



**INFORME DE LEGALIDAD RELATIVO AL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE
AUTORIZA LA CREACIÓN DE LA SOCIEDAD PÚBLICA AGENCIA VASCA DE
INTERNACIONALIZACIÓN / BASQUE TRADE AND INVESTMENT, S.A. Y LA
PARTICIPACIÓN EN LA MISMA DE LA SOCIEDAD PARA LA TRANSFORMACIÓN
COMPETITIVA - ERALDAKETA LEHIAKORRERAKO SOZIETATE, S.A.**

107/2017 DDLCN - IL

I. INTRODUCCIÓN

Por la Sociedad para la Transformación Competitiva-Eraldaketa Lehiakorrerako Sozietaatea, S.A. (SPRI), con fecha 12 de septiembre de 2017, se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo, a través del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, la emisión del preceptivo informe de legalidad en relación con el proyecto de Decreto de referencia.

El presente informe se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.1.h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos.

En conexión con lo anterior, el artículo 14.1.c) del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, es habilitador de la competencia para la emisión del presente informe, ya que dicho artículo asigna a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo el control interno de legalidad de, entre otros, los proyectos de disposiciones reglamentarias de contenido normativo que no estén reservados a la Comisión Jurídica de Euskadi.

Además, procede hacer una expresa referencia a lo dispuesto en el artículo 11.1.e) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, que incluye ahora entre los asuntos que se asignan al Servicio Jurídico Central para la emisión del correspondiente informe de legalidad **los de creación y extinción, así como la adquisición y pérdida de participación en las empresas públicas, consorcios, fundaciones y demás entes públicos en los que participe la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi**. Precisa el apartado citado que el informe en estos casos examinará además con carácter general el acto que concierne a la entidad y, en particular, el proyecto de sus respectivos estatutos o la afección que se pretenda a los mismos.

Señalado lo anterior debe dejarse constancia que no se considera preceptiva la consulta y el consiguiente dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, ex artículo 3.1 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre. En ese sentido, cabría señalar que, pese a que no se discute el carácter de disposición reglamentaria del proyecto de Decreto tramitado, el componente principal del proyecto es organizativo, por lo que quedaría el proyecto fuera del ámbito de actuación de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, fundamentando dicha conclusión en los pronunciamientos realizados por dicho órgano consultivo al respecto, en los que viene señalando que su competencia se circunscribe a los reglamentos denominados ejecutivos.

II. ANTECEDENTES Y DOCUMENTACIÓN REMITIDA

El proyecto remitido tiene por objeto la creación de la Sociedad Pública Agencia Vasca de Internacionalización / Basque Trade and Investment, SA, cuyo único socio será la Sociedad para la Transformación Competitiva-Eraldaketa Lehiakorrerako Sozietatea, SA.

Un primer antecedente de este proyecto lo constituye, como así se reconoce en su parte introductoria, la Estrategia marco de Internacionalización de Euskadi 2020. Estrategia Basque Country, aprobada por Acuerdo de Consejo de Gobierno en fecha 8 de abril de 2014. En base a citado documento el Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras aprobó el Plan de Internacionalización Empresarial 2017/2010, que no obra en el expediente remitido a esta Dirección, cuyo eje estratégico número 6 es la Reorganización Institucional de los activos de internacionalización en el ámbito del citado Departamento, como así se precisa la memoria descriptiva departamental.

El esquema institucional existente en este momento en el ámbito de la internacionalización es el siguiente:

- La Dirección de Internacionalización, adscrita a la Viceconsejería de Industria, a la que se la asignan una serie de funciones públicas en el área de internacionalización, de conformidad todo ello con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 74/2011, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras. Esta previsión organizativa trae causa, a su vez, en lo establecido en la letra d) del artículo 7.1 del Decreto 24/2016, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de los mismo, que asigna al citado Departamento, entre otras, el área de Internacionalización y Competitividad empresarial.

