

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**“REGLAS CLARAS O PRESUNCIONES: EL DERECHO
DE RESERVA A RAZON DE LA FRANQUICIA”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR:

LOURDES PAMELA CORNEJO SOTA

ASESOR:

HERNANDO MONTOYA ALBERTI

JURADO:

JAVIER GALLO CABRERA

HERNANDO MONTOYA ALBERTI

GUILLHERMO ALCEU AULER SOTO

LIMA – PERÚ

2015

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
PRIMERA SECCIÓN	6
CAPITULO I	7
FRANQUICIA	7
1. Concepto.....	7
2. Tipos de franquicia	9
2.1. Franquicia Industrial	9
2.2. Franquicia de distribución	9
2.3. Franquicia de servicios.....	10
3. Características.....	12
4. Elementos de la Franquicia.	12
4.1. Elementos Esenciales	13
4.1.1. Signos Distintivos	13
4.1.1.1. La marca.....	13
4.1.2. Know How	14
4.1.2.1. Concepto	14
4.1.2.2. Características del know how	15
4.1.3. Asistencia técnica.....	17
4.1.4. Contraprestación o Royalty.....	18
4.1.5. Territorialidad	18
4.2. Elementos Secundarios	18
4.2.1. Suministro.....	18
4.2.2. Publicidad	19
4.2.3. Derecho de entrada	19
4.2.4. Exclusividad	19
5. Obligaciones de las partes	19
5.1. Obligaciones del franquiciante	20
5.1.1. Tratos Preliminares	20
5.2. Obligaciones del franquiciado	21
1. Cláusula de Confidencialidad	21
2. Cláusula de no Competencia	22
6. Aspectos Legales de la Franquicia en el Perú.....	22
7. Ventajas y desventajas de una franquicia	23

7.1. Ventajas de la franquicia	23
a. Ventajas de carácter comercial	23
b. Ventajas financieras	24
c. Ventajas de gestión	24
7.2. Desventajas de la franquicia	24
7.2.1. Desventajas para el franquiciante	25
7.2.2. Desventajas para el franquiciado	25
Reflexiones	25
SEGUNDA SECCIÓN.....	30
CAPITULO II	31
TIPOS SOCIETARIOS REGULADOS EN LA LGS	31
1. La Sociedad Colectiva	32
1.1. Características	33
1.2. Administración de la sociedad colectiva	35
2. Sociedades en Comandita	37
2.1. Características.....	37
2.2. Tipos de Sociedades en Comandita	38
2.2.1. Sociedad en Comandita Simple	38
2.2.1.1. Administración.....	39
2.2.2. Sociedad en Comandita por Acciones	39
2.2.2.1. Administración.....	40
3. Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada	40
3.1. Definición	43
3.2. Características de una SRL	44
3.3 Acuerdos	47
3.4 Administración	47
4. Sociedad Anónima	48
4.1. Administración de la Sociedad Anónima	49
4.1.1. Los Directores	49
4.1.2. Los Gerentes	50
Reflexiones	50
TERCERA SECCIÓN.....	52
CAPITULO III	53

1. Información	53
1.1. Información confidencial	54
1.2. Protección legislativa de la información confidencial o reservada	57
1.3. Calificación de la información	59
1.3.1. Excepcionalidad de la reserva	59
1.3.2. La naturaleza de la información	59
1.3.3. El perjuicio	60
Reflexiones sobre información confidencial	61
2. El Derecho de Información	61
2.1. Derecho de información en la LGS	62
Reflexiones	66
3. Análisis del artículo 52-A de la LGS	67
3.1. Exposición de motivos	67
3.2. Contenido del Artículo 52-A	68
Reflexiones	69
CAPITULO IV.....	72
1. La Reserva.....	72
2. Antecedentes del Derecho de Reserva en nuestra Legislación.....	73
2.1. Código de Comercio (1902)	73
3. El deber de reserva	74
3.1. Deber de reserva en la Ley de Mercado de Valores	75
4. El deber de reserva como Derecho	76
4.1. ¿Es ilegal reservar información confidencial?	77
4.2. Criterios para incorporar el derecho-deber de reserva a nuestra legislación en el caso particular de franquicias.....	79
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	83
ANEXO I: Propuesta de Proyecto de Ley	89
ANEXO II: Proyecto de Ley N°3742-2009	94

INTRODUCCIÓN

Cuando uno habla de franquicia se viene a la mente negocios con reconocido nombre, ya sea a nivel nacional como internacional, y es así que muchos se sienten atraídos por incursionar en este mundo y obtener un contrato de franquicia que tenga prestigio para poder operarlo de igual manera.

Si bien las franquicias han sido utilizadas a nivel internacional desde hace mucho tiempo atrás, las franquicias nacionales datan recién desde el año 1992, las cuales tienden a crecer dados los beneficios que se derivan de este tipo de negocios. Hoy en día pequeñas empresas toman la decisión de arriesgarse y escoger este modelo.

En este contexto la presente investigación me interesa porque siendo la franquicia un foco de inversión con riesgos limitados en función al desarrollo de una experiencia anterior por parte del franquiciante, considero que es una buena opción analizar este tipo contractual así como la información que se maneja, en especial la reservada y vincularla con nuestra legislación societaria, de esa manera inquirir si existe algún tipo de protección a esta (información reservada).

La validez del estudio se da en razón a que el contrato de franquicia constituye una de las herramientas más utilizadas hoy en día por los pequeños empresarios ya sea a través de los diferentes tipos societarios que ofrece nuestra legislación, sin embargo nuestra legislación solo regula el manejo de información reservada de manera limitada y genérica. Es por ello que se pretende proponer un proyecto de ley que involucre el reconocimiento del know how como información reservada así como su debida manipulación, enfocándonos en el derecho a guardar reserva y no brindar la misma en la administración de la sociedad. Para de esa manera absolver preguntas como ¿qué pasa en los contratos en los cuales el franquiciado este constituido con otro tipo societario distinto a una S.A., se le aplica la reserva o no? Así como también ¿en un caso de una franquicia cómo se ve plasmada la confidencialidad? O ¿cuál es el manejo de la información en relación a los socios?.

En ese sentido se podría establecer la siguiente hipótesis, “es necesario establecer un proyecto de ley en materia de regulación de la información reservada (know how) que se maneje en la administración de los tipos societarios. Para lo cual el trabajo se

desarrollara de la siguiente manera, contará con cuatro secciones, de las cuales se partirá primero por analizar conceptos generales en lo que comprende a la franquicia tales como sus características, tipos, elementos, las obligaciones que derivan de las partes así como su tratamiento legal, si bien no es un contrato que este tipificado veremos qué aspectos se toman en cuenta para su tratamiento. Resaltando en esta sección el análisis de información que se maneja, en relación a temas como el know how y con ello tratar de indagar que tipos de información son consideradas de carácter confidencial y cuál es el tratamiento de estas por parte del franquiciado.

Como parte de la segunda sección se dará pie a desarrollar los tipos societarios establecidos en nuestra legislación, mencionando su composición, funcionamiento, características y todo lo que respecta a ellos para tener una idea clara y por ultimo analizar si con ellos se podría constituir una persona jurídica en calidad de franquiciado, así como los principales aspectos que la ley confiere a estos, destacando el desarrollo de cómo se maneja la administración de cada uno de ellos.

Por último y como pieza clave de la investigación analizaremos la ley general de sociedad en lo que se refiere al derecho de información por parte de los socios y el acceso que ellos tienen a esta. Por otro lado revisaremos la ley que dio origen al artículo que se cuestionará (52-A de la LGS), así como entre otros que regulen el acceso a la información y establecer algunas críticas y opiniones en relación a los motivos que se tuvieron para la dación de la misma. Culminando con la cuarta sección en la que daremos una revisión al deber de reserva, sus alcances orígenes y el porqué de su importancia e incorporación en nuestra normativa, la misma que se anexará al final de la presente investigación a través de la propuesta de ley.



PRIMERA SECCION

La presente abordará información detallada concerniente a franquicia.

CAPÍTULO I:

En este capítulo se pretende entablar algunos conceptos fundamentales para el desarrollo de la investigación. Es así que se abordará todo lo concerniente a la franquicia, ello amerita su concepto, clases, elementos, entre otros, con el objeto de dar un alcance de lo que comprende en sí una franquicia y tener una idea sólida de ella. Conviene advertir que se utilizará indistintamente el uso de contrato de franquicia o solamente franquicia para designar a este tipo contractual.

FRANQUICIA

1. Concepto

Franquicia, Franchise, Franchising son términos reconocidos en todas partes del mundo. Su origen radica en Estados Unidos, a través de la empresa J.M. Singer and Co en fecha 1851, la cual se dedicaba a la venta de máquinas de coser. Si bien en un inicio se utilizó el término de franquicia como una concesión mediante la cual se distribuían productos con el nombre (marca) del creador, la franquicia se fue moldeando y evolucionando¹.

Es así que el contrato de franquicia llega a ser definido por numerosos Códigos Deontológicos como el Código Deontológico Europeo de la franquicia que la define como:

“Modelo de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: de una parte, una empresa franquiciadora y, de otra parte, unos o varios empresarios franquiciados. Por lo que respecta a la empresa franquiciadora supone: 1. La propiedad de una razón social, de un nombre comercial, de siglas o símbolos, eventualmente una marca de fábrica, de comercio o de servicios, así como de una técnica, sistema o procedimientos puestos a disposición de los franquiciados; 2. El control de una serie de productos o servicios, presentados de forma original y específica y que deben ser obligatoriamente adoptados y utilizados por los franquiciados, basados en un conjunto de técnicas comerciales específicas que han sido experimentadas con antelación y que son

¹ CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El Contrato de Franquicia. Cultural Cuzco Editores . Lima. 1997. Pág. 26-27.

continuamente desarrolladas y verificadas en cuanto a su valor y eficacia”².

Si bien es definido por códigos deontológicos, a través de los cuales se establecen ciertos lineamientos o directrices, cabe señalar que el contrato de franquicia es un contrato atípico, el cual no forma parte del ordenamiento jurídico.

Así mismo el concepto de franquicia en doctrina puede ser concebido como:

“Un sistema de cooperación empresarial con vocación de vincular a largo plazo, y contractualmente, a dos partes económica y jurídicamente independientes, en virtud de la cual una de ellas (franquiciador), de buena fe, otorga a la otra (franquiciados) el derecho de explotación de su negocio y la fabricación, distribución y/o comercialización de los productos tangibles y/o intangibles, de calidad contrastada. Estos últimos estarán compuestos por servicios principales y adicionales, protegidos (patentes, marcas,...) y desprotegidos (saber hacer), todos ellos suficientemente probados, eficaces, y autorizados mediante licencia. A cambio, cada franquiciado se obliga a realizar diferentes pagos periódicos y/o únicos, directos y/o indirectos, como contraprestación a la cesión de aquellos derechos, ya sean industriales o comerciales”³.

En ambas definiciones se habla de una cooperación mutua entre el franquiciante y el franquiciado, que si bien constituyen partes independientes se puede decir que llegan a formar una sola unidad en cuanto al objetivo que tienen. Es importante además reconocer que estos servicios o bienes materia de explotación son protegidos ya sea a través de marcas o patentes, sin embargo se habla de una desprotección en relación al know how, al saber hacer que es la pieza clave para el desarrollo del negocio, sobre la cual se desarrollará con más más profundidad en el transcurso de la investigación.

Con más luces sobre lo que implica la firma de un contrato de franquicia podemos señalar al respecto que la franquicia es un contrato extenso y complejo puesto que abarca en su interior características de otros contratos como el de transferencia y tecnología así como características de agencia y distribución. Ejemplificando podemos decir que la franquicia es como una película que puede ser comprada por otras personas, las cuales tendrán la misma película, pero, si no la reproducen por el mismo

²FEDERACIÓN EUROPEA DE LA FRANQUICIA. Código Deontológico Europeo de la Franquicia. http://www.mundofranquicia.com/normativa-legal/Codigo_Deontologico_Europeo_de_Franquicia.pdf.

³³ BERMUDEZ GONZALEZ, Guillermo J. La franquicia: elementos, relaciones y estrategias. ESIC Editorial. Madrid. 2002. pág. 29.

medio no la podrán ver, es decir que la franquicia será una copia del negocio inicial, pero sin embargo si no hay una adecuada administración, asistencia técnica, calidad en el producto, no se conseguirán los mismos resultados del negocio original o matriz. Por ello también se dice que el *“Franchising es una estrategia de crecimiento comercial única regida por un conjunto de reglas únicas”*⁴.

Es así que a partir de lo expuesto definiremos a la Franquicia como aquel contrato a través del cual el franquiciante otorgará a el franquiciado un conjunto de procedimientos y conocimientos a seguir producto de la experiencia del negocio principal o matriz del primero, para que el segundo lo reproduzca de forma idéntica y pueda invertir en un negocio con una marca conocida, gozando de asistencia técnica; a cambio de una contraprestación por parte de este último, cabe enfatizar que el aspecto que más importa es la experiencia adquirida en el manejo de esta estructura de negocio.

2. Tipos de franquicia

Si bien existen distintas clasificaciones, para el desarrollo de la presente investigación se utilizará la clasificación basada en la naturaleza de la actividad objeto del contrato⁵, así tenemos:

2.1. Franquicia Industrial

Al respecto se tiene que en este tipo de franquicia el objeto materia de contrato entre el franquiciante y el franquiciado es el traspaso del primero al segundo de un conjunto de conocimientos en relación a todo un sistema de producción o patentes exclusivas, sumado a ello la tecnología para que el franquiciado pueda utilizar en la fabricación industrial de un producto, y asimismo pueda distribuir posteriormente el producto (Enrique Guardiola)⁶.

2.2. Franquicia de distribución

La finalidad de este tipo contractual es el proceso de distribución de productos, que enmarca todo el saber hacer ya sea en cuanto a la presentación, comercialización y

⁴ BOROIAN, Donald D. Las Ventajas del Franchising. Ediciones Macchi. Buenos Aires. 1993. Pág. 13.

⁵ BERMUDEZ GONZALEZ, Guillermo J. La franquicia: elementos, relaciones y estrategias. Ídem. Pág. 33.

⁶ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional, Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de Tecnología. Franquicia. Joan-Venture. Agrupaciones. 2° Edición. Editorial BOSCH S.A. Barcelona. 2004. pág. 260.

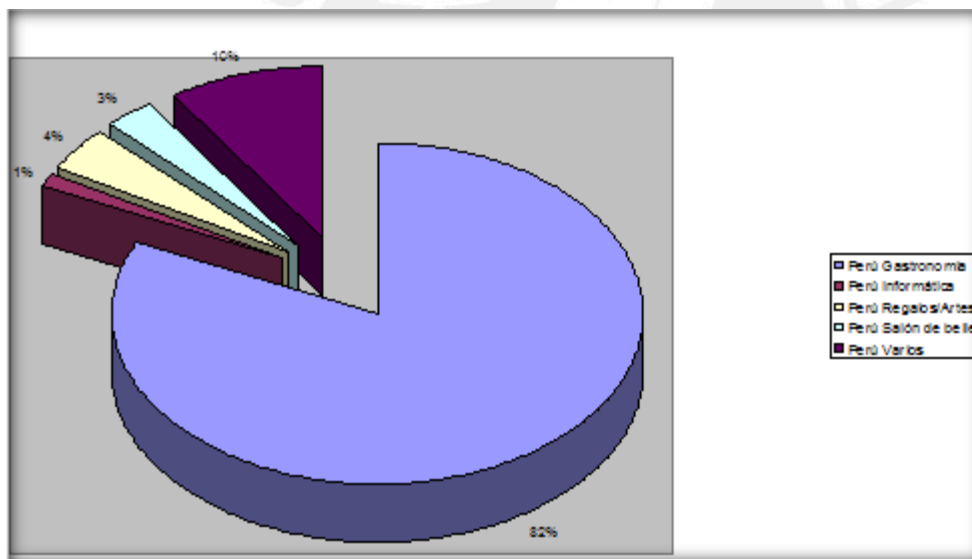
venta bajo un mismo estilo del franquiciante (Emilio J. Lázaro Sánchez)⁷. En pocas palabras se podría concluir que este tipo de franquicia se concentra en el aspecto de la repartición y/o comercialización de productos.

2.3. Franquicia de servicios

Por último esta modalidad comprende la prestación de un servicio que el franquiciante realiza y envuelve toda una metodología en su realización que tiene como destino a los usuarios finales (Enrique Guardiola)⁸.

Los tres tipos de franquicia involucran temas tales como mantener la marca, asistencia técnica, know how, siendo claves para el desarrollo y éxito de las mismas. Sin embargo dentro de estas clases, actualmente en nuestro país se viene dando con mayor predominio las franquicias de tipo “servicios”, tal como lo podemos apreciar en los siguientes cuadros estadísticos:

Gráfico 1: Participación de las franquicias nacionales por categoría



Fuente: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo⁹.

⁷ LAZARO SANCHEZ, Emilio J. El contrato de Franquicia (Aspectos Básicos). Revista Anales de Derecho. N° 18 – 2000. Murcia-España. Pág. 94.

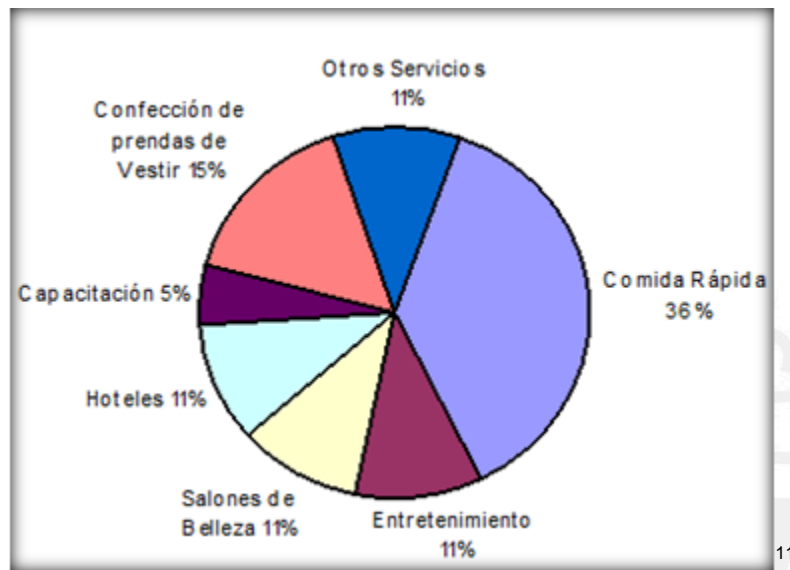
⁸ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique; Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional, Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de Tecnología. Franquicia. Joan-Venture. Agrupaciones. Ídem. Pág. 264.

⁹ RIERA SEIJAS, Alfonso. DISEÑO DE ESTRATEGIAS PARA PROMOCIONAR LA EXPORTACION DE FRANQUICIAS PERUANAS. INFORME FINAL COMPLEMENTARIO. 2006. <http://www.mincetur.gob.pe/comercio/otros/bid/Pdfs/DISENO%20DE%20ESTRATEGIAS%20PARA%20L A%20PROMOCION%20DE%20FRANQUICIAS%20PERUA.pdf>.

En el cuadro se puede observar que el rubro de gastronomía tiene mayor participación en lo que respecta a franquicias nacionales, en ese sentido se puede considerar a este dentro del grupo de servicios.

Por otro lado cabe mencionar que la gastronomía peruana hoy en día es considerada un boom empresarial, dando oportunidad a micro, pequeños y medianos empresarios a incursionar en este rubro, así mismo esta ofrece según cifras señaladas por la Sociedad Peruana de Gastronomía, más de 320 mil puesto de trabajo para este año¹⁰.

Gráfico 2: Franquicias por rubro registradas ante INDECOPI



Fuente: INDECOPI

Este otro cuadro muestra con un mayor porcentaje al rubro de comida rápida, es decir aquellas franquicias registradas ante Indecopi, si bien no son registradas como tal (contratos de franquicia), se tiene un aproximado en relación a los contratos de transferencia de tecnología en el área de signos distintivos, puesto que la franquicia "(...) es una especie dentro del género de contratos de transferencia de tecnología."¹²

¹⁰"La gastronomía creará 320 mil empleos este año en Perú". Diario Gestión. Viernes 12, setiembre. 2014 <http://gestion.pe/noticia/336159/gastronomia-generara-320-mil-empleos-este-ano-peru>

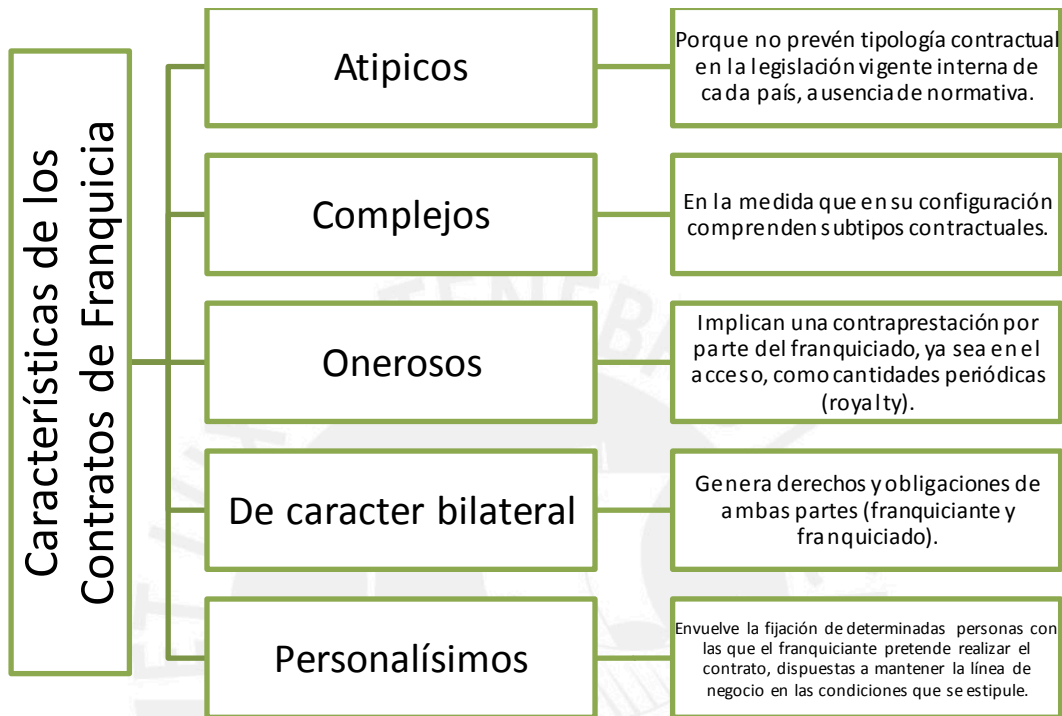
¹¹ RIERA SEIJAS, Alfonso. DISEÑO DE ESTRATEGIAS PARA PROMOCIONAR LA EXPORTACION DE FRANQUICIAS PERUANAS. INFORME FINAL COMPLEMENTARIO. 2006. <http://www.mincetur.gob.pe/comercio/otros/bid/Pdfs/DISENO%20DE%20ESTRATEGIAS%20PARA%20LA%20PROMOCION%20DE%20FRANQUICIAS%20PERUA.pdf>.

¹² CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El Contrato de Franquicia. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima -Perú. 1997. Pág. 37.

3. Características

Los contratos de franquicia, son contratos de configuración de redes empresariales, es por ello que en él se configuran las siguientes características¹³.

Gráfico 3: Características de los contratos de Franquicia



Fuente: Elaboración propia¹⁴

A pesar que los contratos de franquicia tengan características determinantes, como las señaladas en el esquema, considero importante resaltar que como parte de estas se considere que este contrato es de naturaleza reservada, puesto que en su contenido existen piezas claves (como el know how) que constituyen la razón de ser del mismo.

4. Elementos de la Franquicia.

Los elementos de la franquicia, son componentes que configuran a este tipo contractual, los cuales podrán ser considerados ya sea como elementos esenciales así

¹³ CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El Contrato de Franquicia. Ídem. Págs. 74-78. Y GUARDIOLA SACARRERA, Enrique; Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional, Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de Tecnología. Franquicia. Joan-Venture. Ídem. Pág. 266.

¹⁴ Mapa Conceptual de elaboración propia. Características del Contrato de Franquicia. Agosto de 2014.

como elementos secundarios o adicionales, ambos protagonistas de la franquicia en diferentes medidas, como se desarrollara a continuación.

4.1. Elementos Esenciales

Estos elementos son necesarios para la realización de la franquicia dado que si uno de ellos no se encuentra presente genera la nulidad del contrato¹⁵. En merito a ello, estos se deben de tener en cuenta para su incorporación.

4.1.1. Signos Distintivos

Los signos distintivos son una parte de los derechos de la Propiedad Industrial, estos estarán definidos como: “(...) los signos o elementos distintivos de una organización, serán aquellos instrumentos utilizados para la comercialización y diferenciación de los productos tangibles o intangibles, para el desarrollo y protección de su empresa y la conservación de la clientela”¹⁶. Es importante reconocer su carácter distintivo y diferenciado que los hace únicos en relación a otros bienes o servicios similares. Entre estos tenemos a la marca, el nombre comercial, lema comercial, el rotulo.

4.1.1.1. La Marca

Este elemento es muy importante ya que será el que represente el bien o servicio que se desea vender, es así que la Ley de Propiedad Industrial define a la marca como: “Se entiende por marca todo signo que sirva para diferenciar en el mercado los productos y servicios de una persona de los productos o servicios de otra persona. Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica”¹⁷.

