

# CRÍTICA CONSTRUCTIVA A LA REGULACIÓN EN MATERIA DEL TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTOS Y, EN PARTICULAR, AL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS BASADAS EN EL CONOCIMIENTO (SPIN-OFFS) DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO (ENERO DE 2023)<sup>1</sup>

CARLOS VARGAS VASSEROT  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Almería

SUMARIO: I. Introducción. II. Línea continuista en líneas generales en materia de transferencia. III. Continuidad en el régimen de la investigación contratada y otras medidas sobre el régimen económico de las universidades. IV. Novedades en la regulación prevista para las creación o participación de las universidades en empresas basadas en el conocimiento: 1. Exclusiva referencia a la creación de spin-offs creadas o participadas por las universidades. 2. Exclusiva referencia a la participación y creación por las universidades de entidades de naturaleza públicas. V. Novedades previstas respecto a los incentivos para la participación del personal universitario en empresas basadas en el conocimiento: 1. Respecto a la concesión de excedencias. 2. Respeto a la exención al régimen de incompatibilidades de los empleados públicos. 3. Respecto a la movilidad del PDI

---

<sup>1</sup> Gran parte del contenido de estas notas se han extraído 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*, de Marina Aguilar Rubio y Carlos Vargas Vasserot , ISBN: 978-84-09-47418-9, diciembre de 2022, disponible parcialmente en el Repositorio Institucional de la Universidad de Almería.

## I. Introducción

El 22 de diciembre de 2022 se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (121/000111, que se cita PLOSU) y se prevé la aprobación definitiva en marzo de 2023. El recorrido parlamentario para la promulgación de esta importantísima ley en el ámbito universitario y científico está siendo muy aceleradas, tramitada a instancia del Gobierno por la vía de urgencia que significa un importante acortamiento en los plazos del procedimiento ordinario para la elaboración y aprobación de las leyes, en concreto a la mitad (art. 90 Constitución Española y arts. 93, 94 y 136 del Reglamento del Congreso de los Diputados).

El periplo parlamentario del PLOSU se inició el 28 de junio de 2022, cuando la Mesa de la Cámara adoptó el acuerdo de encomendar el Dictamen de la misma por el procedimiento de urgencia, a la Comisión de Ciencia, Innovación y Universidades y publicar el proyecto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, como así se hizo el 1 de julio de 2022 (<https://www.congreso.es/publicoficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-111-1.PDF>)

El procedimiento exprés de aprobación del proyecto de tan importante norma por el Congreso se concluyó el pasado 22 de diciembre, cuando se aprobó por una ajustadísima mayoría: 176 votos a favor, un voto más de los 175 necesarios para aprobar una ley orgánica que requiere una mayoría absoluta del Congreso, es decir, la mitad más uno de todos los diputados. El PLOSU aprobado por el Pleno de Congreso de los Diputados se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha de 11 de enero de 2023 (<https://www.congreso.es/publicoficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-111-5.PDF>).

La tramitación por el Senado, también por la vía de urgencia, se prevé que sea muy rápida y que se apruebe por el Pleno del Senado en el mes de febrero, seguramente los días 21 y 22 y se prevé sin aceptación alguna de enmiendas, por lo que la norma no tendrá que volver al Congreso y posiblemente entrará en vigor en marzo de 2023.

Aunque sé que mis comentarios sobre el contenido del PLOSU no van a tener ninguna repercusión en el texto final de la norma, me he animado a publicar en abierto algunas reflexiones extraídas de una atenta lectura de los artículos que afectan al régimen de la transferencia de conocimientos o de resultados de la investigación en las distintas versiones del PLOSU (junio y diciembre de 2022 y enero de 2023). En esta materia tengo cierta experiencia de gestión (ocupé el cargo de Director de la OTRI de la Universidad de Almería durante cinco años (2008-2013) y formé parte como vocal de la Comisión Permanente de la Red OTRI de la CRUE) e investigación (fui Investigador Principal del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08332, titulado “Transferencia de resultados de investigación. Identificación de problemas y propuestas de solución” (2010-2012) y coordinador y autor de varios capítulos de la obra colectiva *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley Orgánica de Universidades a la Ley de la Ciencia*, 2012, La Ley, 947 pp.), que creo que me capacita para verter algunas opiniones sobre el contenido de la futura LOSU, en especial en cuestiones relativas a los contratos de investigación y a la creación de empresas basadas en el conocimiento o spin-offs académicas que son de dos temas que en este ámbito he trabajado más intensamente.

