulan los consentimientos de los afectados para que el negocio se pueda desarrollar de acuerdo con los planteamientos del Reglamento General de Protección de Datos.

11. Cuestiones relativas a las formas de resolución de controversias, ya sean jurisdiccionales o arbitrales y, en este último caso, una adecuada delimitación de funciones, marco de solución y sede. En este punto, habrá que examinar, además, los problemas de ley aplicable y foro en los supuestos de internacionalización de la actividad de la empresa pública.

Este LBC debe ser incluido en el punto de arranque del proyecto, lo que se suele denominar el *kickoff*, momento en el que ya se ha analizado su estructura desde todo punto de vista y que debe permitir conseguir el objetivo planteado. Dicho de otro modo, se trata de que, en conversaciones previas antes del lanzamiento del proyecto, se haya involucrado a los servicios jurídicos (incluido el departamento de protección de datos) para poder profundizar en el qué, el cómo, con quién se van a entablar negociaciones, así como sobre la razón y el propósito del proyecto que permitirá un abanico de posibilidades jurídicas, así como alternativas para el caso en que un determinado planteamiento no encaje.

Desde luego, hemos de tener en cuenta que, como veremos inmediatamente, no siempre se impone obligatoriamente un contenido (tal como ocurre en un sistema administrativo), sino que hay ocasiones en que el proyecto ha de ser negociado con otra parte. Es importante tener en cuenta que aquí no se están ejerciendo potestades administrativas, sino que se participa en el comercio de bienes y servicios, igual que lo hace cualquier operador privado. Y a eso también hay que aprender y se debe uno formar. Aquí no valen los hábitos y protocolos de la Administración, sino que el personal que esté a la cabeza de los servicios jurídicos debe disponer de una mentalidad abierta, ejecutiva, con capacidad de reacción para funcionar de forma eficaz en el mercado y con capacidad

de decisión en tiempos sin demora. Con ello, se descenderá la nueva orientación para el negocio a los integrantes de los servicios jurídicos sin que la organización muera de parálisis por análisis.

Esta forma de trabajar implica una tarea de diálogo entre el departamento operativo de la empresa proponente de la actividad, y los departamentos jurídicos, financiero, de recursos humanos y de marketing para articular el proyecto. En este sentido, “el acompañamiento al cliente interno debe afrontarse de forma especialmente cuidadosa. No se trabaja para el cliente, sino CON el cliente. Este nuevo enfoque requiere de nuevas competencias y habilidades por parte de los abogados. Ya no tiene cabida ese ejercicio pasivo de la profesión en el que se combina estudio y espera a partes iguales”. El abogado se ha de involucrar en el negocio.

Es relevante entender una diferencia sustancial del asesoramiento de una Administración pública y de una empresa pública: en la segunda hay que convivir con el riesgo económico de las operaciones, que son negocios que pueden salir bien o no cumplir las expectativas. Mientras el asesor jurídico no incorpore el riesgo (cuidado y medido) en su forma de actuar, el funcionamiento de la empresa pública será defectuoso, impidiendo que el objeto social cumpla su finalidad de proteger el interés general.

Un plan de negocio sin este LBC siempre quedará manifiestamente incompleto, no ofrecerá un análisis general de los riesgos y gastos que deberá afrontar la compañía y generará, con bastante probabilidad, muchas complicaciones en el futuro.

2. La negociación y su impacto jurídico

En el caso de que se realice un plan de negocio con un tercero, resulta relevante la negociación de las cláusulas del futuro acuerdo entre las partes. Unas cláusulas que tienen aspectos jurídicos, económicos y operativos, cuya integración dará lugar a un negocio jurídico materializado en un Acuerdo o Contrato entre partes.

En este punto, conviene recordar que la empresa pública está funcionando en el mercado despojada de todas las potestades administrativas y que, por tanto, la gestión jurídica se inserta en las formas de prestación jurídica del sector privado. No valora intereses generales y, por consiguiente, actúa como un operador más, cuya única diferencia es la presencia de capital público. Este dato también aleja a la asesoría jurídica de la empresa pública de otras formas de prestación de servicios jurídicos en el ámbito del sector público, que está amparado por la prerrogativa y por la protección del interés general.

