

CONCEPTOS, TIPOS Y REGULACIÓN DE LAS SPIN-OFFS EN LA LEGISLACIÓN UNIVERSITARIA Y CIENTÍFICA Y POR LAS PROPIAS UNIVERSIDADES

MARINA AGUILAR RUBIO

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario

CARLOS VARGAS VASSEROT

Catedrático de Derecho Mercantil

Capítulo segundo quinto del Libro titulado ***Régimen jurídico de las spin-offs universitarias e incentivos fiscales a la I+D e IT. Análisis de urgencia y crítico tras la reforma de la Ley de la Ciencia y la aprobación del proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario***

© Marina Aguilar Rubio y Carlos Vargas Vasserot

© CIDES-UAL

Depósito legal: AL 2010/2022

ISBN: 978-84-09-47418-9

Primera edición: diciembre de 2022

Este trabajo es uno de los resultados del Proyecto de I+D+i UAL-SEJ-C2085, financiado la Consejería de Transformación Economía, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía y FEDER (“Una manera de hacer Europa”), titulado “Innovación social corporativa desde el Derecho y la Economía”, concedido al Centro de Investigación CIDES de la Universidad de Almería.



SUMARIO:

<u>CONCEPTOS, TIPOS Y REGULACIÓN DE LAS SPIN-OFFS EN LA LEGISLACIÓN UNIVERSITARIA Y CIENTÍFICA Y POR LAS PROPIAS UNIVERSIDADES</u>	52
1. <u>ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA: EMPRESA DE BASE TECNOLÓGICA, ENTIDADES BASADAS EN EL CONOCIMIENTO Y SPIN-OFFS</u>	53
2. <u>ORIGEN Y TIPOS DE SPIN-OFFS</u>	57
3. <u>LA REGULACIÓN DE LAS SPIN-OFFS EN LA LEGISLACIÓN UNIVERSITARIA Y CIENTÍFICA Y EN LA NORMATIVA DE LAS UNIVERSIDADES</u>	59
4. <u>LAS EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA EN LA LEY 6/2001 ORGÁNICA DE UNIVERSIDADES Y EN SU NORMATIVA DE DESARROLLO</u>	65
4.1. <u>Excedencia temporal para incorporarse a una empresa de base tecnológica</u>	67
4.2. <u>Exención parcial del régimen de incompatibilidades por participar en una empresa de base tecnológica</u>	69
5. <u>LAS EMPRESAS INNOVADORAS DE BASE TECNOLÓGICA EN LA LEY 2/2011 DE LA ECONOMÍA SOSTENIBLE</u>	73
6. <u>DE LAS EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA EN LA LEY 14/2011 DE LA CIENCIA, LA TECNOLOGÍA Y LA INNOVACIÓN ORIGINAL A LAS ENTIDADES BASADAS EN EL CONOMIENTO TRAS LA LEY 17/2022</u>	74
7. <u>LAS ENTIDADES O EMPRESAS BASADAS EN EL CONOCIMIENTO DEL PROYECTO DE LEY DEL SISTEMA UNIVERSITARIO DE 2022. CRÍTICA CONSTRUCTIVA A LA DEFECTUOSA REGULACIÓN PREVISTA</u>	80
7.1. <u>Exclusiva referencia a la creación de spin-offs creadas o participadas por las universidades</u>	83
7.2. <u>Exclusiva referencia a la participación y creación por las universidades de entidades de naturaleza públicas</u>	88

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTOS, TIPOS Y REGULACIÓN DE LAS SPIN-OFFS EN LA LEGISLACIÓN UNIVERSITARIA Y CIENTÍFICA Y POR LAS PROPIAS UNIVERSIDADES

1. ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA: EMPRESA DE BASE TECNOLÓGICA, ENTIDADES BASADAS EN EL CONOCIMIENTO Y SPIN-OFFS

La constitución o participación en sociedades por parte de las universidades y otros organismos públicos de investigación alcanza verdadero interés, con peculiaridades jurídicas propias, cuando se utilizan como mecanismo de valorización y transferencia de los resultados de investigación que se desarrollan en su seno. En Estados Unidos, cuna de la creación de empresa por científicos e investigadores, al menos con los caracteres actuales, no hay uniformidad terminológica, siendo junto a la acepción *spin-off*, que hace referencia al proceso de creación de una sociedad subsidiaria en el seno de una organización matriz, muy común en los ámbitos académicos la de *start-up*, que hace hincapié en su juventud y la capacidad de crecimiento de la empresa por su carácter tecnológico e innovador. En Gran Bretaña, en cambio, se utiliza más el término *spin-out*, insistiendo en la salida e independencia de la empresa que se crea de la institución de la que se desprende.

En España, hasta hace poco, era más común el uso del término de *empresa de base tecnológica* (EBT) para referirse a las empresas que tienen como fin explotar nuevos productos o servicios a partir de resultados de investigación científica y tecnológica generados en centros u organismos, que había sido el término que con carácter general había adoptado el legislador español para referirse a esta forma de emprendimiento universitario, como ocurrió en la Ley 6/2001 Orgánica de Universidades, en la Ley Orgánica 4/2007 por la que se modifica la LOU y, en un principio, en la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. En cambio, sin ningún criterio aparente, la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, que se publicó apenas cuatro meses después de la LCTI, utilizó una nueva acepción para la misma realidad (*empresa innovadora de base tecnológica*).

El término legal de EBT ha sido desde hace tiempo criticado en cuanto que parece excluir a las empresas cuya base sea la explotación de un conocimiento científico en otras áreas de investigación distintas a las puramente tecnológicas. Pues bien, con

ocasión de la reciente modificación de la LCTI a través de la Ley 17/2022, se ha sustituido en aquella norma la denominación de EBT por la de *entidades basadas en el conocimiento* (se cita EBC), para dejar claro que tienen cabida las iniciativas empresariales surgidas de investigaciones científicas en los campos de las ciencias sociales y humanidades como pueden ser las jurídicas y económicas que, con una interpretación restrictiva del concepto de *tecnología* quedaban fuera del ámbito de las EBTs y, además, admitir que las spin-offs puedan tener una forma jurídica distinta a las sociedades mercantiles. Para complicar más las cosas, en el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario de 2022, se habla de *entidades o empresas basadas en el conocimiento*, como si las empresas no fueran entidades, mientras que en la reciente Ley 28/2022 de fomento del ecosistema de las empresas emergentes se refiere a estas entidades como *empresas de base tecnológica spinoff* originadas en las universidades (art.18)

Además, ya fuera del ámbito legal, el término de EBT se usa también en el ámbito empresarial y administrativo para calificar a entidades innovadoras cuyos resultados tecnológicos suponen un avance en la obtención de nuevos productos, procesos o servicios, o la mejora sustancial de otros ya existentes. Otras veces, insistiendo en la necesidad de desarrollar proyectos de I+D propios, se habla de EBT como empresas cuya actividad se centra en la explotación de productos o servicios que requieran el uso de tecnología o conocimientos desarrollados a partir de su propia actividad investigadora o su carácter innovador, hablándose, en ocasiones, de *empresas innovadora de base tecnológica* (EIBTs).

Por ejemplo, la Asociación Nacional de Centros Europeos de Empresas e Innovación (ANCES), que tiene delegaciones en todas las Comunidades Autónomas, desde el año 2004 concede a las empresas evaluadas la *Marca EIBT* si demuestran su potencialidad como proyecto innovador ante diferentes agentes inversores, instituciones concedentes de ayudas o posibles *partners*. Desde el sector público, el uso del término también es usual para la concesión de ayudas a proyectos empresariales que requieren el uso de tecnologías o conocimientos desarrollados a partir de la actividad investigadora y en los que la estrategia de negocio se base en el desarrollo de la tecnología, como ocurre, por ejemplo, con las ayudas NEOTEC del CDTI que desde el

2002 concede para la puesta en marcha de EBT o las que concede la Comunidad para el desarrollo de jóvenes EIBTs desde 2018 (Orden 2960/2017, de la Consejería de Educación e Investigación). Estas EBTs o EIBTs, en las que su base tecnológica no se encuentra en investigaciones académicas o universitarias, no pueden ser calificadas de spin-offs o EBTs académicas.

En cualquier caso, es un hecho que en la actualidad el uso de la acepción spin-off se ha generalizado bastante y se observa, en particular, como en los documentos que edita la CRUE (Conferencia de Rectores de Universidades Españolas) sobre los datos de transferencia ya no se habla de EBT como se hacía hace unos años, sino de spin-offs (CRUE, 2019 y 2020). Pero si, como hemos visto, el término EBT no sirve por sí solo para definir a las empresas creadas con la participación directa o indirecta de universidades para la explotación de las capacidades científicas de sus miembros, lo mismo pasa con el de *spin-off*, que hace referencia al proceso de creación de una sociedad subsidiaria en el seno de una organización matriz y que engloba una gran variedad tipológica. Las spin-offs, teniendo en cuenta la naturaleza de la organización matriz, se clasifican en *empresariales o corporativas* (creadas en el seno de otras empresas) e *institucionales* (que surgen de entidades público o privadas dedicadas a la investigación). Las spin-offs institucionales a su vez se pueden clasificar en *no universitarias* (por ejemplo, las que nacen en parques científicos tecnológicos o de agencias estatales de investigación, como es el CESIC) y *universitarias*, cuando surgen en universidades.

Aunque pueden surgir spin-offs de otros organismos públicos de investigación e incluso de grandes empresas, lo normal, al menos en España donde la inmensa mayoría de la investigación se hace en las universidades públicas, es que aquéllas tengan un origen universitario. Son, por tanto, empresas que pueden ser creadas por profesores universitarios, investigadores, miembros de grupos de investigación o por la propia institución universitaria, cuyo objeto social tiene como base el conocimiento, la tecnología o la innovación generada por la propia actividad investigadora universitaria.

Pero en este ámbito universitario, junto a las spin-offs creadas con la participación activa de profesores e investigadores que trabajan en la institución, tenemos a las empresas constituidas por egresados o estudiantes de la universidad con apoyo de ésta

(*graduate spin-off*) pero sin ninguna vinculación, ni tecnológica ni de personal, con la institución académica distinta a la participación de programas de apoyo a su constitución como empresas y que es una faceta distinta del emprendimiento universitario al que nosotros nos vamos a referir a lo largo del estudio, pero que cada vez está tomando mayor relevancia. Muestra de ello es la previsión que contiene la disposición adicional 5.ª de la Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, conocida como Ley de startups, que contiene las notas esenciales del régimen de las *startup de estudiantes*.