Voy a intentar analizar el PLOSU de una manera técnica, alejado de cualquier influencia ideológica, porque mi intención es solamente, lo que no es poco, mostrar algunas incoherencias y errores que tienen el PLOSU en una materia a la que he dedicado muchas horas de estudio e investigación. Para ello utilizaré referencia el texto del PLOSU aprobado por el Pleno del Congreso y publicado de enero de 2023, aunque cabe indicar que en los artículos sobre los que vamos a hacer nuestras observaciones apenas ha habido modificaciones desde el texto original de junio de 2022, lo que llama la atención porque hay preceptos francamente mejorables tanto en su contenido como en su forma (con repeticiones innecesarias o la remisión a un artículo erróneo, por poner algún ejemplo).

Antes de exponer las conclusiones de mi modesto estudio exegético del texto del PLOSU en materia de transferencia, voy a recordar brevemente de qué estamos hablando. La transferencia de conocimientos es el término usado para describir la

transferencia de conocimientos o de derechos de uso y de explotación de los descubrimientos y de las innovaciones resultantes de la investigación científica y tiene principalmente tres vías o canales para hacerse efectiva: 1) la investigación contratada por las empresas y otras entidades a través de la universidad (los llamados contratos artículo 83 LOU); 2) la creación de empresas basadas en el conocimiento (EBCs) en los que participan investigadores universitarios, que también se denominan EBTs o spin-offs académicas; y 3) la licencia o comercialización de patentes u otros títulos de protección de invenciones o creaciones originadas en la investigación universitaria.

En España fue con la promulgación de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (LOU) cuando la normativa universitaria española acogió por primera vez el objetivo estratégico de potenciar la transferencia al sector productivo de los resultados de la investigación que se generasen en las universidades. La LOU, en su versión original, lo hace con apenas tres preceptos pero de una gran importancia en materia de transferencia. En el primer artículo de la ley se reconoce que *“la difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento”* son funciones de la universidad al servicio de la sociedad (artículo 1.2.c). Por su parte, el artículo 41, titulado *Fomento de la investigación, del desarrollo científico y de la innovación tecnológica en la Universidad*, en su apartado 2.º se la atribuye en el ámbito universitario a la Administración Pública estatal y autonómica con la finalidad de lograr una serie de objetivos, entre lo que hay que destacar uno muy vinculado a la transferencia: g) *“La 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. 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.* Por su parte, el artículo 83 habilita la investigación contratada entre las universidades y terceros para que el profesorado realice trabajos y preste servicios científico-técnicos en empresas u otras entidades.

A partir de la promulgación de la LOU, el legislador español, consciente de la importancia estratégica de la transferencia de conocimientos como mecanismo de mejora de la competitividad de la economía española, sistemáticamente ha ido potenciando esta función de las universidades públicas y de OPIs intentando remover los obstáculos legales para un desarrollo más efectivo de la misma, aunque por desgracia esto no se ha conseguido por la existencia de diversas normas que confluyen sobre las mismas cuestiones y están muy mal coordinadas entre sí.

La Ley Orgánica 4/2007, que modifica la LOU (se cita LOMLOU el texto refundido resultante tras la reforma), ahondó de una manera significativa en el papel que debe asumir la universidad en la transferencia de conocimiento *ad extra*, y tras reconocer en su preámbulo la necesidad de “*impulsar la transferencia al sector productivo de los resultados de investigación*”, establece distintas medidas para hacer más efectivo ese trasvase de conocimiento a la sociedad y al tejido productivo. En primer lugar, con un reconocimiento formal, y sin dejar ya duda alguna, de que la transferencia, junto a las clásicas funciones de docencia e investigación, constituye la tercera misión de la universidad, que se califica de función y servicio social. En concreto, el Título VII de la LOU que originalmente se denominaba *De la investigación en la Universidad*, pasó a denominarse *De la investigación en la Universidad y de la transferencia del conocimiento, con lo que se ratifica formalmente el impulso que formalmente quería darse a esta tercera función universitaria*. Y también es destacable la reforma que llevó a cabo la LOMLOU con la incorporación de un nuevo apartado 3 al artículo 41 LOU, que vuelve a reconocer que la transferencia es una función de la universidad y potenciación mecanismos de intercambio de personal investigador entre el sistema universitario y el sistema productivo, y el reconocimiento curricular de la transferencia de tecnología. En materia de spin-offs, la LOMLOU trajo consigo dos incentivos a la creación de EBTs: de un lado, se añadió un apartado 3 al artículo 83 LOU 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.<sup>a</sup> de la propia 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 científicas y sean participadas en el capital social

por las universidades. Ambos preceptos fueron artífice del impulso que en 2008 y en los años siguientes muchas universidades españolas dieron a la creación de spin-offs.

Posteriormente, en el contexto de crisis económica que España sufrió desde 2008 a 2012, derivada del final de la burbuja inmobiliaria y una importante crisis bancaria, el gobierno consideró que una posible vía de reflujo de la economía podía ser la de apostar por la transferencia y por desarrollos innovadores desde los organismos públicos de investigación. Por ello, entre el conjunto de medidas que, de tan distinto tipo, contenía la Ley 2/2011 de Economía Sostenible (LES), de 4 de marzo, en el capítulo dedicado a la *Ciencia e Innovación* (Cap. V, Tít. II) había varios preceptos que trataban de la transferencia de conocimiento (arts. 53-64).