Teniendo en cuenta que lo más relevante en cualquier negociación son los aspectos operativos y económicos, el representante jurídico de la empresa debe estar presente, sobre todo para dar forma a la redacción de las cláusulas del acuerdo económico y

operacional, pero sobre todo para establecer los aspectos institucionales del negocio (mecanismos de gobernanza) y para definir los mecanismos de control de la ejecución del acuerdo, que pasa, entre otras cuestiones, por dar sentido a la relación jurídica planteada, a través de la configuración de razones en el expositivo, diseñar una definición pormenorizada del objeto y definir las obligaciones y responsabilidades de ambas partes, así como las posibles penalidades por posibles incumplimientos.

De hecho, existe un momento en el que la parte esencial de la negociación resulta netamente jurídica, para articular de forma razonable los derechos y deberes de las partes y para corregir las incorrecciones legales que puedan derivarse de otros ámbitos de la negociación. Es importante incluir una idea fácil de entender: *“El mapa no es el territorio”* y en el proceso de poner todo negro sobre blanco, hay cuestiones nuevas que normalmente emergen, a las que hay que dar una solución, que no siempre es jurídica.

En esta fase de negociación, las empresas que corren el riesgo de articular el procedimiento sin recurrir a su gabinete jurídico pueden encontrarse con la desagradable sorpresa de que, con todo negociado, cualquier modificación que se proponga se perciba como un veto a la operación, cuando lo único que se pretende es ayudar a la sociedad a cumplir con la legalidad, o minimizar los riesgos jurídicos que puedan advertirse.

Cualquier asesoramiento jurídico en este sentido termina percibiéndose por el cliente interno como una solución inadecuada desde la perspectiva de la valoración global de la posición de la empresa dentro del negocio planteado. Lo relevante del caso, que ya es asumido como “penitencia” por la mayoría de los abogados de empresa, es que, tras esta gestión de murallas chinas y sonido de grillos por parte del cliente interno, se termina culpando al abogado de operar entre normativa, doctrina y jurisprudencia, sin querer trabajar para el negocio.

La negociación incorpora una diferencia sustancial entre el tipo de asesoramiento de una Administración pública (derivada de la prerrogativa) de la de una empresa pública (derivado de la cooperación con otros agentes del sector económico). Por ello, resulta muy relevante el cambio de mentalidad en aquellos que han realizado el asesoramiento en las Administraciones públicas, y resulta muy frustrante observar que no se entienda en ocasiones que la cesión en un punto concreto no es un problema si el resultado final es satisfactorio, ni se comprenda que las reglas de la Administración están totalmente alejadas de la empresa privada. Mantener esta actitud administrativa conlleva un detrimento de la eficacia de la empresa pública.

3. Valoración jurídica a posteriori

Tanto si la actividad que se plantea se desarrolla en solitario, como si se realiza en compañía de otros socios, es imprescindible efectuar una valoración (a posteriori) del resultado final del proceso de articulación del negocio.

Una valoración que deberá ser más intensa en el caso de que el departamento jurídico de la empresa no haya participado activamente en el proceso de negociación o en el proceso de estructuración del Business Case. En este caso, el cliente interno acude «ciego» al examen de los servicios jurídicos, fruto de que no lo ha involucrado desde el comienzo.

El resultado puede ser frustrante para las unidades proponentes en el caso de que los servicios jurídicos den una respuesta negativa al proyecto de negocio o consideren que la solución jurídica (pactada en ocasiones con la contraparte, caso de que exista) no proporciona una respuesta jurídica razonable para la empresa. O, incluso, porque no se han valorado soluciones que resultan más satisfactorias para el propio negocio, ya sea en una perspectiva fiscal, como de recursos humanos, como del tipo de negocio jurídico y sus consecuencias.

Aquí, una vez más, se podría interpretar que la actividad jurídica es de veto, pero es, en realidad, de protección de la empresa, de apoyo al negocio y de refuerzo a una mejor posición del proponente. Esa respuesta negativa, de hecho, será la consecuencia de una mala planificación del líder del proyecto, por no haber definido correctamente el equipo transversal.