Como también es distinta la constitución de empresas por las universidades para externalizar algunos de los servicios que ofrecen a estudiantes o al público en general (*merchandising* de la universidad, explotación de servicios deportivos o de servicios médicos, por poner algunos ejemplos relevantes). Por tanto, tampoco el término de *spin-off universitaria* es suficientemente preciso para concretar las empresas conformadas por profesores e investigadores universitarios para explotar los resultados de sus investigaciones.

Pero si el término *spin-off* refleja bien el necesario proceso de disgregación de la entidad matriz (léase universidad) y de transferencia de tecnología o conocimiento a la nueva empresa que se crea, también es cierto que el de *empresa de base tecnológica* hace referencia a una parte fundamental de este emprendimiento universitario, como es la explotación comercial de nuevas líneas de productos o de servicios basados en el desarrollo de tecnologías o conocimientos científicos-tecnológicos (Monotti y Ricketson, 2003: 541), pero al mismo tiempo tiene menos amplitud en cuanto al tipo de resultados explotados que el de *empresas basadas en el conocimiento*. Por todo esto, consideramos más correcto hablar de *spin-offs académicas*, para referirse a aquellas empresas creadas o participadas por profesores, investigadores o por la propia universidad con el fin de explotar nuevos productos o servicios a partir de resultados de la investigación científica y tecnológica y cuyo objeto social tiene como base el conocimiento, la tecnología o la innovación generada por la propia actividad investigadora universitaria que se transfiere a la empresa creada (Costas y Ouro, 2011:5).

Nosotros, a lo largo de este estudio, utilizaremos indistintamente los términos de EBT, EBC y spin-off para referirnos al fenómeno de emprendimiento científico impulsado desde la universidad con participación de su personal investigador, no siendo necesaria la participación como socia de la entidad.

2. ORIGEN Y TIPOS DE SPIN-OFFS

Los efectos positivos que para la economía tiene la creación de spin-offs está bien documentada desde hace mucho tiempo (Etzkowitz, Webster, Gebhardt y Cantisano, 2000; Hopkins, 2000; Searle, 2006; Nicolaou y Birley, 2003a). *Hewlett-Packard* es considerada una de las primeras *graduate spin-off* de la Universidad de Standford al participar sus fundadores en un pionero programa, puesto en marcha en 1939, para que sus egresados crearan empresas de alto nivel tecnológico y que fue el antecedente del *Silicon Valley* de California. Precisamente el gran desarrollo este conocido parque científico-tecnológico se produjo años después a raíz de la constitución de varias spin-off hostiles por ingenieros y científicos, descontentos con su pérdida paulatina de protagonismo en la empresas ante el crecimiento y éxito comercial de la misma (*Shockley Semiconductors Laboratory* de *Fairchild Semiconductor*) (Surkin, 2008); *AMD*, *Signetics*, *National Semiconductor* e *Intel* de *Fairchild*) y así sucesivamente hasta que en los años setenta el Valle del Silicio se convirtió en el centro mundial de la industria electrónica y de la computación y es actualmente un referente mundial en la creación de empresas de alto nivel tecnológico. De manera similar, en un proceso continuo de creación de spin-off con apoyo o participación en mayor o menor medidas de centros de investigación, han surgido otras zonas donde se han desarrollado una industria de alto nivel tecnológico (*Route 128* en Boston o *Bioturku* en Finlandia) (Srivinas y Viljamaa, 2001).

En cuanto a la creación de spin-offs académicas, se suele señalar su origen en el desarrollo de la industria biotecnológica en los años ochenta en Estados Unidos. Antes de esa época, la Biología era una ciencia *básica* en el sentido de *no aplicada*, al tener como objetivo generar conocimiento y no el desarrollo de aplicaciones industriales y los profesores se dedicaban fundamentalmente a dar clases, publicar artículos científicos en revistas especializadas y a dar conferencias. Pero todo cambio cuando las grandes

corporaciones empezaron a intensificar la búsqueda de productos con alto valor competitivo en un mercado cada vez más globalizado. En pocos años gran parte de los profesores de biología molecular de las más importantes universidades norteamericanas se convirtieron en socios de spin-offs académicas. Estas pequeñas sociedades, cuyo activo principal era la explotación del conocimiento y resultados de las investigaciones realizadas en las Universidades, empezaron a vender sus productos y desarrollos a las grandes empresas comercializadoras de productos biotecnológicos y, de manera paulatina, los investigadores universitarios se convirtieron en miembros de los consejos asesores de las principales corporaciones (Krimsky, 1991: 13).

En 1991 el 45% de los recursos para investigar en biotecnología en Estados Unidos procedía de las grandes empresas del sector, por lo que muchos departamentos de Biología se reestructuraron para especializarse en Biología Molecular y sus miembros, de una u otra manera, se convirtieron en empresarios al formar parte activa en la creación de spin-off académicas. En el desarrollo de este fenómeno empresarial desde la Universidad tuvo gran influencia la promulgación a finales del siglo XX de la *Bayh Dole Act* y de otras leyes que liberalizaron la transferencia de resultados de investigación desde la universidad al mundo de la empresa, a las que ya hemos hecho referencia en el primer capítulo de este trabajo.

Las ventajas de este mecanismo de transferencia respecto a lo que se hace en los laboratorios de la universidad hacia fuera son evidentes para el investigador, que asume un rol de empresario y se enfrenta con problemas reales, lo que además tiene relevancia en el nuevo modelo de enseñanza que supone el Espacio Europeo de Educación Superior. Por otra parte, al participar los investigadores en el desarrollo final de los productos y servicios por ellos ideados, no se tiene que vender la tecnología en una fase inmadura y a un bajo precio. Y si la empresa tiene éxito, se abre una importante vía para la contratación de egresados de la Universidad y para la incorporación de alumnos de doctorado e investigadores en formación, además de suponer un importante factor de desarrollo económico de la región dónde esté localizada.

Como es fácil de intuir tras lo expuesto, no hay un tipo unívoco de spin-off académica, sino que se suelen distinguir varias tipologías. En particular, según su estructura, la doctrina las clasifica en tres grupos (Nicolau y Birley, 2003b: 333-359).

- a) *Ortodoxa*, cuando los académicos dejan la universidad para incorporarse a la empresa y la tecnología generada por ellos en la institución se transfiere por la institución para ser explotada comercialmente por la spin-off.
- b) *Híbrida*, cuando la tecnología se transfiere de la universidad a la spin-off y los investigadores conservan sus puestos de PDI en la universidad, ejerciendo en la empresa cargos de consejero o miembro de comités científicos o realizando otro tipo de asesoramiento científico en la empresa de manera permanente.
- c) *Tecnológica*, cuando la tecnología se transfiere desde la universidad pero los académicos no mantienen ninguna relación científica con la nueva empresa, aparte de la posible posesión de acciones o participaciones sociales en la empresa y la eventual prestación de servicios de consultoría científica.

Por nuestra parte, a este catálogo añadimos una cuarta modalidad (Vargas Vasserot, 2012), que se puede denominar *autónoma o independiente*, que es cuando los investigadores siguen ocupando en la universidad sus puestos y participan en la spin-off como socios y prestando servicios de asesoramiento científico, pero no se articula debidamente la transferencia de tecnología o de conocimiento surgido en la institución, que, por desgracia, es una modalidad muy extendida en el ámbito universitario español.

3. LA REGULACIÓN DE LAS SPIN-OFFS EN LA LEGISLACIÓN UNIVERSITARIA Y CIENTÍFICA Y EN LA NORMATIVA DE LAS UNIVERSIDADES

En España se han promulgado principalmente cuatro leyes que contienen preceptos que afectan al régimen jurídico de las spin-offs académicas, surgidas en momentos distintos y que carecen de la debida coordinación, lo que dificulta la interpretación de su contenido: la LOU, la LOMLOU, la LES y la LCTI. Además, a finales de diciembre de 2002 se ha aprobado el proyecto de la Ley Orgánica del Sistema Universitario, que es posible que se apruebe en 2023, con un contenido sobre las spin-offs que tiene importantes novedades y poco coordinado con el contenido de la LCTI

Si bien, por un lado, hay que celebrar que la LMLCTI de septiembre de 2002 haya trasvasado, aunque con ciertas modificaciones, el contenido de los artículos 53 a 56 de la LES sobre la *transferencia de resultados en la actividad investigadora* a los artículos 35 y ss. de la LCTI, con lo que aquella norma ya no afecta directamente al régimen legal de las spin-offs ni al de transmisión de patentes y otros derechos sobre resultados de la investigación, con lo que se arreglaba, en parte, la dispersión legislativa que teníamos sobre la materia. Esta reciente reforma de la LCTI facilitaba además, la interpretación de que su régimen era directamente aplicable a las spin-offs universitaria, en base en que tenía muchos puntos en común con el régimen contenido en la LOU y LOMLOU pero, al mismo tiempo, era más completa en detalles y más generosa en cuanto a la posible solicitud de excedencias y levantamiento de incompatibilidades para el personal investigador. La aplicación supletoria o integradora por analogía del contenido de la LCTI (especialmente los artículos 17.4 y 18), respecto al régimen contenido en la LOU/LOMLOU (art. 83.3 y disp. adic. 24.ª), facilitaba esta interpretación, a lo que ayudaba que la norma científica fuera más reciente o posterior que la universitaria y que los dos principales incentivos para la incorporación de investigadores a las EBTs de éstas dependían de un desarrollo reglamentario que nunca se llevó a cabo por el gobierno

Sin embargo, de aprobarse Ley Orgánica del Sistema Universitario tal como está prevista en el proyecto de ley de julio de 2022 (PLOSU), al modificar el régimen actual de las EBTs contenido en la LOU y LOMLOU, se complica mucho la interpretación integradora de la LCTIC que hacemos puesto que sería una ley especial y posterior, que además rompe en algunos puntos con la homogeneidad de regímenes legal que sobre las spin-offs existe en la actualidad.

En cualquier caso, al día de hoy, el régimen legal de las spin-offs como instrumentos de transferencia se encuentra básicamente en la LCTI en su versión actualizada en 2022, aunque haya de tener en cuenta algunos aspectos del régimen de la LOU y de la LOMLU cuando sean originadas en universidades. A efectos expositivos vamos a analizar primero las referencias a las EBTs que contienen las normas anteriores a la LCTI para centrarnos después en el contenido de la LCTI actualizada y, por último en este capítulo, dedicaremos un epígrafe a analizar algunas de las novedades que trae

consigo el PLOSU sobre el régimen de las spin-offs universitarias.

Cabe mencionar también que muchas universidades españolas, en el marco de su autonomía normativa y ante la falta del desarrollo por el gobierno del contenido de la LOU y LOMLOU en la materia que preveía estas leyes, fueron promulgando reglamentos o normas internas de las spin-offs que se constituyan en sus ámbitos (se citan REBTs aunque no todos son reglamentos), que regulan aspectos no previstos por la leyes universitaria y científicas española y que también se deben tener en cuenta para completar el marco jurídico de este tipo de entidades. Si en 2011 de las cincuenta y dos universidades públicas, aproximadamente treinta habían dictado reglamentos de este tipo (Cano, 2012: 925), en la actualidad la gran mayoría los tienen.