En el mismo año que se publicó la LES, 2011, aproximadamente tres meses después, se promulgó la Ley 14/2011 de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI). Incomprensiblemente no hubo la necesaria coordinación ministerial en la elaboración de ambas leyes por lo que tratan de materias similares, algo que ocurre, en concreto en materia de transferencia de resultados de investigación. Esto se ha arreglado, aunque sólo parcialmente, con la publicación de la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (que se cita LMLCTI) que ha derogado los preceptos que integraban la sección 1.ª del Capítulo V de la LES sobre *Transferencia de resultados en la actividad investigadora*.

La LCTI desde su versión original hace referencia a la transferencia desde un primer momento, al recoger el objeto o finalidad de la norma en su artículo 1: *“Esta ley establece el marco para el fomento de la investigación científica y técnica y sus instrumentos de coordinación general, con el fin de contribuir a la generación, difusión y transferencia del conocimiento para resolver los problemas esenciales de la sociedad”*. El evocativo rótulo del Título III de la LCTI es *Impulso de la investigación científica y técnica, la innovación, la transferencia del conocimiento, la difusión y la cultura científica, tecnológica e innovadora*, con lo que queda claro la importancia que se le quería dar a la materia, algo que también se observa al regular el estatuto del personal investigador, en los que no podemos entrar en detalle. La LCTI contiene varias normas

para incentivar la participación de investigadores de universidades públicas y de OPIs en empresas, en general, y en spin-offs en particular, destacando los artículos 17 (que regulan las adscripciones y excedencias para incorporación en empresas) y el artículo 18 (que regula la posibilidad de compatibilizar el empleo público con el empleo en sociedades participadas en el capital social por las universidades y de no aplicación de determinadas prohibiciones contenidas en la LIPSAP).

Cuando se promulgue la LOSU, tal como establece la disposición derogatoria única del PLOSU, quedará derogada tanto la LOU como la LOMLOU, quedando vigentes la LES (aunque con menos interés por el trasvase de preceptos a la LCTI) y la LCTI. La integración de la LOSU con la LCTI, como ocurría antes entre la LOU y la LCTI no es fácil, y creemos que se va a perder una buena oportunidad de aclarar y dar seguridad jurídica en algunos aspectos relacionados con la transferencia, como ocurre con el régimen de las spin-offs o empresas basadas en el conocimiento.

## **II. Línea continuista en líneas generales en materia de transferencia**

En primer lugar, de la lectura del PLSOU se deduce que en materia de transferencia hay una línea continuista, sin que exista ningún precepto que de manera clara y expeditiva, como ocurre con la LCTI en el artículo 35 bis (antes 35), reconozca la utilidad de la misma, aunque en algunos aspectos hay ciertos avances, en otros, en nuestra opinión, retrocesos. También se debe señalar que el PLOSU original, de septiembre de 2022, en su paso por el Congreso para su aprobación a finales del mes de diciembre, incorporó algunas frases en determinados artículos que parecen incidir en la relevancia de la función de transferencia en el ámbito universitario

Por ejemplo, en el artículo 2.1., en una nueva redacción señala que el sistema universitario presta y garantiza el servicio público de la educación superior universitaria *“mediante la docencia, la investigación y la transferencia del conocimiento”*. En el apartado segundo del mismo precepto, de las seis las funciones del sistema universitario, tres de ellas mencionan a la transferencia de conocimientos: *“La generación, desarrollo, difusión, transferencia e intercambio del conocimiento y la aplicabilidad de la investigación en todos los campos científicos, tecnológicos,*

*humanísticos, artísticos y culturales” (letra c); “La contribución al bienestar social, al progreso económico y a la cohesión de la sociedad y del entorno territorial en que estén insertas, a través de la formación, la investigación, la transferencia e intercambio del conocimiento y la cultura del emprendimiento, tanto individual como colectiva, a partir de fórmulas societarias convencionales o de economía social” (letra e); y “La transferencia e intercambio del conocimiento y de la cultura al conjunto de la sociedad a través de la actividad universitaria y la formación permanente o a lo largo de la vida del conjunto de la ciudadanía” (letra g).*

El Título IV PLSOU se titula *Investigación y transferencia e intercambio del conocimiento e innovación*, aunque no hay como en la LOU un artículo concreto donde se reconozca en su título que la investigación y la transferencia del conocimiento son *funciones de la universidad* (art. 39 LOU, que recordemos fue incluido por la LOMLOU), quizá porque ya la transferencia como misión de la universidad es asumida de forma natural en el texto de la norma. Por ello mismo, se nombra a la transferencia en numerosas ocasiones en el PLOSU, no para darle un especial tratamiento, sino incluyéndola en una referencia amplia a las actividades, estructuras y proyectos *“de investigación y de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación”*: art. 11.4, 13, 23.1, 39.2, 40.2, etc.

