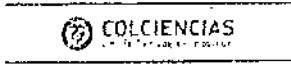


cepo

616



20151100075881

SG

Bogotá, 19-06-2015

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO
Al contestar cite este No.: 1-2015-049347
Fecha radicación: 23/06/2015 15:04
Folios: 4 Anexos: 0

Doctor
FRANCISCO MORALES FALLA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Carrera 8 No. 6C-38
Bogotá, D.C.

Asunto: Comentarios al Proyecto de Ley No. 215 de 2015 Cámara "Por la cual se dictan normas de fomento a la ciencia, tecnología e innovación mediante la creación de empresas de base tecnológica (spin-off's) y se dictan otras disposiciones".

Reciba un cordial y respetuoso saludo doctor Morales,

Acuso recibo de su comunicación electrónica de fecha 12 de junio de 2015, a través de la cual solicitó de este departamento administrativo la emisión de un concepto jurídico en el que se indique la posición oficial de la entidad frente a los mandatos normativos contenidos en el proyecto de ley de la referencia.

Pues bien, analizado el texto de la propuesta normativa, encontramos lo siguiente:

a) Desde el punto de vista de la posible afectación de las competencias del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS, consideramos que el proyecto de ley en nada interfiere el marco funcional asignado a la entidad tanto en la Ley 1286 de 2009, como en el Decreto 1904 de 2009, pues no se está creando una nueva institucionalidad ni se está desplazando nuestro rol como ente rector del sector y del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, hoy integrado al Sistema de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación en los términos del artículo 186 de la Ley 1753 de 2015, así como tampoco se están incorporando nuevos deberes legales o funcionales imposibles de atender con su infraestructura actual y su talento humano.

b) Desde el punto de vista del contenido material de las disposiciones sometidas a examen, en primer lugar, debemos ratificar nuestro compromiso como entidad en el diseño de mecanismos y herramientas que permitan superar las barreras normativas y las brechas actuales existentes

Carrera 7 B bis N° 132-28
Teléfono: (57-1) 625 8480
Fax: (57-1) 625 1788
Bogotá D.C. - Colombia
www.colciencias.gov.co

8

en materia de CTel y que permitan potencializar aún más la puesta en práctica de los mandatos constitucionales relativos al fomento de este tipo de actividades.

De hecho, en el Informe de Ponencia para Primer Debate suscrito por el Representante Ponente (Dr. IVÁN DARIO AGUDELO ZAPATA), en el acápite de antecedentes, y sin perjuicio de que la iniciativa legislativa no haya tenido un origen directo en una proposición de esta entidad, se deja claramente consignada cuál ha sido la posición histórica y tradicional del departamento administrativo en relación con el tema de las spin off (empresas de base tecnológica), además de las coincidencias que se presentan en la posición de los diferentes actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SNCTel – (Estado, Universidad, Empresa) sobre lo que se ha logrado identificar como un factor (uno de tanto otros) regresivo en el surgimiento de este tipo de emprendimientos, esto es, el carácter absoluto o relativo de la prohibición constitucional prevista en los artículos 127 y 128 Superiores cuando se trata de investigadores que además se desempeñen como docentes (funcionarios públicos) en la institución de educación superior de carácter público a partir de la cual surgiría el emprendimiento de base tecnológica.

Por ello, consideramos que los cuatro artículos que incluye la propuesta, en términos generales, corresponden ciertamente a una necesidad identificada en el sector, además de que encuentran respaldo constitucional en los siguientes mandatos de la Carta Política, a la vez que los desarrollan:

- El artículo 25, que estableció el derecho constitucional fundamental al trabajo, anunciando (aunque sin ocuparse expresamente de ellos, pues lo hace de manera posterior en el artículo 53) los elementos mínimos que debe contener una relación laboral, bajo la premisa fundamental de que es deber del Estado garantizar que las relaciones laborales sean dignas y justas, condiciones ausentes en una relación de trabajo en la que no se le permita a la persona obtener remuneración por el servicio lícito que presta en condiciones normales u ordinarias (principio de "a trabajo igual salario igual"), sólo por el hecho de considerarse funcionario público con remuneración única y exclusiva proveniente del tesoro nacional.
- Los artículos 26 y 38, que establecieron, en su orden, el derecho constitucional fundamental de libertad en la escogencia de profesión u oficio y el derecho constitucional fundamental de libertad de asociación, los cuales podrían verse reforzados con una medida legislativa como la que se propone, pues propende por otorgar las condiciones y garantías necesarias para que los docentes públicos (funcionarios del Estado) que necesariamente se dedican a investigación, puedan derivar también rendimiento económico producto de una actividad lícita y agruparse en esquemas empresariales completamente autónomos respecto de la institución educativa de la que derivan su origen y que, además de representar un beneficio directo para la institución de educación superior pública a la que pertenece, está orientada a darle transferencia en el sector productivo a resultados de investigación que se consideran exitosos y posiblemente rentables, lo que igualmente redundará en beneficio de las necesidades del país.