No obstante, hay algunas universidades que no han dictado REBTs y han preferido simplemente poner en conocimiento del PDI los procedimientos que se deben llevar a cabo para constituir spin-offs y apoyarles en todo el proceso. Dos casos son llamativos al respecto: la Universidad del País Vasco, que no tiene publicada ninguna norma reguladora de las spin-offs y ni siquiera las menciona en sus Estatutos (2011), en 2021, con 96 spin-offs se ha situado a segunda del ranking de universidades españolas con más empresas de este tipo, sólo por detrás de la Universidad Politécnica de Madrid (168); la Universidad Politécnica de Cataluña tampoco ha promulgado ningún reglamento propiamente dicho y es la quinta del listado con 50 spin-offs, superada en número por la Universidad de Granada (66) y la de Sevilla (50) que ocupan el tercer y cuarto puesto respectivamente.

Pero, como decimos, la gran mayoría de universidades públicas españolas tienen REBT. Por citar algunos ejemplos relativamente recientes, la Universidad de Granada publicó en 2016 el Reglamento para la creación de empresas de base tecnológica (REBTUGR); la Universidad de Zaragoza publicó en 2013 el Reglamento de las empresas spin-off y start-up (REBTUNIZAR); la Universidad Autónoma de Madrid aprobó en 2015 el Reglamento de promoción y participación de empresas basadas en el conocimiento (EBC) (REBUAM); la Universidad de Almería promulgó en 2016 por el Reglamento de calificación de spin-off (REBTUAL); la Universidad de Huelva aprobó en 2021 el Reglamento de creación de empresas de base tecnológica y spin-off (REBTUHU); y la

Universidad de Córdoba también en 2021 promulgó el Reglamento de creación y reconocimiento de empresas de base tecnológica (REBTUCO).

La falta de homogeneidad en el título de las normas universitarias citadas insinúa algunas diferencias de contenido, aunque lo cierto es que la estructura de la mayoría de ellas es bastante similar, de un lado, porque fue la misma firma de abogados la que asesoró a muchas de ellas para la elaboración de los REBTs y, de otro, porque algunas universidades simplemente copiaron en sus reglamentos el contenido de los ya publicados. Los REBTs suelen dar un concepto de estas figuras, regulan el procedimiento de creación (solicitud, valoración de la misma, acuerdo de creación, acuerdo de participación de la universidad en el capital social), el contenido de los necesarios acuerdos entre la universidad y las empresas (contratos entre socios, contrato de transferencia de tecnología, contraprestación a favor de la institución), los servicios de apoyo, la denominación y el registro de spin-offs.

También hay que señalar que cada vez es más frecuente la regulación de aspectos del régimen de las spin-offs en los estatutos de universidades públicas españolas. Centrándonos en las 9 universidades públicas andaluzas, regulan con cierto detalle a las EBTs los Estatutos de la Universidad de Córdoba reformados en 2017 (art. 85.1.b tras su reforma) y los Estatutos de la Universidad de Málaga de 2019 (art. 171), y en menor medida los Estatutos de la Universidad de Granada de 2011 (art. 193) aunque en este caso mal coordinados con el contenido del REBTUGR que es posterior. Mientras otras universidades sólo reglamentan en sus estatutos algo en materia de excedencias, como ocurre en los Estatutos de la Universidad Pablo de Olavide de 2003 tras su reforma de 2011 (art. 98.4) y en los Estatutos de la Universidad de Huelva de 2011 (art. 146). Y en otros casos, ni siquiera se mencionan, como pasa en los Estatutos de la Universidad de Almería de 2018 o los en los de la Universidad de Sevilla de 2003, aunque reformados en 2017, que dejan toda la regulación en manos de sus REBTs.

Lo cierto es que las normas dictadas por las universidades han ido moldeando sus propios conceptos de spin-offs, tomando algunos elementos de las leyes universitarias y científicas y completando algunas lagunas sobre cuestiones sobre las que no hace referencias la legislación general, como es la necesidad de suscribir un contrato de

transferencia de tecnología entre la entidad y la spin-off o, en el caso de que la universidad participe en el capital social de la spin-off, un contrato de socios.

Por poner algunos ejemplos de definiciones de spin-offs que ofrecen las normas de distintas universidades públicas, según los Estatutos de la Universidad de Granada, ésta *“promocionará la creación de empresas de base tecnológica a partir de patentes o resultados derivados de la investigación en los que haya participado su profesorado con vinculación permanente”* (art. 193). Por su parte, el REBTUGR (2016) de dicha universidad dispone que se considerará EBT de la UGR aquella empresa que cumpla con una serie de requisitos, siendo los principales: a) *“que tenga su origen en la actividad investigadora de la UGR, entendiéndose por ésta el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimiento, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación”*; b) *“que la empresa esté basada en la explotación de los resultados de la investigación de la UGR y aporte al mercado bienes, servicios, avances tecnológicos y la aplicación de nuevos conocimientos”*; c) *“que sea promovida y, en su caso, participada por la UGR y su personal docente e investigador”*; d) y *que la empresa suscriba con la UGR el contrato de transferencia de tecnología en el que se regule la transferencia de los resultados de la investigación a explotar y, en caso de que la empresa esté participada en el capital social por la UGR, el contrato entre socios”* (art. 2).

Los Estatutos de la Universidad de Málaga (2019) señalan que *“ésta podrá crear EBT, así como participar en su capital, a partir de la actividad universitaria”*, debiendo reunir las siguientes características (que son las mismas que la que recoge el artículo 2 de la normativa para la creación de empresas de base tecnológica o en el conocimiento de la UMA de 2016): a) *“que tengan su origen en la actividad investigadora de la UMA, entendiéndose por tal la investigación, la creación y el conocimiento generados en el seno de la Universidad, utilizando su infraestructura y sus medios”*; b) *“que la iniciativa empresarial esté basada en la explotación de los resultados de la investigación y aporte al mercado bienes o servicios, avances tecnológicos y/o aplicación de nuevos conocimientos, incluidos los derechos de propiedad intelectual y/o industrial que*

correspondan”; c) *“que participen en su promoción y creación personal investigador de la UMA”;* d) y *“que la empresa suscriba un convenio de colaboración con la UMA en el que se desarrolle el contrato de transferencia del resultado de investigación a explotar y, caso de que la empresa esté participada por la UMA, un contrato entre las personas socias”*.

El REBTUAL dispone que a efectos del presente Reglamento, se entenderán como spin-offs de la Universidad de Almería *“aquellas empresas que se creen a partir de tecnología o conocimiento cuya titularidad sea exclusiva o compartida por la UAL o surjan para explotar nuevos productos y/o servicios a partir de patentes o de resultados de proyectos de investigación realizados en la UAL”*, distinguiendo dos tipos diferentes de spin-offs: a) Empresas de Base Tecnológica son *“aquellas cuya actividad se basa en la generación o en un uso intensivo de la tecnología para el desarrollo de nuevos productos o procesos derivados de la investigación y, por tanto, innovadores”*. b) Empresas Basadas en el Conocimiento *“son aquellas cuya actividad se basa en el uso y el aprovechamiento comercial de los conocimientos científicos y de los resultados de investigación obtenidos y desarrollados para el desarrollo de servicios innovadores”*.

Por poner un último ejemplo señero por ser la universidad líder en España en creación de spin-offs, el REBTUPM en su artículo 2.º distingue a las empresas de base tecnológica *dependientes y ligadas* a la institución: 1. *“A los efectos de la presente norma se denominan empresas de base tecnológica (EBT) dependientes de la UPM aquéllas que satisfagan las siguientes condiciones: a) Que en su capital o fondo patrimonial equivalente, u órganos de dirección tenga la UPM participación mayoritaria, y realicen actividades vinculadas a aquélla. b) Sus productos, procesos o servicios requieran el uso de tecnología o conocimientos generados previamente en la UPM, principalmente a través de acuerdos de transferencia de tecnología. c) Participen en su promoción y creación personal funcionario, y resto de personal docente e investigador, investigadores en formación adscritos a la UPM en programas propios o de las Administraciones Públicas, o cualquier otro personal vinculado contractualmente a la misma”*. 2. *“A los efectos de la presente norma se denominan empresas de base tecnológica (EBT) ligadas a la UPM aquéllas que satisfagan las condiciones b y c establecidas en el apartado 1 del*

artículo 2”.

Como se observa el precepto transcrito del REBUPM, esta universidad distingue a EBT *dependientes* de la UPM (participadas mayoritariamente por la entidad) y EBT ligadas a la UPM (no participadas por la entidad). Esta distinción es interesante porque hay quienes consideran que las verdaderas spin-offs universitarias son las que están participadas mayoritariamente por una universidad y otros que exigen que exista esa participación de la entidad en el capital social, aunque no sea mayoritaria. En cambio, en nuestra opinión, también son spin-offs las que sin tener participación de la universidad en el capital social, se ha promovido o promocionado por la institución y ha habido una transmisión de tecnología y conocimiento desde la universidad a la empresa, en la que además prestan sus servicios investigadores adscritos a la misma. Y esto es lo que ocurre en la universidad española la mayoría de las veces, como lo demuestra que sólo el 24% de las EBTs universitarias están participadas por las universidades que la han promocionado (porcentaje calculado con los datos aportados por CRUE 2020: 1286 EBT y 312 EBT participadas).

4. LAS EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA EN LA LEY 6/2001 ORGÁNICA DE UNIVERSIDADES Y EN SU NORMATIVA DE DESARROLLO

Aunque antes ya había habido experiencias de este tipo, se puede señalar la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (LOU) como la primera norma que regula el fenómeno en nuestro país. En dicha norma, que sigue vigente, se sientan las bases para la creación de EBTs como instrumento para difundir y explotar los resultados de investigación generados en la Universidad. En concreto, su artículo 41.2, letra g) *in fine*, después de reconocer la necesaria vinculación entre la investigación universitaria y el sistema productivo como vía para articular la transferencia de los conocimientos generados y la presencia de la universidad en el proceso de innovación del sistema productivo y de las empresas, establecía que *“dicha vinculación podrá, en su caso, llevarse a cabo a través de la creación de empresas de base tecnológica a partir de la actividad universitaria, en cuyas actividades podrá participar el personal docente e investigador de las Universidades conforme al régimen previsto en el artículo 83”*.

