

## EN CUANTO A LOS SUJETOS: LA REVOLUCIÓN CULTURAL

José Ramón Chaves García, Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

1. El punto de partida para situar las posibilidades organizativas de la Universidad para acometer con éxito la optimización de sus recursos de investigación y su penetración en el mercado, así como satisfacer las demandas de la comunidad investigadora, ha de ser necesariamente la autonomía universitaria, una de cuyas manifestaciones, tal y como expresa el apartado c) del art.2.2 de la LOU es “ *La creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y la docencia*”. De ahí deriva una habilitación expresa y genérica para que la Universidad pueda acudir a los entes instrumentales que el Ordenamiento Jurídico permite a los sujetos privados, sin otro límite que los requisitos establecidos por la legislación específica de cada modalidad.

2. Sin embargo, dicho precepto que reviste rango orgánico, y por tanto resistente a las leyes ordinarias tanto en materia universitaria como sectoriales, ha de ser interpretado en armonía con otros preceptos aislados de la propia LOU. De un lado, el art.41 g) que dispone literalmente: “ *El fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico corresponderá en el ámbito universitario a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la legislación aplicable, sin perjuicio del desarrollo de programas propios de las Universidades y con la finalidad, entre otros objetivos, de asegurar (...) 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*”.

Esta remisión nos obliga a acudir a este precepto que dispone: “ *Los grupos de investigación reconocidos por la Universidad, los Departamentos y los Institutos Universitarios de Investigación, y su profesorado a través de los mismos 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 investigación, podrán celebrar contratos con personas, Universidades o entidades públicas y privadas para la*

*realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación”. A renglón seguido el art.84 se ocupa nada menos que de la “Creación de fundaciones y otras personas jurídicas”: “Para la promoción y desarrollo de sus fines, las Universidades, con la aprobación del Consejo Social, podrán crear, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas y privadas, empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable. La dotación fundacional o la aportación al capital social y cualesquiera otras aportaciones a las entidades que prevé el párrafo anterior, con cargo a los presupuestos de la Universidad, quedarán sometidas a las normas que, a tal fin, establezca la Comunidad Autónoma. Las entidades en las que las Universidades tengan participación mayoritaria en su capital o fondo patrimonial equivalente quedan sometidas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimiento que las propias Universidades”.*

3. Hasta ahí lo que el legislador general ha dispuesto sobre la capacidad organizativa de las Universidades, sin que pueda la legislación autonómica establecer cortapisa, menoscabo o límite a tal potestad de autoorganización, sin perjuicio de los controles de mera legalidad presupuestaria o contable que dispongan las leyes autonómicas. Tampoco pueden los Estatutos, por ser normas aprobadas por Decreto de la Comunidad Autónoma respectiva recortar tal ámbito organizativo o cerrar determinadas figuras o entidades a las Universidades de su competencia, como en algún caso han hecho. A lo sumo, los Estatutos recogen enunciados desiderativos o voluntaristas que para despejar posibles dudas, explicitan la posibilidad de creación de órganos y entidades con generosidad. Únicamente quedaría fuera de la potestad de autoorganización la creación de Organismos Autónomos u entidades de derecho público dependientes de la propia Universidad ya que la creación de las mismas ha de venir de la mano de una Ley, habida cuenta de que el estatuto de Administración Pública, con su cohorte de prerrogativas sustantivas y procesales solo puede venir conferido por una norma de rango legal y no con un acuerdo de órgano universitario.