De los preceptos del Título IV PLOSU, podemos destacar el artículo 11, que en su apartado 5 establece que *“las universidades promocionarán las relaciones entre la investigación universitaria, las necesidades sociales y culturales y su articulación con el sistema productivo”*, y en su apartado 6 reconoce que las actividades de investigación, y de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación se considerarán conceptos evaluables a efectos retributivos y de promoción. Por su parte, el artículo 13 que al tratar del desarrollo de proyectos para la investigación, creación y transferencia e intercambio del conocimiento señala que una de las actuaciones que deben llevar a cabo las administraciones pública es *“impulsar convocatorias para el desarrollo de proyectos de investigación, programas de doctorado y de formación a lo largo de la vida, que se lleven a cabo en universidades y entidades o empresas de forma colaborativa, priorizando aquellas del entorno local, para contribuir a la creación y transferencia e*

*intercambio del conocimiento, así como a promover la incorporación de talento en el tejido social y económico” (letra c); “Promocionar políticas de creación de patentes y de generación de entidades o empresas basadas en el conocimiento, así como la incentivación de los procesos de transferencia e intercambio del conocimiento científico, tecnológico, humanístico, social y cultural universitario y su transformación en procesos de innovación en el sistema productivo tanto a escala local como internacional” (letra k); y “Potenciar y desarrollar estructuras, servicios y unidades que sirvan de apoyo técnico a las actividades de investigación, transferencia e intercambio del conocimiento e innovación” (letra l).*

### **III. Continuidad en el régimen de la investigación contratada y otras medidas sobre el régimen económico de las universidades**

Donde está el bloque de medidas concretas que afectan al régimen jurídico de la transferencia de conocimiento es en el Título IX (*Régimen específico de las universidades públicas*), en concreto en cuatro preceptos del Capítulo III sobre el *Régimen económico y financiero de las universidades públicas*: art. 58.7, 60, 61, 63 y 66.

En primer lugar, interesa un novedoso apartado 7 del artículo 58 (*Patrimonio*), que establece que *“la investigación que realizan las universidades constituye una actividad económica que se desarrolla mediante la investigación básica y aplicada, con la finalidad de transferir a la sociedad la tecnología y el conocimiento adquirido”*. El resto de preceptos de interés son prácticamente una copia o una mezcla de varios que contienen la LOU, aunque en algunos se han hecho importantes matizaciones que afectan de manera relevante al contenido de los mismos

El artículo 60, titulado *Colaboración con otras entidades o personas físicas* (donde se recoge, apenas sin cambios, el artículo 83.1 y 2. LOU sobre los contratos de investigación); artículo 61. *Entidades o empresas basadas en el conocimiento* (donde se fusionan, con algún cambio importante como es el de la exigencia de que las EBT estén participadas por sus universidades, el régimen de las EBTs contenido en el artículo 83.3 LOU y en la disposición adicional 24.ª LOMLOU); artículo 63 de *Creación de fundaciones públicas y otras personas jurídicas públicas* (que es el artículo 84 LOU pero ahora sólo

aplicable a personas jurídicas de naturaleza pública lo que genera dudas de qué ocurre con el resto); y el artículo 66 sobre *Movilidad temporal del personal docente e investigador* (el único totalmente de nueva factura donde se trata de integrar en la LOSU, con poco éxito en nuestra opinión, el artículo 17 LCTI).

Como se observa con las anotaciones hechas entre paréntesis, el PLOSU sigue en esta materia la misma estructura que tiene la LOU con el mismo tipo de preceptos, pero con algunos cambios de contenido en algunos casos llamativos. El análisis de detalles de los tres últimos preceptos del PLOSU citados (arts. 61, 63 y 66) lo realizaremos en un epígrafe posterior al afectar básicamente al régimen de las spin-offs. Ahora sólo nos detendremos en las novedades que presentan, que son mínimas, el importante artículo 60 PLOSU sobre contratos de investigación.

El contenido de esta norma es prácticamente el mismo que el artículo 83 LOU, que regula aspectos básicos de la investigación contratada a las universidades para que su personal investigador canalice iniciativas investigadoras y la transferencia de resultados de investigación. En el apartado 1.º sólo ha habido cambios mínimos de redacción por estilo sin mayor interés aparente. En el apartado 2.º sólo hay un cambio, pero acertado, puesto que pone que *“las universidades”*, en lugar de *“los estatutos universitarios”*, de los que hablaba la LOU, regularán los procedimientos de autorización de los trabajos y de celebración de los contratos de investigación.