En parecidos términos se manifiestan algunas de las leyes autonómicas sobre universidades. Por ejemplo, según el artículo 61.3 del Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades señala que *“para garantizar la vinculación entre la investigación universitaria y el sistema productivo, así como la transferencia de resultados de la investigación, las universidades podrán crear o participar en la creación de empresas de base tecnológica, parques científicos y tecnológicos, otros agentes del conocimiento o cualquier otra persona jurídica de las contempladas en la legislación vigente”*.

La LOU en su versión original prácticamente se limitaba a reconocer que las universidades podían crear empresas a partir de la *actividad universitaria* como mecanismo de transferencia, posibilidad que ya estaba implícita en el artículo 84 de la Ley que establecía que las universidades, para la promoción y desarrollo de sus fines (y el artículo 1.2.c incluía a la transferencia de resultados de investigación como función de las mismas) *“con la aprobación del Consejo social, podrán crear, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable”*.

La norma especificaba que la realización de las actividades del PDI de la universidad en la EBT creada debía hacerse conforme al régimen previsto en el artículo 83, que en su versión original sólo hacía referencia a la posibilidad de suscripción de contratos de investigación o acuerdos de colaboración con entidades públicas o privadas por los grupos de investigación, departamento, institutos y su profesorado a través de los mismos, para la realización de trabajos de carácter científico o técnico en la empresa. Es decir, en la LOU original sólo se preveía la posibilidad de creación de EBT como mecanismo de transferencia de resultados de investigación y que el personal investigador que quisiera participar en ella realizando trabajos científicos o técnicos en la misma debería suscribir, a través de los órganos universitarios, contratos de investigación. Como se puso de manifiesto, la LOU en su versión original fue excesivamente cautelosa en cuanto a remover los obstáculos legales que en España existían para la creación de spin-offs por investigadores universitarios, en particular por no favorecer una mayor movilidad entre el personal investigador de las universidades a

las empresas, algo que había sido ya sugerido en el año 2000 por el Informe Bricall (Cayuela y Planas 2003: 390).

Seis años después de la promulgación de la LOU se aprobó la Ley Orgánica 4/2007 que la modifica (LOMLOU), que fue artífice del impulso que en 2008 y en los años siguientes muchas universidades españolas dieron a la creación de spin-offs en España. El artículo art. 41.2, letra g) quedó prácticamente inalterado, pero se añadió un importante apartado 3 al artículo 83 que contempla la posibilidad de solicitar una excedencia temporal por parte del profesorado permanente para incorporarse a una EBT y que se complementa con la importante disposición adicional 24.ª de la LOMLOU que exime a los profesores funcionarios de los cuerpos docentes universitarios de determinadas incompatibilidades cuando participen en EBT que reúnan una serie de condiciones. Veamos ambas medidas, aunque su efectividad, en nuestra opinión quedó muy relativizada tras la promulgación en 2011 de la LCTI que contiene un régimen coincidente en muchos aspectos pero, al mismo tiempo, mucho más detallado sobre el régimen de las spin-offs en los artículos 17 y 18.

4.1. Excedencia temporal para incorporarse a una empresa de base tecnológica

El artículo 83.3 de la LOU, tras la promulgación de la LOMLOU, quedó con el siguiente contenido en su primer párrafo: *“Siempre que una empresa de base tecnológica sea creada o desarrollada a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en universidades, el profesorado funcionario de los cuerpos docentes universitarios y el contratado con vinculación permanente a la universidad que fundamente su participación en los mencionados proyectos podrán solicitar la autorización para incorporarse a dicha empresa, mediante una excedencia temporal”*. Por tanto, se prevé la posibilidad de que determinadas categorías del profesorado universitario de carácter permanente se les concedan si lo solicitan una excedencia temporal para incorporarse a una EBT cuando se den las siguientes circunstancias:

i) La EBT debe ser creada o desarrollada a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación realizado en las universidades y financiados con fondos públicos.

ii) El investigador debe ser un funcionario o contratado con vinculación permanente y haya participado en los proyectos de investigación que han generado las patentes o los resultados a partir de los que se surge o desarrolla la EBT.

iii) La excedencia debe solicitarla el investigador a su universidad, fundamentando su participación en los proyectos de investigación.

El segundo párrafo de este artículo 83.3 dispone que *“el Gobierno, previo informe de la Conferencia General de Política Universitaria, regulará las condiciones y el procedimiento para la concesión de dicha excedencia que, en todo caso, sólo podrá concederse por un límite máximo de cinco años. Durante este período, los excedentes tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo y a su cómputo a efectos de antigüedad. Si con anterioridad a la finalización del período por el que se hubiera concedido la excedencia el profesor no solicitará el reingreso al servicio activo, será declarado de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular”*. Lo que ocurrió es que el Gobierno nunca reguló las condiciones y el procedimiento para la concesión de excedencias para incorporarse a spin-offs, más allá de la promulgación en el ámbito de la investigación biomédica del Real Decreto 1014/2009, por el que se regula la concesión de excedencia temporal para personal investigador funcionario y estatutario que realice actividades de investigación biomédica, para el desarrollo de actividades en empresas de base tecnológica.

Ante la inactividad gubernamental del esperado desarrollo reglamentario de las bases para la concesión de excedencias para incorporación a spin-offs, muchas universidades españolas, teniendo en cuenta que el artículo 83.3 LOU, tras su incorporación en la ley por la LOMLOU, anunciaba los aspectos esenciales que debía tener el régimen de este tipo de excedencias temporales (duración máxima, derecho de reserva del puesto de trabajo, computo a efectos de antigüedad, etc.), en el deseo de estimular la creación de EBTs en sus ámbitos, aprobaron sus REBTs regulando, entre

otras cosas, las condiciones necesarias que el artículo 83.3 LOU exigía que tuvieran este tipo de empresas (esencialmente que fueran creada o desarrollada a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación realizado en las universidades y financiados con fondos públicos). La Universidad de Almería fue una de las pioneras en la materia con la aprobación por su Consejo de Gobierno el 6 de noviembre de 2008 de su Reglamento de Empresas de Base Tecnológica, a la que siguieron muchas otras.

A nuestro parecer el régimen legal de las excedencias para incorporación del PDI a una EBT que regula la LOU queda subsumido en la regulación más amplia y detallada que contiene la LCTI en su artículo 17.4 sobre las excedencias como mecanismo de movilidad del personal de investigación. Como veremos después, la LCTI permite la declaración en situación de excedencia para la incorporación en cualquier empresa del personal funcionario o laboral fijo o permanente (en esto es el mismo criterio que la LOU), fijándose no en si éstas son creadas o desarrolladas por las universidades a partir de resultados de investigación de proyectos de I+D públicos en los que hayan participados los investigadores que solicitan la excedencia (art. 83.3, 1º LOU), sino en que éstos van a realizar en las entidades en las que se incorporen tareas de investigación, transferencia o de otro tipo, relacionadas con la actividad que el personal de investigación viniera realizando en la universidad pública. Dicho esto, también es cierto que las universidades, dentro de su autonomía normativa, pueden perfectamente recoger en sus Estatutos o REBTs el régimen que contiene la LOU para la concesión de excedencias, aunque sería de aplicación subsidiaria el contenido del artículo 17.4 LCTI respecto a la antigüedad del personal solicitante, la existencia de una vinculación jurídica de la universidad con la EBT, la adopción de medidas para la protección de la propiedad industrial e intelectual de titularidad de la entidad y otras cuestiones que regula la norma científica.

4.2. Exención parcial del régimen de incompatibilidades por participar en una empresa de base tecnológica

La propia Ley Orgánica 4/2007 que modificó la LOU contiene un precepto que despertó un gran interés por parte de la comunidad universitaria al regular unas importantes excepciones a las incompatibilidades que pesan sobre el profesorado

funcionario que participen en proyectos empresariales. Según la disposición adicional 24.^a de la LOMLOU, en su primer párrafo, en determinadas circunstancias, que ahora pasamos a explicar, no se aplican a los profesores funcionarios que participen (se entiende desarrollando una actividad científico-técnica relacionada con los resultados generados por proyectos de I+D) en EBTs las prohibiciones contenidas en los artículos 12.1. letras b) y d) de Ley 53/1984 de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas relativas a su posición de socio en la sociedad constituida. En particular, según la interpretación habitual de estos preceptos de la LIPSAP (de la que trataremos en el siguiente capítulo), se les permite ser miembros de los órganos de administración de las spin-offs originadas en la universidad y participadas por éstas y tener más del 10% del capital social de las mismas.

El contenido textual de dicho precepto, en su primer párrafo, es el siguiente: *“Las limitaciones establecidas en el artículo 12.1 b) y d) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, no serán de aplicación a los profesores y profesoras funcionarios de los cuerpos docentes universitarios cuando participen en empresas de base tecnológica, promovidas por su universidad y participadas por ésta o por alguno de los entes previstos en el artículo 84 de esta Ley, creadas a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación realizados en universidades, siempre que exista un acuerdo explícito del Consejo de Gobierno de la Universidad, previo informe del Consejo Social, que permita la creación de dicha empresa”*. El segundo párrafo dispone que *“en este acuerdo se debe certificar la naturaleza de base tecnológica de la empresa, y las contraprestaciones adecuadas a favor de la universidad. El Gobierno regulará las condiciones para la determinación de la naturaleza de base tecnológica de las empresas a las que se refiere el párrafo anterior”*.

Cabe señalar que el título de dicha disposición adicional es erróneo porque no se produjo una *Modificación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas*, sino que en dicho precepto se regulan una serie de excepciones al régimen general de incompatibilidad de los empleados públicos regulado en esa norma.