Una franquicia inevitablemente representa una marca, involucra el derecho de propiedad intelectual respecto a lo que será objeto de explotación y la licencia de marca es la que otorga esta facultad para que en este caso el franquiciado pueda utilizar este. Por otro parte, el uso de una marca puede que se vea acompañada de otros elementos como el lema comercial, nombre comercial, los cuales vendrán a formar parte de un todo que será objeto de transferencia.

¹⁵ GALLO CABRERA., Javier. El contrato de franquicia en la doctrina y jurisprudencia. Revista Foro Jurídico, Año 11 N° 13. Publicación Marzo 2014. Pág. 46.

¹⁶ BERMUDEZ GONZALEZ, Guillermo J. La franquicia: elementos, relaciones y estrategias... ídem. pág. 159.

¹⁷ Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo N° 823, Artículo 128.

4.1.2. KNOW HOW

Es el elemento más importante de una franquicia, que la distingue y caracteriza; por otro lado será una pieza fundamental en la presente investigación, es por ello que se desarrollará con mayor profundidad que los demás elementos.

4.1.2.1. Concepto

El know how, es un término inglés de cuya traducción se desprende el “saber hacer”, cuyo origen proviene del término “know how to do it” es decir “saber cómo hacer algo”. Es así que Stephen Ladas lo define como “*una innovación en las técnicas industriales que tengan un valor práctico y que sean el fruto de ensayos, experiencia e investigaciones*”¹⁸. Al mismo tiempo se indica que esta información tiene carácter secreto, en ese sentido Sheldon Burahtein señala: “*confidential information, is any information, also referred to as proprietary information, is any information which is not publicly available and gives to the possessor an advantage over those who do not know it. Information of any type, financial, commercial or technical, may be protected as confidential information*”¹⁹.

En el desarrollo de la práctica es importante diferenciar cuando se habla de licencia o transferencia del know how, es así que “(...) en los primeros (licencia) el titular únicamente otorga el derecho a utilizar el know how por un tiempo determinado, sin desprenderse de los demás privilegios que emanan de su condición de propietario; en los segundos transfiere todos sus derechos”²⁰.

Sin embargo así como podemos utilizar el término de know how, este tiende a ser llamado también como: secreto industrial, conocimientos técnicos no patentados, información no divulgada, entre otros. Para el desarrollo de la presente investigación se utilizara el de know how, definiéndolo como todo aquel conjunto de conocimientos especializados que se maneja sobre alguna actividad específica, en este caso sobre una franquicia que permite articular como pieza clave al momento de copiar el negocio para transferírsele al franquiciado, el cual debe mantenerse en situación de confidencialidad.

¹⁸ LADAS, Stephen, citado por CONSTANTINI DE NICHOLLS, Talía y TRUJILLO GARCIA, Jaime. EL KNOW. Tesis de Grado de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogota.1986. pág. 14.

¹⁹ SHELDON BURHATEIN, citado por ANTAY BOLAÑOS, Antonio. El know how: sus elementos constitutivos y su protección jurídica. Grafica Zures. Lima-Perú. 2008. Pág. 20.

²⁰ ANTAY BOLAÑOS, Antonio. El Know how: sus elementos constitutivos y su protección jurídica. Ídem. Pág. 16.

4.1.2.2. Características del know how

El know how debe ser implementado de manera tal que cumpla con las siguientes características:

- a) Cesión o transmisión del conocimiento
La parte que es propietaria del know how acordara que este sea cedido ya sea de manera temporal o definitiva a la otra parte para que esta lo pueda utilizar²¹. Ello implica que el titular otorgue este conocimiento por un periodo de tiempo con la finalidad de sacar provecho del mismo.
- b) Conocimiento no patentado
Al referirnos a “no patentado” supone que este conocimiento no sea divulgado hacia terceros distintos de aquellos que puedan formar parte de la franquicia, es decir, que no sea de conocimiento público, pudiendo este ser patentable²².
- c) Carácter secreto del conocimiento
Viene a ser la voluntad por parte del titular del derecho de mantener esta información y/o conocimiento en secreto. Al respecto se desarrollara más este punto en la segunda sección de la investigación²³.
- d) Conocimiento debe ser substancial
En este aspecto se reconoce el carácter de información relevante, es decir que los conocimientos con que se cuenten deben de comprometer información de carácter fundamental ya sea para la realización de determinada actividad²⁴.
- e) Conocimiento debe ser útil
Esto se traduce en la ventaja que se obtendrá de la utilización de “la información” siendo ello así devendrá en una valoración económica dado el mejoramiento que produce en una actividad²⁵.

²¹ SORIA AGUILAR, Alfredo F., OSTERLING LETTS, Madeleine, El contrato de Know How: Apuntes acerca de sus elementos esenciales. Foro Jurídico N° 13. Marzo-2014. Pág. 23-25.

²² CHULIA VINCENT, Eduardo y BELTRAN ALANDETE, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999. Pág. 252.

²³ SORIA AGUILAR, Alfredo F., OSTERLING LETTS, Madeleine, El contrato de Know How: Apuntes acerca de sus elementos esenciales. Ibídem. Pág. 23-25.

²⁴ MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El Contrato Mercantil de Franquicia. Editorial Comares. Granada. 2007. Págs. 407-408.

²⁵ SORIA AGUILAR, Alfredo F., OSTERLING LETTS, Madeleine, El contrato de Know How: Apuntes acerca de sus elementos esenciales. Ibídem. Pág. 23-25.

f) Conocimiento debe ser identificado

Este conocimiento debe ser claramente descrito, verificable, ya sea mediante la utilización de Manuales que permitan tener una descripción clara del conocimiento plasmado para ser utilizado²⁶.

Con la representación de un conocimiento con tales características es que se logrará de manera efectiva y eficiente la reproducción y expansión del negocio, cumpliendo la finalidad del know how que es el otorgamiento de conocimientos especializados²⁷. Sin embargo cabe considerar que este al estar incluido dentro de un contrato de franquicia no solo bastará con la mera transmisión sino además de otros factores como la capacidad del franquiciado y la asistencia técnica que se tenga por parte del franquiciante.

El know how en la mayoría de negocios esta traducido en Manuales para que a través de estos el franquiciado tenga conocimiento respecto a cada proceso o medida que debe tomar en cuenta, estos vienen a ser los MANUALES OPERATIVOS, entre estos tenemos:

- a. Manual de Preapertura.- se configuran todos los aspectos desde la firma del contrato hasta la apertura del negocio²⁸.
- b. Manual de Operaciones.- conforman todas las actividades que se presentan en la vida cotidiana de la empresa, información que se encuentra al detalle²⁹.
- c. Manual de Procedimientos y Control administrativo.- como su nombre lo indica se mencionan las técnicas para una correcta administración de la empresa. “el manual administrativo, que recogerá los procedimientos contables, informáticos y analíticos de la gestión, el manual de supervisión, donde quedarán especificadas las técnicas de control e inspección tanto internas como de la cadena del establecimiento, el manual económico-financiero, tendrá como función dotar al franquiciado de una cultura económica-financiera básica

²⁶ MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El Contrato Mercantil de Franquicia. *Ibídem*. Pág. 408

²⁷ SORIA AGUILAR, Alfredo F. y OSTERLING LETTS, Madeleine. AYLLON VALDIVIA, Cesar Arturo. El derecho de contratos y las nuevas tecnologías. Lima. ECB Ediciones, 2013. Pág. 177.

²⁸ KISER RODRIGUEZ, Luis. FRANQUICIAS: La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada. Primera Edición. Perú. Junio.2009 <http://www.crecemype.pe/portal/images/stories/files/Franquicias.pdf>. Pág. 32

²⁹ KISER RODRIGUEZ, Luis. FRANQUICIAS: La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada. *Ibídem*.

necesaria para interpretar los presupuestos previsionales facilitados por el franquiciador así como los balances y ratios de la red.³⁰

- d. Manual de Productos y/o Servicios.- se muestra el tipo de servicio o bien a ofrecer, en el que se detallan los productos, su presentación, etc.³¹.
- e. Manual de Imagen Corporativa.- concierne todo lo relacionado con la imagen de la empresa el adecuado uso de la marca, lemas, colores, ubicaciones, entre otros. “La cesión documental constará de un manual de decoración y adecuación del local, incluyendo planos, estudios valorativos, y exigencias de la franquicia en esta cuestión”³².
- f. Manual de Software.- compuesto por un sistema para el funcionamiento de determinadas funciones propias del giro de negocio basadas en un software organizado³³.
- g. Manual de Perfil de puestos.- se establecen las funciones y responsabilidades que corresponden a cada área correspondiente, así como a veces se incluye un reglamento interno³⁴.

Estos manuales configuran guías prácticas en el desarrollo de las actividades. Es a través de estos que se comparte la información desarrollada por una franquicia con el fin de que las operaciones desarrolladas en la matriz sean similares si no son iguales a la del negocio del franquiciado.

4.1.3. Asistencia técnica

“La asistencia técnica no es más que la ayuda o asesoramiento para la puesta en práctica y correcta aplicación de unos determinados conocimientos técnicos no secretos, pero solo al alcance de personal experto o altamente cualificado, que como

³⁰ BERMEDEZ GONZALEZ, Guillermo J. La franquicia: elementos, relaciones y estrategias... ídem. pág. 175.

³¹ KISER RODRIGUEZ, Luis. FRANQUICIAS: La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada. Ídem. Pág. 33.

³² BERMEDEZ GONZALEZ, Guillermo J. La franquicia: elementos, relaciones y estrategias... ídem. pág. 175.

³³ KISER RODRIGUEZ, Luis. FRANQUICIAS: La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada. Ibídem.

³⁴ KISER RODRIGUEZ, Luis. FRANQUICIAS: La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada. Ibídem.

tal, puede interpretarlos y aplicarlos”³⁵. Así tenemos que la asistencia técnica comprenderá aquellos conocimientos que como parte de la experiencia adquiere el franquiciante acerca del negocio, entre otros que le permiten un adecuado funcionamiento del mismo, el cual debe ser transmitido al franquiciado para poder tener los mismos resultados, este beneficio se dará tanto al inicio, como de manera permanente.

4.1.4. Contraprestación o Royalty

Como consecuencia del contrato de franquicia se produce una contraprestación por parte del franquiciado a favor del franquiciante, dicho “monto (porcentaje) de las regalías depende de una serie de factores entre los que figuran el valor y penetración de la marca o nombre comercial en un mercado en particular, así como el valor de los conocimientos que le son transferidos al franquiciatario”³⁶. Esta contraprestación comúnmente denominada royalty, representa aquellos pagos periódicos, siendo estos variables, ya que estos dependerán también de las ventas efectuadas en un determinado lapso de tiempo.

4.1.5. Territorialidad

El ámbito de aplicación de la franquicia será circunscrito a una determinada zona geográfica, dicha limitación permitirá restringir los derechos que ejercerá el franquiciado en un mercado dentro del cual podrá ofertar el bien o servicio (Cesar Augusto Cáceres Barraza)³⁷.

4.2. Elementos Secundarios

Estos elementos si bien no son obligatorios para la existencia de la franquicia configuran piezas complementarias, es decir todo depende del acuerdo al que lleguen las partes en la configuración del contrato.

4.2.1. Suministro

El franquiciante puede suministrar con equipos, maquinarias, elementos que puedan ser de utilidad para el desarrollo de la empresa. Por otro lado también “se considera el

³⁵ GUARDIOLA SACARRERA, Ernesto. *Ibíd.* Pág. 194.

³⁶ GONZALEZ CALVILLO, Enrique; GONZALEZ CALVILLO, Rodrigo. *FRANQUICIAS: La Revolución de los 90.* MCGRAW-HILL. México. 1991. Pág. 77.

³⁷ CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. *El Contrato de Franquicia.* Ídem. Pág. 109.

suministro de tecnología (tanto de información tecnológica como servicios tecnológicos)³⁸ como parte del paquete que contiene una franquicia.

4.2.2. Publicidad

“Conocido también como “Canon de publicidad”. Es un fondo cobrado y administrado por el franquiciado para acceder a una publicidad que beneficie a toda la cadena. Este canon o regalía suele ser cobrado tomando el mismo concepto que para el cobro de las regalías comerciales a fin de estandarizar los cobros³⁹. En ese sentido se puede pactar un fondo común destinado a ello, dependerá de las partes la forma como la establezcan, pero sin duda genera una reducción de costos en cuanto a su aplicación.

4.2.3. Derecho de entrada

Este viene a ser definido como: “(...) pago inicial que faculta al franquiciado para iniciar la actividad comercial (...)”⁴⁰. Es usual dentro de la franquicia que se pacte en el contrato una contraprestación que se abonará al inicio de la relación contractual para poder dar pie a una determinada actividad...

4.2.4. Exclusividad

Según Cesar A. Cáceres, este elemento implica aquella facultad que pueda conceder el franquiciante al franquiciado para que se desenvuelva en un determinado espacio geográfico, con la finalidad de obtener beneficios en relación a que no tendrá competencia directa⁴¹, lo cual deberá estar estipulado de manera clara y precisa.

5. Obligaciones de las partes

La firma del contrato de franquicia implica el sometimiento de ambas partes, es decir tanto franquiciante como franquiciado, a un conjunto de obligaciones para concretar de manera satisfactoria la utilización de la franquicia, las cuales son⁴²:

³⁸ CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El Contrato de Franquicia. Ídem. pág. 67-68.

³⁹ KISER RODRIGUEZ, Luis. FRANQUICIAS, La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada. Proyecto USAID/PERU/MYPE COMPETITIVA, Junio.2009. <http://www.crecemype.pe/portal/images/stories/files/Franquicias.pdf>

⁴⁰ BERMUDEZ GONZALEZ, Guillermo J. La franquicia: elementos, relaciones y estrategias. Ídem. pág. 195.

⁴¹ CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El Contrato de Franquicia. Ídem. Pág. 109.

⁴² KLEIDERMACHER, Jaime L. FRANCHISING: Aspectos Económicos y Jurídicos. Capítulo XVII El Acuerdo de Franquicia. Naturaleza Jurídica. Elementos. <http://es.scribd.com/doc/18344133/Franhising-JAIME-KLEIDERMACHER>

5.1. Obligaciones del franquiciante

Entre estas tenemos la entrega del “paquete de franquicia”⁴³ el cual contiene la cesión de la licencia mediante la cual el franquiciado podrá hacer uso del nombre, la marca; así como también el permitir conocer al franquiciado el plan negocial para la puesta en marcha del negocio, es decir el know how que viene a estar representado por todos aquellos manuales que permitan el correcto funcionamiento y desenvolvimiento de la empresa.

Por otro lado como parte de las obligaciones que ostenta el franquiciador es el de la asistencia, la cual es fundamental en todos los aspectos, ya sean en aspectos tecnológicos, de organización, de compras, de ventas, así como del manejo de los sistemas de contabilidad, entre otros. Es importante que la asistencia se realice de manera constante que involucre temas como capacitación, orientación, asesoramiento, con el objeto de que se mantenga el goodwill de la empresa.

5.1.1. Tratos Preliminares

En los momentos que anteceden a la firma definitiva del contrato de franquicia suelen reconocerse deberes para las partes que intervienen en este, destacando como “regla general la libertad contractual”⁴⁴, sin embargo se considera muy importante señalar los siguientes deberes que contribuyen a una mejor relación:

- a) Deber de información.- ambas partes deben de reconocer los aspectos fundamentales materia del contrato, estableciendo las particularidades de manera clara y precisa para que luego no se preste ninguna confusión, en ese sentido el franquiciado estará en plena facultad de decidir respecto si efectivamente se incorporará en el negocio a mérito de la información brindada por el franquiciante.
- b) Deber de secreto.- “en la oferta, o aun en las tratativas precontractuales, una parte puede manifestar detalles técnicos, de producción, de mercadeo, industriales, etc., para explorar el interés contractual de la otra y conocer los alcances del futuro acuerdo. Surge entonces el deber de la confidencialidad que reside en la obligación de no utilizar esta información fuera del ámbito en el que fue confiada. El no proceder así contraría la buena fe y lealtad negocial, al

⁴³ LAZARO SANCHEZ, Emilio J. El contrato de Franquicia (Aspectos Básicos). Ídem. Pág. 109.

⁴⁴ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo 1 Introducción de la teoría del contrato. 6° Edición. Thomson Civitas. Madrid. 2007. Pág. 311

igual que para utilizarla para el propio provecho o en perjuicio de quien la proporcionó, sea que el contrato llegue o no a su conclusión”⁴⁵. Este deber se da con mayor énfasis en este tipo de contrato, dado que la franquicia de por sí contiene información confidencial, la misma que debe ser manejada de manera adecuada en los tratos preliminares.

- c) Deber de protección y conservación.- a través del cual se deberán de mantener resguardados todos aquellos documentos e información que se a materia de las tratativas del contrato.
- d) Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa.- “este deber obliga a las partes a que aun pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionara, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación”⁴⁶.

5.2. Obligaciones del franquiciado

Si bien la obligación básica del franquiciado es pagar la contraprestación económica (royalty), también cabe considerar su desempeño en la puesta del negocio así como en la aplicación de los lineamientos otorgados por el franquiciante (estándares de calidad), los cuales son imprescindibles para la reproducción de la matriz y su correcto funcionamiento, los mismos que estarán enmarcados en el contrato de franquicia al cual el franquiciado debe sujetarse respetando las cláusulas contenidas en él. Respecto a ello, se debe tomar en cuenta que el franquiciado no podrá modificar de manera unilateral el modo de operar de la franquicia, en ese sentido de existir alguna posibilidad de variación este (franquiciado) deberá de consultar primero con el franquiciante⁴⁷. Al hablar de las cláusulas a las cuales debe estar sujeto y obligado a cumplir, cabe resaltar algunas de ellas.

1. Cláusula de Confidencialidad

Uno de los aspectos con mayor trascendencia en una franquicia es el rol que desempeña la información, en ese sentido “(...) la comunicación de información relevante se convierte en una obligación para el franquiciador. (...) El acuerdo de

⁴⁵ OVIEDO ALBAN, Jorge. Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual. Pág. 98. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/115/cnt/cnt4.pdf>

⁴⁶ OVIEDO ALBAN, Jorge. Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual. Ídem. Pág. 101.

⁴⁷ LAZARO SANCHEZ, Emilio J. El contrato de Franquicia (Aspectos Básicos). Ídem. Pág. 107.

confidencialidad ha de establecer de manera muy clara la situación o el marco en que se va a producir la revelación de información”⁴⁸. Por otra parte Riggol Gasset nos dice: “El franquiciado se obliga a (...) no divulgar a personas extrañas a la red, los métodos, procedimientos o técnicas que le han sido comunicados durante el contrato como elementos del <Package> de la franquicia y constitutivos del <know how> del franquiciador. Esta obligación es de duración ilimitada.”⁴⁹ Esta cláusula refleja la reserva de la información manifestada en la etapa contractual bajo la cual se someten ambas partes para su cabal cumplimiento.

Es así que la cláusula de confidencialidad es un aspecto de vital importancia en el contrato de franquicia, sobre el cual nos centraremos con mayor detalle en la tercera sección del trabajo precisando el valor que tiene la información y como esta afecta en el desenvolvimiento de una sociedad.

2. Cláusula de no Competencia

Cabe precisar que “el franquiciado se obliga, en virtud de esta cláusula, a no competir con el franquiciante, una vez concluido el contrato, por un plazo determinado, en un territorio específico y en la misma actividad comercial (...) de no aceptarse el franquiciante no tendría ningún incentivo para desarrollar nuevas tecnologías y conceptos, por cuanto el franquiciado se beneficiaría de ellos al término del contrato”. En ese sentido esta cláusula implica una restricción al desarrollo de la misma actividad por parte del franquiciado, el cual deberá de esperar un lapso de tiempo, el cual generalmente suele ser prolongado para que no genere perjuicio al franquiciante.

6. Aspectos Legales de la Franquicia en el Perú

A pesar de que la franquicia no está regulada de manera expresa por las leyes del Perú, existen leyes complementarias, entre estas tenemos a la Constitución Política del Perú, el Código Civil, Leyes de propiedad Industrial, Leyes referidas a la Competencia Desleal, leyes tributarias, laborales que conforman el marco regulatorio complementario de la franquicia.

En consecuencia este contrato al pertenecer al rubro de acto jurídico, por ende debe de cumplir todas las exigencias del artículo 140° del Código Civil (requisitos de

⁴⁸ MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El Contrato Mercantil de Franquicia. Ídem. Págs. 88-89.

⁴⁹ RIGGOL GASSET, citado por CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El contrato de Franquicia. Ídem. Pág. 101.

validez). Por otro lado las partes pactaran la forma que mejor les facilite (143° C.C.) entre otros aspectos generales que pueden ser regulados de manera general.

7. Ventajas y desventajas de una franquicia

Como se ha desarrollado anteriormente, la franquicia es un tipo contractual que en su contenido se pueden observar aspectos positivos como negativos, los cuales pueden ser desarrollados de la siguiente manera:

7.1. Ventajas de la franquicia

Respecto a este punto podríamos hacer una clasificación en cuanto a las ventajas tanto para franquiciantes como para franquiciados, según lo sugiere el autor Guillermo Bermúdez, teniendo como tales⁵⁰:

a. Ventajas de carácter comercial

En este rubro podríamos indicar que por un lado las ventajas a favor del *franquiciante* serían: “la franquicia permite transmitir con mayor facilidad la imagen que se quiere dar de la marca, del producto de la empresa”⁵¹, es decir que la franquiciante tendría la facultad de poder otorgar a otros franquiciadores la facultad poder incursionar en el mundo empresarial a través de una franquicia, puesto que como ya se goza de una imagen y reconocimiento en el mercado así como de todas aquellas técnicas propias de la misma se hace más factible que esta pueda expandirse, teniendo como resultado a varias empresas bajo un tipo homogéneo de negocio.

Al otro lado de la moneda tenemos al *franquiciado*, teniendo como ventaja: “El empresario que adquiere una franquicia adquiere, en principio el éxito del negocio franquiciado”⁵². El adquirir valores generados producto de una imagen preestablecida, la cual existe en el mercado con cierto prestigio es sin duda un beneficio, sumado a ello la experiencia que se otorga, ese perfeccionamiento en la conducción de este rubro empresarial, producto de las equivocaciones o en sí de la puesta en marcha del negocio principal.

⁵⁰ BERMUDEZ GONZALEZ, Guillermo J. LA FRANQUICIA: Elementos, relaciones y estrategias. Ídem. Pags.134-146.

⁵¹ BERMUDEZ GONZALEZ, Guillermo J. LA FRANQUICIA: Elementos, relaciones y estrategias. Ídem. Pags.135.

⁵² CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El contrato de franquicia. Ídem. Pág. 61.

b. Ventajas financieras

Para el *franquiciante* serán: “El franquiciador se beneficiará de una disminución de los gastos que comporta toda inversión de capital (...) puesto que se apoya en una red que se autofinancia (...)”⁵³. En ese sentido el franquiciante gozará de un crecimiento de la imagen del negocio sin invertir, por el contrario este se beneficiará por cuanto le serán pagados ciertos derechos con motivo de la franquicia (regalías o royalties), los cuales serán abonados de manera permanente mientras se mantenga vigente el contrato.

Como contrapartida se tiene que el franquiciado al introducir su inversión en esta estructura de negocio asume menos riesgos, ya que se enfrenta a un negocio conocido, con experiencia, el cual le permite reducir los riesgos, ya que esta seguridad no se tendría en él, caso de la puesta en marcha de un negocio desconocido.

c. Ventajas de gestión

La ventaja del ser franquiciante es la capacidad de poder elegir con quien franquicias, “la posesión de know how confiere a su titular, una ventaja competitiva”⁵⁴, dándole la facultad de elección.

Por parte del franquiciado, podemos ver como ventaja: “la operativa por parte del negocio viene dada por el franquiciador, lo cual simplifica la gestión y garantiza una metodología probada con éxito”, con la cual el franquiciado sigue la línea establecida por el franquiciante con el dominio y titularidad del negocio. Así mismo una ventaja es la asistencia técnica que le otorga el franquiciante de manera permanente, lo que le permite tener un seguimiento respecto del funcionamiento de la empresa así como el hecho de absolver dudas respecto de algunos puntos desconocidos o que no hayan sido desarrollados de manera clara, con lo que se forma y perfila el negocio.

7.2. Desventajas de la franquicia

Entre los aspectos negativos que podemos identificar, ya sea tanto para franquiciantes o franquiciados se tiene:

⁵³ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional, Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de Tecnología. Franquicia. Joan-Venture. Pág. 272.

⁵⁴ VV.AA. EL DERECHO EDITORES. Contratación Mercantil y Bancaria. 2010. Pág. 412.

7.2.1. Desventajas para el franquiciante

Uno de los aspectos que podrían ser considerados como negativos por parte de los franquiciantes es el hecho de que el franquiciador se convierta en un competidor potencial, debido a que este contará con las herramientas y conocimientos suficientes para poder desarrollar el rubro de negocio en el cual incursionó producto de la firma del contrato de franquicia.

Por otra parte al otorgar franquicias se puede llegar a un crecimiento desmedido del mismo, con lo cual no se podría llegar a abastecer una gestión adecuada, perdiendo el control del negocio, generado por una mala comunicación.

La elección de quien tendrá la calidad de franquiciado es de suma importancia, puesto que en caso no se haya hecho una elección idónea, la consecuencia sería la puesta en riesgo de la marca de la empresa, es decir del goodwill, con lo que esta quedaría desprestigiada, y en el peor de los casos la orillaría a salir del mercado, dependiendo de las circunstancias o hechos acontecidos.

7.2.2. Desventajas para el franquiciado

Al igual que el franquiciante un franquiciado también podrá resultar afectado cuando haya un desmedro en la imagen de la marca ya sea ocasionado por la principal o por cualquier otro franquiciador, en ese sentido al estar todos bajo un mismo concepto, al fallar uno de los componentes perjudica al resto de los integrantes.