A continuación, transcribimos el artículo 60 PLOSU poniendo en letra redonda las novedades respecto al artículo 83.1 y 2 LOU, que como se observan son mínimas.

Artículo 60 PLOSU. Colaboración con otras entidades o personas físicas: 1. *“Los grupos de investigación reconocidos por la universidad, los departamentos y los institutos universitarios de investigación, así como su profesorado tanto a través de los anteriores como a través o de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas físicas, universidades, o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, tecnológico, humanístico*

*o artístico, así como para actividades específicas de formación”; 2. “Las universidades, en el marco de las normas básicas que dicte el Gobierno, regularán los procedimientos de autorización de los trabajos y de celebración de los contratos previstos en el apartado anterior, así como los criterios para fijar el destino de los bienes y recursos que con ellos se obtengan”.*

En mi opinión, debería haberse aprovechado la nueva norma para acometer una intensa reforma del contenido del actual artículo 83 LOU en sus apartados 1 y 2, cuyo texto procede casi literalmente del artículo 11 de la LRU de 1983 (hace prácticamente cuarenta años), que está pensado para actividades de bajo perfil de I+D y que convendría adaptarlo a las nuevas necesidades y demandas tecnológicas. Ejemplo de lo obsoleto que ha quedado el precepto es que su título sigue siendo el de Colaboración con otras entidades o personas físicas, cuando raramente personas no jurídicas contratan con las universidades.

#### **IV. Novedades en la regulación prevista para las creación o participación de las universidades en empresas basadas en el conocimiento**

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 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. Pero 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 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* (se cita EBCs). Pues bien, apenas cuatro meses después de la publicación de la LMLCTI el Congreso de los Diputados ha aprobado el PLOSU que contiene varios preceptos que afectan de manera importante al régimen de las spin-offs académicas de origen universitario.

El precepto de referencia del PLOSU en esta materia es el artículo 61, que se denomina *Entidades o empresas basadas en el conocimiento* (también se citan EBCs), 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 que aborda las adscripciones y excedencias por incorporación del personal investigador a determinadas empresas –olvidándose, en cambio, del artículo 18 LCTI que trata de la posible doble vinculo laboral con la universidad y las spin-off participadas por las universidades y otros OPIs-- 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 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”.*

#### **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.<sup>a</sup> 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 EBCs 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 no creemos que esta previsión relativa a las EBCs públicas 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 Reglamento de EBTs de universidades recogen como la norma salvo circunstancias especiales: por ejemplo, art. 5.1 del de la Universidad de Almería).

De otro lado, no nos parece que éste sea el lugar adecuado de la ley para contener esta previsión sobre spin-offs 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 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, tienen 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. Este precepto 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. Por su parte, el artículo 60.4 PLOSU está 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.

Por su parte, el artículo 66 PLOSU, titulado *Movilidad temporal del personal docente e investigador* 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.

## **2. Exclusiva referencia a la participación y creación por las universidades de entidades de naturaleza públicas**

El artículo 63 PLOSU, que lleva por título *Creación de fundaciones públicas y otras personas jurídicas públicas*, 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 me 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 84 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.

## **V. Novedades previstas respecto a los incentivos para la participación del personal universitario en empresas basadas en el conocimiento**

### **1. Respecto a la concesión de excedencias**

En relación con la posibilidad de solicitar excedencias por incorporación a una EBC, el artículo 61.3 PLOSU establece que *“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.*

Se entiende, porque no queda claro con la lectura del apartado 1.º del artículo 60.1 PLOSU (*“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”*), que las actividades de investigación a las que se refiere el artículo 61.3 son las que han producido unos resultados, patentables o no, a partir de los que se ha desarrollado la spin-off y que esta investigación ha sido financiada con fondos públicos y realizada en universidades. En este punto, como en muchos otros, parece más cuidada la redacción de la LOU que, en el artículo 83.3 (de la que ha tomado gran parte del contenido el artículo 61.1 PLOSU), exigía que *“el profesorado funcionario de los cuerpos docentes universitarios y el contratado con vinculación permanente a la universidad fundamentase su participación en los mencionados proyectos”* podía solicitar la autorización para incorporarse a la EBT mediante una excedencia temporal.

Y si se comparan ambos preceptos en sus primeros párrafos (arts. 83.3, 1.º LOU y art. 61.1 PLOSU) se observan dos diferencias. La primera son los posibles beneficiarios de las excedencias para incorporarse a las spin-offs, que en la LOU se limitaban a el *“profesorado funcionario de los cuerpos docentes universitarios y el contratado con vinculación permanente”* y en la PLOSU (aparte de hablar de profesores y profesoras permanentes laborales en lugar de personal contratado permanente) se añade al *“personal técnico, de gestión y de administración y servicios, funcionario o con vinculación permanente”*. El personal técnico es posible que participen en proyectos de I+D que produzcan resultados que puedan dar lugar al desarrollo de EBC, pero es bastante más difícil que esto pase con el personal de gestión y de administración y servicios. No obstante, como esto puede ocurrir, el PLOSU los incluye entre los que se pueden beneficiar de las excedencias que regula en el artículo 61.3.