De nuevo, de manera similar a lo que ocurrió respecto a las excedencias por incorporación a EBTs (art. 83.3), la LOMLOU exige que para que el personal investigador funcionario se pueda beneficiar del régimen de excepciones de incompatibilidades concurren una serie de condicionantes:

i) La EBT debe ser creada a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación realizados en universidades (no se dice aquí nada de que sean proyectos financiados con fondos públicos como se exige para solicitar una excedencia en la LOU, pero es lo habitual).

ii) La EBT debe estar *promovida* por la universidad (se entiende que impulsen su constitución o, al menos, su calificación como EBT a través de un procedimiento normalizado) y *participada* por la universidad (o alguno de los entes previstos en el artículo 84 LOU: empresas, fundaciones u otras personas jurídicas creadas por la universidad), lo que según la interpretación usual significa que la institución universitaria, directa o indirectamente, debe aportar capital social (sin establecerse ni máximo ni mínimo) y suscribir acciones o participaciones sociales y, por tanto, ser socia de la spin-off constituida

iii) Los investigadores deben tener la categoría profesores funcionarios de los cuerpos docentes universitarios (Catedráticos de Universidad, Profesores Titulares de Universidad, Catedráticos de Escuela Universitaria, Profesores Titulares de Escuela Universitaria), y no se extiende, como el caso de la excedencia especial, a los profesores contratados con vinculación permanente (Profesores Contratados Doctores, por ejemplo).

iv) Los investigadores deben *participar* en la EBT, lo que en este caso, teniendo en cuenta el contenido final del artículo 41.2.g LOU, parece significar que deben prestar en la spin-off servicios o trabajos de carácter científico o técnico, que pueden articularse a través de contratos de investigación de los regulados en el artículo 83.1 LOU. En cambio, la LOMLOU no exige que los investigadores hayan participado o formado parte de los proyectos de investigación que han generado los resultados o patentes a partir de los

cuales se ha desarrollado la EBT, aunque lo normal es que uno o varios de ellos sí lo hayan hecho.

v) No se exige una autorización específica por parte de la universidad para que los profesores funcionarios disfruten de esta exoneración del régimen general de incompatibilidades, sino que se considera implícito en el acuerdo del Consejo de Gobierno de la universidad que aprueba la creación de la spin-off y que certifique la naturaleza de base tecnológica de la empresa. Como señala el precepto, las limitaciones establecidas en determinados apartados del artículo 12 de la LIPSAP *“no serán de aplicación”* a dichos profesores.

La LOMLOU, al regular los requisitos que debían cumplir las EBTs para que los funcionarios que en ellas participasen pudieran beneficiarse de la no aplicación de determinadas incompatibilidades contenidas en la LIPSAP, se impuso, si entenderse la razón, un procedimiento de creación de las spin-offs distinto al general contenido en el artículo 84 LOU para la creación de entidades (por ejemplo, sociedades) por las universidades. Esta contradicción entre el procedimiento normal para que las universidades crearan empresas (aprobadas por el Consejo Social) y el de creación de EBT (aprobadas por el Consejo de Gobierno), llevo a algunas universidades a regular en sus REBTs o una ratificación por el Consejo Social del acuerdo de aprobación de la EBT tomado por el Consejo de Gobierno o una doble aprobación. Ejemplo de esto último lo tenemos en el artículo 14 de los Estatutos de la UPC de 2012, que establecen que para que la universidad pueda participar en sus EBTs será necesaria la aprobación del Consejo Social y del Consejo de Gobierno.

Por otra parte, de manera similar a la regulación de la posible excedencia, se hacía depender la exención del régimen de incompatibilidades por participación en EBT de un desarrollo reglamentario posterior: *“el Gobierno regulará las condiciones para la determinación de la naturaleza de base tecnológica”* de estas empresas (párrafo 2.º de la disposición adicional 24.ª LOMLOU). Ante el retraso en la aprobación de dicho desarrollo reglamentario por parte del gobierno y la necesidad de incentivar y estimular la creación de EBTs universitarias, en el mundo universitario se planteó la duda de si el contenido de este precepto, como pasó con el artículo 83.3 LOU que regulaba las

excedencias para incorporación a EBT ya vistas, era suficiente para su desarrollo a través de normas internas de las propias universidades o si era necesario esperar a la promulgación de la anunciada normativa estatal (Vargas Vasserot, 2012d). Lo cierto es que, como hemos señalado al tratar de las excedencias por incorporación a EBT, un gran número de universidades españolas dieron un paso adelante y aprobaron en esa época, a través de sus Consejos de Gobiernos, reglamentos y normativas para la constitución de EBT o spin-offs que adoptaron el contenido de la LOMLOU en esta materia.

Pero también, como ocurrió con la concesión de excedencias, la LCTI en 2011 reguló un similar régimen de exención de incompatibilidades al personal investigador de universidades y OPIs (sin restringirlo a los profesores funcionarios de los cuerpos docentes universitarios) que prestase servicios en spin-offs creadas o participadas por la entidad de origen (art. 18). No obstante, el régimen previsto en la disposición adicional 24.^a LOMLOU sigue teniendo interés ya que algunas universidades en sus REBTs han adoptado esa regulación y reconocen a los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios que participen en EBT que cumplan las condiciones de la LOU/LOMLOU la aplicación de oficio la exención de incompatibilidades que prevé la norma.

5. LAS EMPRESAS INNOVADORAS DE BASE TECNOLÓGICA EN LA LEY 2/2011 DE LA ECONOMÍA SOSTENIBLE

La Ley 2/2011 de la Economía Sostenible contenía en su versión original un artículo 56, titulado *Cooperación de los agentes públicos de ejecución con el sector privado a través de la participación en empresas innovadoras de base tecnológica*. Como se observa en éste y en otros preceptos la LES utilizó de manera novedosa, y sin ninguna razón aparente, un término distinto para referirse a las spin-offs: *empresas innovadoras de base tecnológica*. Este precepto que establecía que los OPIs y las universidades podían participar en el capital de sociedades para la realización, entre otras, de actividades de investigación, transferencia e innovación, ha sido recientemente sacado de esta norma e incorporado, con algunas modificaciones, al artículo 36 quater la LCTI a través de la Ley 17/2022 del que después trataremos.

Por su parte, el artículo 64.2 LES, señala en su apartado 2.º que *“la colaboración entre las universidades y el sector productivo podrá articularse mediante cualquier instrumento admitido por el ordenamiento jurídico y, en particular, mediante la constitución de empresas innovadoras de base tecnológica”* (letra a); y en su apartado 3.º dispone que las universidades podían *“promover la creación de empresas innovadoras de base tecnológica, abiertas a la participación en su capital societario de uno o varios de sus investigadores, al objeto de realizar la explotación económica de resultados de investigación y desarrollo obtenidos por éstos”*.

Pero realmente todo esto ya estaba permitido para las universidades, por el contenido del artículo 84 LOU, desde su versión original de 2001, según el cual para la promoción y desarrollo de sus fines, las universidades, pueden crear por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas empresas, léase sociedades, de acuerdo con la legislación general aplicable. Por ello, las novedades de la LES en esta materia son más una declaración de intenciones que un cambio normativo pues no se establece un régimen peculiar distinto que el contenido en la normativa precedente (LOU y LOMLOU).

6. DE LAS EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA EN LA LEY 14/2011 DE LA CIENCIA, LA TECNOLOGÍA Y LA INNOVACIÓN ORIGINAL A LAS ENTIDADES BASADAS EN EL CONOMIENTO TRAS LA LEY 17/2022

Donde sí hubo novedades importantes en cuanto al régimen de las spin-offs universitarias fue con la Ley 14/2011, que se promulgó aproximadamente cuatro meses después que la LES. Como se dijo en su día (Vargas Vasserot, 2012), la promulgación de la LCTI y la coexistencia de la LES, de la LOU y de la LOMLOU, generó un marco legal para la transferencia, en general, y para las spin-offs académicas en particular, complejo, disperso y mal coordinado.

De esta situación fue consciente el legislador español (impulsado por el Ministerio de Ciencia e Innovación) que hace sólo unos meses ha promulgado la Ley 17/2022 por la que se modifica la LCTI. En la Exposición de Motivos de la LMLCTI (III), se señala que *“mediante esta ley se procede a la derogación expresa de los artículos 53 a*

56 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, integrando y actualizando la regulación en ellos contenida en el ámbito objetivo propio de la Ley 14/2011 habida cuenta de la íntima relación de dicha regulación con la propia de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación”, para después significar que “la ley amplía el ámbito de la participación de los agentes públicos de ejecución en sociedades mercantiles y la autorización al personal de investigación para prestar servicios en dichas sociedades”.

La LCTI hace referencia a las spin-offs en dos bloques de la norma: primero, cuando aborda cuestiones sobre el personal investigador al servicio de las universidades públicas y de las OPIs (art. 17 y 18); y segundo, al tratar de la transferencia y difusión de los resultados de la actividad investigadora a través de entidades basadas en el conocimiento (arts. 33 y ss.). En la exposición del régimen que sobre las spin-offs tiene la LCTI (ya con el contenido actual tras su reforma en 2022), hemos preferido alterar el orden de los preceptos analizados respecto al que recoge la ley, para ir de lo más general (las spin-offs como instrumento de transferencia), que es lo que vamos a analizar en el presente epígrafe, a lo más particular (determinados instrumentos para incentivar la movilidad de los investigadores y su participación en spin-offs), que es lo que veremos en los siguientes capítulos de esta obra y que constituyen el núcleo duro del régimen legal de las spin-offs académicas en España que hay que integrar con el contenido de la LOU.

La LCTI, en el Título III (*Impulso de la investigación científica y técnica, la innovación, la transferencia del conocimiento, la difusión y la cultura científica, tecnológica e innovadora*) hace referencia en varios momentos al interés en el fomento de las *entidades basadas en el conocimiento* (se citan EBC) como uno de los canales para llevar a cabo la transferencia de los resultados de investigación generados por las universidades públicas y los OPIs.

Conviene hacer aquí, antes de avanzar con el análisis del contenido de la LCTI en lo que afecta al régimen jurídico de las spin-offs, una aclaración terminológica. La Ley menciona en multitud de ocasiones a lo largo de su articulado al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (se cita SECTI). Éste es un sistema de información conjunto de la Administración General del Estado y las CC.AA., con la participación de

los departamentos ministeriales, las consejerías y las agencias estatales y regionales con actuaciones en I+D+I, que fue creado precisamente por la LCTI (art. 3). El SECTI contiene, de un lado, información de todas las actuaciones que se financian y las ayudas que conceden desde los organismos públicos para proyectos, recursos humanos, centros, infraestructuras y equipamientos, etc.; y, de otro, información de las entidades beneficiarias y los investigadores, de información bibliométrica, de patentes y otras formas de protección de resultados, de licencias y contratos en el ámbito de I+D+I y de empresas *spin-off* (Ministerio de Ciencia e Innovación, 2022).

La LCTI en su Exposición de Motivos (II), de la pluralidad de agentes que conforman hoy día el SECTI, reconoce a las *universidades públicas*, OPIs, centros sanitarios y a las *empresas*, como responsables de la mayor parte de la actividad investigadora, y a los dos primeros, además, como los principales destinatarios de la gran mayoría de las normas contenidas en esta ley. Y poco después, destaca el protagonismo de las *empresas* como agentes privados del SECTI en el ámbito del desarrollo tecnológico y la innovación, que dice que juegan un papel fundamental para transformar la actividad de investigación científica y técnica en mejoras de la productividad española y de la calidad de vida de los ciudadanos. Las empresas, como se deduce del artículo 3 LCTI, pueden ser consideradas tanto agentes privados *de financiación* del SECTI, cuando sufraguen los costes o aporten los recursos económicos necesarios para financiar actividades de investigación científica y técnica o de innovación realizadas; como agentes privados *de ejecución* del SECTI cuando realicen o den soporte a la investigación científica y técnica o a la innovación, que es una posición más habitual. Es evidente que las spin-offs creadas en el ámbito universitario encajan perfectamente en las empresas que son calificadas como agentes privados del SECTI (Beraza 2010, p. 96).