Otra desventaja es que dadas las características de este tipo contractual, cualquier cambio o modificación que quiera establecer el franquiciado no la podrá realizar de manera unilateral, sino previa comunicación al franquiciante, estará sujeto a su aprobación; puesto que si bien es dueño del negocio no así de la imagen bajo la cual se desenvuelve, ya que solo se le concede derechos de uso respecto de la misma.

Reflexiones

El mundo en general se encuentra sujeto a constantes cambios, Alfredo F. Soria Aguilar señala al respecto: “En un mundo globalizado y con mercados en procesos de integración constante, se vienen creando nuevas necesidades comerciales las cuales no pueden ser subsumidas dentro de los actuales tipos contractuales ofrecidos por la legislación vigente”⁵⁵. Y más aún la creación de toda una gama de contratos que se tienen en calidad de modernos no son protegidos legislativamente, dejando que estos

⁵⁵ SORIA AGUILAR, Alfredo F. y OSTERLING LETTS, Madeleine. AYLLON VALDIVIA, Cesar Arturo. El derecho de contratos y las nuevas tecnologías. Lima. ECB Ediciones, 2013. Pág. 170.

se puedan “regular” con reglas básicas aplicables a todos, sin tomar en cuenta algunos aspectos trascendentales que configuran como parte de ellos.

Al no tener regulación propia es decir al ser la franquicia un contrato atípico, si bien contiene caracteres como elementos propios que los distinguen de otros no figura como tal en nuestra normatividad, teniendo vacíos en su aplicabilidad los cuales muchas veces no pueden ser dejados al mero hecho contractual en el que se ven sometidas las partes contratantes.

¿Por qué desarrollar el tema de franquicia?

La franquicia como se vio en el transcurso de la investigación, constituye una de las formas más utilizadas de inversión y que está en progresiva expansión, no solo por empresas internacionales si no también ha cobrado mayor auge en empresas nacionales, respecto de estas últimas se ve predominio de aquellas que tienen la calidad de MYPES, lo que conlleva a un crecimiento económico del país. Así mismo ofrece al mercado cierta seguridad, en la medida que un empresario en calidad de posible franquiciado decide arriesgar por algo conocido, por una empresa con experiencia, a diferencia de aquellos que deciden aventurarse solos sin saber ni conocer muy bien el resultado; con esto no se puede decir que siempre haya un factor que incline la balanza hacia el aspecto negativo, pero dadas las probabilidades que existen, la franquicia confiere una cierta seguridad en cuanto a la inversión que se pretende realizar. Al referirnos al crecimiento que origina la franquicia también podemos señalar que este se ve reflejado a través de los puestos de empleo incorporados, los cuales se ven incrementados, brindando mayor oportunidad laboral.

Por otro lado se tiene que uno de los aspectos más importantes por no decir el de mayor trascendencia es la calidad de información que se maneja en una franquicia, la cual constituye una de tipo reservada, en ese sentido el manejo de esta debe de realizarse de manera cautelosa dado el valor intrínseco que de ella deriva.

“Este secreto al no estar protegido por la propiedad industrial, como las marcas o las patentes, tiene un lugar relevante en el contrato con la inclusión de la cláusula de confidencialidad por la cual el franquiciado no podrá divulgar el contenido del saber hacer durante la vigencia del mismo e incluso durante varios años después de su extinción. (...) A veces, el secreto del know how tiene un efecto contrario al pretendido, ya que el excesivo secretismo de los elementos del saber hacer, hace que la

*transmisión del mismo sea defectuosa, y por tanto la réplica del concepto de negocio no se reproduzca*⁵⁶.

Es por esta razón que el manejo de este tipo de información debe de realizarse en forma tal que se tomen las precauciones correspondientes, ya sea en la forma de distribuirla u otorgarla por ejemplo dentro de la vida interna de una sociedad como tal que en este caso viene a formar parte de la franquicia en calidad de franquiciado.

Gráfico 4: Perú, MYPIME formales según tipo de contribuyente, 2012

TIPO DE ORGANIZACIÓN Y CONTRIBUYENTE	MIPYME	
	NÚMERO	%
Empresas Individuales	1 080 198	80,6
Persona Natural	963 199	71,8
Empresa Individual de Responsabilidad Limitada	116 999	8,7
Empresas con Formas Societarias	260 505	19,4
Sociedad Anónima Cerrada	171 425	12,8
Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada - SCRL	55 511	4,1
Sociedad Anónima	18 902	1,4
Sociedad Irregular	7 938	0,6
Otros	6 729	0,5
Total MYPE	1 340 703	100,0

Nota: El tamaño empresarial es determinado en base a la Ley N° 30056.

Elaboración: PRODUCE – Dirección de Estudios Económicos de Mype e Industria (DEMI).

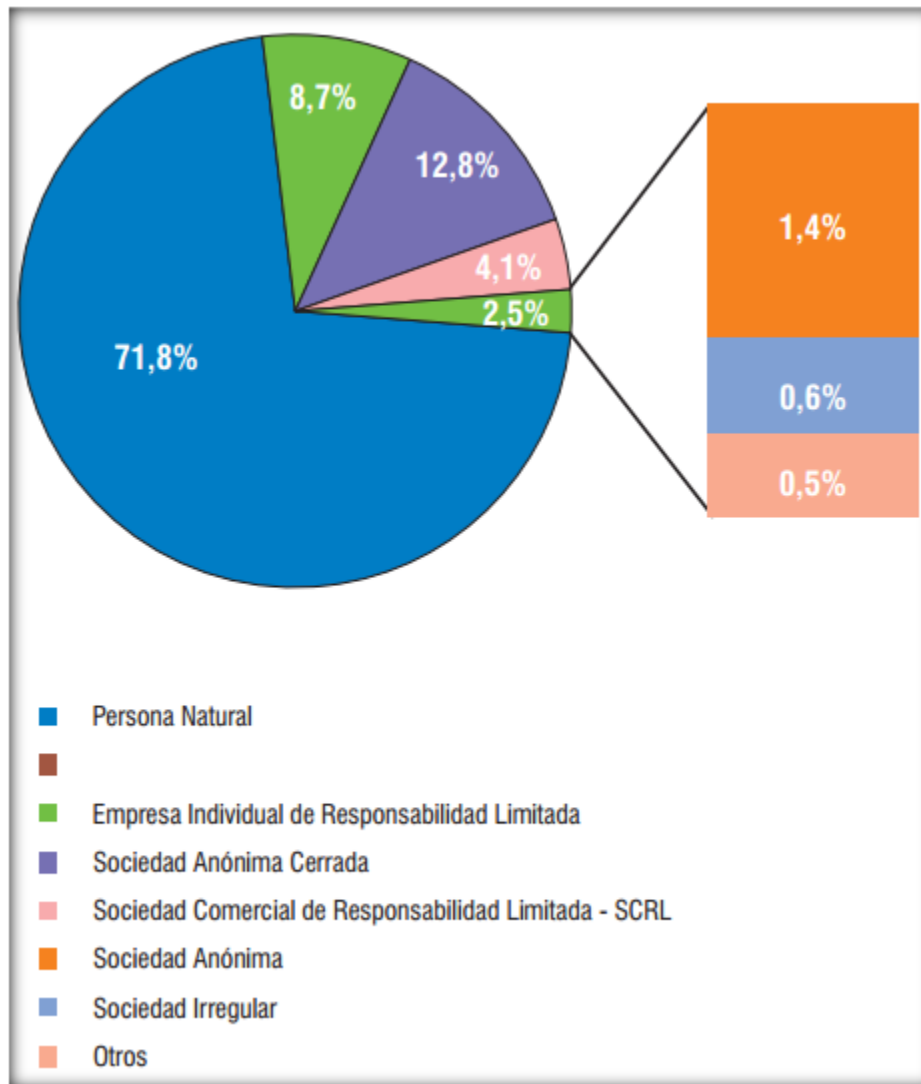
Fuente: SUNAT, Registro Único de Contribuyente 2012⁵⁷.

Una empresa, en este caso un franquiciado para constituirse como tal debe de elegir un tipo societario bajo la cual se origine, ya sea este a través de una sociedad anónima (S.A. o S.A.C.) o también una sociedad comercial de responsabilidad limitada, entre otras.

⁵⁶ BERMUDEZ GONZALEZ, Guillermo J. LA FRANQUICIA: Elementos, relaciones y estrategias. Ídem. Pág.

⁵⁷ Fuente: Título Anuario Estadístico Industrial, Mipyme y Comercio Interno 2012. Ministerio de la producción. 1ª edición, Noviembre 2013. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-17590. Editado por: Ministerio de la Producción

Gráfico 5: Perú: MIPYME Formales, Según tipo de Contribuyente 2012



Elaboración: PRODUCE – Dirección de Estudios Económicos de Mype e Industria (DEMI).

Fuente: SUNAT⁵⁸

Según lo que muestra el cuadro y el gráfico se podría inferir que tanto las S.A.C. como las S.C.R.L. son posibles opciones para que una Mipyme se establezca (en el sentido de formar una sociedad que tengan dos o más socios), sin bien no nos indica que estas necesariamente vienen a formar parte del rubro de la franquicia, nos dan cifras de su utilización a nivel de constitución de empresas en este sector.

⁵⁸ Fuente: Título Anuario Estadístico Industrial, Mipyme y Comercio Interno 2012. Ministerio de la producción. 1ª edición, Noviembre 2013. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2013-17590. Editado por: Ministerio de la Producción

Es en ese sentido que en la siguiente sección desarrollaremos los tipos societarios bajo los cuales se podrá constituir una empresa (ya sea esta en calidad de franquiciante o franquiciado), y así poder verificar los aspectos resaltantes de estos para identificar como se regula el acceso a la información por parte de los socios, entre otros.





SEGUNDA SECCIÓN

Las siguientes páginas tratarán de enfocar los tipos societarios regulados en la LGS.

CAPITULO II

En esta parte de la investigación se abordara todo lo relacionado a los tipos societarios que están regulados en nuestra normativa, dando énfasis a aquellos que no comprenden a la sociedad anónima. El propósito de esta sección es revisar las distintas opciones que se tienen para poder constituir una sociedad con la mira de poder analizar cuáles son los aspectos más resaltantes, así como todo lo que concierne a la administración en cada una de ellas, con la finalidad que en la siguiente sección se verifique cual es el manejo de la información una vez que se conozca como se administra y funcionan los distintos tipos societarios que ofrece nuestra LGS para poder constituir una empresa.

TIPOS SOCIETARIOS REGULADOS EN LA LGS

En la Ley General de Sociedades, Ley N°26887 publicada el 09/12/1997 (en adelante LGS) encontramos diferentes opciones para poder constituir una sociedad. Dentro del Libro Tercero bajo el nombre de otras formas societarias, se encuentran tipificadas las Sociedad Colectivas, Sociedades en Comandita (simple y por acciones), Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada y por ultimo Sociedades Civiles, las cuales desarrollaremos para poder analizar los aspectos más resaltantes respecto a cada una de ellas, así como poder distinguir cuales serán aquellas que se utilicen para adoptar la forma de “franquiciado”.

Tal como precisa la LGS existen normas aplicables para todos los tipos societarios, siendo abordadas en el Libro Primero. Es así que entre otros aspectos relevantes tenemos la constitución de una sociedad, para la cual se prevé dos modalidades, por oferta a terceros o simultáneamente en un solo acto, es bajo esta última que se constituyen las sociedades que nos ocuparemos, tal como lo establece el artículo 3 de la LGS. Por otro lado encontramos las formalidades que toda sociedad debe tener como son el contenido del pacto social el cual a su vez contiene al estatuto (mediante escritura pública), entre otros aspectos como la pluralidad de socio (mínimo dos), etc. Normas que son de cumplimiento obligatorio para todas las sociedades por lo mismo que deben de ser tomadas en cuenta como piezas fundamentales tanto para su creación como para su organización y administración.

1. La Sociedad Colectiva

Sus orígenes se remontan a la época medieval como evolución de la comunidad de herederos, la cual estaba basada en:

“La primera forma de sociedad colectiva fue la COMUNIDAD DE HEREDEROS, una comunidad familiar cerrada, basada en la aportación de:

- 1. El capital necesario para desarrollar una actividad mercantil, en común, es decir, asumiendo cada uno y de forma íntegra los riesgos.*
- 2. La fuerza personal de los miembros de la comunidad para llevar a cabo tal actividad (hoy sería, la industria). La sociedad se basa, ante todo, en la confianza recíproca de sus miembros, los cuales asumen el riesgo en común y, por lo tanto, establecen un sistema de responsabilidad compartida.”*⁵⁹

En pocas palabras este tipo societario se ve identificado como un grupo constituido por afinidad ya que la confianza que se deposita en esta influye que los que son parte o miembros de esta sociedad tengan responsabilidad de manera ilimitada.

Este tipo societario lo encontramos establecido en el artículo 265 de nuestra LGS, la misma que figura de la siguiente manera: “En la sociedad colectiva los socios responden en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales. Todo pacto en contrario no produce efecto contra terceros”. Si bien en el citado artículo no se maneja una definición de la misma es a partir de sus características que se puede llegar a tener un concepto más claro de ella.

Al respecto Elías Laroza la define como “(...) sociedad de personas por excelencia.”, por otro lado el mismo autor cita a Antonio Brunetti quien señala: “Es aquella sociedad de personas que ejerce una actividad comercial bajo una razón social, en la que todos los socios son responsables ilimitada y solidariamente por las obligaciones de la sociedad”.⁶⁰ En esa misma línea también cita a Alberto Víctor Verón, quien comenta la ley argentina señalando:

“Sociedad Colectiva es aquella en la cual dos o más personas contrayendo responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por las operaciones sociales, y apoyándose en el elemento intuito personae como sustento de su calidad personalista y de trabajo (es decir, escaso número de socios, partes de interés no cesibles sin el consentimiento de los demás socios, cualidades personales y patrimoniales de estos y

⁵⁹ Sociedad colectiva doc.

⁶⁰ BRUNETTI, Antonio. Citado por ELIAS LAROZA, Enrique, Ídem. Pág. 560.

ejercicio de la administración por todos ellos), se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”⁶¹

En ese orden de ideas se podrá definir a este tipo societario como aquella sociedad que podrá ser constituida como mínimo por dos socios los cuales estarán sujetos al principio de solidaridad mutua, así mismo estos responderán por las obligaciones sociales que contraiga la sociedad de manera ilimitada, lo que involucra que su patrimonio personal este comprendido en caso de no ser suficiente con el patrimonio social. Al referirse a la sociedad de personas por excelencia considero que se toma en cuenta el factor de confianza depositado por parte de los socios, ya que arriesgan más que solo su aporte para su constitución, así como comparten la misma carga de responsabilidad.

1.1. Características

Según Daniel Echaiz Moreno este tipo societario contiene: “notas configurativas: a) el propósito de lucro, b) el régimen de responsabilidad solidaria de sus miembros y c) el ejercicio de la actividad bajo un nombre propio”⁶².

Según Elías Laroza: los caracteres esenciales de la sociedad colectiva moderna son:

- a) Es una persona jurídica de derecho privado (...)
- b) Es una sociedad que actúa en nombre colectivo y obligatoriamente bajo una razón social.
- c) Es una sociedad de personas (...)
- d) Es una sociedad en la cual los socios asumen responsabilidad ilimitada y solidaria frente a terceros. Pero esta responsabilidad es de carácter subsidiario, al gozar los socios del beneficio de excusión (...)⁶³

Como se puede observar las características citadas por ambos autores están contenidas ya sea de manera expresa o implícitamente en la LGS, las mismas que configuran la razón de ser del mismo, destacando sobre todo el carácter ilimitado en cuanto a la responsabilidad que de ella deriva, al respecto como toda sociedad goza de un patrimonio, compuesto este por un conjunto de activos y pasivos así como aportaciones efectuadas por los socios el mismo que responderá en su totalidad ante

⁶¹ VERON, Alberto Víctor. Citado por ELIAS LAROZA, Enrique. Ídem. Pág. 561.

⁶² ECHAIZ MORENO, Daniel. DERECHO SOCIETARIO, Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Primera Edición. Junio 2009

⁶³ ELIAS LAROZA, Enrique. Ídem. Pág. 564.

obligaciones por parte de la sociedad frente a acreedores. En relación a este último podemos acotar que el socio que sea requerido para el pago de alguna deuda podrá utilizar el beneficio de excusión, mediante el cual el socio requerido puede oponerse, aun cuando la sociedad este en liquidación, indicando a los que sean acreedores que la sociedad cuenta con bienes sociales a través de los cuales se puede hacer efectiva su acreencia⁶⁴.

Otra de las particularidades que no se mencionaron pero constituye un factor importante en caso de ser tomada en cuenta, es cuando, en caso de que en la razón social figure el nombre de una persona sin ser socio, y este de su consentimiento, este también será responsable solidario e ilimitadamente al igual que los socios. Por otro lado cabe mencionar que en el artículo 266 de la LGS se señala que la sociedad colectiva funciona con una determinada razón social, la cual viene a estar configurada con el nombre de todos, algunos u alguno de los socios.

Así mismo en ese tipo societario es común encontrar que el aporte para la constitución de la misma se efectuó a través de la prestación de servicios personales a cambio de tener participaciones, es en relación a ello que se habla de socios industriales y socios capitalistas:

“A diferencia del socio capitalista que lleva al fondo social bien sea dinero o cualquier determinado apreciable en dinero, asumiendo en el contrato social para con el ente jurídico una obligación de dar, el socio industrial por el contrario, adquiere una obligación de hacer, la cual cumple de manera sucesiva en la medida en que desarrolla su fuerza laboral para la sociedad o facilita para la misma sus conocimientos intelectuales, tecnológicos, comerciales, etc. de manera permanente o esporádica, según lo pactado en los estatutos sociales”.

Por lo tanto podría concluirse que dentro de este tipo societario pueden intervenir ambas clases de socios compenetrados bajo una finalidad y estableciendo en el estatuto la equivalencia de las participaciones con las prestaciones que se han de realizar.

El hecho de que esta sociedad se configure como una, en la que la responsabilidad de los socios se asuma de manera ilimitada, origina que los socios se entreguen a la misma dado que sus intereses por sacarla adelante tienen como contrapartida el hecho de asumir los riesgos que puedan generarse, es por ello que además de lo

⁶⁴ Artículo 273 de la LGS.

señalado la confianza viene a constituir uno de los aspectos más representativos siendo este el motor de los socios para llegar a constituir la sociedad colectiva.

En base a lo que se menciona en el párrafo precedente hoy en día este factor de responsabilidad ilimitada no atrae a muchos como opción para tomar a este tipo societario de tipo personalista, sin embargo configura como una opción vigente para quien considere tener una sociedad con esas características.

1.2. Administración de la sociedad colectiva

Para llevar a cabo la formación de la voluntad encontramos en el artículo 269 de la LGS, que para la toma de decisiones de la sociedad, se tomara en cuenta la mayoría de votos para que se configure la voluntad social ya sea a través de votos personales o votos por mayoría de capitales. Claro esta que esta última forma de expresión de voluntad deberá establecer en el pacto social el voto que corresponde a los socios industriales.

Cabe precisar que en la ley no se menciona nada en relación al número de asambleas que deben de llevarse a cabo, por lo tanto la sociedad en caso de considerarlo necesario podrá establecer en el estatuto precisando las condiciones y requerimientos necesarios que se deberán de tomar en cuenta para su realización.

En cuanto a la administración de la sociedad colectiva esta viene configurada en el artículo 170 en el que se indica que esta (la administración) corresponde a cada uno de los socios, en forma individual, separada y luego indistinta. Al respecto Elías Laroza señala que:

“esta forma de administración es la más usual de la sociedad colectiva y puede adoptar distintas modalidades: i) La administración es individual, pues se encarga a un solo socio; al ser uno solo, debe tener, cuando menos, los poderes necesarios para realizar las actividades propias del objeto social; ii) Se establece una forma plural de administración, al encargarse esta, con plenos poderes, a dos, varios o todos los socios, pero con facultades para que cada uno se encuentre investido con la totalidad de representación (...); iii) Administración diversificada, cuando se encargan distintas materias, a uno, varios o todos los socios, ya sea individual o conjuntamente; iv) Administración conjunta, cuando una parte o la totalidad de los poderes deben ser ejercitados por dos, varios o todos los socios mediante firma conjunta (...); y v) Administración mixta, si es

*encomendada en parte a uno o más socios y en parte a terceros no socios*⁶⁵.

Al existir diversas modalidades la sociedad es quien elegirá la forma de administración que más se adecue a sus necesidades, claro está que a simple vista existen algunas administraciones en las cuales el manejo de los asuntos de la sociedad pueda verse perjudicado al no facilitar la agilidad para la ejecución de algunos trámites como en el caso iv). Por otro lado se tiene que no hay ningún problema legal si es que la sociedad colectiva se administra por un tercero no socio. Otro aspecto a considerar sobre el tema de investigación es que todos los socios pueden asumir la administración de la sociedad, por lo tanto cualquiera manipularía la información que de esta deriva, incluyendo en este caso la información de tipo confidencial, dado que no existe ninguna norma que detalle el manejo de esta.

En relación a las participaciones Daniel Echaiz Moreno señala lo siguiente: “el capital social está representado por participaciones que no constituyen títulos valores, y por ende, no se transmiten con la misma facilidad con que lo hacen las acciones (...)”⁶⁶. Es por ello que el artículo 271 prevé la transferencia de las participaciones como sigue: “Ningún socio puede transmitir su participación en la sociedad sin el consentimiento de los demás. (...)” en relación a esta transmisibilidad es que Cristhian Northcote Sandoval nos comenta:

*“(...) en el caso de la sociedad colectiva nuestra legislación ha considerado que no era suficiente conceder un derecho de preferencia a favor de los otros socios, sino que les ha otorgado el derecho de aprobar o no la transferencia. La razón detrás de esta disposición es que en la medida que los socios de la sociedad colectiva responden con su patrimonio personal por las obligaciones de la sociedad, sería inconveniente que en algún momento un socio, al ver la cuantía de las obligaciones sociales y para evitar poner en riesgo su patrimonio, le transfiere las participaciones a otra persona que probablemente no esté en condiciones de asumir las obligaciones de la sociedad”*⁶⁷.

⁶⁵ ELIAS LAROZA, Enrique. Ídem. Pág. 573.

⁶⁶ ECHAIZ MORENO, Daniel. Ídem. Pág. 236.

⁶⁷ NORTHCODE SANDOVAL, Cristhian, La transferencia de acciones y participaciones de sociedades. Actualidad Empresarial N° 197, Segunda quincena de Diciembre 2009. http://www.aempresarial.com/servicios/revista/197_41_GVECUFNBFUHEAGTZHGMYLPUVBABICRFIMKLHQZIVUQZUXTTEZG.pdf.

Es por ello que este consentimiento es obligatorio, puesto que en caso contrario esa transferencia sería nula, es importante resaltar el intuito personae derivado de este tipo societario, en la medida que solo podrán formar parte de la sociedad aquellos que solo sean aprobados por todos o en su defecto por la mayoría, lo cual lleva impreso la confianza depositada; a parte de los temas mencionados en el párrafo precedente como es en el caso en que los socios respondan personalmente de las obligaciones derivadas de la sociedad y se tome una medida para deslindarse del problema por parte del que quiera transferir sus participaciones. Otro de los requerimientos para hacer válida la transferencia sería la correspondiente escritura pública, con modificación del pacto social.

2. Sociedades en Comandita

En palabras de Elías Laroza esta sociedad “combina las dos clases tradicionales de sociedades de personas y de sociedades de capitales”⁶⁸. Tal como se verifica de la revisión del artículo 278 de la LGS por un lado se tienen a los socios colectivos quienes responderán solidaria e ilimitadamente por las deudas contraídas por la sociedad; y por otro lado se tienen a los socios comanditarios quienes responderán solo hasta la parte del capital que se hayan comprometido a aportar, siempre y cuando se indique tal condición al momento de constituirse la sociedad. En ese sentido tenemos dentro de una misma sociedad la mezcla de dos tipos de responsabilidades tanto limitada como ilimitada según corresponda al tipo de socio que forma parte de esta. Respecto a ello los socios que tienen la responsabilidad limitada son aquellos que se encargan de la administración de la sociedad aunados a los socios que tienen responsabilidad limitada los cuales serán quienes aporten los medios económicos para el funcionamiento y desarrollo de la sociedad (Antonio Brunetti)⁶⁹.

2.1. Características

Como se mencionó en la primera parte este tipo societario se distingue por tener en su estructura dos clases de socios:

- Socios colectivos.- con características expuestas cuando se desarrolló la sociedad colectiva en el tema anterior a este.
- Socios comanditarios.- estos socios responderán solo hasta donde alcance su aporte (como en las sociedades de responsabilidad limitada).

⁶⁸ ELIAS LAROZA, Enrique. Ídem. Pág. 591.

⁶⁹ ELIAS LAROZA, Enrique. Ibídem. .

Por otro lado tiene una forma de organización particular, debido a quien administrará la sociedad será aquel socio colectivo, a razón de que su responsabilidad será mayor es por ello que preverá que la sociedad funcione correctamente.

Al respecto Ricardo Beaumont indica “La doctrina colombiana refiere a la sociedad en comandita, ya sea simple o por acciones, como el tipo societario más usado por las familias que quieren evitarse el trámite de la sucesión. Naturalmente, los padres se reservan la calidad de socios gestores y así logran administrar los bienes de la sociedad evitando que alguno de los hijos dilapide el patrimonio familiar.”⁷⁰ Por otro lado Camilo Gómez Alzate citado por Beaumont refiere:

“En cuanto a negocios se trata, la sociedad en comandita no suele ser la más utilizada. No permite flexibilidad en su manejo y administración, ni su ampliación puede darse con facilidad. El hecho de que exista un socio gestor que sea quien administre, dirija y responda por todo, no la hace la más recomendable para el manejo de los negocios. Sin embargo puede ser la mejor forma societaria en actividades sin riesgos, cuando no se quieren administradores impertinentes o cuando se tratan de negocios con hijos o al esposa”⁷¹.