4. Por tanto constituye una decisión de gobierno universitario la opción por el modelo de gestión de los servicios de investigación, teniendo disponible un amplio “menú” a la vista que arranca de la simple gestión directa (Servicio de Investigación), la gestión mediante órgano desconcentrado (OTRIS o similares), la creación de Fundaciones, la creación de sociedades mercantiles o agrupaciones de interés económico, la creación de Consorcios participados, o incluso la encomienda de gestión a otra entidad u Administración Pública. A la hora de optar por una u otra fórmula, hemos

de señalar que no existe una libertad omnímoda, sino que el imperativo constitucional de eficacia y asignación austera de recursos, unido al respeto al bloque de legalidad universitaria, ha de llevar a adoptar la decisión mediante el previo estudio de necesidades, perspectivas, costes y expectativas. En esta materia, los errores se pagan en términos de duplicidad de órganos, plantillas, costes inerciales, ineficacia o desorientación de investigadores.

5. La gestión directa de la investigación ha sido el modelo tradicional, propio de tiempos de modestia en resultados y objetivos, caracterizado por la existencia de un Servicio de Investigación o denominación similar que llevaba el peso de la gestión y con el efecto de la imputación de sus actos a la persona jurídico-pública Universidad. Las críticas a este modelo han versado habitualmente sobre la burocratización de la gestión, el enrocamiento de la actividad investigadora, la falta de competitividad con laboratorios y centros de investigación privados, y en definitiva, que el precio del control riguroso era una rigidez incómoda y desalentadora para la comunidad investigadora y para el mercado.

6. Un paso adelante se dio con la creación de órganos desconcentrados, que partiendo de una denominación específica y ajena a la estructura común burocrática (Agencias u Oficinas) pretendía apostar por un modelo especializado y adaptado a las exigencias de gestión de la investigación. Sin embargo, la imputación de su voluntad a la Universidad se mantenía y a pesar de las generosas delegaciones o atribuciones competenciales por parte de los órganos de gobierno universitarios, la gestión investigadora comportó avances mas formales que sustanciales.

7. La figura de las Fundaciones no es ajena a las Universidades ya que el origen institucional remoto de éstas radicaba en la fundación regia o papal, como establecimiento separado para dar soporte a la comunidad que formaba el Estudio General. Sin embargo, en los años setenta, las Universidades inspiradas en el modelo americano, comienzan a establecer Fundaciones con la vocación de captar fondos y mecenazgo. Así, en 1973 se constituye la Fundación Universidad- Empresa de Madrid, seguida por la creada en 1.979 en la Universidad del País Vasco, y luego con una contagiosa proliferación de entidades similares en las restantes Universidades, pudiendo distinguirse en el panorama varios subtipos de Fundaciones en el ámbito universitario. Y hoy día, cuentan con el amparo y refuerzo que supuso la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones, cuyo artículo 8 reconoce la capacidad fundacional a las personas jurídico-públicas.

Desde la perspectiva de los fines se distinguen las Fundaciones generales que intervienen en actividades investigadoras, entre otros cometidos universitarios, y aquellas otras Fundaciones específicamente creadas para la finalidad de gestión investigadora, captación de fondos y promoción de sus resultados. Desde la perspectiva de su creación, se distinguen Fundaciones de exclusiva creación universitaria y Fundaciones de creación compartida con otros entes públicos y privados. En todo caso, las Fundaciones dan entrada en su órganos de gobierno, junto a representantes genuinamente universitarios, a Patronos representativos de entidades relevante en el mundo empresarial, cultural o investigador.

La ventaja primigenia de una Fundación radica en su régimen de derecho privado, en cuanto a toma de decisiones, gestión administrativa y económica, y selección y/o gestión del personal, con la consiguiente liberación del bloque de legalidad propio de la Administración Pública. Ello comporta celeridad y competitividad. Una ventaja secundaria es la existencia de beneficios fiscales derivados de su condición de entidad sin ánimo de lucro ( y decimos secundaria porque la Universidad es titular de idénticos o mejores beneficios fiscales).