- La Sociedad para la Transformación Competitiva-Eraldaketa Lehiakorrerako Sozietatea, S.A., que pese a que no se encuentra mencionada de forma expresa la “promoción de la internacionalización de las empresas” en sus Estatutos, cuando determinan el objeto de la misma, en la actualidad sí cuenta con un área de Internacionalización. Esta Sociedad Pública se creó por Ley 5/1981, de 10 de junio, sobre “Creación de la Sociedad para la Promoción y Reconversión Industrial” (modificada parcialmente por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011). En todo caso, en la letra b) del artículo relativo al objeto de la sociedad (*Fomentar la creación de nuevas empresas, así como la expansión de las ya establecidas*) encuentran cabida las actuaciones a realizar en el ámbito de la internacionalización empresarial, que justifican así la existencia hasta ese momento de la citada estructura en esa área.

- La Sociedad Pública USA Basque Trade and Investment, cuya creación fue autorizada por Decreto 196/2017, de 18 de julio. En todo caso, además de la confusión que podría surgir por la similitud de denominaciones, más destacable resulta el posible solapamiento de actuaciones de ambas sociedades que se podría producir, al menos, en Estados Unidos.

En cuanto a la tramitación realizada, procede constatar que el Departamento promotor de la iniciativa no ha considerado que dicha tramitación debía de acogerse a lo dispuesto en la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, de Elaboración de Disposiciones de Carácter General, sin que se

hayan explicitado sin embargo las razones que fundamentan dicha opción. En todo caso, pese a ser un reglamento de carácter organizativo el proyecto tiene, en nuestra opinión, la naturaleza de disposición general, y como consecuencia de ello, debía haberse aplicado la citada Ley 8/2003. Esta observación no desmerece sin embargo la documentación obrante en el expediente, que resulta suficiente para emitir el presente informe de control de legalidad. En todo caso, sin perjuicio de la audiencia previa al personal directamente que pudiere verse afectado y que no consta en el expediente, debería haberse efectuado también consulta previa a los representantes del personal en cuanto que la disposición tiene incidencia, directa o indirecta, en las condiciones de trabajo del personal que desempeña tareas en el área de la Internacionalización empresarial.

III. LEGALIDAD

Como ya se ha señalado anteriormente, el informe de legalidad que debe emitirse no se limita al proyecto de Decreto, sino que ha de extenderse tanto al acto que concierne a la entidad como, en particular, al proyecto de sus respectivos estatutos o la afección que se pretenda a los mismos. En ese sentido, se han incluido en el expediente remitido la certificación del Acuerdo de Consejo de Administración de la Sociedad Promotora de la iniciativa, de fecha 27 de junio de 2017, así como el proyecto de estatutos de la nueva sociedad. Por todo ello, procede efectuar las consideraciones siguientes:

1. Examinaremos en primer lugar el objeto principal del proyecto de Decreto tramitado, que no es otro que la autorización de la creación de la nueva sociedad anónima. Esta expresión que encontramos en el título del Decreto proyectado nos parece más acertada que la recogida en su artículo 1, que hace mención de forma directa a la “creación” de la nueva sociedad, y todo ello en base a las razones que expondremos a continuación.

Así, dado que la nueva sociedad a constituir tiene el carácter de una sociedad pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, hay que acudir de entrada a lo establecido en el artículo 20.3 del mismo texto normativo, para ratificar la necesidad de un Decreto de

Gobierno para la creación de una sociedad pública que ha de integrarse en el Sector Público de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

No procede en el presente trámite, sin embargo, profundizar en la expresión “entes institucionales” contenida en el mencionado artículo 20.3, porque esta cuestión para el caso de la SPRI viene solventada por lo dispuesto en el artículo 4.2 de su Ley 5/1981, de 10 de junio, que establece que *la sociedad podrá participar en el capital social de empresas de particular interés y desarrollar las actividades integrantes de su objeto social total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico, o que constituya parte del objeto de la sociedad o sea análogo al mismo. Todas estas actuaciones quedan **sometidas a la previa autorización del Gobierno Vasco y a las condiciones que en cada caso se determinen.***

Por consiguiente, es la autorización del Gobierno Vasco la que se articula en el proyecto de Decreto por lo que, en base a la argumentación realizada, debería modificarse el artículo primero del mismo, para incluir la expresión “se autoriza la creación”.