2.2. Tipos de Sociedades en Comandita

Este tipo societario conforme lo establece el artículo 280 de la LGS establecerá en su pacto social las características propias a cada tipo societario, pues dentro de este existen dos tipos de sociedades en comandita, las cuales vienen a ser:

2.2.1. Sociedad en Comandita Simple

Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez nos indican lo siguiente en cuanto a las características de la sociedad en comandita simple:

“(…) se resumen en tres notas: i) la primera nos indica que es una sociedad personalista, es decir, una sociedad cuya organización resulta en buena medida dependiente de las condiciones y vicisitudes personales de los socios, tanto colectivos como comanditarios: ii) (...) como sociedad externa, que gira en el tráfico como bajo una razón social unificada. (...) no puede configurarse como mera relación obligatoria entre los socios ni

⁷⁰ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Ley General de Sociedades “Análisis artículo por artículo”. Gaceta Jurídica. Tercera Edición. 2002. Lima-Perú. Págs. 570-571.

⁷¹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Ley General de Sociedades “Análisis artículo por artículo”. *Ibidem*.

articular su patrimonio sobre la base de una comunidad proindiviso; y iii) (...) es, en fin, sociedad mercantil, en el sentido de que constituye un tipo formado históricamente en atención a las exigencias de la actividad comercial e industrial y codificado en el Derecho Mercantil de Sociedades”⁷².

Entre las particularidades que la ley establece para la constitución de esta modalidad se señala que el pacto social deberá de establecer cuál es el monto del capital aportado y como este se divide. Se habla de participaciones, en ningún momento deberá de confundirse que estas estén representadas por acciones, en este subtipo no se manejan títulos negociables.

2.2.1.1. Administración

Otro de los aspectos es el referido a la administración de la sociedad, la cual no podrá ser ejercida por los socios comanditarios, salvo que se estipule lo contrario. La razón de ello nos la explica Elías Laroza: “La exclusión de los socios comanditarios de la administración obedece a la existencia de un régimen de distintos grados de responsabilidad, dependiendo de la calidad del socio. Como quiera que los socios colectivos ejercen la gestión de la sociedad, las operaciones arriesgadas que realicen los perjudicarán en mayor grado, pues su responsabilidad por las deudas sociales es ilimitada”⁷³. Lo cual tiene mucho sentido, sin embargo la administración se realiza de forma indistinta, pudiéndose acordar otras formas que vendrían a ser detalladas en el pacto social. Si bien se señala que los socios podrán acordar otras formas de administración, por ley esta delega a los socios colectivos por lo tanto solo ellos tendrán acceso al manejo de todo tipo de información que involucre a la sociedad, especialmente la de tipo reservada, sin embargo así como en la sociedad colectiva no se regulan las vías de protección de este tipo de información, la cual la desarrollaremos en la última sección de la investigación.

2.2.2. Sociedad en Comandita por Acciones

Esta sociedad es definida por Soto Álvarez citado por Jorge A. Castro Reyes como “... es una sociedad de acciones formada por dos clases de socios, los comanditados y los comanditarios; los primeros que responden de manera subsidiaria, ilimitada y

⁷² URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, citados por ECHAZ MORENO, Daniel. Ídem. Pág. 236-237.

⁷³ ELIAS LAROZA, Enrique. Ídem. Pág. 603.

solidariamente de las obligaciones sociales, y los comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones”⁷⁴.

Respecto a las características que enmarcan a este subtipo, el más importante según Luis Fernández de la Gándara “(...) el primero hace referencia a la existencia de un capital dividido en acciones. Se trata sin duda de un rasgo esencial, que no sólo ha permitido caracterizar históricamente esta forma societaria sino que se ha convertido, desde su aparición en el tráfico en uno de los elementos básicos de configuración del tipo, formalmente incluido dentro de la propia denominación social”⁷⁵.

Entre las observancias provenientes de la LGS, se tiene que la totalidad del capital este dividido por acciones, independientemente a quien corresponda (socios colectivos o comanditarios).

2.2.2.1. Administración

Así mismo al igual que la sociedad en comandita simple la administración estará representada por los socios colectivos (art. 282°), sin embargo, al ser esta una sociedad de capitales que se asemeja a la sociedad anónima, la administración social estará sujeta a lo dispuesto para los directores de una sociedad anónima (capítulo dos, sección cuarta que se refiere a los órganos de la sociedad).

En caso de que los socios comanditarios asuman la administración tendrán la calidad de socios colectivos desde su nombramiento, respondiendo este solamente por el periodo en el cual tuvo calidad de administrador, mas no con posterioridad a este, es decir con posterioridad a la inscripción en el Registro de la cesación en el cargo.

3. Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada

Si bien esta sociedad se deriva de la sociedad limitada, esta última tuvo sus orígenes en el derecho positivo alemán, en el año 1892, en la que apareció por primera vez; este modelo surgió ante la necesidad de los empresarios de querer constituir un negocio, sin embargo los modelos como la sociedad colectiva, en comandita y sociedad anónima que se manejaban en la época no reunían los caracteres específicos que buscaban (participación de los socios en la gestión, responsabilidad limitada, sin requerir elevados montos para capitales), es así que se creó a la sociedad

⁷⁴ CASTRO REYES, Jorge A. Manual de Derecho Comercial. Jurista Editores E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 311.

⁷⁵ FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Tomo XIII La Sociedad Comandita por acciones. Editorial Civitas S.A. Primera Edición 1992. Madrid-España.

de responsabilidad limitada⁷⁶. En ese sentido se dieron dos corrientes de sociedades, unas de personas y otra de capitales en relación a ello “(...) han existido dos tendencias opuestas y marcadamente distintas: primera, la sociedad de personas (en las que predomina el *intuitu personae* y el *affectio societatis* siendo ilimitada la responsabilidad de los socios) y, segunda, la sociedad de capitales (en la cual prevalece el *intuitu pecuniae*, siendo limitada la responsabilidad de los socios). La sociedad comercial de responsabilidad limitada ha recogido elementos de ambos modelos societarios”⁷⁷.

En nuestra legislación este tipo societario hizo su primera aparición en la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, en sus inicios tuvo aceptación entre las pequeñas y medianas empresas ya sea por sus particularidades como por su flexibilidad en la legislación⁷⁸. Hoy esta modalidad está regulada en nuestra Ley General de Sociedad, Ley N° 26887 (artículos 283 - 294).

Sin embargo tal como nos indica Mila Guillen Rispa, en la exposición de presentación del proyecto de la LGS, se verificó que la sociedad comercial de responsabilidad limitada se había eliminado, dado que este tipo se podía subsumir a un nuevo tipo societario denominado sociedad anónima cerrada, pues esta última contenía similares características a la SRL⁷⁹. Sin embargo ello no se concretó en razón a diversos motivos como:

- Altos costos que generaría su adaptación a una S.A.C.- “Ello en virtud del gran número de empresas que tendrían que abandonar el modelo de constitución de sus sociedades para transformarse en otra, así como las dificultades que ocasionaría en el reconocimiento de una organización distinta por parte de otros países con inversiones en el Perú (...)”⁸⁰
- Razones de carácter tributario.- “existían razones de índole tributario que beneficiaban a la inversión extranjera y que se perderían si desapareciera la SRL. En efecto, en países como Estado Unidos, la SRL puede calificar como una sociedad de personas o “partnership”, permitiendo al inversionista deducir

⁷⁶ PALMADERA ROMERO, Doris. Manual de la Ley General de Sociedades “Un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias”. Gaceta Jurídica Primera Edición Noviembre. 2009. Lima –Perú. Pág. 531.

⁷⁷ ECHAIZ MORENO, Daniel. Sociedades; Doctrina Legislación y Jurisprudencia. Primera Edición. Setiembre 2005. Fórum Casa Editorial S.A.C. Trujillo-Perú. Pág. 92.

⁷⁸ FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. “La Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada” Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo I. 1998. Lima. Pág. 1032-1033.

⁷⁹ GUILLEN RISPA, Mila. “La sociedad anónima cerrada (S.A.C.)”. Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo I. 1998. Lima. Págs. 890-891.

⁸⁰ FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. Ídem. Pág. 1034.

en su país la totalidad de impuestos pagados en el Perú. Esta razón fue tal vez la más importante e impactante sustento para mantener a la SRL dentro de la nueva Ley General de Sociedades”⁸¹

- Otros.

Es así que revisados los factores que respaldaban la permanencia de este tipo societario se vio por conveniente que este continúe en nuestra legislación vigente, en ese orden de ideas constituye una de las modalidades a ser utilizada para la conformación de una empresa; en nuestro caso puede ser utilizada para más adelante poder formar parte de la franquicia ya sea esta en calidad de franquiciante o franquiciado, todo ello depende de la elección de los socios conforme a las particularidades que se desarrollaran más adelante.

A razón de esta polémica que se vio entre el continuar con este tipo societario o eliminarlo, podemos hacer referencia a cuales son las particularidades y diferencias que se dan entre estas sociedades:

Gráfico 6: Cuadro Comparativo entre una Sociedad Anónima Cerrada y una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

⁸¹ TORRES MORALES, Carlos. Citado por CORDOVA SCHAEFER, Jesús. El derecho empresarial en la Jurisprudencia. RAE Jurisprudencia. Ediciones Caballero Bustamante SAC. 2010. Lima. 284-285.

S.A.C. vs S.R.L.

SEMEJANZAS

Naturaleza jurídica.- conformada por personas naturales o jurídicas, que por un objeto común conforman una persona jurídica independiente.

Número de socios.- con un mínimo de dos y un máximo de veinte.

Responsabilidad de socios.- los socios tienen responsabilidad limitada, no afectando su patrimonio personal.

Adopción de acuerdo.- las decisiones de la Junta se dan por mayoría de votos (votos por % de participación en el capital).

Derecho de adquisición preferente.- el que transfiera sus acciones o participaciones primero debe ofrecer a los demás socios

Exclusión de socios.- ya sea por motivos diversos establecidos dependiendo de cada sociedad se da esta facultad de exclusión.

DIFERENCIAS

Acciones y participaciones.- ambos constituyen la representación del capital sin embargo la diferencia radica en la libre transmisibilidad de las acciones, las mismas que pueden ser de distintas clases, a su vez la titularidad no es de carácter público a diferencia de las participaciones.

El Directorio.- la SRL no incorpora este en su administración a diferencia de la sociedad anónima (facultativo).

Reserva legal.- es obligatoria y esta estipulada en la LGS para las SA

Fuente: Elaboración propia.⁸²

Como se puede apreciar en el cuadro existen puntos en común respecto a ambos tipos societarios así como diferencias que se verán con mayor profundidad al desarrollar las características de la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

3.1. Definición

Entre algunas de las definiciones que se dieron para la sociedad comercial de responsabilidad limitada, tenemos la de Pic y Baratin citados por Isaac Halperin

⁸² Mapa conceptual de Elaboración propia. Cuadro comparativo entre una Sociedad Anónima Cerrada y una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Octubre de 2014.

quienes al respecto señalan: “es una sociedad comercial compuesta exclusivamente por socios obligados hasta la concurrencia de su aporte, pudiendo existir no obstante bajo una razón social, cuyas partes, no negociables, no son cesibles sino bajo ciertas condiciones rigurosamente determinadas por la ley; y administrada por gerentes, socios, o no, a los que los estatutos fijan libremente las facultades y el modo de designación”⁸³. Esta definición compone un resumen de todo lo que envuelve a este modo societario, por otro lado cabe indicar que la sociedad comercial de responsabilidad limitada podrá abreviarse como “S.R.L.” conforme se tiene estipulado en el artículo 284° de la LGS.

Si bien se pueden establecer distintas definiciones para este tipo societario considero que el mismo se define por el conjunto de características que lo enmarcan, tal como se considera en nuestra LGS, ya que el artículo 283 no contiene una definición de lo que es una SRL sino establece características propias de este modelo, es por ello que pasamos a desarrollar a continuación los aspectos más relevantes.

3.2. Características de una SRL

a) Carácter cerrado

Esta característica puede llegar a tener diferentes connotaciones en cuanto al elemento personalista, es así que para Elías Laroza: “la sociedad de responsabilidad limitada se estructuró sobre la base de las sociedades personalistas en las que predomina el elemento *intuitu personae* y el *affectio societatis*”⁸⁴. En ese sentido Daniel Echaiz nos indica a que se refiere cuando se habla de *intuitu personae*: “(...) implica que la sociedad da relevancia a las calidades personales del socio, antes que al monto de su aporte al capital. Quizás, por ejemplo, se desea que los socios sean los miembros de una misma familia (...)”⁸⁵.

Considero que esta característica va de la mano con el hecho de que la SRL al no poseer acciones de libre circulación y conformarse a través de participaciones, hace que el manejo sea más interno, más familiar; en ese sentido al momento de realizar la transferencia de estas (participaciones), no podrá hacerse de cualquier manera, es así que Broseta Pont, citado por Alfredo Ferrero Diez Canseco nos dice:

“la sociedad limitada (...) se sitúa en la visión del legislador dentro de la idea clásica de una sociedad “cerrada” sin que los estatutos puedan clausurarla

⁸³ PIC, P. y BARATIN, F. citados por HALPERIN, Isaac. *Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Séptima Edición actualizada. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975. Pág. 22.

⁸⁴ ELIAS LAROZA, Enrique. Ídem. Pág. 611.

⁸⁵ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Sociedades; Doctrina Legislación y Jurisprudencia*. Ídem. Pág. 93.

plenamente, impidiendo la salida de los socios de la sociedad (art. 30.3 LSRL española), ni tampoco convertirla en una sociedad “abierta” pues se declara la nulidad de las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos (art. 30. LSRL)”⁸⁶.

Es por ello que nuestra legislación otorga ciertas disposiciones en las cuales nos insta a la transferencia de las participaciones viendo como primera posibilidad a los socios (en caso de fallecimiento de unos de los socios y siempre que se acuerde en estatuto o también en el caso del derecho de adquisición preferente, es decir el que quiera transferir sus participaciones deberá de comunicar primero para ver si algún otro socio puede comprar su parte) para que estos puedan adquirir las participaciones como primera opción y de esta manera conservar el vínculo inicial.

b) Sociedad de riesgo limitado

En relación a esta característica se considera que la misma es propia de sociedades de corte capitalista, pudiendo definirla como:

“(…) es una sociedad de riesgo limitado, en el sentido de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales. Con la utilización de ese término se evita el equívoco (...), de la expresión “sociedad de responsabilidad limitada”, ya que, por una parte, la sociedad, como persona jurídica responde ilimitadamente con todos sus bienes presente y futuros (...). Lo que realmente sucede es que los socios limitan su riesgo a la aportación que realizan al fondo común, limitación que se produce tanto en la esfera externa como en la interna de la sociedad”⁸⁷.

Al respecto podemos señalar que esta característica es contraria por ejemplo a la naturaleza que tienen las sociedades colectivas pues a diferencia de estas últimas la responsabilidad que asumen los socios en una SRL tiene un tope que viene a ser el aporte que otorgó el socio para la creación de dicha sociedad. Sin embargo esta característica es la que comparte con las sociedades anónimas en las cuales los socios tampoco responden personalmente de las deudas sociales.

⁸⁶ BROSETA PONT, Manuel; citado por FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. “La Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada” Tratado de Derecho Mercantil. Ídem. Pág. 1045.

⁸⁷ MENENDEZ, Aurelio y RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Dirigido por Uría, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. Tomo XIV, Vol. 1º A. Civitas Ediciones S.L. 1999 Madrid-España. Págs. 36-37.

c) El Capital

Como nos indica Daniel Echaiz Moreno: “el capital no está dividido en acciones, sino en participaciones, a efectos de establecer claramente su carácter de negociabilidad restringida (...) Las participaciones no pueden incorporarse en títulos valores (...) el requisito sine quomodo del título valor es su circulación. A la vez, cabe apreciar que la voluntad del legislador fue siempre que las participaciones sociales quedaran en poder de los fundadores y, eventualmente, de sus sucesores, es decir, que su circulación sea restringida, por lo cual no caben dentro del concepto de título valor (...)”⁸⁸. En ese sentido las participaciones no podrán ser equiparadas con las acciones ya que cada una posee características de distinta naturaleza.

Por otro lado cabe mencionar otro aspecto importante: “Las participaciones son partes alícuotas del capital social de la sociedad limitada, lo que significa que todas tienen el mismo valor unitario. Son además iguales, es decir, que todas y cada una confiere el mismo conjunto de derechos y obligaciones a sus titulares (...) no hay lugar para la creación de participaciones privilegiadas (...)”⁸⁹. Con ello se configura la igualdad que emana de las participaciones, las mismas que serán de la misma naturaleza para todos los socios no pudiendo darse el caso de establecer diferencias en el valor u otros caracteres.

Además las participaciones tienen carácter indivisible: “La indivisibilidad de las participaciones tiene una triple significación: primero, que todas las participaciones pertenecientes a un socio deben ser representadas por una sola persona; segundo, que no puede enajenarse una parte de cada participación; y tercero, que no puede constituirse usufructo, prenda o medida cautelar sobre una porción de cada participación. (...) es importante pronunciarse sobre el caso en que las participaciones”⁹⁰. Es importante reconocer que si bien puede darse el caso que exista copropiedad en relación a la participación esto no significa que la misma podrá ser valuada como parte de, es decir por ejemplo que se conserva la unidad mas no es admisible que esta se subdivide en porciones inferiores a esta, es así que en el caso que un socio muera, los herederos serán propietarios de las participaciones que hubiese podido tener el titular, sin embargo para el manejo de estas será necesario estos (herederos) que representen la mayoría tengan que elegir a un representante el cual se encargue de administrar el aporte.

⁸⁸ ECHAIZ MORENO, Daniel. Sociedades; Doctrina Legislación y Jurisprudencia. Ídem. Pág. 88-90.

⁸⁹ PALMADERA ROMERO, Doris. Manual de la Ley General de Sociedades “Un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias”. Ídem. Pág. 534.

⁹⁰ ECHAIZ MORENO, Daniel. Sociedades; Doctrina Legislación y Jurisprudencia. Ídem. Pág. 89.

Finalmente se tiene que las participaciones pueden ser acumulables, “(...) las participaciones conservan su autonomía, aunque pertenezcan al mismo titular. En definitiva, no se trata de que las participaciones sean acumulables entre sí, sino de que son acumulables en su titularidad”⁹¹.

Todo lo señalado en relación a las participaciones viene a estar estipulado en nuestra normatividad teniendo en el artículo 283 las características propias de las participaciones que son: iguales, acumulables e indivisibles, así como, estas no se pueden adicionar a títulos valores, por lo tanto no podrán denominarse acciones.

d) Número de socios

En cuanto a la configuración de una SRL podemos remitirnos a la LGS (art. 283), en el cual nos indica que este tipo societario puede ser conformado hasta por un máximo de 20 socios. Este criterio es el mismo que se configura para la constitución de una S.A.C.; en vista de que su utilización se da con miras a pequeñas y medianas empresas.

3.5 Acuerdos

Conforme lo establece el artículo 286 la formación de la voluntad social estará representada por la mayoría del capital social, la cual se encargara de regular la vida de la sociedad, al respecto tenemos: “Aunque se le ha denominado junta de socios, la LGS, no ha previsto la constitución de un órgano con dicha nomenclatura, tal como sucede con la junta de accionistas, ni impone formalidades especiales, para la celebración de juntas, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo 294 que nos remite al régimen de la SA para los casos de la convocatoria y celebración de las juntas así como la representación”⁹².

Por otro lado en la última parte del artículo 294 se indica que se aplicaran si es que fuese el caso, las disposiciones que corresponden a la sociedad anónima en relación a la convocatoria y la celebración de las juntas generales, así como representación de los socios en ellas.

3.6 Administración

La administración de la sociedad comercial de responsabilidad limitada estará a cargo de gerente(s), los socios decidirán la cantidad que vean por conveniente según el

⁹¹ MENENDEZ, Aurelio y RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Pág. 132.

⁹² FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. Ídem. Pág. 1036.

objeto de la sociedad, así como también tendrán la opción de elegir entre los socios como no, pudiendo también llegar a tener una administración mixta.

Como acotación a lo señalado Ricardo Beaumont indica: “Si el art. 287 bajo comentario no lo prohíbe, debemos entender que en una S.R.L. si podemos nombrar gerente a una persona jurídica, la que, con arreglo al art. 193, debe nombrar de inmediato a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades de la ley y del estatuto, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a la persona jurídica misma”⁹³. En relación a lo citado cabe mencionar además que en este caso una S.R.L. no cuenta con un directorio como en el caso de una sociedad anónima, no obstante no se prohíbe que pueda estipularse ello en el estatuto, sin embargo ello induciría a crear confusión con una S.A.C.

Como comentario del artículo 287, Elías Laroza refiere: “El artículo 287, atendiendo a la estructura cerrada de la SRL, añade que los gerentes están prohibidos de realizar, por cuenta propia o de tercero, actividades similares a las que desarrolla la sociedad. La razón de ello consiste en que, como únicos administradores de la SRL, los gerentes están obligados a evitar toda forma de conflicto de intereses, a guardar reserva sobre la información privilegiada de la sociedad y a no valerse de ella en beneficio propio”⁹⁴.

En relación a este último comentario cabe señalar que es muy importante lo establecido en relación al manejo de la información reservada que puede manejar el gerente (pudiendo este ser socio como no), sin embargo en relación al derecho de información de los socios y las excepciones que se puedan dar al respecto la respectiva ley no se pronuncia al respecto, hecho que lo analizaremos detenidamente en la siguiente sección enfocando la propuesta que se tiene en función a ello.

4. Sociedad Anónima

Es importante desarrollar la sociedad anónima en cuanto a la administración que esta contiene, en base a lo cual se podrán hacer comparaciones con los otros tipos societarios expuestos con anterioridad.

⁹³ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Ley General de Sociedades “Análisis artículo por artículo”. Ídem. Pág. 590.

⁹⁴ ELIAS LAROZA, Enrique. Ídem. Pág. 618.

En nuestra regulación existen diversas modalidades de sociedad anónima, entre ellas están: sociedad anónima cerrada, sociedad anónima abierta y sociedad anónima propiamente dicha, para no tocar a detalle cada una de ellas enfocaremos aspectos generales en lo que concierne a la administración de este tipo societario, los cuales a continuación serán materia de análisis.

4.1. Administración de la Sociedad Anónima

Tal como lo señala el artículo 152 de la LGS la administración de la sociedad anónima estará a cargo de los Directores así como también de gerente(s), salvo en el caso que en la S.A.C. se determine en su estatuto que no tiene Directorio, en cuyo caso la administración quedará a cargo de los gerentes.

4.1.1. Los Directores

El Directorio será un órgano colegiado en ese sentido “estará conformado por una pluralidad de miembros, en número no menor de tres, y que las decisiones se adoptan por el directorio en calidad de órgano no a título personal por sus integrantes”⁹⁵. Por otro lado cabe mencionar que el cargo de director es a título personal, ello tanto para los titulares como suplentes.

El artículo 171 señala que el desempeño del cargo de director debe de realizarse con “la diligencia de un ordenado comerciante”, en ese sentido debe de actuar con prudencia dedicación y competencia. “la designación del director se sustenta en una relación de confianza que no es comprensible sin la exigencia de un deber de lealtad para con la sociedad”⁹⁶ a lo cual se le añade el hecho de que los directores deben de “guardar reserva respecto de los negocios sociales de la sociedad y de la información social a la que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones”⁹⁷, al respecto veremos con más detalle este deber de reserva en capítulos posteriores.

Por otro lado el director goza de facultades de gestión y representación de la sociedad, así como también tiene el derecho a ser informado de todas las actuaciones que desarrolle el gerente en relación al funcionamiento de la sociedad. En suma el directorio estará encargado de diseñar la política de administración propia de la

⁹⁵ ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. Ídem. Pág. 329.

⁹⁶ PALMADERA ROMERO, Doris. Manual de la Ley General de Sociedades “Un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias”. Ídem. Pág.294.

⁹⁷ PALMADERA ROMERO, Doris. Manual de la Ley General de Sociedades “Un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias”. Ídem. Pág.294.

sociedad con mayor peso en cuanto a la adopción de acuerdos más importantes que tendrán que ser tomados por este.

4.1.2. Los Gerentes

La gerencia está representada por uno o más gerentes, es la encargada de realizar “los actos de ejecución y gestión cotidiana de la sociedad (...) conducidos a la correcta conducción de los negocios”⁹⁸. En ese sentido en el artículo 188 de la LGS señala las atribuciones que son contempladas para los gerentes, como son la celebración de actos ordinario, representación de la sociedad, entre otros, los cuales a su vez puedan tener mayores atribuciones dependiendo de cada constitución de sociedad. A diferencia de los Directores, la Gerencia podrá estar representada por una persona jurídica.

Reflexiones

Como se ha podido desarrollar a lo largo de la segunda sección existen diversas formas para poder constituir una empresa utilizando distintas opciones a una sociedad anónima (y sus variantes), tales como sociedad colectiva, en comandita, o a través de una sociedad comercial de responsabilidad limitada. Siendo cualquiera de estas últimas manejables. El factor que determina su elección ya viene a estar condicionado por los socios, quienes decidirán emprender un negocio específico y para ello verán la opción que mejor se adecue en función a las particularidades expuestas. Es así que una vez constituida la empresa, esta puede desarrollar una relación ya sea como parte franquiciante o franquiciada.