El análisis jurídico a posteriori debe incluir necesariamente los siguientes aspectos:

a) En relación con los acuerdos a que se lleguen con terceros, la valoración jurídica supondrá rehacer el análisis de debilidades y fortalezas, para adaptar el funcionamiento de la empresa a una nueva situación, que deriva de la posición de cada uno ante una nueva configuración del negocio planteado.

b) Los aspectos relacionados con la aprobación final por parte de instancias superiores (internas o externas), así como la plasmación que deba llevarse a cabo en documentos públicos e inscripciones registrales, que puede conllevar que haya que renegociar aspectos del negocio que no se incluyeron en su momento.

VIII. LEGAL DESIGN THINKING UNA PERSPECTIVA BÁSICA PARA HACER UN TRABAJO INDIVIDUALIZADO

El último paso que debemos dar en la reconstrucción del asesoramiento jurídico de las empresas públicas es el de la implantación de las técnicas de *design thinking*⁷ para acercar el trabajo jurídico al cliente interno, con la finalidad de que se valore adecuadamente y se pueda percibir no como un obstáculo, sino como una oportunidad. Dicho de otro modo, la perspectiva del *legal design* pone al usuario interno de los servicios jurídicos en el centro del debate, dando un paso atrás en la concepción tradicional de derecho de abogados para abogados, incomprensible para el común de los mortales.

Las técnicas de Design Thinking suponen cambiar la perspectiva desde la que se produce la aproximación al negocio o a la adopción de la decisión. Añadir la perspectiva legal supone configurar elementos que favorecen la relación entre las unidades de negocio y los servicios jurídicos para coadyuvar en la articulación de los negocios.

Desde este punto de vista, la primera idea es la de la empatía, un planteamiento que pone al usuario de los servicios jurídicos en el punto central. Qué quiere hacer y qué sabe de las necesidades jurídicas de su actuación. En este punto, el planteamiento central es el de escuchar, analizar y explicar.

Si el elemento intermedio sigue siendo un problema de articulación de técnicas jurídicas y, por ello, el especialista jurídico es el responsable, en los otros dos momentos lo que se prioriza es la relación. Se escuchan las necesidades, y se explican soluciones y problemas colaborando en la redefinición para conciliar negocio y derecho. Hemos de tener en cuenta que se ha de articular el proceso de decisión de forma transversal y, por ello, todos tienen que estar involucrados: desde los diseñadores del “producto” a los vendedores, pasando por el departamento de marketing, el financiero, el tecnológico y el jurídico. Incluso el de recursos humanos, para percibir si hay perfiles suficientes para llevarlos a la práctica. El derecho bien aplicado genera retos para los demás departamentos de la empresa pública.

En este punto, tradicionalmente, el derecho se ha hecho por especialistas para especialistas. El participante en el proceso de decisión de otros departamentos se puede encontrar ante un texto árido cuya transcendencia no comprende y cuyo vocabulario le haga desistir incluso de su lectura. Por ello, desde la perspectiva del *legal design*, y más allá de lo que establezca el contrato; hay que hacer una perspectiva explicativa que haga ver al integrante de otro departamento, por qué es importante, qué interés aborda y por qué se protegen mejor los intereses de la empresa pública, ya sea evitando riesgos, ya sea mejorando la situación competitiva. Desde este punto de vista, una adecuada

⁷ Sobre el legal design thinking se pueden ver los libros de A. Kohlmeier y M. Klemola, *The Legal Design Book Doing Law in the 21st Century* o el de Hagan, M., *Law by Design*.

comprensión y explicación es el mejor instrumento para la generación de valor y por ello, se insiste mucho en la perspectiva comunicativa en los servicios jurídicos y en el valor de la empatía a que se ha hecho referencia con anterioridad.

Si este es un planteamiento general del *legal by design*, en el ámbito público tiene ventajas añadidas: la perspectiva de la transparencia y la mejora de la gobernanza de las entidades públicas, nos conecta con los principios de eficacia y de servicio objetivo a los intereses generales que está en la base de la actuación del sector público, así como con los objetivos de rendición de cuentas usuales en el ámbito público.