Por otra parte, con ocasión de la reforma llevada a cabo por la LMLCTI, que ha afectado especialmente a esta parte de la LCTI, en la ley ya no se habla de *empresas de base tecnológica* (EBTs) como se hacía originalmente, sino de *entidades basadas en el conocimiento* (EBCs), con lo que reconoce formalmente que puede haber spin-offs que no estén basadas en conocimientos técnicos-científicos sino que éstos pueden proceder

de otros ámbitos como las humanidades, las ciencias sociales o el Derecho, denominación que, por cierto, ya utilizaban algunos reglamentos de spin-offs de universidades españolas (por ejemplo, REBTUS de 2013 o el REBTUAM de 2015).

No obstante, llama la atención que el nuevo artículo 36 quinquies LCTI, dedicado a los mecanismos de evaluación de las actividades de transferencia, señale entre los distintos canales a través de los que puede desplegarse la transferencia de conocimiento a la *“participación en entidades basadas en el conocimiento o la creación de empresas spin-off”*, como si fueran dos realidades distintas. Lo cierto es que desde su origen el legislador no ha sido muy cuidadoso en el adecuado uso de los términos, algo que no se ha arreglado tras la reforma llevada a cabo en 2022. Por ejemplo, llama mucho la atención que, mientras en esta parte de la LCTI dedicada a la función de transferencia de las universidades y otros organismos públicos de investigación se hable de EBCs, en cambio, cuando trata de los instrumentos para incentivar la movilidad del personal investigador (art. 17) y la prestación de servicios en sociedades mercantiles y otras entidades basadas en sus investigaciones (art. 18), la ley no se utilice el término de EBC en ningún momento.

El Título III de la LCTI se inicia con el artículo 33, que en su apartado 1.º, entre las medidas que se deben impulsar por las administraciones públicas para el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación en los agentes de ejecución del SECTI, se menciona como ejemplo de ellas el *“fomento de la generación de nuevas entidades basadas en el conocimiento”* (letra a); y entre las medidas para la valorización del conocimiento incluye el fomento de la cooperación de los agentes públicos de ejecución con el sector privado *“mediante la participación en sociedades mercantiles, con el objeto de favorecer la diversificación empresarial y la transformación de los resultados de la investigación científica y técnica en desarrollo económico y social sostenible”* (letra c).

El Capítulo II del Título III de la LCTI, que se denomina *Transferencia y difusión de los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación y cultura científica, tecnológica e innovadora*, tiene varios preceptos de interés para el procedimiento de creación de spin-offs de origen universitario. El artículo 35 bis LCTI, en su apartado 2.º, señala que la valorización, entendida como la puesta en valor del

conocimiento obtenido mediante el proceso de investigación, tendrá entre otros objetivos *“establecer mecanismos de transferencia de conocimientos, capacidades y tecnología, con especial interés en la creación y apoyo a entidades basadas en el conocimiento”* (letra c).

El artículo 36 bis LCTI, que ha sido donde se ha trasvasado, y con algunas modificaciones, el antiguo artículo 55 LES, que trata de las transmisiones a terceros de derechos sobre los resultados de investigación generados por OPIs, por universidades públicas y otras entidades dependientes de la Administración General del Estado, también afecta a las spin-offs. En particular, porque tras la reforma llevada a cabo por la LMLCTI uno de los supuestos por los que se puede llevar a cabo una adjudicación directa de estos derechos (lo que permite evitar el genérico procedimiento basado en concurrencia competitiva), que se establecen en el apartado 2.º de este artículo es *“cuando la transmisión se efectúe a favor de una empresa basada en el conocimiento, definida en el artículo 36 quater.1.d), creada o participada por la entidad titular del derecho, o que vaya a ser creada por dicha entidad o por su personal investigador para la explotación de dichos resultados de la investigación”* (letra g). Celebramos la incorporación de esta cláusula cuya ausencia fue criticada en su día (Vargas Vasserot, 2012), al igual que el contenido del apartado primero del artículo 55 LES, que hoy ha desaparecido, y que exigía que para la transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora era necesaria la previa declaración por el órgano competente de la universidad *“de que el derecho no es necesario para la defensa o mejor protección del interés público”*, expresiones que no se sabía realmente qué significaban.

Por su parte, el artículo 36 quater, que es donde se ha trasladado tras la LMLCTI el artículo 56 LES, tiene el siguiente título: *Cooperación de los agentes públicos de ejecución con el sector privado a través de la participación en entidades basadas en el conocimiento*. Aparte de la sustitución en el título del precepto de término *“empresas innovadoras de base tecnológica”* por el de *“entidades basadas en el conocimiento”*, su contenido ha sufrido varias modificaciones respecto al texto original contenido en la LES. Mientras el apartado primero del artículo 56 LES hacía referencia a que los OPI, las universidades y otros agentes del SECTI pueden participar en el capital de *sociedades*

mercantiles cuyo objeto social fuera la realización de actividades de investigación, innovación, transferencia y valorización de los conocimientos científicos y de los resultados obtenidos por dichos agentes, en el apartado primero del artículo 36 quater LCTI se habla de participación *en el capital de entidades* cuyo objeto social sea ese. Esto parece resolver las dudas planteadas con anterioridad de si sólo se permitía la participación por las universidades en spin-offs con forma de sociedades de capital, esto es, anónima o de responsabilidad limitada, o si también se admitían otros tipos sociales como son las sociedades cooperativas (algo que es lógico dado que el tipo de responsabilidad de los socios es la misma que en las sociedades de capital; y recomendable por los efectos positivos que generan en su entorno las empresas de economía social: Vargas Vasserot, 2012b). También con este cambio se facilita la consideración de que puedan haber spin-offs universitarias que tengan otras formas jurídicas distintas a las societarias, como pueden ser las fundaciones. El comentado cambio de denominación que ha traído consigo la LMLCTI, por la que ya la LCTI no habla de *empresas de base tecnológica* sino de *entidades* basadas en el conocimiento, corrobora esta interpretación.

Incomprensiblemente, en el mismo precepto (art. 36.2 quater) y en otras disposiciones de la LCTI (arts. 18.1 *ab initio* y 33.1.c), se sigue hablando de participación de los agentes públicos del SECTI en "*sociedades mercantiles*", lo que sorprende porque todos ellos han sido reformados por la LMLCTI en 2022. Al menos el artículo 18 LCTI, aunque no se haya cambiado su título (*Participación del personal de investigación de los agentes de ejecución del sector público en sociedades mercantiles*), ahora en varias ocasiones habla de sociedades mercantiles "*y otras entidades con personalidad jurídica*".

También tienen interés en lo que nos atañe el apartado 3.º del artículo 36 quater LCTI que remite al régimen dispuesto en la legislación universitaria para la autorización para la creación o participación en EBCs por universidades pública, sin perjuicio de la posibilidad de delegación de dicha competencia por el órgano competente. Sobre el procedimiento de creación o participación en spin-offs por parte de las universidades trataremos en el siguiente capítulo de esta publicación.

Por su parte, los artículos 17 y 18 LCTI forman parte del Capítulo I (*Personal Investigador al servicio de las Universidades públicas, de los Organismos Públicos de Investigación y de los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas*) del Título II de la ley (*Recursos humanos dedicados a la investigación*). Ambos preceptos contienen varios instrumentos para incentivar la movilidad y la participación del personal investigador de los agentes públicos de ejecución del SECTI (como son las universidades públicas y OPIs) en agentes privados de ejecución del SECTI (como son las empresas, en especial las EBCs, EBTs o spin-offs). Una importante diferencia entre los instrumentos que contienen ambos preceptos es que los mecanismos para incentivar la movilidad del personal investigador, en concreto la posibilidad de autorización para la adscripción o tener una excedencia para trabajar en agentes privados de ejecución del SECTI (art. 18 LCTI), no están diseñados pensando sólo en spin-offs de universidades o de OPIs, sino que el destino de esta movilidad puede ser cualquier tipo de empresa. En cambio, las medidas que contiene el artículo 18 para impulsar la prestación de servicios en empresas (autorización de compatibilidad laboral y exención de incompatibilidades) están pensadas estrictamente para spin-offs de universidades y organismo públicos de investigación que estén participadas en el capital por dichas entidades. El análisis de detalles de estos dos preceptos, como hemos comentado con anterioridad, lo haremos en siguientes capítulos de esta obra.

7. LAS ENTIDADES O EMPRESAS BASADAS EN EL CONOCIMIENTO DEL PROYECTO DE LEY DEL SISTEMA UNIVERSITARIO DE 2022. CRÍTICA CONSTRUCTIVA A LA DEFECTUOSA REGULACIÓN PREVISTA

El 5 de septiembre de 2002 se promulgó la Ley 17/2022 por la que se modifica la LCTI, entre otros objetivos, para impulsar la transferencia desde las universidades y los OPIs al tejido productivo. Esta norma, como hemos comentado, ha traído importantes novedades respecto a los incentivos para que los investigadores participen en empresas, en general, y en spin-offs en particular, acometiendo un cambio de denominación para referirse a estas entidades, que han pasado de llamarse *empresas de base tecnológica*, que eran como se denominaban en la LCTI original, a *entidades basadas en el conocimiento*. Pues bien, apenas cuatro meses después de la publicación de la LMLCTI

(22 de diciembre de 2022), el Congreso de los Diputados ha aprobado el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (PLOSU), que contiene varios preceptos que afectan de manera importante al régimen de las spin-offs académicas de origen universitario.

El precepto de referencia en esta materia es el artículo 61, que se denomina *Entidades o empresas basadas en el conocimiento*, adoptando un nombre original y alejándose, sin ninguna razón aparente, del de *entidades basadas en el conocimiento* que se utiliza en la LCTI tras la reforma hace unos meses por la LMLCTI y que perfectamente englobaba en su ámbito a las empresas, aunque, en rigor, son sociedades. En cuanto a su contenido, la mayor parte del mismo se copia del artículo 83.3 LOU (las características básicas de las ahora EBCs y el régimen sobre excedencias) y de la disposición adicional 24.^a LOMLOU (lo relativo a posibles exenciones al régimen de incompatibilidades de los empleados públicos), a lo que se añaden algo del contenido del artículo 17 LCTI –olvidándose, en cambio, del artículo 18 LCTI– y ciertos toques de originalidad, todo ello con una redacción muy poco cuidada, que termina generando una regulación compleja y difícil de interpretar e integrar con lo dispuesto en la LCTI. A continuación, vamos a transcribir el artículo 61 PLOSU (versión julio 2022) en su texto completo para facilitar la comprensión de las observaciones que se van a realizar posteriormente sobre su contenido:

Artículo 61 PLOSU. Entidades o empresas basadas en el conocimiento.