Revisado el Registro Nacional de la Micro y Pequeña empresa (empresas acreditadas del 01/09/2009 al 30/11/2013⁹⁹) podemos verificar que una de las formas más utilizadas a parte de las S.A.C. son las S.R.L., las cuales pueden llegar a desarrollar el modelo de franquicia como estructura para poder ampliar su cadena de negocio, si bien no a través de ellos mismos como se verifico en la primera parte sino a través del manejo de todo este paquete de conocimientos que podrán ser ofertados a otras empresas interesadas en el mismo rubro, que quieran incursionar sabiendo que ya se conoce el dominio sobre algunas técnicas establecidas como marca de cada negocio que cuenten con dominio en el mercado. Por otro lado este tipo societario al reunir

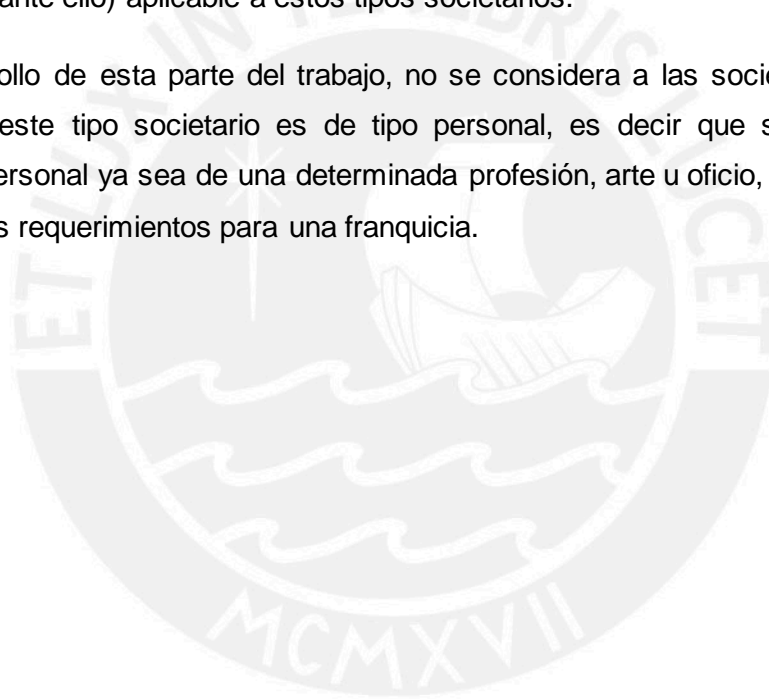
⁹⁸ ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. Ídem. Pág. 329.

⁹⁹ MINISTERIO DE TRABAJO, Página Web.
http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnpefp/REMYPE/2013/relacion_empresas_acreditadas_2013_alfabetico_06-12-2013.pdf

características como el carácter personal considero que se encuentra muy a fin a las características que enmarca a una franquicia, por ello la importancia puesto que este tipo contractual (franquicia) conlleva a tener un carácter confidencial en su manejo.

Es muy importante que ahora tengamos una visión más clara del funcionamiento interno de cada una de estas opciones para que cuando veamos el manejo de información en el siguiente capítulo compenentremos los conocimientos abordados y veamos porque es importante la propuesta de modificar la disposición contenida en el artículo 52-A referida solo para sociedades anónimas y poder utilizarla también en estos otros modelos de sociedades. Sin embargo cabe precisar que no se encuentra establecida en nuestra legislación vigente dispositivo alguno en relación al manejo de información (ya sea este como derecho de información ni cuáles serían las excepciones ante ello) aplicable a estos tipos societarios.

En el desarrollo de esta parte del trabajo, no se considera a las sociedades civiles, puesto que este tipo societario es de tipo personal, es decir que se basa en la realización personal ya sea de una determinada profesión, arte u oficio, en ese sentido no cubriría los requerimientos para una franquicia.





TERCERA SECCIÓN

A través de la presente se busca desarrollar todo lo concerniente al manejo de información, incluye la reserva de información “confidencial”.

CAPITULO III

Para finalizar la investigación se pretende compenetrar todo lo abordado hasta aquí, dando énfasis en el manejo de información, puntualizando como primer punto nociones sobre “información”, dando incidencia a lo que concierne “información de carácter confidencial” y el “derecho de información” en la LGS. También se tomara el manejo que se realiza sobre esta en el interior de la administración de las sociedades, en ese sentido se plantean algunos cuestionamientos en cuanto al artículo 52-A de la LGS, el mismo que será analizado estableciendo algunas críticas al respecto y justificando la importancia de lo que significa la información y sobre todo aquella que goza de carácter reservado vinculado a la razón de ser de la franquicia así como los tipos societarios que no podrían poner en práctica el uso del citado artículo ni haciendo uso de analogía.

1. Información

El concepto de información viene a constituir uno de muy amplias expectativas, pues depende mucho del contexto en el cual se desarrolle para saber a qué tipo de información se refiere, es por ello que información “*significa formar, dar forma a una cosa, modelar o figurar toscamente*”¹⁰⁰ algo que se percibe o conoce. “*Idalberto Chiavenato afirmaba que la información consiste en un conjunto de datos que poseen un significado, de modo tal que reducen la incertidumbre y aumentan el conocimiento de quien se acerca a contemplarlos. Estos datos se encuentran disponibles para su uso inmediato y sirven para clarificar incertidumbres sobre determinados temas*”¹⁰¹. En ese sentido la información constituye una herramienta que permite internalizar conocimientos con la finalidad de poder entender algo o en todo caso exteriorizarlos a través de la toma de decisiones.

Para Martin Luque Razuri, la información está definida como:

“La información consiste entonces en un conjunto de datos, ya sea que se originen de manera previa a la experiencia o como resultado de nuestra interrelación con el mundo a través de nuestros sentidos. La información, por lo tanto, no son solo datos sino datos organizados por la percepción humana en estructuras de pensamiento, las cuales son,

¹⁰⁰ Diccionario español-latín. Editorial. Sopena. Barcelona, 1977, pág. 356.

¹⁰¹ Definición. De. <http://definicion.de/informacion/#ixzz3J3WpSLL2>.

*posiblemente en parte innatas y en parte adquiridas por la cultura dentro de la cual vivimos*¹⁰².

Acotando a la definición de información no solo el hecho de obtener nuevos conocimientos a través de datos sino que también constituyen parte de estos aquellas experiencias conseguidas como parte del desarrollo personal, esto último tiene mucho que ver con la franquicia, en razón a que la información que se maneja para el desarrollo de este negocio incluye variedad de información como información tecnológica acerca de determinados procedimientos, información de tipo financiera, entre otras, dependiendo del rubro de negocio, pero por otro lado generalmente se tiene como parte de esta (información) el conjunto de técnicas, procedimientos y conocimientos adquiridos (experiencia) en el desarrollo de determinada actividad, la cual es única, particular como veremos más adelante.

La importancia de la información es de carácter sustancial, pues la misma ayuda a reducir problemas de agencia por ejemplo en el plano societario, el manejo de información por parte de los socios les ayuda a comprender la toma de decisiones que realizan los administradores y a tener una mejor participación en cuanto a los movimientos que este realiza de tal manera que pueda fiscalizarlos y con ello hacer un mejor seguimiento en pro de velar por sus propios intereses. Por eso mismo se dice que *“a mayor información tengamos sobre el mundo, mayor la certeza con la que vamos a poder predecir qué es lo que probablemente va a ocurrir y mejor vamos a poder estimar las consecuencias del curso que toman ciertos hechos*¹⁰³, siendo una herramienta de vital importancia.

1.1. Información confidencial

En relación a este rubro cabe señalar que a menudo se usan indistintamente diferentes denominaciones tales como información reservada, confidencial, secreta o privilegiada, veremos si existen algunas diferencias o es que se trata de sinónimos los cuales podremos usar de manera indistinta.

Partamos por analizar lo que se considera en la Ley 27806-Ley de transparencia y acceso a la información pública, en la cual se establecen parámetros al señalar las excepciones al acceso de información, estableciendo una clasificación para saber cuándo hablamos de información secreta, reservada y confidencial. En ese sentido por

¹⁰² LUQUE RAZURI, Martín. Acceso a la información pública documental y regulación de la información secreta. ARA Editores. 1ra Edición: Enero 2002. Perú. Pág. 33-34.

¹⁰³ EPSTEIN Richard, “El Ocultamiento, Uso y Divulgación de la Información”. Themis. Época 2. N° 44. 2002. Pág. 104.

ejemplo se habla de información secreta al referirse a aquella información con contenido de orden militar así como del sector de inteligencia; por otro lado consideran a la información reservada como aquella información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y por último se tiene a la información confidencial, la cual a su vez comprende “La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente”¹⁰⁴. De acuerdo a lo señalado podríamos ubicarnos dentro de este último, el cual contiene información relacionada a los secretos comerciales “esta información (...) abarca a personas jurídicas. Se incluye además en este tipo aquella información que al divulgarse otorgaría una ventaja indebida a los competidores en el mercado y los derechos de creación artísticos”¹⁰⁵. La naturaleza de la denominación “secreto” implica que determinadas personas dentro de un ámbito específico conozcan y puedan tener acceso a esta información, el secreto es un concepto que pone límites en cuanto a la igualdad de información, pero se configura como límite razonable y necesario, en ese sentido lo trascendental es tomar conciencia de que estamos hablando de una excepción con justificaciones propias que la catalogan como tal.

Así por ejemplo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en Barcelona, señalo ciertas directrices para el manejo de información confidencial, definida esta como:

“Los datos relativos a materias protegidas por el secreto empresarial, y en particular por el secreto comercial e industrial. Se considerará secreto empresarial el conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que

¹⁰⁴ DECRETO SUPREMO 043-2003-PCM-TUO DE LA LEY 27806-LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.- Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: 1. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones. 2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente. (...).

¹⁰⁵ LUQUE RAZURI, Martín. Acceso a la información pública documental y regulación de la información secreta. Pág. 181.

*procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación*¹⁰⁶.

Por otro lado la Ley de Mercado de Valores en el artículo 34 señala lo siguiente: *“puede asignarse a un hecho o negociación en curso el carácter de reservado, cuando su divulgación prematura pueda acarrear perjuicio al emisor. Acuerdo que debe ser adoptado por el directorio de la sociedad o por los administradores. El hecho de configurar a un determinado tipo de información como de carácter confidencial o reservada debe de ser adoptado por los administradores de las sociedades”*¹⁰⁷. En relación a ello podríamos concluir que los conceptos de información reservada como confidencial son manejados de manera indistinta, ambos serán utilizados a lo largo de la presente investigación haciendo referencia a aquella información de carácter especial (no nos referimos a información pública sino la que se maneja al interior de la empresa) que contiene aspectos relevantes en cuanto al conocimiento de determinados procedimientos ya sea en el desarrollo del procedimiento del negocio como piezas claves tales como el know how así como los manuales desarrollados dentro de la franquicia incluyendo cualquier otra información que pueda ser incorporada a este que sea de naturaleza esencial para la prestación de un determinado bien o servicio objeto del giro de negocio de una determinada sociedad.

Además de los conceptos desarrollados consideramos oportuno indicar que es lo que se concibe como información privilegiada, la cual denota según el diccionario:

*“1. f. La que, por referirse a hechos o circunstancias que otros desconocen, puede generar ventajas a quien dispone de ella. 2. f. Der. En el ámbito de los mercados de valores, aquella a la que se ha tenido acceso reservadamente, con ocasión del desempeño de un cargo o del ejercicio de una actividad empresarial o profesional, y que, por su relevancia para la cotización de los valores, es susceptible de ser utilizada en provecho propio o ajeno”*¹⁰⁸.

Esta definición considero que lleva incorporada a la confidencialidad refiriéndose más al sujeto que percibe la información, tal es el caso que quien posea determinada información de carácter confidencial será considerado como aquel que tenga

¹⁰⁶ COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. AJ 2013/6.Barcelona. http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=605a9f3d-1dad-477f-bd9a-64c3ba8ccad8&groupId=10138.

¹⁰⁷ DECRETO LEGISLATIVO N° 861 LEY DEL MERCADO DE VALORES. Título II, Transparencia del Mercado.

¹⁰⁸ Diccionario de la Lengua Española. 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012. <http://lema.rae.es/drae/?val=informaci%C3%B3n>.

información privilegiada dadas las circunstancias en las cuales se encuentre, por ejemplo pudiendo tener esta calidad de Gerente tendrá mayor oportunidad de estar en contacto con este tipo de información.

1.2. Protección legislativa de la información confidencial o reservada

Si bien señalamos a lo largo de la investigación que la franquicia cuenta con información de tipo reservada, esto es que lleva inmerso en su contenido temas tales como el know how; se podría decir que no se cuenta con una protección a título personal, sin embargo existen medios de protección complementarios, como por ejemplo en el artículo 117 del Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, tenemos lo siguiente:

“Artículo 117.- Son susceptibles de protección como secreto industrial tanto el conocimiento tecnológico integrado por procedimientos de fabricación y producción en general como el conocimiento relativo al empleo y aplicación de técnicas industriales, resultantes del conocimiento, experiencia o habilidad intelectual que guarde una persona con carácter confidencial y que le permita obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros”.

En ese sentido del análisis del artículo se desprende que estarán protegidos aquellos secretos comerciales, dentro de los cuales podríamos considerar al know how, que como se señaló en su momento corresponde a aquel conocimiento no patentable, es decir que no es de conocimiento público, por lo tanto esta información, de carácter confidencial o “secreta” estaría protegida en el ámbito del Derecho de Propiedad Industrial ante su revelación, divulgación sin consentimiento y cuando se desarrollen prácticas que sean contrarias al derecho comercial.

“En cuanto a los secretos comerciales la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) consideran incluida en esta categoría a toda la información confidencial que confiera una empresa una ventaja competitiva. Así, la materia objeto de los secretos comerciales incluye métodos de venta y de distribución, perfiles de consumidor tipo, estrategias de publicidad, lista de proveedores y clientes y en general

*todo tipo de información no divulgada que pueda tener importancia para su propietario, que por lo general no es de conocimiento público*¹⁰⁹.

Con lo señalado por la OMPI consideramos incluida en esta a toda aquella información propia de la franquicia, la misma que se maneja de manera contractual a través de los acuerdos que establezcan, tal es el caso del acuerdo de confidencialidad, ya que en él se detallaran los aspectos que serán manejados en calidad de reserva así como se establecerán pautas respecto a lo que se podría añadir a esta fuente de información a mérito de los cambios e innovaciones que puedan presentarse en el transcurso del desarrollo del negocio.

Por otro lado también se cuenta como mecanismo de protección a la Ley de Represión de Competencia Desleal, que señala en su artículo 13 lo siguiente:

“Actos de violación de secretos empresariales.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente: a) Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente; b) Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo”

Por lo tanto los hechos que generan competencia desleal y que estarían sancionados como violación de los secretos empresariales, están configurados por los dos supuestos, brindando una protección a través del ámbito sancionador ante INDECOPI. Al respecto cabe señalar que, “para demostrar los actos de violación de secretos empresariales, el denunciante tendrá que identificar aquella información susceptible de ser considerada como secreto empresarial, la cual será analizada a fin de verificar si cumple con los requisitos necesarios para ser considerada como tal. Una vez verificada la existencia de un secreto empresarial, se analizará si hubo una divulgación o explotación del referido secreto sin autorización de su titular o si éste fue adquirido por un tercero por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo”¹¹⁰.

¹⁰⁹ MERCADO NEUMAN, Edgardo. “Los Secretos Comerciales y el Know How en las Iniciativas Privadas de Inversión”. Revista de Derecho Administrativo. Año 4. N° 7. Mayo-2009. Pág. 405.

¹¹⁰ FUJII YORI, Michelle. LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA MODALIDAD DE VIOLACIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES.
http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/bol/ccd_boletin/2013/Dic13CCD.pdf

Si bien todo lo señalado trata de alguna manera de brindar una protección ante la revelación de esta información en particular, no se manejan conceptos claros en cuanto a la identificación de esta, por otro lado no se cuenta con preceptos en lo que concierne el derecho de reserva como se analizará en el siguiente capítulo.

1.3. Calificación de la información

Cuando se pretende que algún tipo de información no suela ser difundida y por el contrario ser manejada de manera cautelosa, se suelen utilizar términos como: “reservado”, “confidencial”, “privilegiada” o “secreta”, para lograr ese objetivo, teniendo que previamente calificar a este tipo de información, basándose en ciertas particularidades; así mismo cabe señalar que cada sector considera la confidencialidad de cierta información en función de determinadas circunstancias, por ejemplo el sector bancario, tributario tienen diferentes criterios para calificar algún tipo de información como reservada, es por ello que lo que se pretende es analizar este aspecto en relación al secreto empresarial orientado a aquellas empresas que se manejan bajo la ley general de sociedades y específicamente orientado al tema de investigación que toma de referencia a la franquicia, en ese sentido consideraremos algunos aspectos relevantes para poder considerar como confidencial cierta información:

1.3.1. Excepcionalidad de la reserva

“La información reservada no es, en realidad, información que el mercado ignora. Se trata más bien, de información que algunos participantes del mercado conocen y otros, no. (...) La justificación solo puede encontrarse en el hecho de que la institución de la información reservada está limitada a aquellos muy excepcionales supuestos en los que la divulgación de la información perjudica a sus propios beneficiarios”¹¹¹. Es a razón de ello que en el manejo de la sociedad existe información de todo tipo, en nuestro caso en una franquicia existen aspectos que serán considerados excepcionalmente reservados y bajo los cuales aplique este carácter confidencial.

1.3.2. La naturaleza de la información

La información que se maneje debe ser aquella de tal magnitud que obliga a la empresa a que no sea manejable por terceros, tal es el caso por ejemplo en nuestra investigación, el know how es de naturaleza confidencial, como se vio en la primera

¹¹¹ GUARNIZ IZQUIERDO, Reynaldo Antonio. “Criterios para darle a un hecho de importancia la calidad de información reservada”. Foro Empresarial. Revista de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial PUCP. Año I- N°. 2007. Pág. 250

sección estos conocimientos comprenden particularidades propias a ser desarrolladas por un negocio determinado, por lo tanto inclusive forman parte de cláusulas confidenciales, por lo tanto su manejo se reserva a asuntos y personas especiales.

1.3.3. El perjuicio

Este elemento podría configurarse como aquel que pueda ocasionarse a la sociedad que es titular de la información ante la inminente probabilidad de que esta pueda ser difundida en el mercado o inclusive de manera incorrecta en la misma sociedad, generando como consecuencia perdidas por ejemplo de tipo económico o generando ventajas para competidores o posibles competidores.

*“El criterio que debería ser tomado en cuenta es el de la apreciación integral de la información. Muchas veces la información contiene varios hechos distintos. Es necesario determinar si cada uno de ellos tiene un valor relevante en sí mismo o si solo tiene sentido cuando está relacionado con los demás”¹¹². Es controvertida la asignación de información como confidencial calificada por la propia sociedad, considero que nuestra normativa debe de hacer referencia a parámetros que contengan criterios generales para la calificación de esta como tal, dado que lo que para algunos es reservado no lo puede ser para otros, en ese sentido solo se tomará tal calificación cuando realmente amerite y se justifique la razón de ser de esta reserva. Por lo tanto la divulgación de determinada información se daría siempre y cuando esta sea necesaria para la eficiencia del negocio. Sin embargo *“una vez que la información es recibida por un tercero, esta es susceptible de ser reproducida infinitamente y de ser comunicada a otras personas bajo una amplia variedad de circunstancias. La información es (...) reproducible y divisible. (...). Estas características particulares hacen que sea mucho más complejo crear y fortalecer derechos de propiedad sobre la información”¹¹³*, respecto a esto último si bien es cierto que la información confidencial una vez que sale “de su origen” es difícil controlar el destino y resguardo y más aún cuando esta es de tipo reservada; a pesar de ello a lo que se quiere llegar es tratar de establecer medios que la protejan así como una correcta utilización de la misma.*

¹¹² GUARNIZ IZQUIERDO, Reynaldo Antonio. “Criterios para darle a un hecho de importancia la calidad de información reservada”. Ídem. Pág. 252.

¹¹³ EPSTEIN Richard, “El Ocultamiento, Uso y Divulgación de la Información”. Íbidem. Pág. 104.

Reflexiones

Porque se toma como punto de partida al secreto comercial o empresarial para ser analizado en nuestra ley general de sociedades si este concepto involucra más aspectos relacionados a la ley de propiedad industrial y competencia desleal; en relación a ello cabe considerar que el origen de las sociedades ubicadas en el rubro de empresas ya sean industriales o de otra índole, a su vez tienen que cumplir con las normativas que contiene la LGS esto es en cuanto a su manejo interno, específicamente al ámbito de administración de cada una, motivo por el cual considero que nuestra regulación societaria no establece parámetros ya sea generales que involucren a todos los tipos societarios en relación a temas como quienes podrían solicitar el acceso a esta información dentro de esta o en relación al grado de calificación, consideraciones con plena relevancia para el destino del manejo y dirección de este tipo de fuente de información.

2. El Derecho de Información

Este derecho está consagrado constitucionalmente en el artículo 2 inc. 5 en el que se establece que toda persona tiene derecho a: “ *solicitar sin expresión de causa la información que requiera...*”; sin embargo este derecho no tiene carácter absoluto tal como señala la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático*”, encontrando así excepciones, tal como determinada información que contenga características particulares, como por ejemplo aquella información que ponga en peligro la seguridad nacional. En esa misma línea, en el caso de las sociedades los accionistas y socios que forman parte de ella también gozan de este derecho, el cual tampoco tiene carácter absoluto, dado que este debe valorar aquella información de carácter confidencial, como se analizó en la primera parte de este capítulo.

En ese contexto podemos señalar con los socios y/o accionistas gozan de este derecho político que les confiere la posibilidad de conocer la gestión de la administración es así que:

“Davis, señala que como dueños del patrimonio social están ampliamente autorizados para conocer todos los pormenores de los negocios de la corporación, pudiendo inspeccionar los libros y

documentos de la sociedad, de esa manera los accionistas tienen la oportunidad de conocer por si mismos todos los temas que habrán de discutirse en las juntas generales; por lo tanto, podrán tomar parte en los debates con amplio conocimiento de causa”¹¹⁴.

Por lo tanto podríamos afirmar que el derecho de información es el derecho que tienen aquellos que tengan calidad de socio (o accionista) para que puedan tomar conocimiento de datos sobre la gestión de la sociedad, a su vez la sociedad podrá otorgar dicha información siempre y cuando se sigan los requerimientos establecidos por ley (derecho que corresponde a quien tiene el derecho de asistir y votar en las juntas generales). Así mismo como afirma Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez: “El derecho de información, al integrar la cualidad de socio, es un derecho inderogable por la sociedad, que en sus estatutos podría regular las condiciones para su ejercicio pero no limitarlo o excluirlo”¹¹⁵.

2.1. Derecho de información en la LGS:

En relación a este derecho cabe precisar cómo se regula este en nuestra Ley General de Sociedades, es por ello que analizaremos los artículos que contienen la información (como derecho), para lo cual pasaremos a revisar uno por uno comentando las particularidades que surjan al respecto:

Art. 96.- Acciones sin derecho a voto:

La acción sin derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos los siguientes derechos...

2. Ser informado cuando menos semestralmente de las actividades y gestión de la sociedad.

Las acciones sin derecho a voto son una modalidad de acciones reguladas en las sociedades anónimas, las cuales se caracterizan como su nombre lo indica por no conceder a su titular bajo esta modalidad el derecho de votar en la junta; sin embargo para compensar esta posición la ley le confiere determinados derechos entre los cuales se aprecie que si bien no decide tendrá derecho a que se le informe sobre el desenvolvimiento de la sociedad, para que de esta manera haga el seguimiento

¹¹⁴ DAVIS, Arturo, citado por RAMOS PADILLA, Cesar Eusebio. Derechos Corporativos individuales del accionista y el financiamiento del objeto social de la sociedad anónima. Tesis Digital de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2004. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1210>.

¹¹⁵ URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. Curso de Derecho Mercantil. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1999. Tomo I. Pág. 831.

correspondiente a sus derechos patrimoniales. “Al igual que ocurre en la S.A., (...) la S.L. (sociedad limitada) otorga una gran libertad para que sus estatutos configuren participaciones con derechos diferentes unas de otras. Incluso en cuanto al derecho de voto”¹¹⁶.

Art. 130.- Derecho de información de los accionistas:

Desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad.

Los accionistas pueden solicitar con anterioridad a la junta o durante el curso de la misma los informes o aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en la convocatoria. El directorio está obligado a proporcionárselos, salvo en los casos en que juzgue que la difusión de los datos perjudique el interés social. Esta excepción no procede cuando la solicitud sea formulada por accionistas presentes en la junta que representen al menos el 25% de las acciones suscritas con derecho a voto.

El derecho de información se encuentra reconocido para aquellos accionistas que quieran acceder a esta, en este sentido cabe precisar que esto solo se dará en una oportunidad que es la celebración de la junta general, a su vez otorgando dos momentos para poder solicitarla, ya sea antes o durante la celebración de la misma. Cabe acotar que no se trata de cualquier tipo de información, solo se habla de aquella sobre la cual sea materia de debate o puesta en conocimiento en la junta, en ese sentido este derecho será ejercido “mediante dos formas independientes: i) documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta, que la propia sociedad debe poner a disposición de los accionistas en sus oficinas; y ii) informes o aclaraciones adicionales que los accionistas pueden solicitar a la sociedad, antes de la junta o durante la misma sesión”¹¹⁷. En función al modo de cómo se brindará dicha información no se señala en la normativa, dejando a los estatutos la posibilidad de regular al respecto. Este artículo está referido a sociedades anónimas pero a su vez es aplicable a los socios ya que se aplica supletoriamente en cuanto refiere a los asuntos relacionados a las juntas generales.