La segunda novedad es más llamativa. Nos referimos a que mientras que en la LOU queda claro que la concesión de las excedencias para la incorporación a las spin-offs no depende de que ésta sea creada o participada por la universidad (esto sólo lo exige la disp. adic. 24.ª LOMLOU para la exención de ciertas incompatibilidades), con el texto del artículo 61 PLOSU esta participación es necesaria. Recordemos que el apartado

1.º de este precepto 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”*; que el apartado 2.º se dedica sólo a las spin-offs participadas mayoritariamente por las universidades; y que el 4.º, del que trataremos después, que trata de las posibles exenciones de incompatibilidades, dice que no será de aplicación al personal funcionario o permanente que participe en las *“entidades o empresas basadas en el conocimiento previstas en este artículo”*, que necesariamente deben ser las descritas en el apartado 1.º, es decir, creadas o participadas por las universidades (que además es lo que exige la disp. adic. 24.ª LOMLOU y el art. 18.3 LCTI cuando regulan las excedencias de este tipo). Además, y esto es definitivo, el propio artículo 61.3 PLOSU, dice textualmente que el personal de las universidades, funcionario o permanente, *“podrán solicitar la autorización para incorporarse a dicha empresa o entidad participada por la universidad, mediante una excedencia temporal”*.

Por tanto, de aprobarse la LOSU con el texto proyectado, las excedencias para incorporarse a EBCs en el marco de esta ley la podrían solicitar los empleados (PDI, PAS o técnicos) de las universidades públicas que tengan una participación en el capital social de aquéllas, algo que no exige actualmente el artículo 83.3, 1.º LOU (que quedaría derogado con la promulgación de la LOSU), ni el artículo 17.3 y 4 LCTI. Pero entonces, si la LOSU sólo regula a las spin-offs creadas o participadas por las universidades, para el resto sería de aplicación directa el artículo 17.4 LCTI por el que el personal de la universidad que participe activamente en una empresa de cualquier tipo, se entiende, por tanto, incluidas las spin-offs universitarias no participadas, puede pedir una excedencia dependiendo sólo del *“interés que la universidad pública, organismo o entidad para la que preste servicios tenga en la realización de los trabajos que se vayan a desarrollar en la entidad de destino o de forma autónoma”*.

Pero, en cambio, el personal técnico, de gestión y de administración y servicios, funcionario o con vinculación permanente a la universidad, sólo podrá pedir este tipo de excedencias si se trata de una EBC de las que regula el artículo 61.1 PLOSU

*(“desarrolladas a partir de patentes o de resultados generados por la investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en universidades”)* y está participada por la entidad universitaria, porque la LCTI sólo reconoce este derecho al personal investigador. Y lo mismo ocurre si se quiere contar a efectos de antigüedad con los periodos de excedencia, ya que la LCTI sólo los reconoce cuando la entidad de destino es un agente público del SECTI, pero no a los privados, como son las spin-offs.

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 61.3 PLOSU, sorprendentemente, es una copia casi exacta del controvertido párrafo segundo del artículo 83.3 LOU. La única diferencia es que se especifica que la regulación de las condiciones y el procedimiento para la concesión de las excedencias para la incorporación a EBC se hará por real decreto: *“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”*.

La previsión de que el gobierno iba a regular las excedencias para que el profesorado funcionario o contratado permanente se pudiera incorporar a una EBT está contenida en la LOU desde su reforma en 2007 por la LOMLOU. La injustificada inactividad del gobierno a la hora de regular este régimen (y el semejante que debía hacer para regular las condiciones para la determinación de la naturaleza de base tecnológica para no aplicar ciertas incompatibilidades al personal que prestase servicio en EBTs y que preveía la disposición adicional 24.ª LOMLOU), provocó que las universidades regularan en sus propias normativas (en estatutos y en Reglamentos de EBTs) los procedimientos de creación de sus spin-offs y las condiciones para la concesión de excedencias. Que ahora, aproximadamente después de más de quince años de absoluta inactividad al respecto por parte de todos los gobiernos que han pasado y

cuando el artículo 17.4 LCTI regula con mucho detalle las excedencias para la incorporación a empresas sea o no spin-offs, se haga depender de la efectividad del régimen de excedencia de la LOSU de la promulgación de un futuro real decreto, no tiene sentido. Máxime cuando el propio PLOSU, en su artículo 66.1 establece que *“será de aplicación al personal docente e investigador de las universidades públicas la regulación de movilidad del personal de investigación prevista en el artículo 17 y concordantes de la Ley 14/2011, de 1 de junio”*.