- El artículo 53 anunciado explícitamente al tratar el derecho constitucional fundamental al trabajo, que se ocupa de señalar los elementos mínimos que debe contener el estatuto del trabajador, dentro de los que destacan el mencionado principio del derecho laboral (a trabajo igual, salario igual), el principio constitucional de la remuneración mínima, vital y móvil y el principio constitucional de favorabilidad hacia la situación del trabajador, en la interpretación de las fuentes formales del derecho laboral (con independencia de la naturaleza jurídica del cargo o empleo), lo que a juicio de este departamento administrativo sólo es posible conseguir eliminando de manera progresiva las barreras que dificultan a la persona dedicarse profesionalmente a varias actividades, con derecho a recibir la remuneración que sea proporcional a su dedicación y esfuerzo y, tratando de armonizar en lo posible todo el conjunto de garantías definidas para la defensa del patrimonio público y el legítimo interés individual de las personas que asumen esa doble condición de docentes de institución de educación superior pública (funcionario público) y de investigador vinculado al emprendimiento de base tecnológica denominado Spin Off.
- Los artículos 57 y 58, que establecieron, en su orden, la figura de la cogestión de las empresas por parte de los trabajadores, como un mecanismo para lograr la democratización de la propiedad sobre determinados medios de producción y que abandona el viejo esquema del empleado como simple mecanismo de generación de utilidades al empleador; y, la obligación para el Estado colombiano de proteger y promover las formas asociativas y solidarias de propiedad, lo que ciertamente involucra el propósito constitucional que persigue la iniciativa legislativa que actualmente cursa en la H. Cámara de Representantes.
- El artículo 61, que asignó al Estado la obligación de proteger la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formas que establezca la ley, en lo que resulta pertinente señalar que incorporar las excepciones legales a la prohibición constitucional de la doble asignación – artículos 127 y 128 Superiores –, tal y como se dejaron consignadas en el texto del proyecto de ley, lo que hace precisamente es introducir nuevas herramientas en el ordenamiento jurídico que redundan en provecho de ese plus de protección que debe otorgar el Estado, pues lo que busca es completar el ciclo de transferencia tecnológica y de resultados en ciencia, tecnología e investigación materializados en las Spin Off, más allá de las prerrogativas propias del derecho moral de autor, esto es, que quien crea, pueda legítimamente lucrarse de su desarrollo.
- El artículo 69, especialmente en sus incisos segundo y tercero, que reconocen la importancia y la necesidad de un régimen legal especial para las universidades del Estado (como medio para fortalecer la autonomía universitaria) y, en esa misma dirección, abogan por el fortalecimiento de la investigación científica en las universidades oficiales y privadas, ofreciendo las condiciones especiales para su desarrollo, una de las cuales sería justamente la elimi-

nación de las barreras normativas existentes en materia de doble asignación para los funcionarios del Estado que asumen la doble condición de docentes públicos, o mejor, de docentes de instituciones de educación superior de carácter público u oficial (funcionarios del Estado) y, de miembros activos y participantes de los emprendimientos en ciencia, tecnología e innovación con origen en las referidas instituciones educativas.