¹¹⁶ DIEZ ESTELLA, Fernando. Temario de Derecho Mercantil. Centro Universitario Villanueva. Curso 2013/14. Madrid. http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_17.pdf.

¹¹⁷ ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. Ídem. Pág. 289.

Art. 173.- Información y funciones:

Cada director tiene el derecho a ser informado por la gerencia de todo lo relacionado con la marcha de las sociedades. Este derecho debe ser ejercido en el seno del directorio y de manera de no afectar la gestión social.

Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes y su actuación no puede limitarse a defender los intereses de quienes los eligieron.

En este caso se trata del derecho de información que tiene el Directorio en razón de la administración que realiza la Gerencia, esto comprende las operaciones cotidianas ejecutadas por este último, así mismo el Directorio debe de informar a los accionistas sin hacer distinciones en razón a los grupos de interés por los cuales fue nombrado. Artículo que aplica solo a sociedades anónimas y las que tengan un directorio en su organización como la sociedad en comandita por acciones.

Art. 175.- Información fidedigna:

El directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

Este artículo señala cuales son las características que debe contener la información que será otorgada por parte del directorio, al respecto cuando habla de suficientes, se refiere a toda aquella información que sea necesaria para que el socio tome conocimiento; en relación al carácter fidedigno, este conlleva el valor de veracidad, en ese sentido aquella deberá reflejar datos reales y verídicos; por ultimo en relación a la oportunidad, el directorio deberá corresponder a las solicitudes considerando un grado de inmediatez para que se dé respuesta, en la medida que estas sean valoradas por el socio en un tiempo considerable. Si bien este artículo se refiere a un determinado grupo de informaciones tales como aquellas de carácter legal, económico o financiera, nos señala de manera sucinta las características que debe tener toda información en general, en ese sentido no se debe interpretar la misma de manera literal.

Art. 224.- Derecho información de los accionistas:

A partir del día siguiente de la publicación de la convocatoria a la junta general, cualquier accionista puede obtener en las oficinas de la sociedad, en forma gratuita, copias de los documentos a que se refieren los artículos anteriores.

En este caso el artículo se ubica dentro de la sección sexta, la cual hace referencia los estados financieros y aplicación de utilidades (documentos que deben ser presentados anualmente) el cual a su vez tiene relación con el artículo 130 de la misma ley, en ese sentido la información a la cual podría tener acceso el accionista serían: la memoria, los estados financieros (balance general y las cuentas de ganancias y pérdidas) así como la propuesta de aplicación de utilidades.

Art. 418.- Información de los socios o accionistas:

Los liquidadores deben presentar a la junta general los estados financieros y demás cuentas de los ejercicios que venzan durante la liquidación, procediendo a convocarla en la forma que señale la ley, el pacto social y el estatuto.

Igual obligación deben cumplir respecto de balances por otros periodos cuya formulación contemple la ley, el estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas o socios inscritos ante la sociedad o los acuerdos de la Junta General.

Los socios o accionistas que representen cuando menos la décima parte del capital social tienen derecho a solicitar la convocatoria a junta general para que los liquidadores informen sobre la marcha de la liquidación.

El artículo se expresa de manera general al hacer referencia que tanto socios como accionistas tienen consignado el derecho a que sean informados, por otro lado se infiere que *“las obligaciones deben de cumplirse ante la junta o asamblea de socios y no frente a cualquier socio o accionista que lo solicite a título personal. Ello responde a que el derecho de información debe ser ejercido razonablemente y en forma ordenada”*¹¹⁸.

¹¹⁸ ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. Ídem. Pág. 899.

Art. 277.- Estipulaciones a ser incluidas en el pacto social

El pacto social en adición a las materias que contenga conforme a lo previsto en la presente Sección, debe incluir reglas relativas a:

2. Los controles que se atribuyen a los socios no administradores respecto de la administración y la forma y procedimientos como ejercen los socios el derecho de información respecto de la marcha social.

Al tratar el tema de sociedades colectivas, la LGS señala que este tipo societario debe de consignar en su pacto social cómo realizarán los socios el uso de este derecho (información), al hacer referencia a la marcha social se puede tomar en cuenta lo que señala Cándido Paz-Ares al respecto: *“es un derecho de examen o inspección (...). El socio puede comprobar el estado de la administración y de la contabilidad, lo que prácticamente implica la facultad de inspeccionar las dependencias de la sociedad y de revisar toda la documentación social. (...). El enorme riesgo a que están expuestos como consecuencia de la responsabilidad personal e ilimitada que asumen, justifica que se les reconozca”*¹¹⁹. En este caso dejan a la libertad de cada sociedad las estipulaciones que se crean por conveniente incluir en el estatuto (incluido este en el pacto social) para el desarrollo de este derecho.

Por otro lado en otras legislaciones como La Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay se establece que “los accionistas tendrán derecho a solicitar al órgano de administración que proporcione informes escritos o copias de: 1) La nómina de integrantes del directorio y del órgano de control. 2) Las resoluciones propuestas por el directorio a la asamblea de accionistas y sus fundamentos. 3) La lista de accionistas inscriptos para asistir a las asambleas y la de quienes asistieran a ellas. 4) Las actas de asambleas. 5) El balance general, memoria del órgano administrador e informe del fiscalizador, si lo hubiera”¹²⁰. Determinando de manera taxativa y precisa cuales son los documentos bajo los cuales estarían reflejados sus derechos de información, de esta manera no limita el acceso a este derecho, sin embargo enumera que tipo de información es la que se maneja dentro de la esfera de este derecho.

Reflexiones

Como podemos apreciar en nuestra normativa no se maneja el derecho de información de manera clara, me explico si bien los socios pueden solicitar

¹¹⁹ PAZ-ARES, Cándido. URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. Curso de Derecho Mercantil. Ídem. Pág.

¹²⁰ BELLOCQ MONTANO, Pedro. Los socios, ¿tienen derecho a saber todo? Alcance del derecho de información de los socios de sociedades anónimas. Revista de Antiguos Alumnos del IEEM, Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo. Uruguay. Junio de 2011.

información, está según la normativa solo podrá versar sobre lo que sea programado en la convocatoria a junta, por un lado y por otro al señalar que no se ponga en riesgo los intereses de la sociedad justifica la no revelación de información de carácter “especial” dejando a criterio de los administradores su calificación. Como veremos más adelante y siendo la materia de la presente investigación no nos adelantaremos a concluir o dejar zanjado el marco del derecho a la información de los accionistas o socios.

3. Análisis del artículo 52-A de la LGS.

Para poder llegar a conocer las razones que fundamentan su incorporación es necesario verificar la exposición de motivos del dispositivo. El presente artículo fue introducido el 28 de julio del 2010 cuando se promulgó la ley 29566, ley que modifica numerosas disposiciones cuyo objetivo es el de mejorar el clima de inversión y facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

3.1. Exposición de motivos

Al revisar la exposición de motivos que dio origen a la norma tenemos que esta se creó junto a un paquete de normas (o modificaciones), todas con la finalidad de “mejorar el clima de negocios – competitividad” para facilitar la actividad empresarial con el objetivo de un mejor posicionamiento en el ranking Doing Business del Banco Mundial, el cual está considerado como:

“El Proyecto Doing Business proporciona una medición objetiva de las normas que regulan la actividad empresarial y su puesta en práctica en 189 economías y ciudades seleccionadas en el ámbito nacional y regional. (...) analiza y compara las normas que regulan las actividades de las pequeñas y medianas empresas locales a lo largo de su ciclo de vida. Al recopilar y analizar detalladamente datos cuantitativos para comparar en el tiempo los marcos reguladores de distintas jurisdicciones, Doing Business estimula cierto tipo de competencia entre las economías analizadas. (...) ofrece detallados reportes del ámbito nacional, que cubren de manera exhaustiva la regulación y las reformas de las empresas en diferentes ciudades y regiones de una economía o país. Estos reportes proporcionan datos sobre la facilidad para hacer negocios, clasifican cada localidad y recomiendan reformas para mejorar los resultados en cada una de las áreas de los indicadores”.

Como se aprecia, los cambios se introdujeron para mejorar este índice, el cual es el que utilizan varios “inversionistas para medir las regulaciones que favorecen la actividad empresarial”¹²¹.

Como punto central se fundamenta en esta disposición la Protección de los Accionistas Minoritarios, dando énfasis en las sociedades que cotizan sus acciones en bolsa. Por lo tanto lo que busca es asegurar el derecho de los inversionistas a ser informados de la marcha de la sociedad para que estos tomen conocimiento y de esa manera puedan reaccionar ante posibles perjuicios económicos que se les pueda causar, en ese sentido con este artículo se busca que el accionista minoritario tenga mayor confianza y por ende otros inversionistas quieran participar en este tipo de empresas que cotizan en bolsa, logrando de esa manera fortalecer nuestra economía.

En un inicio la propuesta (Proyecto de Ley N° 3742/2009-PE) estaba enfocada a transacciones en rueda de bolsa así como las obligaciones y responsabilidades que tienen los Directores y Gerentes en relación a esta, tal como se puede ver en el Anexo 2, sin embargo al final no se concretó lo planteado, quedando como resultado final una especie de “copia” del artículo 261° con algunas variantes, el mismo que indicaba lo siguiente:

Art. 261.- Derecho de información fuera de junta:

La sociedad anónima abierta debe proporcionar la información que le soliciten, fuera de junta, accionistas que representen no menos del cinco por ciento (5%) del capital pagado, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad.

En caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información, resuelve la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

Este dispositivo estaba ubicado en el Título II de la LGS (comprenden a las sociedades anónimas abiertas).

1.1. Contenido del Artículo 52-A

A razón del proyecto de ley el artículo materia de análisis se encuentra ubicada en el libro segundo denominado Sociedad Anónima, en la Sección Primera que contiene las disposiciones generales con título único y que a letra dice:

¹²¹ Anexo: Exposición de Motivos

Art. 52-A- Derecho del accionista a información fuera de junta:

Las sociedades anónimas deberán proporcionar en cualquier momento, a solicitud escrita de los accionistas que representen al menos el cinco por ciento (5%) del capital pagado de la sociedad, información respecto de la sociedad y sus operaciones, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda causar daños a la sociedad.

En caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información, resuelve el juez del domicilio de la sociedad.

Cabe apreciar que con este dispositivo se refuerza el acceso de información en casos en que los socios requieran de esta en otro momento distinto a la realización de la junta, otorgando este a favor de las sociedades anónimas, sin embargo no se menciona nada en cuanto a otros tipos societarios, zanjando solo la importancia que se configuraría en esta modalidad societaria (sociedad anónima). Es a razón de ello que entre los motivos que se dieron para reconocer este derecho, indicaron que este acceso a información en cualquier momento (fuera de junta), solo venía establecido para sociedades anónimas abiertas, sin embargo al ver que también algunas de las “sociedades anónimas” cotizan en bolsa, se amplió este derecho para que incluya a estas últimas, no haciendo referencia al tipo de sociedades anónimas cerradas, pero sin embargo estas se incluyen dentro del subtipo de sociedades anónimas para interpretar el artículo a su favor. No siendo la misma aplicación para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, ya que no se puede presumir su aplicación o utilizar analogía para que se aplique el dispositivo materia de comentario, en ese sentido a estas (S.R.L.) solo se les aplica supletoriamente el artículo 130, que solo hace referencia a este derecho en caso de celebración de juntas generales, es decir que solo tendrán acceso a información sobre los temas a tratar en la agenda de cada junta general.

Reflexiones

Considero que el derecho de información es un derecho al cual gozan los miembros que forman parte de la sociedad, puesto que este debe estar considerado como un derecho intrínseco a todos (socios o accionistas), es una garantía de ellos saber cuáles son los aspectos más relevantes de la sociedad así como velar por sus intereses fiscalizando la administración de esta, sin embargo al no ser un derecho absoluto como todo, tiene que respetar algunos parámetros como es el caso de la información reservada, la cual por más que se desarrolle dentro de una sociedad a la

cual pertenece como miembro, debe manejarse con estricta cautela dados los caracteres y naturaleza que la configuran como tal, por otro lado uno de los puntos que podría ser el talón de Aquiles es el hecho de otorgar este derecho y que los socios o accionistas abusen de este, ocasionando por otro extremo ineficiencia en la administración de la sociedad, para lo cual se debe promover internamente la provisión de este “derecho de información” de manera responsable, para ello se podría llegar a un punto intermedio en el cual este (derecho) no se vea perjudicado así como los socios no se vean limitados lo cual sería otorgando un principio de oportunidad dentro de la organización societaria, con ello cada sociedad se organizaría en función a determinados momentos en los que se considere necesario y oportuno el otorgar información.

Reforzando la idea de confidencialidad, lo que se pretende es brindar un mayor campo de protección a la información, especialmente aquella que constituye confidencial o de reserva respecto de aquellos datos, conocimientos, que no pueden ser manejados libremente por terceros, en ese sentido la regulación de la sociedad es pieza clave para la configuración de la misma, dado que en ella es donde se originan estos conocimientos, como en el caso de la franquicia que su origen será una empresa que cuenta con conocimientos desarrollados dentro de un know how, que orienta a desplegar determinadas actividades logrando el éxito del negocio, en ese sentido ese conjunto de “conocimientos desarrollados” y los cuales se pretenden transferir deben ser manejados bajo la denominación de información reservada, es por ello que la administración de una sociedad tendrá que tener los parámetros bien establecidos para un adecuado uso de la misma (información reservada) que permita una administración dinámica con plena protección de estos conocimientos.

“Cuando se ejerce la acción social o acción individual consideramos que más que la reparación o el castigo a la conducta ilícita, lo que se persigue en el ámbito societario es combatir la deslealtad y evitar que se repitan tales actos a futuro que pongan en riesgo la estabilidad social”¹²². Lo que se busca en este sentido es reprimir actitudes que rompan la confianza para con el ente social por ende esta armonía social se vea resquebrajada, lo que se vería reflejado en claros perjuicios para esta (sociedad).

Analizado el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de España, se tiene que desarrollar el tema de derecho de información (Sección2, artículos 196 y 197)para

¹²² GUERRA CERRON, María Elena. Levantamiento del velo y responsabilidades de las Sociedades Anónimas. Grijley. 1° Edición. 2009. Pág. 422.

cada una de las formas societarias, sociedad de responsabilidad limitada así como para sociedades anónimas, en las que solo se prevé el caso de información con motivo a la junta general, en ese sentido se reconoce la obligación de la sociedad de proporcionar información sobre los puntos materia de agenda a desarrollar en la misma, sin embargo dicha normativa no hace referencia como en nuestro caso al derecho de información fuera de junta. Por otro lado señala en otro rubro cuales serían los derechos del socio (Sección 1, artículo 93) considerando como tal al derecho de información en general, lo cual considero positivo, sin embargo falto precisar el desarrollo en caso sea esta alguna información de carácter confidencial.



CAPITULO IV

El presente capítulo abordará el tema central objeto de investigación el cual tiende a configurar las directrices para desarrollar y dejar establecido aquellos puntos esenciales para establecer una ley especial que enmarque todo lo relacionado con el derecho de reserva de la información, ello bajo los alcances que tiene un contrato de franquicia, dada su naturaleza que involucra temas de carácter confidencial. En ese sentido se busca desarrollar el “derecho de reserva” que viene a ser la contrapartida al derecho de información, sin embargo ello no significa que este deba de estar por encima de este último sino más al contrario se busca orientar el tipo de información que se maneja para según ello establecer si esta puede ser de conocimiento general o por el contrario manejarse bajo reglas de reserva.

1. La Reserva

Conviene tocar como punto de partida que se entiende por “reserva”, en ese sentido partiremos por su definición establecida por el Diccionario la Real Academia Española bajo los siguientes términos “reservar”:

- “1. tr. Guardar algo para lo futuro. 2. tr. Dilatar para otro tiempo lo que se podía o se debía ejecutar o comunicar al presente. U. t. c. prnl. 3. tr. Destinar un lugar o una cosa, de un modo exclusivo, para uso o persona determinados. 4. tr. Exceptuar, dispensar de una ley común. 5. tr. Dicho de una persona: Separar o apartar algo de lo que se distribuye, reteniéndolo para sí o para entregarlo a otro. U. t. c. prnl. 6. tr. Retener o no comunicar algo o el ejercicio o conocimiento de ello. 7. tr. Encubrir, ocultar, callar algo. (...)”¹²³*

Al respecto debemos de precisar que para la presente investigación haremos referencia al término de “reserva” como aquel vinculado a la “reserva de información”, en el sentido de conservar cierta información discretamente, no comunicando la misma y manteniéndola aislada.

Más aún se habla de reserva en relación a franquicia, dado que el contrato de franquicia involucra en su contenido aspectos confidenciales tales como el know how,

¹²³ Diccionario de la Lengua Española. 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012. <http://lema.rae.es/drae/?val=informaci%C3%B3n>.

manuales técnicos, operativos o comerciales, que son manejados bajo reglas de confidencialidad.

2. Antecedentes del Derecho de Reserva en nuestra Legislación

Para poder abordar el derecho de reserva, partiremos por dejar sentado como surge este en nuestra legislación (enfocado más en el área de derecho comercial), en ese sentido tenemos como primera fuente a nuestro Código de Comercio de 1902.

2.1. Código de Comercio (1902)

En este compendio normativo se estableció la forma en que los comerciantes debían de ejercer el comercio, es decir que ellos estaban obligados a llevar una serie de documentos respecto de su negocio (Libros contables, etc.), documentos contables que tenían que llevar obligatoriamente, al respecto en los artículos 45 - 47 se hace referencia a su exhibición, así como las reglas aplicables a la misma, tal como se tiene a continuación:

“Art. 45° No se podrá hacer pesquisa por juez o tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan sus libros con arreglo a las disposiciones de este Código, ni hacer investigación o examen general de la contabilidad en las oficinas o escritorios de los comerciantes.

Art. 46° Tampoco podrá decretarse a instancia de parte la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes; excepto en los casos de liquidación, sucesión universal o quiebra.

Art 47° Fuera de los casos prefijados en el artículo anterior, solo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan, tenga interés o responsabilidad en el asunto en el que proceda la exhibición. El reconocimiento se hará en el escritorio del comerciante a su presencia o a la de la persona que comisione, y se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventile, siendo estos los únicos que podrán comprobar¹²⁴.

¹²⁴ Código de Comercio de 1902. Sistema Peruano de Información Jurídica. <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcomercio.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

De lo citado cabe indicar que en ese entonces el juez (u autoridad competente) no podía recabar información relacionada a la contabilidad del negocio, ni que los comerciantes entreguen sus libros correspondientes u otros documentos de comercio (salvo excepciones citadas), por ende los criterios para mantener la confidencialidad de cierto tipo de información estaban estructurados de manera cerrada, es decir que se daba un predominio por el secreto de estos documentos (los más relevantes) que se manejaban dentro de la administración de una sociedad, información que era manipulada con cierto recelo y con el fin de salvaguardar y proteger a esta (la sociedad, empresa, negocio).

Si bien los artículos expuestos muestran un intento por querer conservar la información de tipo confidencial, “la prohibición establecida en el artículo 45 está sumamente recortada por nuevas disposiciones de naturaleza administrativa (legislación tributaria, legislación industrial), donde se confiere a la autoridad competente amplia facultad de carácter fiscalizador¹²⁵”; es por ello que hoy en día se puede corroborar que mantener determinada documentación que la empresa u negocio considere como secreta o reservada se complica cada vez más, en razón a que estos “documentos” no son manipulados por un grupo determinado de personas si no por el contrario se incrementa y con ello pierde la razón de ser de considerarlos reservados o confidenciales a pesar de considerar que “(...) la exhibición y reconocimiento de los libros de los comerciantes deben contraerse exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventila”¹²⁶, en el caso de haber procesos judiciales o en general cuando se presente algún problema que involucre la integridad de los mismos.

3. El deber de reserva

Existe un deber de reserva desde que uno aprehende cierta información que no puede ser de conocimiento público, en ese sentido “el carácter reservado de los conocimientos es lo que proporciona una situación privilegiada al poseedor de los mismos; dispone de algo que sus competidores no pueden utilizar porque lo desconocen”¹²⁷, sin embargo no necesariamente hablamos de competidores en el

¹²⁵ FLORES POLO, Pedro. Código de Comercio. Cultural Cuzco S.A. 1976. Pág. 37.

¹²⁶ GARCIA CALDERON, Manuel. Código de Comercio. Fuentes, exposición de motivos, concordancias, jurisprudencia y notas. Segunda Edición corregida y aumentada. Edición no oficial. Lima -1967. Pág. 35-36.

¹²⁷ PORTELANO DIEZ, Pedro, citado por ANTAY BOLAÑOS, Antonio. El know how: sus elementos constitutivos y su protección jurídica. Ídem. Pág. 28.

sentido de referirnos a personas extrañas a la empresa y/o negocio que tenga un determinado know how sobre algo, sino también en relación al manejo de esta en la misma sociedad o negocio, es decir los mismos socios que forman parte de una organización societaria, así como los mismos empleados sujetos a labores que forman parte de la empresa.

3.1. Deber de reserva en la Ley de Mercado de Valores

Este deber se encuentra presente en numerosas organizaciones por no decir en todas, más aun aquellas que manejan asuntos confidenciales, es así que en el caso de las sociedades que cotizan en bolsa la Ley del Mercado de Valores señala que el deber de reserva se aplica a:

- *Los directores, funcionarios y trabajadores de los agentes de intermediación*
- *Los miembros del consejo directivo, directores, funcionarios y trabajadores de las bolsas y de las demás entidades responsables de los mecanismos centralizados de negociación*
- *Los directores, funcionarios y trabajadores de las instituciones de compensación y liquidación de valores.*
- *Los directores, funcionarios y trabajadores de CONASEV*

Haciendo una comparación podemos indicar que todos los tipos societarios están conformados por órganos que los representan y administran ya sea esta una S.A., S.R.L, entre otras, por lo tanto dependiendo del origen de la empresa es cómo se organiza, como por ejemplo quienes administran la sociedad anónima en su vida diaria son los directores y gerentes, o solo uno de ellos, según la estructura que contemple.

En el caso de la LGS, en su art. 171 se regula el ejercicio del cargo de director y la reserva que estos tienen respecto a “los negocios de la sociedad y de la información social”, sin embargo ello se da de manera general no pudiendo establecer sobre qué tipo de información (“reservada” o “confidencial”) tiene que manejar la reserva y ni tampoco respecto a quienes.

Por otro lado en la Ley del Mercado de Valores se observa de manera taxativa la información que se encuentra prohibida de revelar, en lo que concierne al deber de reserva, tales como:

- *Los compradores o vendedores de los valores transados en bolsa o en otros mecanismos centralizados de negociación*
- *Los compradores o vendedores de valores negociados fuera de mecanismos centralizados*
- *Los suscriptores o adquirentes de valores colocados mediante oferta pública primaria o secundaria.*

No opera el Deber de Reserva en los siguientes casos:

- *Cuando medien pedidos formulados por los jueces, tribunales y fiscales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso o investigación determinados, en el que sea parte la persona a la que se contrae la solicitud*
- *Cuando la información concierna a transacciones ejecutadas por personas implicadas en el tráfico ilícito de drogas o que se hallen bajo sospecha de efectuarlo, favorecerlo u ocultarlo y sea requerida por CONASEV o por conducto de ella, a las entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados, las entidades de compensación y liquidación de valores, agentes de intermediación, un gobierno extranjero con el que el país tenga suscrito un convenio para combatir y sancionar esta actividad delictiva*
- *Cuando la información sea solicitada por organismos de control de países con los cuales CONASEV tenga suscritos convenios de cooperación o memoranda de entendimiento, siempre que la petición sea por conducto de CONASEV y que las leyes de dichos países contemplen iguales prerrogativas para las solicitudes de información que les curse CONASEV*

Con ello se manifiesta que el derecho de reserva tiene que ceder respecto de causas muy puntuales y precisas, tales como las que se detallan, sin embargo aun así considero que la información solicitada, sea esta en calidad de reserva deberá ser manejada bajo estricto recelo.

4. El deber de reserva como Derecho

Al hablar del derecho de reserva, hacemos alusión a dos aspectos muy importantes, el primero orientado a que las “personas” que custodian información de carácter confidencial, en la administración interna de un determinado grupo societario, se abstengan a brindar esta información (confidencial) amparada en la propuesta que se pretende impulsar. Segundo, otorgar mayor protección a la información reservada, es decir ver los medios posibles para mantener la reserva de esta información de conocimiento de terceros, ya sean estos parte de la sociedad (socios o accionistas) o no, tomando como referencia algunos aspectos desarrollados en el antiguo código de comercio de Perú de 1902.

A través de la presente investigación lo que se plantea es: resguardar este derecho a través de los administradores de una empresa, ya que ellos verán todos los medios posibles para poder mantener la información de carácter confidencial en reserva, es así como se muestra en este trabajo que tanto el know how como los puntos confidenciales que se encuentren enumerados en el acuerdo de confidencialidad, estén protegidos bajo este derecho; de esa manera no se le exija (al administrador)

que brinde esta información ya sea a los mismos socios u accionistas que pertenezcan al grupo societario.