Al mismo tiempo, se ha de transformar en un instrumento para hacer que el ordenamiento jurídico sea más comprensible para la ciudadanía, en aras de una mejor utilización para la materialización de sus intereses. En este punto, en las empresas públicas, proveedoras de servicios a la ciudadanía, hay un amplio campo de trabajo en la definición de cláusulas contractuales comprensibles, petición de consentimientos de protección de datos claras, y estándares de rendimiento adecuados para poder examinar como usuario y ciudadano la eficacia del sector público.

IX. PRIVACY BY DESIGN: LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO EJEMPLO

Uno de los ámbitos jurídicos que se suelen situar en el centro del debate porque se dice que paraliza la actividad del negocio es la protección de datos de carácter personal. El Reglamento General de Protección de Datos (y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) es una norma exigente y que tiene un aparato sancionador bastante estricto que suele situar el debate en si se puede o no hacer algo.

La configuración de modelos de diseño en la articulación jurídica de los negocios es especialmente importante en relación con la protección de datos, cuyo impacto se extiende, además, a relaciones diferentes de la que es objeto de la regulación de su tratamiento.

El RGPD es una norma exigente que no está al alcance del no especialista. De hecho, la necesidad de incorporar desde el inicio al departamento de protección de datos viene porque permitirá superar el miedo de las unidades de negocio de que prohíbe prácticamente todo. La realidad es la contraria: permite muchas cosas aunque exige un trabajo previo de ordenación de los flujos de datos y de asunción de responsabilidades. Con ello, seremos capaces de superar la realidad de que, por miedo, la respuesta del no especialista siempre suele ser NO, antes de que el delegado de protección de datos se lo diga.

Como acabamos de señalar, dejando fuera supuestos extremos, la protección de datos es el ejemplo paradigmático de una actuación hecha de forma modelizada que aúna

protección del usuario y sus datos a la vez que protege la realización del negocio. La clave es el consentimiento: si hay consentimiento del propietario de los datos, habiéndoselo requerido y obtenido correctamente, se puede hacer casi todo. En el momento en que no se pide el consentimiento o se ha hecho de forma muy limitada o genérica, la iniciativa que proviene desde las unidades de negocio para utilizar esos datos personales, se verá frustrada. Por tanto, diseño en la petición y obtención de los datos.

Por ello, en el proceso de toma de decisión hay que pensar muy bien para qué se quieren los datos. La palabra clave, como en todo el *legal design*, es planificación de lo que se quiere hacer, cómo se va a hacer y para qué se va a hacer, poniendo al usuario del servicio en el centro y al cliente interno como arquitecto de una actuación en donde el departamento de protección de datos actúa como cooperador necesario para que la actuación sea posible.

O dicho de otro modo, pensar cuál va a ser la perspectiva de la actividad de la empresa pública en un plazo de cinco años, por ejemplo, para incluir todo aquello que resulte necesario. Y, del mismo modo, si se hace una gestión eficaz de los datos, se puede volver a solicitar el consentimiento de forma eficaz para conseguir el propósito. Todo ello, también con la anticipación suficiente para que el departamento tecnológico de la empresa pueda ir configurando los espacios necesarios para poder recoger los consentimientos. Transversalidad jurídica, de negocio y también tecnológica.

Por ello, hay un deber de transparencia en la petición del consentimiento -solicitado de forma clara y comprensible, explicando finalidades y plazos-, un mandato de cubrir aspectos presentes y futuros. Si el departamento de protección de datos entra al final de cualquier propuesta de negocio, resultará complejo, retrasará el inicio de la actividad y provocará problemas tecnológicos que conducirán a su frustración.

Por ello, insistimos en la idea: si se hace un diseño legal adecuado, la protección de datos no sólo no es una fuente de paralización de la empresa pública sino, por el contrario, un instrumento para ganar en efectividad. Evidentemente, los servicios de protección de datos incluidos en los servicios jurídicos (que deberían separarse de la estructura del Delegado/la Delegada de Protección de Datos, para que pueda cumplir de forma razonable su papel institucional) han de realizar este asesoramiento en las cláusulas que entran en cada uno de los contratos, ya sea en la condición de encargado o de responsable de los datos personales. Y este papel se debe hacer desde la perspectiva del apoyo al negocio: protección de datos y negocio son cuestiones que tienen que ir de la mano con el respeto a la regla del consentimiento y el respaldo de una adecuada tecnología.