- Los artículos 70 y 71, que desarrollan el mandato constitucional de fomento a la ciencia, la tecnología y la innovación y que, en esa dirección, establecieron para el Estado las obligaciones de (i) promover la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación; (ii) propender por la igualdad de oportunidades en la promoción y fomento del acceso a la cultura (una de cuyas manifestaciones, al decir del texto constitucional, es la ciencia); y, (iii) crear incentivos (en condiciones de igualdad) para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecer estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades, que es lo pretendido expresamente en el proyecto de ley sometido a estudio.
- Y, finalmente, los artículos 333 y 334 que, al ocuparse de regular los esquemas de intervención del Estado en la economía, reconocieron a la empresa como base del desarrollo y, en ese sentido, le asignaron las obligaciones de: (i) fortalecer a las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial; (ii) dar pleno empleo a los recursos humanos; y, (iii) promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

Lo mencionado, sin perder de vista que el texto normativo propuesto también apunta (así sea de manera indirecta) al desarrollo de una norma de reciente expedición incorporada al Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018, "Todos por un Nuevo País: Paz, Equidad, Educación" (Ley 1753 de 2015), específicamente el artículo 10, que a la letra reza lo siguiente:

"...Derechos de propiedad intelectual de proyectos de investigación y desarrollo financiados con recursos públicos. En los casos de proyectos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones, adelantados con recursos públicos, el Estado podrá ceder a título gratuito, salvo por motivos de seguridad y defensa nacional, los derechos de propiedad intelectual que le correspondan, y autorizará su transferencia, comercialización y explotación a quien adelante y ejecute el proyecto, sin que ello constituya daño patrimonial al Estado. Las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato y en todo caso, el Estado se reserva el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés nacional.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará esta materia en un plazo no superior a un (1) año, contado a partir de la vigencia de la presente ley". (Subrayes no originales)

De manera pues que, antes que alterar de manera sustancial el ordenamiento jurídico aplicable al tema de las Spin Off (casi todas normas de derecho privado) en Colombia, lo que hace el proyecto de ley que se plantea es desarrollar legislativamente lo que ya se venía anunciando

desde la Constitución de 1991 sobre el alcance de las actividades e instrumentos de fomento a la ciencia, la tecnología y la innovación en el país; si se quiere, se está intentando cubrir un déficit regulatorio que impedía la generación de instrumentos de fomento y de financiación cuando se estaba al frente de actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SNCTel – que tuvieran la condición de funcionarios al servicio del Estado, específicamente de docentes públicos, apelando a la posibilidad de excepción legal autorizada y anunciada en los artículos 127 y 128 de la Constitución Política de Colombia y permitiéndoles a dichos actores, por esa vía, la celebración de contratos – con independencia de su naturaleza jurídica, que es un asunto que lamentablemente no cubre el proyecto de ley – para la vinculación directa a emprendimientos de base tecnológica de origen universitario y la derivación legítima de lucro por el ejercicio de una actividad lícita en ciencia, tecnología e innovación, con independencia de la fuente de la que provengan los recursos o emolumentos y de la naturaleza jurídica de la institución educativa; ello, claro está, bajo el entendido de que las Spin Off que tendrán mayor impacto en caso de que el proyecto se convierta formalmente en una ley de la república, serán, en esencia, las generadas en la iniciativa de las instituciones de educación superior de carácter público u oficial y que se alimentan con recursos del Tesoro Nacional.

c) Y, finalmente, desde el punto de vista del impacto fiscal del proyecto de ley, lamentablemente debemos recordarle que no contamos ni con la competencia – Ley 1286 de 2009 y Decreto 1904 de 2009 – ni con la experticia necesarias para avanzar en análisis técnicos profundos y conclusiones (no hemos sido facultados por la ley para establecer el marco fiscal de mediano plazo), sin perjuicio de lo cual lo que observamos sobre el particular es que: (i) para el caso de las Spin Off con origen en instituciones de educación superior de carácter público y de la participación en éstas de los docentes que tengan la condición de funcionarios públicos (que es el escenario que nos parece representaría un verdadero impacto sobre las finanzas públicas), el inciso final del artículo 3º del proyecto de ley tiene alcance para cubrir ese riesgo que se generaría sobre la sostenibilidad fiscal de las finanzas públicas cuando expresamente menciona que: “...los beneficios económicos derivados de las empresas de base tecnológica provendrán exclusivamente de la actividad de ésta...”; ello, se reitera, sin perder de vista que la cesión de derechos de autor y de propiedad intelectual que estén radicados a nombre de instituciones de educación superior de carácter público, hacia las Spin Off ya no constituyen, prima facie, detrimento patrimonial alguno; y, (ii) que la disciplina (o regla) fiscal – Acto Legislativo No. 03 de 2011 y Ley 1473 de 2011 –, tal y como fue interpretada por la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-288 de 2012, más aún cuando está relacionada con el reconocimiento y realización de derechos constitucionales fundamentales (como se vio ocurre en el asunto que se estudia), es simplemente un **criterio orientador** de la acción de las autoridades y órganos del Estado, en cualquiera de las tres ramas del poder público, por lo que no se puede acudir a ella so pretexto de hacer nugatorio un derecho de la citada naturaleza.