Este derecho surge como contrapartida al derecho de información considerado por otros como derecho de inspección como en la legislación colombiana, que la define como: “(...) *derecho inherente a la calidad de socio, el cual se encuentra consagrado de manera expresa en los artículos 369 y 447 de la legislación mercantil y el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, el cual consiste en la facultad de que disponen todos los asociados de una compañía de examinar, directamente o mediante persona delegada para tal fin, los libros y los comprobantes de la sociedad, con el fin de enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes*”¹²⁸, sin embargo este derecho a ser informado tendrá como límite este otro “la reserva”.

Podríamos entender el derecho de reserva bajo los siguientes términos: “*La prohibición de divulgar la información se extiende a los servicios de información privados o del Estado porque la violación de la intimidad no es realizada por quien tiene autoridad, sino por todo aquel que divulga información*”¹²⁹. En este contexto se habla sobre el inc. 6 Del artículo 2 de nuestra Constitución que señala el derecho a la intimidad que tiene toda persona, podríamos hacer una equiparación a una persona jurídica la cual también podría gozar de un derecho a la privacidad, en el sentido de manejar a lo largo de su trayectoria asuntos que podrían contener información de naturaleza reservada, más aun en los casos vistos en la investigación (con temas como el know how y franquicia).

4.1. ¿Es ilegal reservar información confidencial?

En la vida interna de una sociedad se presentan infinidad de situaciones, una de ellas constituye el hecho de que los administradores u responsables del negocio u empresa se vean en la necesidad de informar (determinado tipo de información) ante la solicitud por parte de sus socios u accionistas, ante ello surge la siguiente interrogante: Cuando no se informa ¿hablamos de que este acto constituye de por si en ilegal? Para resolver ello debemos de establecer entonces cuando nos situamos dentro de un hecho de por si legal, en ese sentido cuando “*se habla de legalidad se hace referencia a la presencia de un sistema de leyes que debe ser cumplido y que otorga la aprobación a*

¹²⁸ Superintendencia de Sociedades de Bogotá.
<http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/6815.pdf>

¹²⁹ ARANA CHALCO, Juan Francisco. El Derecho de la intimidad y el avance de la Informática. Revista Jurídica Cajamarca. <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista12/intimidad.htm>

*determinadas acciones, actos o circunstancias, y como contrapartida desapruueba a otras tantas que afectan las normas establecidas y vigentes. La legalidad es, entonces, todo lo que se realice dentro del marco de la ley escrita y que tenga como consecuencia supuesta el respeto por las pautas de vida y coexistencia de una sociedad dependiendo de lo que cada una de ellas entienda por tal concepto*¹³⁰. En este contexto al hablar de ilegalidad nos enmarcamos dentro de aquellas actitudes contrarias al derecho, en el caso concreto el “no informar” si bien configura un acto contrario a derecho derivado del derecho a la información, este puede llevar inmerso determinadas excepciones, como el caso de aplicar reserva cuando sea

Así por ejemplo una forma de ver reflejada la excepción que se da a los socios o accionistas en cuanto al acceso a información reservada nos muestra el Código de Gobierno Corporativo del Banco de Guayaquil que señala:

“El Directorio presentará para conocimiento de la Junta General de Accionistas, independientemente de la opción de mantener para consulta la información señalada en el artículo anterior, un Informe Anual o Memoria Institucional la siguiente información: a. Marco de estrategias, objetivos, políticas y límites de tolerancia al riesgo que la Institución hubiera asumido o asumirá. Estos límites deberán referirse a: concentración de captaciones y colocaciones, nivel de capital, calidad de cartera, calidad de servicio, niveles de remuneración y los casos presentados ante el comité de ética. b. Informe de la Administración. c. Informa de Gobierno Corporativo. d. Balances de situación comparativos de los dos últimos años. e. Estado de Cambios en la situación Financiera correspondiente al último año. f. Estado de pérdidas y ganancias de los dos últimos años. g. Informe del Auditor Externo. h. Posición del patrimonio técnico. i. Indicadores de liquidez, solvencia, eficiencia y rentabilidad. j. Calificación de activos de riesgo del último ejercicio económico. **Art. 12.- (Información Confidencial) La información que no se señale en los literales anteriores tiene la calidad de información reservada y confidencial, salvo solicitud de la Entidad de Control, autoridad judicial o cuando la Ley así lo disponga, el acceso a la información por parte del accionista quedará restringido, en virtud de la calidad que esta información posee**”¹³¹.

Resaltando en este punto dos cosas, la primera es que se enumera que información constituye como parte del derecho a información en general, segundo que el derecho del accionista se limita cuando se trata de información confidencial, confirmando que es un acto plenamente legal.

¹³⁰ Definición ABC: <http://www.definicionabc.com/derecho/legalidad.php#ixzz3RNa8A9tL>

¹³¹ Código de Gobierno Corporativo. Banco de Guayaquil. Agosto 2014. <http://www.bancoguayaquil.com/responsive/downloads/gobCorporativo/gobCorporativo.PDF>

4.2. Criterios para incorporar el derecho-deber de reserva a nuestra legislación en el caso particular de franquicias

Siendo la confidencialidad, parte de la franquicia y elemento indispensable del know how, no cuenta con una protección jurídica per se establecida en nuestra legislación y mucho menos jurisprudencialmente, es por ello que se deberá establecer lineamientos con la finalidad de preservar y limitar la integridad de dichos conocimientos.

Si bien los contratos de franquicia que de por sí llevan inmersos los contratos de know how son netamente contractuales y por ende contienen en los mismos cláusulas relativas a la confidencialidad de la información que se maneja, lo que se pretende con la presente investigación es tratar de regularlos (puesto que estos constituyen contratos atípicos), sin embargo no en su totalidad como tal, sino solo en lo concerniente al manejo de información que de ellos deriva, dada su naturaleza confidencial, estos aspectos deben ser manejados en calidad de reserva, en ese sentido lo que se intenta es otorgar un deber de reserva de dicha información en el manejo interno de cada tipo societario, empresa u negocio a través del cual se constituyó la franquicia. Siendo ello así la LGS contiene un artículo que otorga un respaldo ligero, como se vio en el capítulo anterior a través del cual se mantiene un deber de reserva ante información con calidad de reservada o confidencial, sin embargo esto solo aplica para las sociedades anónimas.

Tanto las cláusulas de confidencialidad como la protección en cuanto a su divulgación están relacionadas a un deber de reserva, las cuales se pueden traducir en un resultado concreto a través de una normativa que señala que en el interior, es decir en la administración de determinado grupo societario se tenga configurado el derecho de reserva, a través del cual los administradores según corresponda, no estarán obligados a brindar información en caso esta sea de carácter confidencial, más aun cuando se vean temas relacionados a los secretos empresariales, los cuales constituyen uno de los principales activos y razón de ser de determinada sociedad.

El hecho de manejar información que tenga la calidad de reservada, conduce a pensar que detrás de ello alguien tiene que calificarla como tal, en ese sentido la LGS como vimos en el tercer capítulo otorga la potestad de calificación primero a los administradores y como segunda opción a los jueces, respecto de esto último *“la calificación de ese carácter por parte del poder judicial (...), podría llegarse a un punto en el que se obligue a una sociedad a develar su estrategia de negocios al Poder Judicial a efectos que este determine, aplicando sus “vastos conocimientos técnicos”, sobre la confidencialidad o eventual perjuicio a la sociedad de su divulgación. Ello*

acompañado del hecho que la información pasará por las manos del Juez, del Secretario (...)". Respecto a esto último es básico que una correcta aplicación del deber-derecho de reserva brindará mayor soporte a quienes tengan el privilegio de manejar estos asuntos de naturaleza reservada, en el caso de la calificación se deberán tomar previsiones como la presentación de los documentos en sobres cerrados y lacrados de manera que asegure la confianza del que posea una franquicia.

Porque la creación de un proyecto de ley y no una modificación al artículo de la LGS, si la idea es que la reserva se aplique en la administración de las sociedades, es decir lo que se pretende es mantener reservada la información por parte de su órgano de administración ante requerimientos que puedan solicitar los accionistas o socios a raíz que en uno de los artículos desarrollados establece la posibilidad de pedir información societaria en cualquier momento; la respuesta es porque al ser materia de análisis la franquicia y sobre todo la información que en ella se maneja la cual se convierte de naturaleza confidencial, abarca en su constitución no tan solo los modelos adoptados por nuestra ley de sociedades, pudiendo constituirse esta (franquicia) por otras opciones tales como las empresas individuales, entre otras, en ese sentido se orienta a dejar sentado el resguardo de este "derecho de reserva" sobre un caso concreto (información reservada y know how propios de la franquicia) en la vida de una sociedad. Es tratar de compaginar una mezcla entre el Derecho Contractual con Derecho Societario y Derecho de Propiedad Industrial (tomando en consideración también lo relacionado a Competencia Desleal).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Vivimos en un mundo globalizado con mercados en procesos de integración constante, con propuestas como la franquicia, considerada como un modelo de inversión y que está en progresiva expansión, no solo por empresas internacionales sino también por empresas nacionales, dentro de estas las MYPES, las cuales aportan al crecimiento económico del país. Este modelo confiere cierta seguridad en cuanto al manejo de inversión, ya que el negocio se basa en una experiencia previa.

SEGUNDA.- Al tener como modelo una franquicia, debemos de poner de manifiesto que entre sus componentes se encuentra el know how, siendo este último elemento indispensable que la configura, razón por la cual este tipo contractual tenga naturaleza confidencial, dada la información “reservada” que forma parte de la misma.

TERCERA.- Existen distintos tipos societarios establecidos en nuestra Ley General de Sociedades los cuales pueden ser elegidos según las necesidades que se vean como parte de la constitución de una franquicia. El hecho de que dentro de estas sociedades (S.A.C. y S.R.L., u otras) se maneje información de carácter confidencial (siendo materia de investigación en este caso la franquicia), hace que esta información requiera ser reconocida como tal y este protegida dentro de nuestro ordenamiento. Dejando claro que si bien todas las sociedades tienen derecho a brindar información sobre la marcha de la sociedad a los socios u accionistas que sean parte de la misma, se reconozca el carácter reservado de datos que sean considerados como tal para que no sean divulgados.

CUARTA.- En toda sociedad el rol de la información juega un papel determinante, más aun en el caso de que esta sea considerada como “secreta” o reservada”, siendo este último carácter una excepción a la regla del derecho de información.

QUINTA.- Podemos rescatar que en el artículo 52-A de la LGS se encuentra establecido el deber de reserva, sin embargo este solo aplica para sociedades anónimas, referente al derecho de información, no tan solo dentro de las juntas generales sino también fuera de estas salvo excepciones como los “hechos reservados”, este último considerado como limite al derecho de información, sin embargo los demás tipos societarios no cuentan con regulación al respecto.

SEXTA.- El deber- derecho de reserva se configura como aquel que faculta a quien tenga en su dominio ciertos conocimientos “secretos” o “confidenciales” para que se abstenga de revelarlos y los mantenga en buen recaudo.

SEPTIMA.- Se propone un proyecto de ley con la finalidad de establecer el derecho de reserva en la administración social, así como para otorgar mayor protección a la información reservada o know how como parte integrante de la franquicia.



BIBLIOGRAFÍA

ANTAY BOLAÑOS, Antonio. El Know how: sus elementos constitutivos y su protección jurídica. Grafica Zures. Lima-Perú. 2008.

ARANA CHALCO, Juan Francisco. El Derecho de la intimidad y el avance de la Informática. Revista Jurídica Cajamarca.
<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista12/intimidad.htm>

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Ley General de Sociedades “Análisis artículo por artículo”. Gaceta Jurídica. Tercera Edición. 2002.

BERMUDEZ GONZALEZ, Guillermo J. LA FRANQUICIA: elementos, relaciones y estrategias. ESIC Editorial. Madrid. 2002.

BOROIAN, Donald D. Las Ventajas del Franchising. Ediciones Macchi. Buenos Aires. 1993.

BROSETA PONT, Manuel; citado por FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. “La Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada” Tratado de Derecho Mercantil. 1998.

BRUNETTI, Antonio. Citado por ELIAS LAROZA, Enrique.

CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El Contrato de Franquicia. Cultural Cuzco Editores. Lima. 1997.

CHULIA VINCENT, Eduardo y BELTRAN ALANDETE, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999.

Código de Comercio de 1902. Sistema Peruano de Información Jurídica.
<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcomercio.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

Código de Gobierno Corporativo. Banco de Guayaquil. Agosto 2014.
<http://www.bancoguayaquil>

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. AJ 2013/6.Barcelona. http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=605a9f3d-1dad-477f-bd9a-64c3ba8ccad8&groupId=10138.

DAVIS, Arturo, citado por RAMOS PADILLA, Cesar Eusebio. Derechos Corporativos individuales del accionista y el financiamiento del objeto social de la sociedad anónima. Tesis Digital de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2004. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1210>.

Definición ABC: <http://www.definicionabc.com/derecho/legalidad.php#ixzz3RNa8A9tL>

Diccionario de la Lengua Española. 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012. <http://lema.rae.es/drae/?val=informaci%C3%B3n>.

Diccionario de la Lengua Española. 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012. <http://lema.rae.es/drae/?val=informaci%C3%B3n>.

Diccionario español-latín. Editorial. Sopena. Barcelona, 1977.

DIEZ ESTELLA, Fernando. Temario de Derecho Mercantil. Centro Universitario Villanueva. Curso 2013/14. Madrid. http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil_1/tema_17.pdf.

DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo 1 Introducción de la teoría del contrato. 6ª Edición. Thomson Civitas. Madrid. 2007.

ECHAIZ MORENO, Daniel. DERECHO SOCIETARIO, Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. Primera Edición. Junio 2009

ECHAIZ MORENO, Daniel. Sociedades; Doctrina Legislación y Jurisprudencia. Primera Edición. Setiembre 2005.

ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú.

EPSTEIN Richard, “El Ocultamiento, Uso y Divulgación de la Información”. Themis. Época 2. N° 44. 2002.

FEDERACIÓN EUROPEA DE LA FRANQUICIA. Código Deontológico Europeo de la Franquicia. http://www.mundofranquicia.com/normativa-legal/Codigo_Deontologico_Europeo_de_Franquicia.pdf.

FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Tomo XIII La Sociedad Comandita por acciones. Editorial Civitas S.A. Primera Edición 1992.

FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. “La Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada” Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo I. 1998.

FLORES POLO, Pedro. Código de Comercio. Cultural Cuzco S.A. 1976. Pág. 37.

FUJII YORI, Michelle. “Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de los secretos empresariales”.
http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/bol/ccd_boletin/2013/Dic13CCD.pdf.

GALLO CABRERA., Javier. El contrato de franquicia en la doctrina y jurisprudencia. Revista Foro Jurídico, Año 11 N° 13. Publicación Marzo 2014.

GARCIA CALDERON, Manuel. Código de Comercio. Fuentes, exposición de motivos, concordancias, jurisprudencia y notas. Segunda Edición corregida y aumentada. Edición no oficial. Lima-1967. Pág. 35-36.

GONZALEZ CALVILLO, Enrique; GONZALEZ CALVILLO, Rodrigo. FRANQUICIAS: La Revolución de los 90. McGRAW-HILL. México. 1991.

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional, Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de Tecnología. Franquicia. Joan-Venture. Agrupaciones. 2° Edición. Editorial BOSCH S.A. Barcelona. 2004.

GUARNIZ IZQUIERDO, Reynaldo Antonio. “Criterios para darle a un hecho de importancia la calidad de información reservada”. Foro Empresarial. Revista de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial PUCP. Año I- N°1. 2007.

GUERRA CERRON, María Elena. Levantamiento del velo y responsabilidades de las Sociedades Anónimas. Grijley. 1° Edición. 2009.

GUILLEN RISPA, Mila. “La sociedad anónima cerrada (S.A.C.)”. Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo I. 1998.

KISER RODRIGUEZ, Luis. FRANQUICIAS, La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada. Proyecto USAID/PERU/MYPE COMPETITIVA, Junio.2009. <http://www.crecemype.pe/portal/images/stories/files/Franquicias.pdf>

KLEIDERMACHER, Jaime L. FRANCHISING: Aspectos Económicos y Jurídicos. Capítulo XVII El Acuerdo de Franquicia. Naturaleza Jurídica. Elementos. <http://es.scribd.com/doc/18344133/Franhising-JAIME-KLEIDERMACHER>

LADAS, Stephen, citado por CONSTANTINI DE NICHOLLS, Talía y TRUJILLO GARCIA, Jaime. EL KNOW. Tesis de Grado de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogota.1986.

LAZARO SANCHEZ, Emilio J. El contrato de Franquicia (Aspectos Básicos). Revista Anales de Derecho. N° 18 – 2000.

LUQUE RAZURI, Martin. Acceso a la información pública documental y regulación de la información secreta. ARA Editores. 1ra Edición: Enero 2002.

MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El Contrato Mercantil de Franquicia. Editorial Comares. Granada. 2007.

MENENDEZ, Aurelio y RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. “Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Dirigido por Uría, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. Tomo XIV, Vol. 1° A. Civitas Ediciones S.L. 1999.

MERCADO NEUMAN, Edgardo. “Los Secretos Comerciales y el Know How en las Iniciativas Privadas de Inversión”. Revista de Derecho Administrativo. Año 4. N° 7. Mayo-2009.

NORTHCODE SANDOVAL, Cristhian, La transferencia de acciones y participaciones de sociedades. Actualidad Empresarial N° 197, Segunda quincena de Diciembre 2009. http://www.aempresarial.com/servicios/revista/197_41_GVECUFNBFUHEAGTZHGMYLPUVBABICRFIMKLHQZIVUQZUXTTEZG.pdf.

OVIEDO ALBAN, Jorge. Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/115/cnt/cnt4.pdf>

PALMADERA ROMERO, Doris. Manual de la Ley General de Sociedades “Un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias”. Gaceta Jurídica Primera Edición Noviembre. 2009.

PAZ-ARES, Cándido. URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. Curso de Derecho Mercantil.

PIC, P. y BARATIN, F. citados por HALPERIN, Isaac. Sociedades de Responsabilidad Limitada. Séptima Edición actualizada. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975.

PORTELANO DIEZ, Pedro, citado por ANTAY BOLAÑOS, Antonio. El know how: sus elementos constitutivos y su protección jurídica. Ídem. Pág. 28.

RIERA SEIJAS, Alfonso. DISEÑO DE ESTRATEGIAS PARA PROMOCIONAR LA EXPORTACION DE FRANQUICIAS PERUANAS. INFORME FINAL COMPLEMENTARIO. 2006.

<http://www.mincetur.gob.pe/comercio/otros/bid/Pdfs/DISENO%20DE%20ESTRATEGIAS%20PARA%20LA%20PROMOCION%20DE%20FRANQUICIAS%20PERUA.pdf>.

RIGGOL GASSET, citado por CACERES BARRAZA, Cesar Augusto. El contrato de Franquicia.

SHELDON BURHATEIN, citado por ANTAY BOLAÑOS, Antonio. El know how: sus elementos constitutivos y su protección jurídica.

SORIA AGUILAR, Alfredo F. y OSTERLING LETTS, Madeleine. AYLLON VALDIVIA, Cesar Arturo. El derecho de contratos y las nuevas tecnologías. Lima. ECB Ediciones, 2013.

SORIA AGUILAR, Alfredo F., OSTERLING LETTS, Madeleine, El contrato de Know How: Apuntes acerca de sus elementos esenciales. Foro Jurídico N° 13. Marzo-2014.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE BOGOTÁ.
<http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/6815.pdf>

TORRES MORALES, Carlos. Citado por CORDOVA SCHAEFER, Jesús. El derecho empresarial en la Jurisprudencia. RAE Jurisprudencia. Ediciones Caballero Bustamante SAC. 2010. Lima. 284-285.

URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, citados por ECHAIZ MORENO, Daniel.

URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. Curso de Derecho Mercantil. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1999.

VERON, Alberto Víctor. Citado por ELIAS LAROZA, Enrique.

VV.AA. EL DERECHO EDITORES. Contratación Mercantil y Bancaria. 2010. "La gastronomía creará 320 mil empleos este año en Perú". Diario Gestión. Viernes 12, setiembre. 2014 <http://gestion.pe/noticia/336159/gastronomia-generara-320-mil-empleos-este-ano-peru>

LEGISLACIÓN DEL PERÚ

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

LEY GENERAL DE SOCIEDADES N° 26887.

LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, DECRETO LEGISLATIVO N° 823.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY N° 29566.

DECRETO LEGISLATIVO N°295. CÓDIGO CIVIL

DECRETO LEGISLATIVO N° 861 LEY DEL MERCADO DE VALORES.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN A LA COMPETENCIA DESLEAL.

DECRETO SUPREMO 043-2003-PCM-TUO DE LA LEY N° 27806 LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

FUENTES

Fuente: Titulo Anuario Estadístico Industrial, Mipyme y Comercio Interno 2012. Ministerio de la producción. 1ª edición, Noviembre 2013. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-17590. Editado por: Ministerio de la Producción

Fuente: Titulo Anuario Estadístico Industrial, Mipyme y Comercio Interno 2012. Ministerio de la producción. 1ª edición, Noviembre 2013. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-17590. Editado por: Ministerio de la Producción

ANEXO I: Propuesta de Proyecto de Ley

PROYECTO DE LEY

Es menester considerar que en mérito del derecho de iniciativa legislativa que es conferido a través del artículo 107° de la Constitución Política del Perú, aquella persona comprendida en el apartado constitucional en mención podrá presentar la siguiente iniciativa legislativa, teniendo la presente redacción del mismo como una propuesta personal de marco regulatorio, considerando la investigación realizada por la tesista:

LEY DE PROTECCIÓN A LA INFORMACION RESERVADA CONTENIDA EN LA FRANQUICIA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Hoy por hoy la franquicia está considerada como una manera sólida de expansión de negocios, con base a un posicionamiento de su entorno, convirtiéndola en una de las alternativas más rentables y eficaces para el logro en la cobertura de nuevos mercados, en distintos rubros empresariales a través de la transmisión de experiencias adquiridas, generando oportunidades y confianza tanto para pequeños y grandes empresarios; lo que viene acompañado de un contrato de franquicia, el cual contiene diversos matices propios de esta estructura contractual; sin embargo cabe resaltar las piezas claves que configuran el modelo, como el know how, indispensable instrumento, que viene acompañado de otros caracteres considerados como confidenciales, los cuales aseguran de una manera y protegen la información de índole secreta, reservada, de manera contractual a través de las cláusulas de confidencialidad.

Todo ello en consecución con nuestra Constitución Política del Perú que en su inciso 14° del artículo 2° que dispone: "Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público", limitando la autonomía de la voluntad por normas de orden público relacionadas completamente con el bienestar social.

Por otro lado se debe considerar que para llevar a cabo la constitución de una empresa como requisito previo para la configuración de una franquicia, ya sea esta en calidad de franquiciante o franquiciado, se deberá elegir el modelo societario o empresa individual que más se acople a las necesidades que se pretenda abarcar, de esa manera se ira estructurando la empresa para la consecución de los objetivos que se pretenda alcanzar.

Por otro lado debemos tener en consideración que el papel de la información juega un rol considerable en la administración y la vida interna de una empresa, más aun tratándose de aquella que califica como reservada o confidencial tal como lo es el know how, para lo cual se requiere lineamientos clave para el manejo de este. Si bien en la LGS se contemplan algunas limitaciones respecto al derecho de información en general, no establece ningún criterio específico para considerar a algún tipo de información como de carácter confidencial o reservado.

Es en ese sentido que la norma pretende configurar el derecho de reserva de información para toda aquella documentación por no decir información, de carácter reservada, a fin de que se maneje en la misma forma para los distintos tipos societarios y empresas en general que decidan incursionar en el rubro de la franquicia; dejando sentado que lo que se busca es un manejo interno adecuado, en cuanto a la administración y suministro de esta (información reservada) en el desarrollo interno de la sociedad u empresa en general. Más aun contando con la atipicidad de esta figura contractual y la inseguridad que de ella deriva en un tema tan delicado como lo es el manejo de información reservada a raíz por ejemplo del derecho de los accionistas a acceder a ella.

A la fecha la protección brindada a este tipo de contratación, se encuentra regulada bajo el área del Derecho de la Competencia, así como las leyes de propiedad industrial, otorgando protección y sancionando ante la divulgación y uso indebido, mas no se tiene regulado el derecho a no informar este, solo se prevén las consecuencias pero no existe una ley a la cual se puedan acoger las “personas” que tengan el privilegio de poseer esta información y simplemente mantenerla en reserva. Más aun cuando las leyes están dadas en términos generales tratando de abarcar al know how dentro de los que constituyen secretos de la empresa, sin embargo ello no configura información especializada de índole confidencial.

En este contexto es acertado para el Estado:

- Incorporar una regulación jurídica novedosa y relativa al manejo de información de índole reservada,
- Establecer las piezas claves del contrato de franquicia que deban de guardar reserva,
- Configurar el derecho de no información de temas de reserva en el plano de la administración de sociedades.

La Protección y explotación adecuada de información reservada en la franquicia, específicamente en la administración de esta, respalda el sentido del presente proyecto. Básicamente podemos decir que los principios elementales que animan al

presente Proyecto de Ley se vinculan a garantías básicas del Estado democrático de derecho.

De igual forma, la iniciativa de ley potencia la seguridad jurídica derivada de la atipicidad así como la falta de claridad, fortaleciendo las instituciones jurídicas de nuestra legislación.

ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa no irrogará gasto alguno al Erario Público.

Podemos resumir como un beneficio principal del proyecto, el referido a la Seguridad Jurídica, considerando a fin de preservar una adecuada contratación entre las partes, así como confianza en la administración societaria, ello dependerá del resguardo de la privacidad e integridad de los datos objeto de contratación, los cuales deben ser adecuadamente protegidos.

INCIDENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

El presente proyecto no implica, la modificación de nuestra legislación vigente ya sea en materia civil, societaria o de propiedad industrial.