Los inconvenientes son precisamente los derivados de esa libertad de maniobra ya que se debilitan los controles de legalidad y eficacia al actuar la Fundación autopropulsada por la voluntad de sus propios órganos de gobierno y sin contar con las ataduras o interferencias de los órganos universitarios. Ello no quiere decir que no existan controles, y en distintos planos. En primer lugar, el régimen contractual o de selección de personal que establezcan las leyes autonómicas, bien en materia universitaria o sectoriales sobre la hacienda, que suelen extender ciertas obligaciones propias de la Administración Pública tales como la publicidad y la concurrencia contractual a las Fundaciones ( el silencio legal, tanto autonómico, como de la Ley General Presupuestaria, no autoriza a presumir tales excepciones al régimen jurídico-privado postulado por la legislación general de Fundaciones); en segundo lugar, las reglas y límites establecidos por el acuerdo de creación de la Fundación y por sus propios Estatutos; en tercer lugar, las condiciones fijadas por los órganos universitarios al encomendar la gestión de los servicios investigadores o autorizar la participación de sus investigadores, y en cuarto lugar, la intervención del Protectorado, órgano externo que pertenece a la Administración estatal o autonómica y que se reserva el control de las cuentas y actos de disposición de la Fundación (si bien es un control pasivo al contemplarse un mecanismo de silencio positivo).

8. Las sociedades mercantiles (anónimas o limitadas) pueden crearse por la Universidad al igual que por cualquier otra entidad pública o privada, o por pluralidad de personas físicas. Las ventajas de su creación son el sometimiento pleno y sin fisuras al régimen jurídico privado (en particular permite eludir la rigidez de la contratación administrativa mediante el solo requisito de la publicidad y concurrencia), y los inconvenientes los derivados de un régimen pleno de derecho privado, esto es, la ausencia de beneficios fiscales al perseguir ánimo de lucro y el que tal entidad corre el riesgo de actuar con vida propia hacia fines distintos y distantes de los que inspiraron su creación.

9. Una variante de moda son las llamadas empresas “spin off” o sociedades mercantiles creadas y/o participadas por la Universidad, o apoyadas institucionalmente por ésta, para la explotación de los resultados de investigación universitaria. Es notoria la referencia mundial de las acciones emprendidas por la Stanford University y la Berkley University, en California, para impulsar las Spin-off's y que se han plasmado en el Silicon Valley. En el ámbito español, se trata de que si la Universidad cree en la rentabilidad económica o social de sus innovaciones, productos o tecnologías, pueda acometer su explotación por sí misma, sin necesidad de dejar en manos privadas la obtención del lucro de gestión derivado de su explotación.

No estamos ante un tipo de sociedad mercantil sino únicamente ante una sociedad mercantil ordinaria cualificada por su objeto. La Universidad a la hora de crearla ha de dar respuesta a varias cuestiones. En primer lugar, externalizar y objetivar la evaluación de su viabilidad ya que el investigador como padre de la criatura cree en el futuro mas venturoso para ella; en segundo lugar, definir los medios económicos, patrimoniales y personales que pueden incorporarse a la gestión de tal sociedad y tras la creación de la entidad, celebrar un Convenio entre Universidad y entidad o bien un contrato que discipline sus relaciones; en tercer lugar, y esta es la cuestión mas espinosa, ha de afrontarse cómo compensar o incentivar al investigador o equipo cuyo resultado investigador se coloca en el mercado; aquí lo adecuado será celebrar un contrato de investigación entre entidad spin off y Universidad al amparo del art.83 LOU que tendrá naturaleza privada y en el que participarán los investigadores con arreglo a las normas y criterios fijados por los Estatutos; en cambio es altamente cuestionable y espinoso pretender que el investigador se pase a un régimen de dedicación a tiempo parcial y preste servicios retribuidos por cuenta y en dependencia de la entidad (lo que se enfrenta al escollo de la Ley de Incompatibilidades,

cuyo art.12, apartados a, y b, prohíben el desempeño de actividades privadas en asuntos en los que ha intervenido en los dos últimos años desde el puesto público en la Universidad, así como la pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de empresas si su actividad está directamente relacionada con la Universidad ). Y en este punto, hemos de lamentar que el art.41.2 g) de la LOU que afirma que en las actividades de las empresas de base tecnológica “ podrá participar el personal docente e investigador de las Universidades conforme al régimen previsto en el art.83” es un precepto meramente voluntarista ya que la “participación” se remite al único cauce de los contratos del art.83 LOU, precepto que para nada excepciona o matiza el rigor de la legislación de incompatibilidades por lo que salvo que leyes autonómicas o Estatutos de vanguardia contemplen habilitaciones expresas para la participación del profesorado poco puede hacerse con arreglo a derecho.