X. INVESTIGACIÓN, PROTOCOLARIZACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ACTIVIDAD JURÍDICA

Como se puede ver de las páginas anteriores, no se trata de saber derecho, que hay que saber, sino de saber investigar para dar respuesta a las necesidades de los clientes internos y de la ciudadanía. El mejor valor de los abogados no está en lo que conocen, sino en lo que son capaces de averiguar en cada contexto del negocio que se plantea. En este sentido, la investigación supone introducir al abogado ante realidades que están fuera de su zona de confort, entre otras cosas, porque la actividad de la empresa pública también tiene que ser disruptiva.

Partiendo de los elementos que proporciona el ordenamiento jurídico, que no prevé todas las situaciones, hay que proporcionar esa respuesta que se facilita al departamento interno. Esto es, el abogado interno tiene un papel de investigador, que es especialmente significativo en los casos de la diversificación de los negocios de la empresa pública.

Para la dirección de los servicios jurídicos, el valor de la investigación y de la incorporación de nuevos retos nos conduce también a la investigación en la ordenación del trabajo y en la creación de protocolos internos que faciliten el trabajo del cliente interno y den tranquilidad jurídica a la empresa. No es un ámbito en el que se pueda estar estático, sino que la proactividad es un requisito para el éxito.

Disponer de una estructura organizativa adecuada permite un conocimiento exhaustivo del funcionamiento de los servicios jurídicos, de los tiempos de respuesta en función de la dificultad del asunto y del éxito que tenga en los procedimientos contenciosos, que deben ser analizados como un elemento más de la cuenta de resultados de la empresa pública.

Posiblemente, en los tiempos de desarrollo de la Inteligencia Artificial, es preciso aprovechar todas sus funcionalidades a la hora de facilitar el trabajo interno en la propia asesoría jurídica y mejorar los procesos de interacción con los departamentos operativos. Pero esto requiere conocimiento (de la dirección de los servicios jurídicos y de sus integrantes) y disponer de tecnologías adecuadas, para lo que es necesario una gran vinculación con el Departamento de IT de la compañía.

XI. LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS: TRANSVERSALIDAD Y REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ACCESO AL EMPLEO JURÍDICO-PÚBLICO

Si, como se ha visto en las páginas anteriores, se está planteando una redefinición de la forma en la que se realiza el asesoramiento jurídico en el sector público, esto tiene una consecuencia organizativa relevante en cómo se transforman los órganos encargados de prestarlos.

Los órganos jurídicos suelen ser vistos con prevención por el resto de la organización. Por ello, el primer paso de la organización del trabajo es dejar de ser reactivo para pasar a ser proactivo, integrándose en el funcionamiento cotidiano de la empresa pública. No basta con esperar sentados la petición de informe. Los servicios jurídicos constituyen un elemento más del negocio y por tanto su gestación, negociación, redacción y ejecución son también cosa nuestra. Y esto exige capacidad de liderazgo para incluirse en aspectos que hasta ahora parecían vedados.

Esta idea es también una razón para impulsar los gabinetes jurídicos in house y limitar lo más posible la externalización de servicios jurídicos. Hay un intangible de conocimiento de la empresa, del negocio y de sus peculiaridades que el abogado externo no suele estar en condiciones de facilitar. Y, además, de todo ello, no podemos caer en el error de que los servicios jurídicos de la empresa pública no se enriquezcan del know-how que deriva de un trabajo constante y diverso en sus planteamientos y fórmulas jurídicas aplicables.

Disponer de servicios jurídicos de calidad supone transformar el perfil del abogado para que sea capaz de trabajar con el cliente interno. Una transformación que requerirá, en condiciones normales, una formación continua no sólo en conocimientos jurídicos sino también en técnicas de relación, comunicación y convencimiento al cliente interno; poniendo, al mismo tiempo, en valor el trabajo que se realiza. Y a todo ello, los responsables de los servicios jurídicos deben aunar liderazgo, organización y pensamiento analítico. Esto es, la formación debe alcanzar aspectos que están más allá del derecho.