Otro aspecto relevante aparece vinculado a la mención que se efectúa en la Ley de creación a las “condiciones” que en cada caso se determinen, de modo que la autorización del Gobierno Vasco no ha de limitarse a autorizar a la SPRI a la creación de una sociedad mercantil, sino que tal previsión normativa le habilita para establecer y determinar una serie de requisitos que han de ser tenidos en cuenta por la sociedad promotora. De forma complementaria, habida cuenta que el Acuerdo inicial del Consejo de Administración de la SPRI es excesivamente genérico, se recomienda la adopción de un segundo Acuerdo de su Consejo de Administración para precisar todos los trámites a realizar para la creación de la nueva sociedad pública, incluido el de la aprobación formal de los Estatutos de la misma.

En relación con lo anterior, la autorización prevista para la creación de la sociedad no puede extenderse a lo dispuesto en el artículo sexto del proyecto, porque o bien es una mera reiteración de la genérica autorización que ha de contener el artículo 1, o es un ejercicio excesivo de tutela que anula la autonomía de una sociedad, que siendo pública, su capital no está en la actualidad en manos, en su totalidad, del Gobierno Vasco, pese a su adscripción al Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, por lo que en nuestra opinión dicho artículo debe suprimirse. Sobre esta cuestión cabe subrayar que el artículo 116 de la Ley

40/2015, de 1 de octubre, diferencia las sociedades públicas (sociedades mercantiles estatales) cuyo capital corresponde íntegramente a la Administración General del Estado o del organismo público que sea titular de su capital, de aquéllas otras en las que no se da esa circunstancia.

2. Sobre los Estatutos de la nueva sociedad, además de lo ya mencionado hasta este momento, ha de entenderse que si en el presente trámite han de ser informados dichos Estatutos, porque así lo exige el artículo 11.1.e) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, la consecuencia lógica de todo ello es que en el expediente se incluya el proyecto de Estatutos, como así se ha hecho, sin perjuicio de la normativa mercantil de aplicación para su definitiva aprobación. En particular debemos hacer hincapié en las siguientes cuestiones:

a) Debemos comenzar haciendo una previa observación a lo establecido en el artículo 1 de dichos Estatutos, ya que cuando se hace referencia a la normativa aplicable debería recogerse de forma expresa lo establecido en el artículo 22 del texto refundido de los Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, que señala que *las sociedades públicas se regirán, en relación con las materias propias de la Hacienda General del País Vasco, por las disposiciones referentes a las mismas que el sean de expresa aplicación, y, en el que no las contradigan, por el Derecho privado*. Hay que observar, además, que, aunque de forma escueta, en el artículo quinto del proyecto **sí** se hace referencia a las disposiciones aplicables a las Sociedades Públicas.

b) Otro aspecto a destacar es la previsión contenida en el artículo 3.2 de los Estatutos, mediante la cual se prevé que la nueva sociedad pueda participar en el capital social de empresas de particular interés y en las condiciones que en cada caso se determinen. Lógicamente, además de la autorización prevista en el artículo 110.1 del texto refundido de la Ley de Patrimonio de Euskadi, podría suceder que el capital de participación en las nuevas sociedades superase el 50% lo que convertiría a su vez a las sociedades participadas en sociedades públicas, de tercera generación, lo que conllevaría una estructura excesivamente alambicada, sin olvidar los trámites procedimentales necesarios para su creación. Podría haberse planteado, una dependencia directa de la nueva sociedad respecto de la Administración General, sin intercalar en medio otra sociedad pública (SPRI), lo que hubiese simplificado la estructura que se podría generar, o incluso el haber valorado la posibilidad de utilizar una entidad pública de naturaleza diferente. No ha de olvidarse, como señala la propia memoria descriptiva,

que en la Administración del Estado se ha constituido en este ámbito un ente público de derecho privado.

c) Finalmente, se faculta a la nueva sociedad a abrir sucursales, delegaciones, oficinas de representación fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, lo cual, en primer lugar, aparece relacionado con la actual red exterior de la SPRI. Sobre esta cuestión, la memoria justificativa hace una valoración crítica de la situación de la misma, tanto en cuanto a la precariedad en el soporte jurídico de dicha representación exterior, como en las contrataciones de los recursos humanos en dicha red. En todo caso, la nueva sociedad pública se subrogaría en todas las relaciones jurídicas existentes de las que es titular la SPRI, de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional cuarta, de modo que sería necesario examinar en profundidad la actual situación para poder evaluar la dimensión de dicha problemática.