Cabe citar en esta dirección, la Ley 3/2003, de 28 de Marzo de Universidades de Castilla y León, que introduce una utilísima Disposición Adicional Séptima: “ Al amparo de lo dispuesto en los artículos 40.4, 41.g) y 69.3 de la Ley Orgánica de Universidades, las Universidades públicas podrán, a propuesta del Consejo de Gobierno de cada una de ellas, conceder licencias para estancias de investigación en organismos o empresas de base tecnológica y retribuidas por dichas empresas u organismos. La autorización, que tendrá una duración máxima de dos años, será singular e individual, ligada a méritos que revelen una trayectoria investigadora solvente y orientada a la vinculación con el sistema productivo, en las condiciones que se determinen reglamentariamente. En todo caso, para su concesión será preceptivo el informe favorable de la Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Castilla y León”. En la misma línea, si bien referido al personal académico contratado laboral, la Ley 1/2003, de Universidades de Cataluña en su art.56 dispone que podrán solicitar una licencia o excedencia “para la creación de empresas directamente relacionadas con la actividad científica y técnica que desarrolla la Universidad” (la licencia comporta reserva del puesto de trabajo y por una duración máxima de dos años, además de resultar compatible con ciertas retribuciones de la Universidad; la excedencia es por un período máximo de cuatro años, implica la suspensión del contrato y sin acreditación de retribuciones universitarias).

Por tanto, el papel del profesor universitario en tales empresas de Base Tecnológica sería: a) Accionista o propietario de parte del capital de la empresa, condición que a título de administración de patrimonio personal resultaría compatible a la luz de la Ley de Incompatibilidades (LIP); b) Miembro del Consejo de Administración, con arreglo al art.8 de la LIP; c)

Asesoramiento o consultoría; la empresa podría contratar al amparo del art.83 LOU los servicios de un grupo de investigación o investigador determinado, en cuyo caso colaboraría el profesor, pero sin mengua de su régimen como funcionario docente universitario; d) Trabajo directo integrado en la empresa, bajo dos posibilidades mas pragmáticas que jurídicas: o bien trabajar percibiendo fondos de la Universidad mediante una comisión de servicios o adscripción temporal a la entidad; o bien trabajar percibiendo fondos exclusivamente con cargo a la empresa, lo que no autoriza la LOU y que sólo sería posible: d.1. O trabajando a tiempo parcial; en este caso, para no sufrir mengua retributiva la legislación autonómica o los Estatutos o el propio reglamento de la Junta de Gobierno podrían disponer como compensación o la liberación de la docencia en caso de prestación de servicios a este tipo de empresas, o alternativamente la asignación de un complemento retributivo diferencial; d.2. O bien solicitando la excedencia que con la novedad del art.67.2 LOU permitiría el retorno tras un período de experimentación en el mundo privado. En este caso, lo relevante sería que los Estatutos o una reglamentación del Consejo de Gobierno incluyesen el compromiso de mantener la vacante en la Relación de Puestos de Trabajo de determinadas plazas cuyo titular presente un proyecto de empresa tecnológica y desee apostar temporalmente por su integración plena en la misma. Por último, no hemos de olvidar que el investigador jamás podría ser sancionado por incumplimiento de la ley de incompatibilidades si presta servicios en cumplimiento y con amparo en la voluntad de la propia Universidad.