Los equipos jurídicos son también transversales, y deben cubrir todos los ámbitos de funcionamiento de la empresa pública: hay que valorar la especialización del abogado porque es la forma de proporcionar calidad al trabajo que desempeñan. Desde este punto de vista, no vale tener “un abogado para todo”, porque eso no aporta valor, ya que no estará preparado para dar todas las respuestas ni a ser propositivo. Y desde luego, no vale cualquier experiencia profesional previa para acceder al empleo jurídico-público. Porque, más allá del líder jurídico de cada proyecto, hay necesidad de contar con especialistas en derecho fiscal, laboral, de contratación pública o de derecho mercantil, que den forma a la parte jurídica de cada proyecto, con el foco puesto en el interés de la empresa alineado con el interés general.

Tomando el ámbito de la contratación pública, se aprecian carencias a la hora del uso de los contratos típicos y atípicos; de darse cuenta de que no todo contrato del sector público es un contrato público, de que existen formas novedosas de proveer obras, servicios y suministros, que van más allá del procedimiento abierto y de los contratos menores.

En definitiva, la formación es una vertiente de la profesionalización que resulta imprescindible. Resulta interesante destacar cómo ciertos perfiles de otras direcciones

corporativas pueden sostener un asamblearismo jurídico popular derivado de su desconocimiento del Derecho, que termina por generar dinámicas tóxicas en el funcionamiento de la empresa, repercutiendo en la eficacia y eficiencia de los servicios jurídicos. Dinámicas que son complejas de resolver adecuadamente si el “bulo” ha recorrido más espacio de la cuenta. Tampoco es necesario que se haga con mala fe. A veces emerge porque, aunque no exista una carrera profesional jurídica desde la que analizar un asunto, se estudió Derecho en la juventud y eso parece suficiente; otras veces porque parece que con el solo hecho de saber leer un precepto de cualquier Ley, las consecuencias jurídicas ya se presuponen, olvidando que el conocimiento del Derecho sólo es posible cuando se conoce el sistema jurídico completo, de forma conectada.

Y, del mismo modo, hace falta tener integrantes de los servicios jurídicos más jóvenes y otros de mayor experiencia para poder realizar un trabajo eficaz y eficiente (y al mismo tiempo, dar respuesta a la movilidad laboral).

Por último, descentralizar los servicios jurídicos para integrarlos en cada uno de los departamentos de la empresa y situarlos fuera del ámbito de la dirección de servicios jurídicos supone un empobrecimiento del asesoramiento legal (al dificultar la objetividad e imparcialidad que permite el asesoramiento desde el departamento jurídico), se pierde el potencial que resulta de mantener una unidad de criterio para determinados asuntos clave, hace perder sinergias y genera inseguridad jurídica en la empresa por la disparidad de criterios aplicados y la falta de control sobre los mismos. En la empresa pública esto cobra mayor importancia, puesto que los servicios jurídicos suelen depender del Secretario General y del Consejo, que es el responsable jurídico de la empresa pública, por lo que cualquier criterio jurídico fuera del departamento jurídico que dirige, termina por comprometer su propia responsabilidad como garante jurídico de la entidad.

XII. REFLEXIONES FINALES

Las páginas anteriores ilustran un aspecto poco conocido de las empresas públicas, el de sus servicios jurídicos internos. Pese a lo que percibe el imaginario colectivo sobre ellos, en un momento como el actual, de cambio e incertidumbre, deberían estar alejados del inmovilismo, en una evolución incesante, al amparo de nuevas necesidades, de la incorporación de nuevas formas de actuar, y de la incorporación de nuevas tecnologías.

Cuando se produce el cambio, éste nunca es lineal ni es para siempre. Es cuestión de cómo se organicen las empresas públicas. Pero desde las direcciones generales no se debe observar el mundo jurídico interno como algo ajeno al funcionamiento cotidiano, meramente reactivo. Si se actúa así, se desaprovecha su fuerza transformadora y la empresa pública se empobrece.

Las empresas públicas son organizaciones que, como país, nos tenemos que creer para que cumplan con el papel que les proporciona el texto constitucional. Es envidiable lo que ocurre en otros países de nuestro entorno. Y esto requiere que sus departamentos internos crezcan en contextos complejos, de globalización y muy competitivos, con una necesidad constante de reinventarse en los productos que se ofrecen y en los sectores que cubren.