Cabe señalar también que el artículo 66 PLOSU que trata de la movilidad del personal investigación hace una remisión al artículo 17 LCTI en pleno, pero su contenido parece básicamente pensado para las adscripciones y no para las excedencias. En cualquier caso, la primera parte de dicho precepto sólo hace referencia a que en lo no previsto por dicha norma se aplicará la reglamentación propia de cada universidad y los convenios que se establezcan entre universidades y otras entidades, entre las que incluye a empresas basadas en el conocimiento, por lo que no hay problema en integrar esto con el régimen de las excedencias del artículo 17 LCTI.

El segundo párrafo del artículo 66.2 PLOSU reconoce que los *períodos de adscripción* a otras universidades públicas, OPIs o centros de I+D+i dependientes de las Administraciones Públicas computarán a efectos de antigüedad y no impedirán el progreso en la carrera profesional, con lo que se entiende que esto no ocurre cuando el destino de las adscripciones o las excedencias es a empresas. Sin embargo, esto colisiona con lo que establece el artículo 61.3 PLOSU, en su párrafo segundo, por el que durante el periodo de disfrute de las excedencias para la incorporación a las EBCs que regula (origen investigación universitaria y participadas por la universidad), el personal investigador tiene derecho a su cómputo a efectos de antigüedad. En cambio, coincide con lo que prevé, con su silencio, el artículo 17.4 LCTI, en su párrafo 5.º, que tampoco reconoce a efectos de antigüedad los periodos de excedencias para la incorporación a empresas, lo que si hace el 17.3 LCTI, en su párrafo 4.º, cuando el destino son otros agentes públicos del SECTI. Por tanto, incluso considerando que el artículo 66.2 PLOSU es aplicable al régimen de excedencias, nada cambiaría por la especialidad del régimen

contenido en el artículo 61.3 PLOSU y las coincidencias del contenido del artículo 17 3 y 4 LCTI.

## **2. Respeto a la exención al régimen de incompatibilidades de los empleados públicos**

El artículo 61.4 PLOSU establece que ciertas limitaciones establecida en la LIPSAP (art. 4 y 12.b y d y 16) *“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”*. Con esta norma, de un lado, se amplía la categoría de posibles destinatarios de las exenciones de incompatibilidades que contenía la disposición adicional 24.ª LOMLOU, al profesorado permanente no funcionario y al personal técnico funcionario y laboral; y, de otro, incrementar las limitaciones de las que se exoneran al personal universitario, puesto que tampoco se les aplica el artículo 16 de la LIPSAP con lo que se adopta el criterio del artículo 18.3 LCTI con lo que se permite reconocer la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal público.

Por otro lado, esta exoneración de incompatibilidades opera cuando éstas personas *“participen en las entidades o empresas basadas en el conocimiento previstas en este artículo”* (esto es, EBCs papás sí pues hijo pero bueno no creadas o participadas por la universidad basadas en el conocimiento y desarrolladas a partir de resultados de investigación financiados con fondos públicos y realizados en universidades y no se requieren proyectos de investigación previos como establece el artículo 83.3 LOU y la disposición adicional 24.ª LOMLOU) y *“siempre que exista un acuerdo explícito del Consejo de Gobierno de la universidad y se autorice por la Administración Pública competente”*.

Es decir, la PLOSU exige, primero, un acuerdo explícito del Consejo de Gobierno sobre las exenciones del régimen de incompatibilidades, que era lo que establece la LCTI, y después exige además (por el uso de la conjunción copulativas), la autorización de la Administración Pública competente. Esta necesidad de intervención de una administración pública que dé el visto bueno al acuerdo tomado por la universidad

respecto a las exenciones previstas en la ley limita la libertad que tienen actualmente las universidades de levantar las incompatibilidades a los profesores funcionarios que participen en spin-offs tanto las reguladas en el artículo 83.3 LOU y disposición adicional 24.<sup>a</sup> LOMLOU, como a las que regula el artículo 18.1 LCTI. Este requisito adicional de autorización administrativa de concesión de exenciones al régimen de incompatibilidades de los empleados públicos que establece el PLOSU, si bien puede servir para que la administración pública tenga mayor control y poder evitar así ciertos abusos en el otorgamiento de dichos privilegios por parte de las universidades, evidentemente no incentiva ni estimula la participación de los investigadores en spin-offs académicas porque conlleva una carga burocrática más y un tiempo extra de espera.

Además, como se ha dicho en sede parlamentaria criticando el contenido del artículo 61.4 (enmienda núm. 68 publicado en Boletín Oficial de las Cortes Generales el 14 de noviembre de 2002), sobra la necesidad de autorización por parte de la Administración Pública, que es una sobre regulación y carga innecesaria que reduce la autonomía universitaria en esta materia.