10. Dentro de las spin off, y como modalidad emprendedora, figuran las incubadoras de empresas de base tecnológica. Su objetivo es el apoyo durante el nacimiento y la primera etapa de vida de nuevas empresas, con la única condición de estar basadas en el conocimiento entendido como tecnología. Suelen crearse para apoyar iniciativas de alumnos recién titulados o proyectos de becarios y tras el despegue inicial, con o sin personalidad jurídica propia empresarial (ya que esta modalidad no reviste carácter uniforme sino que presenta infinidad de matices según la implicación de estudiantes, Universidades y empresas, abarcando todo tipo de organización, desde integración en la propia Universidad hasta empresas societarias por cuenta y en nombre de la Universidad, incluso sociedades de capital riesgo). Una vez constatada su viabilidad suele desvincularse de la Universidad matriz según disponga la normativa que amparó su generación.

11. La figura del Consortio admite una doble funcionalidad. Por un lado, como estructura simple, u órgano mixto, creado por la Universidad

mediante un Convenio con otra Universidad u ente público, y que carecerá de personalidad jurídica propia y por tanto, de personalidad o patrimonio separados. El soporte o personalidad jurídica para el desarrollo de su actuación será el que le presten los entes partícipes del mismo, ya que normalmente uno de éstos actúa en nombre y por cuenta del Consorcio. Y por otro lado, como estructura compleja, o como persona jurídico-pública, creada igualmente por la Universidad mediante convenio, al amparo del art.6 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El modelo consorcial se presenta especialmente adecuado cuando varias Administraciones públicas pretenden efectuar sustanciosas aportaciones a un proyecto investigador o de explotación de resultados, y todas ellas, en mayor o menor grado, desean participar en la dirección y gestión de la iniciativa durante la duración del proyecto conjunto.

12. La creación de Asociaciones en las que participan los investigadores como asociados, junto a la Universidad u otras entidades, con la finalidad de intervenir en el mercado mediante el desarrollo de actividades investigadoras, constituye una utilización abusiva de tal figura. En efecto, tal entidad asociativa no garantiza su control por los asociados fundadores ya que ha de contar con requisitos objetivos y abiertos a admisiones de nuevos socios distintos de los promotores; asimismo, no cuenta con beneficios fiscales propios de la Universidad o las Fundaciones y sí con las cargas fiscales propias del desarrollo de actividad económica; y por último, la responsabilidad por su actividad será del patrimonio de la asociación y subsidiaria del patrimonio personal de los asociados. Por tanto, el ámbito propio de tales Asociaciones sería el del fomento de la investigación pero no el de intervenir en el mercado.

13. Los Centros Tecnológicos son entidades privadas, sin ánimo de lucro y normalmente de naturaleza consorcial, asociativa o fundacional, que realizan actividades de I+D a través de convenios de colaboración entre la Universidad y las Comunidades Autónomas, proporcionando sus servicios técnicos a las empresas e industrias, y siendo beneficiarios de las subvenciones autonómicas, estatales o comunitarias. Usualmente alojan empresas de alto contenido tecnológico proporcionando instalaciones y una serie de servicios de alta tecnología, tales como redes de comunicaciones avanzadas y creando un entorno propicio para el desarrollo de actividades spin-off.

14. La encomienda de gestión, al amparo del art.15 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común permite encomendar la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios (ej. gestión de patentes o servicios burocráticos de gestión de la investigación) a otros órganos universitarios o de otra Administración pública por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. La encomienda de gestión cuando opera desde la Universidad hacia sus propias entidades se consume con un acuerdo de atribución del cometido, y cuando opera desde la Universidad hacia otras Administraciones precisa formalizarse en un convenio.

15. Las figuras instrumentales expuestas admiten relaciones de subordinación ( la Fundación crea un sociedad mercantil, o ésta crea aquella), coordinación ( las Fundaciones, Consorcios y Sociedades celebran Convenios de colaboración) o yuxtaposición ( solapamiento entre la Universidad a través de la OTRI y de la Fundación para gestión de la Investigación). En suma, un holding de entidades que forma un pequeño universo cuyo centro solar que vivifica y da sentido radica en la Universidad matriz.