Paralelamente a lo anterior, deberían examinarse las fórmulas existentes de colaboración de la Red Exterior de la SPRI con las Delegaciones en el exterior adscritas a la Lehendakaritza (Delegación de Euskadi para la Unión Europea, Delegación de Euskadi en Argentina-Mercosur, Delegación de Euskadi en Chile, Perú y Colombia, Delegación de Euskadi en Estados Unidos y Delegación de Euskadi en México), ya que en el supuesto de que existiesen convenios o acuerdos en este ámbito, la nueva sociedad se subrogaría en los mismos.

3. Las Disposiciones Adicionales, recogidas en el último texto remitido por el Departamento promotor de la iniciativa, tienen como objeto establecer los trámites y procedimientos necesarios para el inicio de las actividades de la nueva sociedad, donde no se oculta, sin mayores concreciones, el trasvase a ésta de medios humanos y materiales desde la Dirección de Internacionalización del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras y desde el área de Internacionalización de la Sociedad la Sociedad para la Transformación Competitiva-Eraldaketa Lehiakorrerako Sozietatea, S.A. (SPRI). También se prevé la novación subjetiva en favor de la nueva sociedad en las relaciones jurídicas existentes en ámbitos como los contratos o los convenios suscritos bien por el Departamento de la Administración General bien por la Sociedad Pública Promotora de la creación de la nueva sociedad. Además, el apartado 3 de la Disposición Adicional cuarta establece un régimen transitorio que no se limita a los expedientes de contratación sino que se extiende a los expedientes subvencionales en tramitación.

Sobre todo la articulación de los trámites a realizar para la puesta en actividad de la nueva sociedad las observaciones a realizar son las siguientes:

a) La Disposición Adicional primera, respecto del inicio de actividades de la nueva sociedad, se limita a reproducir lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Sociedades de Capital, que dispone que las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura pública.

Paralelamente se deberán realizar, a los efectos de que ese inicio de actividades sea efectivo, las actuaciones necesarias para asignar a la nueva sociedad el personal necesario para ello. En cuanto al personal proveniente de la empresa pública promotora, en régimen laboral, se habrá de estar a lo dispuesto en el artículo 44 y correlativos del Estatuto de los Trabajadores (actual texto refundido).

Por su parte, del proyecto remitido también se desprende la posibilidad de que algunas personas del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, incluso con relación funcional, puedan desarrollar sus actividades en la nueva sociedad. Por si ello fuera así, el proyecto que se somete a informe prevé que, mediante Decreto, habrá de modificarse la estructura orgánica del citado Departamento y también las relaciones de puestos de trabajo correspondientes, para adecuarlas de este modo al nuevo diseño organizativo previsto. En todo caso, no consta en el expediente remitido que se hayan iniciado trámites con ese objeto.

Lo que sí recoge el Decreto de forma minuciosa y pormenorizada, en su Disposición Adicional segunda, es el procedimiento para la integración del personal procedente de la Administración General en la nueva Sociedad pública, el cual únicamente se pondría en marcha si paralelamente se tramitasen los Decretos correspondientes a las modificaciones estructurales antes señaladas. El citado procedimiento viene avalado por la Dirección de Función Pública en su informe de septiembre de 2017, si bien debemos insistir que sólo se activaría con la aprobación de los Decretos modificadorios de las estructuras y relaciones de puestos de trabajo antes mencionados, todo ello en el ejercicio de las potestades de autoorganización que corresponden a esta Administración.

b) En cuanto a la subrogación en los contratos actualmente suscritos procede hacer una observación relacionada con la subrogación en los contratos en vigor suscritos por el

Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, ya que el régimen administrativo de los mismos, y no privado, podría constituir una barrera infranqueable para que la titularidad de los mismos pasase a una sociedad mercantil pública, que no tiene la consideración de Administración Pública, aunque sí se considera Sector Público a estos efectos en la Ley de Contratos del Sector Público.