En caso de promulgarse la LOSU tal como está prevista en el proyecto, al ser una ley especial para universidades y posterior a la LCTI, aunque es complicado tomar una postura, consideramos que en materia de concesión de exención de incompatibilidades al personal investigador de universidades que participen en spin-offs, en este punto habría que aplicarla con carácter preferente la LOSU respecto a la LCTI, con lo que sería necesario que tras la adopción del acuerdo de exención de incompatibilidades por el Consejo de Gobierno de la universidad se obtuviera la correspondiente autorización de la administración pública competente. En cuanto qué administración pública debe autorizar las exenciones, como la mayoría de las universidades públicas están adscritas a la administración autonómica, pues entendemos que será necesaria la autorización de la pertinente unidad administrativa que tenga competencia en materia de universidades. En el caso de Andalucía, por ejemplo, sería o el Consejero/a de la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación o el Secretario/a General de Universidades.

### 3. Respecto a la movilidad del PDI

Mientras que la LOU vigente en ninguno de sus preceptos menciona la posibilidad de adscripción del PDI universitario a centros o entidades públicas o privadas, el PLOSU tiene un artículo titulado *Movilidad temporal del personal docente e investigador*, que contienen dos apartados que hay que poner en relación con el contenido del artículo 17 de la LCTI.

Según el artículo 66.1 PLOSU, *“la movilidad constituye un derecho, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 69”* (entendemos que es un error, porque este precepto trata de la acreditación estatal del PDI), para seguidamente indicar que *“será de aplicación al personal docente e investigador de las universidades públicas la regulación de movilidad del personal de investigación prevista en el artículo 17 y concordantes de la Ley 14/2011, de 1 de junio. En lo no previsto por dicha norma legal se aplicará la reglamentación propia de cada universidad, los convenios que se establezcan entre universidades o instituciones de educación superior (nacionales e internacionales), y entre éstas y otros organismos públicos o privados de investigación, institutos de investigación o entidades o empresas basadas en el conocimiento, y los acuerdos que se establezcan entre las Comunidades Autónomas”*.

Por su parte, el artículo 66.2 PLOSU establece que *“la vinculación del personal docente e investigador a otra universidad pública, centro adscrito de titularidad pública, organismo público de investigación, instituto de investigación o entidades o empresas basadas en el conocimiento podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial y, en ambos casos, el personal docente e investigador mantendrá, a todos los efectos, su adscripción a la universidad a la que pertenece. Asimismo, los períodos de adscripción a otra universidad pública, organismos públicos de investigación o centros de I+D+i dependientes de las Administraciones Públicas computarán a efectos de antigüedad y no impedirán el progreso en la carrera profesional”*.

El artículo 17 LCTI trata de dos medidas diferentes para incentivar la movilidad del personal de investigación de los agentes públicos del SECTI (autorización de adscripciones y de excedencias) y el artículo 66 PLOSU se remite al mismo en bloque,

sin distinguir entre ambas por lo que, en principio, su contenido le afectaría tanto al régimen de las adscripciones como el de las excedencias, aunque esto no está tan claro.

Respecto al apartado primero, no hay problema de interpretación, porque simplemente señala que en lo no previsto en la regulación de movilidad del personal de investigación prevista la LCTI –se entiende para las adscripciones y las excedencias– hay que acudir de manera subsidiaria a las normas dictadas por las propias universidades y a los convenios que éstas suscriban con otras instituciones y entidades, entre las que menciona expresamente a las EBCs.

Más problemático es el apartado segundo del artículo 66 PLOSU que establece que la vinculación del PDI a otras entidades públicas o a EBCs puede ser a tiempo parcial o completo, pero esto no puede ocurrir con las excedencias por las que los investigadores abandonan la universidad por un determinado tiempo para incorporarse a una determinada empresa y, en teoría, no se mantiene adscripción alguna con la entidad de origen. Por otra parte, al final del precepto, después de decir que el PDI mantiene, a todos los efectos, la adscripción a la universidad a la que pertenece –algo que tampoco opera para las excedencias–, sólo reconoce que los *períodos de adscripción* a otras universidades públicas, OPIs o centros de I+D+i dependientes de las Administraciones Públicas computarán a efectos de antigüedad y no impedirán el progreso en la carrera profesional, con lo que se entiende que esto no ocurre para el resto de destinos de las adscripciones, por ejemplo, las adscripciones a spin-offs u otro tipo de empresas.

De aprobarse la LOSU tal como está redactado en este punto el proyecto, de la integración de su artículo 66.2 con el artículo 17.2 LCTI resultaría que para los casos de adscripciones de personal investigador de las universidades en empresas, sean del tipo que sea, sería de aplicación de todo el contenido de este último precepto, a lo que se añadiría la previsión de la LOSU de que los periodos de adscripción no computarían a efectos de compatibilidad.