16. El instrumento necesario que permite el control y autorización del flujo de recursos humanos y materiales entre Universidad y ente descentralizado es la existencia de un Convenio regulador entre ambos que contemple el alcance de tales relaciones, los actos excepcionales que por su entidad requerirán autorización universitaria y el destino de las dotaciones en caso de extinción de la entidad. Tal Convenio presenta la singularidad de que formalmente vincula a dos entidades distintas pero materialmente con intereses coincidentes e incluso con órganos de gobierno sustancialmente similares.

17. Un mal común a tales entidades es que las Fundaciones y sociedades instrumentales se caracterizan por la celeridad en la adopción de decisiones económicas o de gestión, y en cambio la Universidad se caracteriza por la gran lentitud en su capacidad de reacción frente a la pérdida de rumbo de sus entidades instrumentales.

18. Los ingenios organizativos no están exentos de voces críticas desde perspectivas sectoriales. Así, un problema frecuente es el de la acusación de competencia desleal procedente de empresas privadas de capital privado que contemplan como compite en la prestación de servicios una Fundación o entidad mercantil de capital público contando con generosas líneas de subvenciones o asunción de costes indirectos por la Universidad matriz. Otro problema radica en la autocontratación de la Universidad con sus propias entidades, cuestión viable que no plantea problemas si aquella es

titular mayoritaria de la entidad pero que obligaría en supuestos de participación minoritaria o testimonial a acudir a los procedimientos de contratación pública.

19. En todas las fórmulas de gestión descentralizada, ya sean fundaciones o sociedades mercantiles, planea la sombra de la llamada doctrina del “levantamiento del velo”, esto es, cuando el juez se forja la convicción racional de la unidad de gobierno de la entidad matriz y la descentralizada en la persona jurídico-pública universitaria (la Universidad) levanta el velo de la personalidad jurídica interpuesta y elimina los beneficios de la personalidad jurídica separada para imputar las responsabilidades de la gestión económica y de personal a la Universidad matriz. Tal doctrina es excepcional en su apreciación pero constituye una auténtica “espada de Damocles” sobre la Universidad, ya que, por ejemplo, una cosa es que la Universidad de hecho asuma el personal o las deudas de la Fundación o la sociedad mercantil en “quiebra” técnica, financiera o funcional y otra muy diferente es que de derecho se vea obligada a tal absorción.

Junto a ello, y para dar respuesta a la “huida del derecho administrativo” la doctrina ha acuñado la expresión “persecución del Derecho Administrativo” para referirse a los intentos de la legislación estatal básica sobre contratos públicos, función pública, patrimonio y presupuestos, o de los vacilantes pasos de la legislación autonómica al integrar tales entidades en el sector público regional, con la aspiración de recortar mínimamente el ámbito de libertad de fundaciones y sociedades mediante la aplicación de principios generales de publicidad y concurrencia, o control.

20. En todo caso, las entidades descentralizadas “en las que las Universidades tengan participación mayoritaria en su capital o fondo patrimonial equivalente” están sometidas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimientos que las Universidades. Por tanto, a sensu contrario, aquellas otras entidades en que la Universidad no tenga tal participación económica mayoritaria no están sometidas a la aprobación de cuentas en idéntico régimen que los presupuestos universitarios ( y ello con independencia de que la Universidad detente el control efectivo, ya que una cosa es el “la titularidad dominical mayoritaria” y otra muy diferente “el poder directivo y de gestión”. Ahora bien, ello no impide que la legislación del Consejo Social correspondiente o la normativa del Tribunal de Cuentas u Organo autonómico de control externo extienda su supervisión a tales entidades participadas sin distinción alguno (teniendo presente que en defecto de habilitación legal expresa no se presume tal control).