Por lo demás, no se realiza observación alguna a la posibilidad de que el acta de entrega sea única, si bien en la misma, además de los contratos o convenios, podrían incluirse, si fuere necesario, la adscripción a la nueva sociedad de determinados medios materiales.

c) Sobre el apartado 3 de la Disposición Adicional cuarta que recoge, como hemos señalado, un régimen transitorio, la observación que hemos realizado en relación con la subrogación de los contratos que adjudique la Administración General habría que extenderla a los expedientes subvencionales. Debe advertirse, en relación con dicha observación, que la ejecución de los expedientes subvencionales exige el ejercicio de una serie de prerrogativas públicas (control, reintegro...) de los que carece la nueva sociedad públicas, que actuará en el ámbito privado. Hay que advertir, además, que no se prevé que la nueva sociedad pública conceda subvenciones en los términos previstos en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

4. El apartado 2 de la Disposición Adicional primera del proyecto incluye una previsión de índole presupuestario que se fundamenta a su vez en lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Régimen Presupuestario de Euskadi. Ahora bien, la singularidad en este caso es que los Presupuestos de capital y explotación, así como el Plan cuatro años, ya están incluidos en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2017, lo que haría en nuestra opinión innecesaria la inclusión de tal previsión en el Decreto proyectado.

Podría tener sentido, sin embargo, si el inicio de actividades se produjese en 2018 y no hubiese previsión ninguna en los Presupuestos Generales para el próximo ejercicio.

Sin perjuicio de todo lo anterior, procede traer a colación lo establecido en el Decreto 82/1992, de 7 de abril, por el que se establece el contenido de la documentación general necesaria para la creación de las Sociedades Públicas pertenecientes a la Administración

Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV nº 87, de 11 de mayo de 1992). Sobre esta cuestión, examinado el expediente remitido, debemos concluir que el Departamento promotor de la iniciativa no ha atendido en su totalidad a lo dispuesto en el citado Decreto, lo que ha de ser objeto de subsanación.

5. Lo que sí se ha fundamentado de forma adecuada por el Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras ha sido la necesidad de integrar en una sola entidad todas las actuaciones en el área de la internacionalización, que hasta este momento se encuentran dispersas.

Así, la memoria justificativa departamental señala que con la creación de la nueva entidad se hará efectiva la integración de todos los recursos públicos disponibles bajo una dirección única.

En todo caso, este planteamiento de integración queda empañado notablemente con la previsión contenida en el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2018, ya que en el mismo se contempla la modificación de la naturaleza jurídica de la Sociedad para la Transformación Competitiva-Eraldaketa Lehiakorrerako Sozietatea, S.A, para convertirla en un Ente Público de Derecho Privado. Examinado, por tanto, el citado anteproyecto, se comprueba que entre las funciones que se asignan al nuevo ente se incluyen el *de impulsar y consolidar el sistema de apoyo público a la internacionalización de las empresas vascas, apoyando la implantación de empresas vascas en el exterior*. De esta forma, en el supuesto de aprobarse tal previsión, se rompería la integración pretendida y como consecuencia de ello perdería sentido la justificación principal para constituir una nueva estructura organizativa, máxime cuando esta iniciativa puede apartarse del mandato de austeridad y aplanamiento de estructuras contenido en la Disposición Final primera del Decreto 24/2016, de 24 de noviembre, del Lehendakari.

Por otra parte, no hay que olvidar que la naturaleza del nuevo ente público posibilitaría el ejercicio, junto con el sometimiento de su actividad al Derecho privado, de potestades administrativas. Por ello, de mantenerse entre sus funciones el apoyo público a la internacionalización de las empresas, las observaciones en este informe sobre integración de medios humanos y sobre la subrogación en relaciones jurídicas actualmente existentes podrían verse alteradas.

IV. CONCLUSIÓN

Este es el informe de legalidad que emitimos en relación con el Proyecto de Decreto tramitado, poniendo especial énfasis en las observaciones formuladas a lo largo del mismo, y sometiénolo expresamente a cualquier otro mejor fundado en Derecho.