1. *“Las universidades podrán crear o participar en entidades o empresas basadas en el conocimiento desarrolladas a partir de patentes o de resultados generados por la investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en universidades”.*

2. *“Dichas entidades o empresas en cuyo capital tengan participación mayoritaria las universidades quedan sometidas a lo dispuesto en este Capítulo en lo que les resulte de aplicación, en particular, a la obligación de transparencia y de rendición de cuentas en los mismos plazos y por el mismo procedimiento que las propias universidades”.*

“Los instrumentos de creación de estas entidades o empresas determinarán el porcentaje de los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual cuya titularidad corresponderá a las universidades, así como la distribución de los rendimientos económicos que se obtengan, en su caso, por aquéllas. La administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio”.

3. “El profesorado funcionario de los cuerpos docentes universitarios, las Profesoras y Profesores Permanentes Laborales y el personal técnico, de gestión y de administración y servicios, funcionario o con vinculación permanente, que fundamente su participación en las actividades de investigación a las que se refiere el apartado 1 podrán solicitar la autorización para incorporarse a dicha empresa o entidad participada por la universidad, mediante una excedencia temporal”.

“El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Conferencia General de Política Universitaria, regulará las condiciones y el procedimiento para la concesión de dicha excedencia que, en todo caso, sólo podrá concederse por un tiempo máximo de cinco años. Durante este período, el personal en situación de excedencia tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo y a su cómputo a efectos de antigüedad. Si con anterioridad a la finalización del período por el que se hubiera concedido la excedencia la persona interesada no solicitase el reingreso al servicio activo, será declarada de oficio en situación de excedencia voluntaria por interés particular”.

4. “Las limitaciones establecidas en el artículo 4, en su caso, y en los artículos 12.1 b) y d) y 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, no serán de aplicación a los profesores/as funcionarios/as de los cuerpos docentes universitarios, al profesorado laboral permanente y al personal técnico, de gestión y de administración y servicios funcionario y laboral cuando participen en las entidades o empresas basadas en el conocimiento previstas en este artículo, siempre que

exista un acuerdo explícito del Consejo de Gobierno de la universidad y se autorice por la Administración Pública competente”.

7.1. Exclusiva referencia a la creación de spin-offs creadas o participadas por las universidades

El primer apartado del artículo 61.1 PLOSU dispone que *“las universidades podrán crear o participar en entidades o empresas basadas en el conocimiento desarrolladas a partir de patentes o de resultados generados por la investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en universidades”*; está ciertamente inspirado en el primer párrafo del artículo 83.3 LOU (*“Siempre que una empresa de base tecnológica sea creada o desarrollada a partir de patentes o de resultados generados por proyectos de investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en universidades...”*). La redacción de este artículo en la PLOSU no está muy cuidada ya que al prescindir de la referencia que hacía la LOU de que los resultados se debían generar en *proyectos*, parece lo que se financian y realizan con fondos públicos son las patentes o los resultados y no las propias investigaciones que los originan. Pero, aparte de esta cuestión de forma, lo que realmente interesa destacar son dos importantes cambios respecto al régimen de la LOU vigente.

El primero es que, como decimos, ya no se exigen que haya proyectos de investigación previos, sino que la investigación que haya generado los resultados o el conocimiento a partir del cual se desarrolla las spin-offs haya sido financiada total o parcialmente con fondos públicos y se haya realizado en la universidad. Esto, evidentemente, abre mucho las posibilidades de crear spin-offs universitarias puesto que las investigaciones origen de las mismas pueden haber sido financiadas con recursos públicos procedentes de muy distintas fuentes, como pueden de la financiación de las propias universidades con sus planes propios o por alguna administración pública y no necesariamente financiadas por proyectos de I+D propiamente dichos.

El otro cambio importante que quizá no se perciba a simple vista, es que el artículo 61 PLOSU da una regulación específica no para todas las spin-offs que se puedan crear en las universidades, sino sólo a las que además de tener su origen en una

investigación financiada con fondos públicos, estén creadas o participadas por la universidad. Es decir, todo el régimen que contiene los cuatro apartados del precepto, se aplica sólo a EBCs que las universidades las hayan creado o participen en su capital social. Esto contrasta con lo que establece actualmente el artículo 83.3 LOU y el artículo 17.4 LCTI que cuando regula las excedencias para incorporación a spin-offs no exigen que la universidad sea socia de la entidad, con lo que PLOSU ha generalizado el criterio adoptado por la disposición adicional 24.ª LOMLOU y el artículo 18.3 que sólo requiere que las spin-offs sean creadas o participadas por las universidades para eximir a los investigadores de ciertas incompatibilidades. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 83.3 la LOU vigente, todo el contenido del artículo 61 PLOUS se aplica sólo a las spin-offs en las que las universidades sean socias, no para el resto.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 61 detalla algunas previsiones respecto a las EBCs en cuyo *capital social* (se entiende en las sociedades que se constituyen para desarrollar la actividad empresarial) tengan participación mayoritaria las universidades, estableciendo que, en tal caso, *“quedan sometidas a lo dispuesto en este Capítulo en lo que les resulte de aplicación, en particular, a la obligación de transparencia y de rendición de cuentas en los mismos plazos y por el mismo procedimiento que las propias universidades”*.

Esta previsión sobre las EBCs de carácter o naturaleza pública está tomada del actual párrafo 3.º del artículo 84 LOU, al que se le añaden ahora la obligación de transparencia. Sin embargo, dado que no todas las entidades que se constituyan como spin-offs tienen que tener capital social, no sigue pareciendo más cuidado el precepto de la LOU que incluye en su texto al fondo patrimonial: *“Las entidades en cuyo capital o fondo patrimonial equivalente tengan participación mayoritaria las Universidades quedan sometidas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimiento que las propias Universidades”*.

Sinceramente creemos que esta previsión relativa a las spin-offs pública que contiene el PLOSU en este precepto sea necesaria. De un lado, porque la existencia de spin-offs universitarias participadas de forma mayoritaria por las universidades es una circunstancia muy excepcional, entre otros motivos, porque esto requiere mayores

inversiones y controles por parte de la institución, con el sometimiento en su creación y funcionamiento de normas del sector público que no están diseñadas para sociedades a través de las cuales se quieran desarrollar la función de transferencia de conocimientos al sector productivo (piénsese, por ejemplo, que al personal que preste servicios en sociedades en que la participación en el capital de las universidades sea superior al 50% le sería de aplicación el régimen de incompatibilidades de los empleados públicos: la art. 2.1.h LIPSPAP). Aparte, un fracaso en el proyecto empresarial de una spin-off participada mayoritariamente por la universidad puede conllevar pérdidas económicas y un gran perjuicio para la imagen de la institución, como puede ocurrir si la sociedad creada es declarada en concurso de acreedores o liquidada. Por ello, lo normal en la práctica es que la aportación de las universidades al capital de las spin-offs sea normalmente de un 10% (porcentaje que algunos REBTs recogen como la norma salvo circunstancias especiales: por ejemplo, art. 5.1 REBTUAL).

De otro lado, no nos parece que éste sea el lugar adecuado de la ley para contener esta previsión sobre spin-off públicas cuando el artículo 63 PLOSU, es decir, dos preceptos más adelante, está por completo dedicado a la creación de personas jurídicas *públicas* por las universidades y sorprendentemente su párrafo tercero tiene prácticamente la misma redacción que el apartado segundo del artículo 61 que estamos analizando.

El segundo párrafo de este mismo artículo 61.2 PLOSU establece que *“los instrumentos de creación de estas entidades o empresas determinarán el porcentaje de los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual cuya titularidad corresponderá a las universidades, así como la distribución de los rendimientos económicos que se obtengan, en su caso, por aquéllas. La administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio”*. Esta es la primera vez que en la legislación universitaria española se reconoce que en el momento de la creación de la EBC (entendemos que se refiere al proceso de reconocimiento de la EBC y no al de constitución de la sociedad) se debe precisar tanto el porcentaje de derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual de titularidad de la universidad, como los derechos económicos que ésta tenga por su

explotación a través de la spin-off. Esto, aunque no lo diga la norma expresamente, obliga a realizar un contrato o convenio de transferencia de tecnología.

Este segundo párrafo del artículo 61.2 PLOSU termina remitiendo al régimen previsto en la LCTI respecto a la *“la administración y gestión de dichos bienes”* y los artículos 35, 36 y 36 bis son los que más interesan en esta materia (que como hemos vistos han sido traídos de la LES a la LCTI y modificados en parte de su contenido por la LMCTI). En nuestra opinión, el PLOSU debería ser menos preciso a la hora de exigir que los instrumentos de creación de las EBCs tengan que determinar sólo los derechos de propiedad industrial e intelectual de titularidad universitaria, porque hay muchas spin-offs que explotan resultados generados por la investigación financiado por fondos públicos y realizados en universidades (art. 61.1 PLOSU), y no se traducen en derechos de este tipo.

En cualquier caso celebramos positivamente esta previsión normativa, pero dado que está regulada en un apartado del PLOS dedicado a las EBCs que tienen participación mayoritaria de las universidades, es decir, empresas públicas, aparentemente sólo afectaría a esta clase de spin-offs (*“los instrumentos de creación de estas entidades o empresas”*). Esta interpretación se corrobora por el hecho sorprendente de que este artículo 61.2, párrafo 2.º es igual que el artículo 63, párrafo 4º que trata de la creación de personas jurídicas públicas. Por tanto, las previsiones referidas a la necesidad de reflejar la titularidad de los resultados de investigación y los retornos para la entidad sólo se imponen en el PLOSU para las EBCs que tengan carácter de empresas públicas. Pero esto no tiene ningún sentido y debería exigirse para la creación o participación de la universidad en cualquier EBC.

A continuación, transcribimos los dos últimos párrafos del artículo 63 PLOSU, para seguir mejor el hilo de las explicaciones que hemos hecho sobre su contenido y reiteraciones con el del artículo 61.2 PLOSU.

Artículo 63. Creación de fundaciones públicas y otras personas jurídicas públicas.

“Las entidades en cuyo capital o fondo patrimonial equivalente tengan participación mayoritaria las universidades quedan sometidas a lo dispuesto en este

Capítulo y, en particular, a la obligación de transparencia y de rendición de cuentas en los mismos términos que las propias universidades”.

“Los instrumentos de creación o de participación en dichas entidades determinarán el porcentaje de los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual cuya titularidad corresponderá a las universidades, así como la distribución de los rendimientos económicos que se obtengan, en su caso, por aquéllas. La administración y gestión de dichos bienes y la participación en los beneficios derivados se ajustarán a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio”.