Así quedó expresamente consignado en varios apartados de la norma constitucional modificada con el acto legislativo – el artículo 334 de la C.P. –, al preceptuar entre otras cosas, que:

"...Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho.

(...)

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

(...)

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva... (Subrayas no originales)

Con todo lo cual se quiere significar que, en últimas, el escenario natural para debatir el impacto del proyecto de ley sobre las finanzas públicas, será el correspondiente al debate democrático que debe darse a instancias del Congreso de la República, si se quiere, con la activa intervención de los Ministerios con competencia en materias económicas y de emprendimiento.

d) Observaciones adicionales:

Ahora bien, al margen de las consideraciones en función de los cuales este departamento administrativo considera pertinente y ajustado a la realidad del sector administrativo de la ciencia, la tecnología y la innovación, la promulgación de una ley con el alcance del proyecto analizado, estimamos que la iniciativa no se ocupa de otros temas que podrían estar involucrados en el texto a discutir y que es necesario considerar en su integridad, como por ejemplo: (a manera enunciativa)

(i) La naturaleza jurídica de las Spin Off que logren concretar iniciativas de emprendimiento y de transferencia tecnológica, la participación que el Estado, a través de las universidades públicas, podría tener en este tipo de emprendimientos.

(ii) La necesidad de ajustar los objetos sociales de tales instituciones educativas para que se permita un fin lucrativo (el que persigue la spin off surgida de la universidad) asociado al proceso educativo o de formación de educandos, pues no puede dejar de considerarse que cuando se trata del ejercicio de competencias por parte de entidades de derecho público, el principio de legalidad exige una lectura negativa o inversa, esto es, que ni tales entidades (que son públicas) ni ninguno de sus funcionarios (que también lo son) pueden ejecutar acción o tarea concreta que no les haya sido expresamente habilitada por la Constitución, la Ley y el reglamento.

(iii) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades especiales que aplicaría para el caso de los funcionarios públicos (docentes de IES públicas), a efectos de evitar la configuración de conflictos de intereses entre las responsabilidades que involucra el ejercicio de la labor de formación a cargo del Estado y el lucro que legítimamente pueden derivar del desarrollo productivo de los resultados de sus investigaciones, los investigadores que tengan esa condición.

(iv) La posibilidad de establecer un régimen de beneficios tributarios para incentivar la creación de este tipo cualificado de empresa; y,

622

(v) El régimen salarial y prestacional de los funcionarios públicos (docentes de instituciones de educación superior de carácter público) que se vinculen a dichos emprendimientos, el régimen de jornada laboral para las personas que asuman esa doble condición de ser docentes públicos y a la vez actores identificados de las spin off que llegaren a surgir.

Es por ello que, sin bien compartimos y estamos de acuerdo con los contenidos incorporados al proyecto de ley surgido de la iniciativa parlamentaria y que fue motivado en las necesidades concretas de la academia (representada en algunas universidades públicas), también consideramos que éste debe ser mucho más comprensivo y no limitarse exclusivamente al desarrollo legislativo de los mandatos de los artículos 127 y 128 de la Constitución que claramente prevén la posibilidad de excepciones a la regla general que prohíbe la doble asignación por parte del Tesoro Nacional, con destino a funcionarios públicos; así pues, el escenario ideal debería permitir una interacción más dinámica con el Ponente del Proyecto de Ley y explorar de manera conjunta la posibilidad de ampliar los alcances de los cuatro artículos incorporados en el Proyecto de Ley 215 de 2015 Cámara *"Por la cual se dictan normas de fomento a la ciencia, tecnología e innovación mediante la creación de empresas de base tecnológica (spin-off's) y se dictan otras disposiciones"*.

Sin otro particular.

Cordialmente



LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Elaboró: SMEJ
DDTel

Sin anexos.