Como se puede observar, los párrafos tercero y cuarto del artículo 63 PLOSU que regula la creación por parte de las universidades de personas jurídicas públicas, incluidas las empresas públicas, tiene prácticamente la misma redacción que el artículo 61.2 que trata de las EBCs participadas mayoritariamente por las universidades (EBCs públicas). Por ello, el artículo 61 debería hacer una simple remisión al artículo 63 para el caso de spin-offs con participación mayoritaria por la universidad y no repetir contenidos.

Por su parte, el apartado 3.º del artículo 61 PLOSU trata de la posibilidad que tienen el personal docente, investigador, técnico y de administración de servicios, funcionarios o con vinculación permanente, de pedir excedencias para incorporarse a EBCs. El análisis del contenido de este precepto (que es prácticamente una copia del actual artículo 83.3 LOU, aunque ampliando a sus posibles beneficiarios y exigiendo que las spin-offs estén creadas o participadas por las universidades) lo realizaremos en el siguiente capítulo, al tratar del régimen de las excedencias de personal de la universidad para incorporación a empresas que contiene el artículo 17.3 LCTI. Lo mismo haremos con la previsión sobre exenciones del régimen de incompatibilidades de la LIPSAP de las que trata el artículo 60.4 PLOSU (inspirado directamente de la actual disposición adicional 24.ª LOMLOU aunque ampliando notablemente el ámbito de sus destinatarios pero exigiendo una autorización expresa por parte de la universidad y aprobación de la administración pública competente).

También dejaremos para más adelante el análisis del artículo 66 PLOSU, titulado *Movilidad temporal del personal docente e investigador* que trata de integrar en la

norma las previsiones sobre la movilidad que contiene el artículo 17 LCTI, que regula las posibilidades de adscripciones y de concesión de excedencias para que el personal investigador de los agentes público del SECTI —como son las universidades públicas— participen en otros agentes públicos o privados —como son las empresas, en general, y las spin-offs en particular. En cambio, el PLOSU no hace referencia alguna al interesante artículo 18 LCTI que establece la posibilidad de compatibilizar los puestos de trabajo en la universidad pública y en una spin-off participada por ésta, por lo que aunque se apruebe la LOSU, las previsiones que contiene este precepto de la LCTI son directamente aplicables a las spin-off universitarias.

7.2. Exclusiva referencia a la participación y creación por las universidades de entidades de naturaleza públicas

En el que sí nos tenemos que detener es en el análisis del artículo 63 PLOSU, que lleva por título *Creación de fundaciones públicas y otras personas jurídicas públicas* y que aparentemente supone un cambio radical respecto al régimen actualmente vigente de creación de sociedades por las universidades públicas.

El apartado primero de este precepto establece que, *“sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61.2 (del que ya hemos tratado y que trata de las EBCs participadas mayoritariamente por las universidades), las universidades, para la promoción y desarrollo de sus fines, podrán participar y crear, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, y con la aprobación del Consejo Social, fundaciones del sector público u otras personas jurídicas de naturaleza pública, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre el sector público que sea aplicable, en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, así como en la Ley 14/2011, de 1 de junio”*.

Este apartado del PLOSU está tomado casi literalmente de la primera frase del párrafo primero del artículo 84 LOU (*Creación de fundaciones y otras personas jurídicas*), pero hay algunas diferencias, una de ellas muy importante. El precepto del PLOSU prevé solamente que las universidades para la promoción y desarrollo de sus fines pueden participar y crear *“fundaciones del sector público u otras personas jurídicas*

de naturaleza pública, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre el sector público que sea aplicable”, mientras que la LOU habla simplemente de la posibilidad de creación de “empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable”, tengan o no carácter público, es decir sea o no titular de la mayoría del capital social o fondo de otro tipo. Mientras que el precepto de la PLOSU se centra exclusivamente en la creación y en la participación de las universidades en personas jurídicas públicas, término que engloba a las sociedades o empresas públicas, el artículo 84 de la LOU sólo se refiere indirectamente a la creación de este tipo de entidades en el párrafo tercero cuando dice que “las entidades en cuyo capital o fondo patrimonial equivalente tengan participación mayoritaria las universidades quedan sometidas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimiento que las propias universidades”.

En realidad, en todo el PLOSU, aparte del régimen específico para las EBCs participadas por las universidades que contiene el artículo 61 ya visto, el artículo 63 es el único precepto que se refiere a la posibilidad de creación de personas jurídicas por las universidades o participación en el capital social de las mismas. Y como este precepto sólo regula la creación (si fuera en el momento fundacional, por ejemplo como socio fundador en la constitución de una sociedad de capital y la participación (si fuera en un momento posterior, cuando la entidad ya estuviese creada, por ejemplo a través de una ampliación de capital de una sociedad de capital) de éstas en “*fundaciones del sector público u otras personas jurídicas de naturaleza pública*”, se plantea la duda de si esto va a limitar la actual libertad que tienen las universidades públicas españolas de constituir o participar en el capital social de sociedades mercantiles o de otro tipo para el desarrollo de sus objetivos y fines, aunque no tengan una participación mayoritaria en el capital social. Aquí podemos distinguir dos supuestos distintos: la creación por las universidades de spin-offs y de otro tipo de empresas u entidades.

Respecto a las primeras, la pregunta a resolver es la siguiente: ¿podrán las universidades crear o participar en spin-offs en las que no tengan la mayoría del capital social? Pues opinamos que sí, porque permitir que sólo pueda haber EBCs en las que las universidades tengan la mayoría del capital social iría en contra del propio artículo 61

PLOSU, que sólo dedica un apartado de los cuatro que tiene a las spin-offs de naturaleza pública, en concreto el apartado segundo. Además, esto contrasta con varias disposiciones de la LCTI recientemente reformada para potenciar la cooperación de las universidades y el tejido productivo a través de la participación en sociedades y en las que en ningún momento se exige una participación mayoritaria de las universidades en el capital social de las entidades que se constituyan: art. 64.2 LES, arts. 33, 35 bis, 36 quater, 36 quinquies LCTI.

La única manera que puede cobrar algo de sentido la norma proyectadas es considerar que para las EBCs a las que se refiere el artículo 61.1 PLOSU (entidades o empresas basadas en el conocimiento creadas o participadas por las universidades y desarrolladas a partir de patentes o de resultados generados por investigaciones financiadas con fondos públicos y realizadas en universidades) no rige el artículo 63 PLOSU más allá de que se aplique por analogía el procedimiento de creación por las universidades de personas jurídicas (con la necesaria la aprobación del Consejo Social, que es lo mismo que exige hoy el artículo 84 LOU). Seguramente lo que ha ocurrido es que ha habido un error en la salvedad que hace el párrafo 1.º de artículo 63 PLOSU sobre el régimen establecido en el artículo 61.2 (*“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61.2, las universidades, para la promoción y desarrollo de sus fines, podrán participar y crear... otras personas jurídicas de naturaleza pública*), porque en ese apartado no hay nada que salvar porque trata de las EBCs públicas y tiene, como hemos visto antes, prácticamente el mismo contenido que los párrafos 3.º y 4.º del artículo 63 PLOSU. Por lo dicho, el artículo 63 PLOSU debería iniciarse diciendo que *“sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61.1”*, y así dejar claro que, al menos para las EBCs que regula dicho precepto, las universidades pueden crear o participar en el capital social aunque no sea de manera mayoritaria.

Pero qué ocurre para el resto de sociedades y otras personas jurídicas que no se constituyan como EBCs, ¿podrán las universidades seguir constituyendo o participando en sociedades u otras personas jurídicas, aunque no ostenten en ellas la mayoría del capital social o del fondo patrimonial? A pesar del texto del artículo 63 PLOSU, que nos parece un sin sentido, la respuesta debe ser que sí por varias razones.

En primer lugar, porque el PLOSU no lo prohíbe expresamente y otras leyes, como la LCTI y la LES (que expresamente son mencionada al final del párrafo primero del artículo 63 PLOSU) incentivan en varios preceptos la creación y participación por las universidades de o en, según el caso, sociedades mercantiles o de otro tipo para el desarrollo de sus funciones, especialmente de transferencia, y no mencionan nunca la necesidad de que éstas tengan que tener la mayoría del capital social. Por poner un ejemplo de los varios que hay, el artículo 33.1, letra c) de la LCTI, entre las medidas para la valorización del conocimiento que recoge, incluye la necesidad de potenciar el fomento de la cooperación de los agentes públicos de ejecución del SECTI, como son las universidades pública, con el sector privado a través de los instrumentos que establece el ordenamiento jurídico y, en particular, mediante la participación en sociedades mercantiles, con el objeto de favorecer la diversificación empresarial y la transformación de los resultados de la investigación científica y técnica en desarrollo económico y social sostenible.

La segunda razón es más práctica y deriva del hecho de que las universidades españolas llevan desde hace más de veinte años creando y participando en sociedades de capital para cumplir sus fines y nunca ha sido un factor limitante el tener que ostentar necesariamente la mayoría del capital social. Relacionado con lo anterior, está el hecho de que todos los Estatutos de las universidades públicas españolas contienen un artículo que repite más o menos el contenido del artículo 80 LOU por el que para la promoción y el desarrollo de sus fines la institución, por sí sola o en colaboración con otras entidades, puede crear fundaciones, sociedades u otras personas jurídicas y limitar esto iría contra la autonomía normativa, patrimonial y gestión de las universidades.

Pero el argumento de mayor peso es el sentido común. Pensemos en el siguiente ejemplo: invitan a una universidad española a formar parte de un consorcio conformado por distintas entidades públicas y privada que van a constituir una sociedad limitada para realizar y emitir un programa televisivo sobre la investigación en una determinada rama del conocimiento ¿Tendría sentido prohibir la participación de dicha universidad en el capital social de la sociedad que se quiere crear simplemente porque no tienen la mayoría del mismo? Evidentemente, no.

La existencia de una pluralidad de agentes dentro del sistema puede conllevar, y ello parece a todas luces positivo, la creación de entidades por las universidades que aunque no tengan la participación mayoritaria sea útiles para la consecución de sus fines, como es el de la transferencia de resultados de investigación. Como se ha dicho en sede parlamentaria criticando el contenido de este precepto (enmienda núm. 69 al PLOSU publicado en Boletín Oficial de las Cortes Generales el 14 de noviembre de 2002), tanto la LCTI como los propios objetivos de la nueva ordenación del sistema universitario otorgan una amplia autonomía a las universidades para que fomenten e impulsen su participación y sus colaboraciones con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, por lo que hacer depender estas colaboraciones de que la entidad tenga carácter público no tiene sentido.