Por lo anteriormente expuesto y

CONSIDERANDO:

Que, el inciso 14º del artículo 2º de la Constitución Política del Perú establece que: "Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público";

Que, el Artículo 61º de la Constitución Política del Perú, refiere:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

En consecuencia, habiendo cumplido con lo establecido en el artículo 75º del Reglamento del Congreso de la República, se propone el siguiente proyecto de Ley:

FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA:

Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE PROTECCIÓN A LA INFORMACION RESERVADA CONTENIDA EN LA FRANQUICIA

Artículo 1º.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto proteger la información reservada contenida en el contrato de franquicia en el marco de las formalidades prescritas en la presente ley.

Así como:

- a. Proteger la información no divulgada relacionada con los secretos empresariales, específicamente el know how.
- b. Establecer como premisa el derecho de reserva concedido a los que estén habilitados en el cargo de administrador o responsable.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación

Se aplicará a aquellas empresas o negocios sujetos a una franquicia concedida en territorio nacional que tengan en resguardo un know how así como toda “información reservada” comprendida en las cláusulas de confidencialidad.

Artículo 3°.- Definición de Know how

Para efectos de la presente ley se entenderá por know how como “aquellos conocimientos técnicos no patentados que alguna persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial, comercial.

Artículo 4°.- Criterios de calificación de la información reservada y know how

La información reservada así como el know how deberán reunir las siguientes condiciones:

- a) A, sea secreta, es decir que no sea conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y
- b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Artículo 5°.- Alcance de la ley

La presente ley se aplicará a la información que conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares.

Artículo 6°.- Información excluida de protección

Esta ley no protegerá la información que:

- a. Sea del dominio público.
- b. Resulte evidente para un técnico versado en la materia con base en información disponible de previo.
- c. Deba ser divulgada por disposición legal u orden judicial.

Artículo 7°.- Derecho de reserva

Todos los tipos societarios de ser el caso, podrán actuar con derecho de reserva frente a información contenida en el artículo 4 de la presente, en caso de que esta sea requerida por socios o accionistas, en relación al derecho de información contenido en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

Artículo 8º.- Protección de la información reservada o know how en procesos administrativos o judiciales

En todo proceso, administrativo o judicial, en que alguna de las partes deba revelar información reservada o know how, la autoridad que conozca del asunto deberá adoptar todas las medidas necesarias en cuyo caso se entregara en sobre cerrado y debidamente lacrado.

DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

PRIMERA.- Entiéndase por “tipos societarios” a todas aquellas sociedades contenidas en nuestra Ley General de Sociedades.

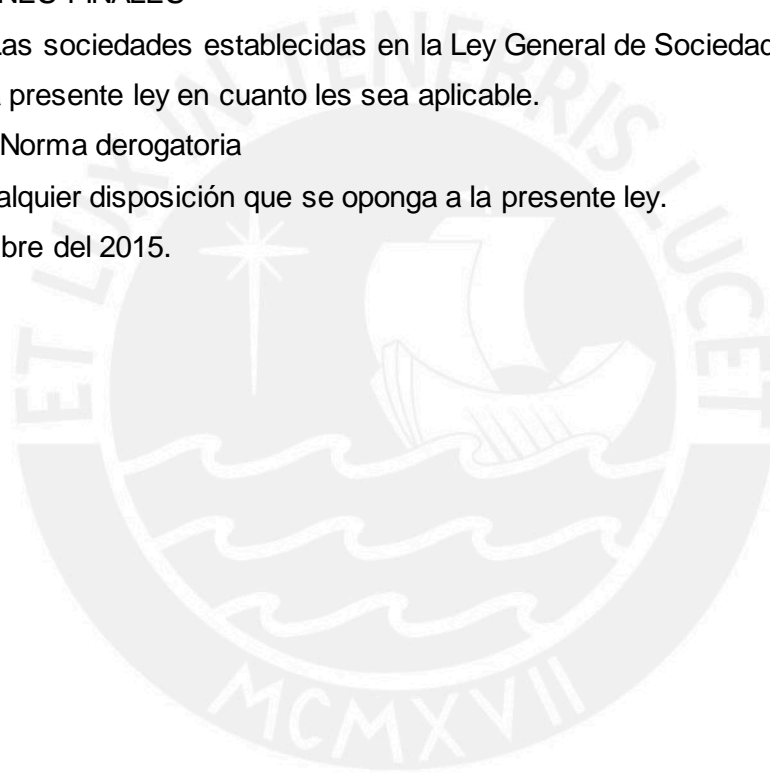
DISPOCIONES FINALES

PRIMERA.- Las sociedades establecidas en la Ley General de Sociedades deberán de sujetarse a la presente ley en cuanto les sea aplicable.

SEGUNDA.- Norma derogatoria

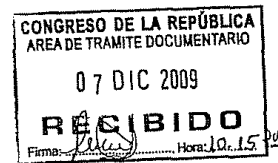
Derogase cualquier disposición que se oponga a la presente ley.

Lima, noviembre del 2015.



ANEXO II: Proyecto de Ley N°3742-2009

Proyecto de Ley N° 3742/2009-PE



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa”

Lima, 07 de diciembre de 2009

OFICIO N° 316 -2009-PR

Señor Doctor
LUIS ALVA CASTRO
Presidente del Congreso de la República
Presente.-

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, a fin de someter a consideración del Congreso de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el proyecto de Ley que modifica diversas disposiciones con el objeto de mejorar el clima de inversión y facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Mucho estimaremos se sirva disponer su trámite con el carácter de URGENTE, según lo establecido por el Artículo 105° de la Constitución Política del Perú.

Sin otro particular, hacemos propicia la oportunidad para renovarle los sentimientos de nuestra mayor consideración y estima.

Atentamente,



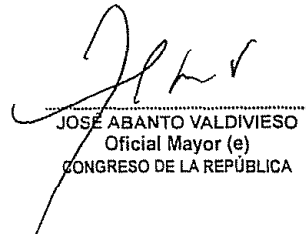
ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República



JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Consejo de Ministros

1

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Lima, 09 de Diciembre del 2009
Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° 3742 Para su
estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de
Economía, Salud, Finanzas e
Integración Económica;
Justicia y Derechos Humanos.



JOSE ABANTO VALDIVIESO
Oficial Mayor (e)
CONGRESO DE LA REPÚBLICA



Proyecto de Ley

LEY QUE MODIFICA DIVERSAS DISPOSICIONES CON EL OBJETO DE MEJORAR EL CLIMA DE INVERSIÓN Y FACILITAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Artículo 1°.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por objeto modificar diversas disposiciones con rango de ley, con el fin de mejorar el clima de inversión y facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Artículo 2°.- Disposiciones especiales para la protección de accionistas minoritarios

Se aplicarán las disposiciones contenidas en el presente artículo cuando una sociedad con acciones inscritas en rueda de bolsa contrate con otra sociedad, en las que un mismo accionista ejerce control en ambas a través de la propiedad de más del 50% de las acciones. Se presume la existencia de control cuando de manera directa el accionista ejerce más de la mitad de los derechos de voto en la Junta General de Accionistas de dicha persona jurídica, o en su defecto, puede designar o remover a la mayoría de los miembros del Directorio.

Las transacciones entre sociedades a que se refiere el presente artículo, siempre que representen más del 10% del valor de los activos de la sociedad al cierre de su último ejercicio, se sujetan a lo siguiente:

2.1 Aprobación de la transacción

- a) Los Accionistas y Directores están obligados a informar a la sociedad, previamente a la aprobación de la transacción, el control que ejercen, tratándose de accionistas, así como la existencia de cualquier potencial conflicto de interés o competencia con la sociedad.
- b) Previamente a la aprobación se requerirá la revisión de los términos de dicha transacción por parte de una entidad externa a la sociedad, que deberá ser una sociedad auditora u otra autorizada por CONASEV, la que no podrá encontrarse vinculada a la sociedad.



Proyecto de Ley

- c) La transacción deberá ser aprobada por la respectiva Junta General de Accionistas. La votación en dicha Junta excluirá el voto del accionista que ejerce el control.

2.2 Obligaciones y Responsabilidades

- a) Los directores y gerentes están prohibidos de valerse del cargo para, en perjuicio de los intereses de la sociedad, obtener ventajas en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen existencia de cualquier potencial conflicto de interés o competencia con la sociedad.
- b) Los directores y gerentes que hubiesen autorizado la transacción que perjudique los intereses de la sociedad sin la debida autorización de la Junta General de Accionistas, responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a los accionistas o a la sociedad.
- c) Los directores y gerentes que obtengan la autorización de la Junta General con información incompleta, falsa o a sabiendas que la operación ocasionaría perjuicios a la sociedad, no podrán ampararse en la autorización acordada en la Junta para exonerarse de responsabilidad por sus actos, y, en consecuencia, deberán responder frente a la sociedad y a los accionistas perjudicados.
- d) Los accionistas que hayan autorizado expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de ésta, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a la sociedad y a los demás socios. Lo anterior, es sin perjuicio de la declaratoria de nulidad que pudiese resultar de los actos amparados en tales decisiones por violación de la ley.

2.3 Pretensión Social de Responsabilidad

Los accionistas que representen el diez por ciento (10%) del capital social pueden ejercer directamente pretensión social de responsabilidad contra los directores y gerentes por las causales establecidas en los artículos 177º, 190º y 191º de la Ley General de Sociedades, por los perjuicios que pueda ocasionar la transacción a que se refiere el presente artículo, siempre que no hubiesen votado a favor de dicha transacción.



Proyecto de Ley

2.4 Devolución de los beneficios

Los beneficios que los directores, gerentes o accionistas pudieran haber percibido por esta transacción deben ser derivados a la sociedad, sin que ello obste a la correspondiente reclamación de daños y perjuicios, ni la interposición de las acciones a que hubiere lugar.

Artículo 3º.- Derecho del accionista a información fuera de Junta

Las sociedades con acciones inscritas en rueda de bolsa deberán proporcionar en cualquier oportunidad, a solicitud escrita de accionistas que representen al menos el cinco por ciento (5%) del capital pagado de la sociedad, información respecto de la sociedad y sus operaciones, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda causar daños a la sociedad.

Precítese que, sin perjuicio de lo establecido en la norma procesal vigente, en caso de cualquier litigio, el accionista demandante puede requerir información de forma genérica o específica a la sociedad, a través del juez competente.

Artículo 4º.- Alcance de las disposiciones sobre protección a accionistas minoritarios

Las disposiciones contenidas en los artículos 2º y 3º de la presente Ley deben entenderse aplicables, adicionalmente, a las sociedades anónimas abiertas. Asimismo, dichas disposiciones constituyen normas específicas aplicables a los supuestos que contemplan, siendo de aplicación las demás disposiciones del Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores que no se opongan a lo establecido en los mencionados artículos.

Artículo 5º.- Sustitución del Artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-TR

Sustitúyase el texto del Artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-TR, por el siguiente:



Proyecto de Ley

“Artículo 9°.- Simplificación de trámites y régimen de ventanilla única

Las MYPE que se constituyan como persona jurídica lo realizan mediante escritura pública sin exigir la presentación de la minuta, conforme a lo establecido en el inciso i) del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1049.

Para constituirse como persona jurídica y en caso de declararse aportes dinerarios al momento de la constitución, las MYPE no requieren del pago de un porcentaje mínimo del capital suscrito. En caso de efectuarse aportes dinerarios al momento de constituirse, el monto que figura como pagado será acreditado con una declaración jurada del gerente de la MYPE. Ello deberá quedar consignado en la respectiva Escritura Pública.

El CODEMYPE para la formalización de las MYPE promueve la reducción de los costos registrales y notariales ante la SUNARP y Colegios de Notarios”.

Artículo 6°.- Sustitución del texto del primer párrafo del Artículo 14° de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones

Sustitúyase el texto del primer párrafo del Artículo 14° de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, por el siguiente:

“Artículo 14.- Documentos previos

Se entiende por documento previo aquel que regula el diseño o las condiciones técnicas que afectarán el proceso de habilitación urbana o de edificación de un predio y que, por tanto, es necesario tramitar ante una entidad, con anterioridad al trámite de licencias de habilitación urbana y de edificación. Los documentos previos se tramitan de manera obligatoria, a excepción del Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios que para el trámite de licencia de edificación es opcional.

(...)”.



Proyecto de Ley

Artículo 7°.- Eliminación de requisitos para solicitar licencia de edificación

En la tramitación de cualquier modalidad de licencias de edificación contempladas en el Artículo 25 de la Ley N° 29090 no será exigible la presentación de los siguientes requisitos:

- a) Copia Literal de Dominio, correspondiendo a la Municipalidad respectiva efectuar la verificación a través del portal web de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos SUNARP.
- b) Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios.
- c) Boletas de habilitación de los profesionales que intervienen en el trámite.

Artículo 8°.- Habilitación de profesionales y de proyectos

La habilitación de los profesionales ingenieros y arquitectos que intervienen en proyectos, obras de habilitación urbana y/o edificación, conformidad de obra, y en general cualquier trámite regulado en la Ley N° 29090, se acredita mediante una declaración jurada de dichos profesionales, la que podrá ser verificada a través del padrón en la web del Colegio Profesional respectivo, quedando eliminada y prohibida la exigencia de Boletas y Constancias de Habilidad o Habilidad Profesional, así como de Habilidad de Proyectos.

Artículo 9°.- Comunicación de transferencias de dominio

A efectos del Impuesto Predial a que se refiere el Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por Decreto Supremo N° 156-2004-EF, los notarios se encuentran facultados para comunicar a la Municipalidad respectiva, previa solicitud de las partes, las transferencias de dominio de predios con el fin de que la autoridad tributaria de dicha municipalidad realice la correspondiente alta y baja de los contribuyentes del Impuesto.

La comunicación deberá ser efectuada por el notario dentro del plazo establecido en el Artículo 14, literal b), de la referida Ley, computado a partir de la recepción de la respectiva minuta, y sustituye a la Declaración Jurada exigida por el citado artículo.



Proyecto de Ley

Artículo 10°.- Sustitución del párrafo final del Artículo 547 del Código Procesal Civil

Sustitúyase el párrafo final del Artículo 547 del Código Procesal Civil por el siguiente:

"Artículo 547.- Competencia

(...)

En el caso del inciso 7) del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta 30 Unidades de Referencia Procesal (URP), es competente el Juez de Paz; cuando la pretensión sea a partir de ese monto y hasta 55 URP, el Juez de Paz Letrado y cuando supere las 55 URP, el Juez Civil."

Artículo 11°.- Precisión acerca de la función registral

La función registral de calificación se encuentra sujeta a lo dispuesto en el Artículo 2011 del Código Civil, así como a las reglas y límites establecidos en los reglamentos y directivas aprobadas por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP. No constituye parte ni responsabilidad de la función registral la fiscalización del pago de tributos, ni de los insertos correspondientes que efectúe el notario.

Artículo 12°.- Presentación de títulos por vía telemática

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP establecerá el sistema de presentación de títulos por vía telemática y dictará las medidas de seguridad para garantizar la autenticidad de los títulos.

Artículo 13°.- Archivo digital de partidas

En concordancia con lo dispuesto por el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 681, el archivo registral que comprende el material digitalizado procedente de los tomos o libros de inscripción y fichas tiene pleno valor jurídico.

Sin perjuicio de ello, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP queda autorizada para otorgar las actas de micrograbación requeridas para la consolidación de los microarchivos existentes. Para tal efecto, dictará



Proyecto de Ley

normas reglamentarias y administrativas y otorgará la condición de depositario de la fe pública a los funcionarios que considere necesarios para el normal y eficiente funcionamiento del sistema registral, exclusivamente para los fines del presente artículo.

Artículo 14°.- Validez de inscripciones en Asientos Digitales

Los asientos registrales extendidos en forma digital y las partidas electrónicas que los contienen, tienen pleno valor legal y constituyen instrumento público, con la misma eficacia que la información contenida en los antiguos tomos o libros de inscripción y fichas. Para garantizar permanentemente esta condición, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP también podrá otorgar la condición de depositario de la fe pública a los servidores que considere necesario, exclusivamente para efectos de lo establecido en el presente artículo, así como actualizar las técnicas de inscripción de acuerdo con los avances de la tecnología, manteniendo la absoluta seguridad y confiabilidad de los datos.

Artículo 15°.- De la regulación de los aspectos vinculados a los libros y registros llevados de manera electrónica

Sustitúyase el cuarto párrafo e incorpórese como quinto párrafo del numeral 16 del artículo 62° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, por los siguientes textos:

“Artículo 62°.- FACULTAD DE FISCALIZACIÓN

(...)

16. (...)

Tratándose de los libros y registros a que se refiere el primer párrafo del presente numeral, la SUNAT establecerá los deudores tributarios obligados a llevarlos de manera electrónica o los que podrán llevarlos de esa manera.

En cualquiera de los dos casos señalados en el párrafo precedente, la SUNAT mediante resolución de superintendencia señalará los requisitos, formas, plazos, condiciones y demás aspectos que deberán cumplirse para



Proyecto de Ley

la autorización, almacenamiento, archivo y conservación, así como los plazos máximos de atraso de los mismos”.

Artículo 16°.- Del uso de la información almacenada, archivada y conservada por la SUNAT

Incorpórese como numeral 20 del artículo 62° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, el siguiente texto:

“Artículo 62°.- FACULTAD DE FISCALIZACIÓN

(...)

20. *La SUNAT podrá utilizar para el cumplimiento de sus funciones, la información contenida en los libros, registros y documentos de los deudores tributarios que almacene, archive y conserve”.*

Artículo 17°.- De la conservación de libros, registros y documentos electrónicos del deudor tributario

Sustitúyase el numeral 7 del artículo 87° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, por el siguiente texto:

“Artículo 87°.- OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADOS

(...)

7. *Almacenar, archivar y conservar los libros y registros, llevados de manera manual, mecanizada o electrónica, así como los documentos y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionados con ellas, mientras el tributo no esté prescrito.*

El deudor tributario deberá comunicar a la Administración Tributaria, en un plazo de quince (15) días hábiles, la pérdida,



Proyecto de Ley

destrucción por siniestro, asaltos y otros, de los libros, registros, documentos y antecedentes mencionados en el párrafo anterior.

El plazo para rehacer los libros y registros será fijado por la SUNAT mediante resolución de superintendencia, sin perjuicio de la facultad de la Administración Tributaria para aplicar los procedimientos de determinación sobre base presunta a que se refiere el artículo 64°.

Cuando el deudor tributario haya optado por llevar de manera electrónica los libros, registros y/o por emitir de la manera referida los documentos que regulan las normas sobre comprobantes de pago o aquellos emitidos por disposición de otras normas tributarias, la SUNAT podrá sustituirlo en el almacenamiento, archivo y conservación de los mismos. La SUNAT también podrá sustituir a los demás sujetos que participan en las operaciones por las que se emitan los mencionados documentos.

La SUNAT, mediante resolución de superintendencia, regulará el plazo por el cual almacenará, conservará y archivará los libros, registros y documentos referidos en el párrafo anterior, la forma de acceso a los mismos por el deudor tributario respecto de quien opera la sustitución, su reconstrucción en caso de pérdida o destrucción y la comunicación al deudor tributario de tales situaciones”.

Artículo 18°.- De la emisión electrónica de los comprobantes de pago

Sustitúyase el inciso f) del artículo 3° de la Ley Marco de Comprobantes de Pago, aprobada por el Decreto Ley N° 25632 y normas modificatorias, por el siguiente texto:

“Artículo 3°.- Para efecto de lo dispuesto en la presente Ley, la SUNAT señalará:

(...)



Proyecto de Ley

- f) *Los mecanismos de control para la emisión y/o utilización de comprobantes de pago, incluyendo la determinación de los sujetos que deberán o podrán utilizar la emisión electrónica”.*

Artículo 19°.- De la no exigibilidad de legalización tratándose del Registro de Compras llevado de manera electrónica

Incorpórese como último párrafo del inciso c) del artículo 19° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 055-99-EF y normas modificatorias, el siguiente texto:

“Artículo 19°.- REQUISITOS FORMALES

(...)

c) (...)

Tratándose del Registro de Compras llevado de manera electrónica no será exigible la legalización prevista en el primer párrafo del presente inciso”.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Intercambio gratuito de información

Las entidades de la administración pública que de cualquier manera intervienen o participan en los trámites de constitución de empresas, otorgamiento de licencias de funcionamiento, licencias de habilitación urbana y de edificación, y transferencia de propiedad, se encuentran obligadas a proporcionar e intercambiar entre ellas información que obra en su poder a solo requerimiento de la entidad solicitante y en forma gratuita, mediante el acceso inmediato al respectivo portal web o dentro de las 24 horas de recibida la solicitud, quedando prohibido el cobro de suma alguna por dicho concepto.



Proyecto de Ley

SEGUNDA.- Vigencia

La presente norma entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

DISPOSICION COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

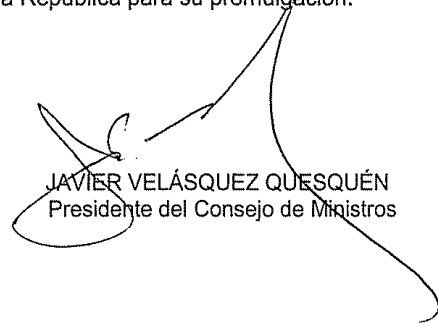
ÚNICA.- Derogación

Deróguense o déjense sin efecto, según corresponda, todas las normas que se opongan o resulten incompatibles con la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.



ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República



JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Consejo de Ministros

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Mediante Decreto Supremo N° 024-2002-PCM y modificatorias, se creó el Consejo Nacional de la Competitividad (CNC) como una comisión de coordinación de asuntos específicos de la Presidencia del Consejo de Ministros, encargada de desarrollar e implementar un Plan Nacional de Competitividad con el objeto de mejorar la capacidad del Perú para competir en el mercado internacional.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 223-2009-EF, se le atribuyó al Ministerio de Economía y Finanzas la Presidencia del CNC y se modificó la estructura organizativa de dicho Consejo, con el fin de agilizar el proceso de toma de decisiones y lograr los más altos niveles de eficiencia en el cumplimiento de las funciones del referido consejo.

Adicionalmente, mediante Decreto Supremo N° 223-2009-EF se asignó al CNC; como nueva función, realizar el seguimiento al Programa Estratégico *"Mejora en el Clima de Negocios – Competitividad"*.

El Programa Estratégico *"Mejora en el Clima de Negocios – Competitividad"* fue creado con el fin de mejorar las condiciones que facilitan la actividad empresarial en el país a nivel municipal, regional y local. De esta manera, el CNC realiza el seguimiento del referido Programa buscando que el Perú mejore las condiciones que favorecen un adecuado clima de negocios y esto se traduzca finalmente, en una mejor posición en el ranking *Doing Business* del Banco Mundial, el cual es el índice utilizado por los inversionistas para medir las regulaciones que favorecen la actividad empresarial en diferentes países alrededor del mundo.

Es en este contexto que el proyecto de Ley propuesto busca modificar normas contenidas en la Ley de la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, Ley de Regulación Habilitaciones Urbanas y de Edificación, Ley de Tributación Municipal, Código Procesal Civil, Legislación Registral, Código Tributario, Decreto Ley N° 25632 y el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, sí como dictar otras disposiciones, con la finalidad de mejorar el clima para la inversión privada y facilitar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

1. Disposiciones especiales para la Protección de Accionistas Minoritarios

Una primera área de modificaciones es al marco normativo que regula el manejo societario de las empresas que cotizan sus acciones en bolsa. El objetivo es evitar que estas sociedades, que captan capitales del público inversionista, participen en transacciones perjudiciales por responder al beneficio de los grupos que las controlan. Se busca asegurar el derecho de los inversionistas a ser informados adecuadamente de la marcha societaria y de todos los actos o acuerdos que puedan causarles perjuicios económicos y facultarlos para tomar acciones legales para resarcir dichos perjuicios. Estas disposiciones crearán mayor confianza para el accionista minoritario y, por ello, alentarán la participación de nuevos inversionistas en las empresas que

cotizan sus acciones en bolsa, lo que redundará en un fortalecimiento del mercado de valores. Todo repercutirá positivamente en el crecimiento y desarrollo de la economía peruana.

El proyecto de Ley busca proteger a los accionistas minoritarios en aquellas transacciones que se realizan entre una sociedad que cotiza en bolsa y otra sociedad, cuando un mismo accionista sea titular de más del 50% del capital de la sociedad y siempre que la transacción represente el 10% del valor de sus activos de la sociedad emisora al cierre de su último ejercicio gravable.

En efecto, la propuesta normativa pretende incorporar medidas que cautelen los intereses de los accionistas minoritarios, siendo una de ellas, que para la aprobación de este tipo de transacciones se requiere (i) que los accionistas y directores se encuentren obligados a comunicar previamente a la sociedad, el control que ejercen, así como la existencia de cualquier potencial conflicto de intereses o competencia con la sociedad; (ii) la revisión de los términos de dicha transacción por parte de una sociedad auditora u otra autorizada por CONASEV (fairness opinion); y (iii) que la transacción debe ser aprobada por la Junta General de Accionistas, debiendo excluir el voto del accionista vinculado.

Por otro lado, la norma propuesta señala que los directores y gerente están prohibidos de valerse de su cargo para obtener ventajas en interés personal o de terceros, y que serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados a la sociedad si autorizan la transacción sin la debida autorización de la Junta General de Accionistas, o si obtienen autorización de ésta con información falsa o a sabiendas que la operación ocasionará perjuicios a la sociedad; debiendo devolver a la sociedad los beneficios obtenidos por esa transacción.

Asimismo, el proyecto de Ley regula la posibilidad que tienen los accionistas que representen el 10% del capital social, de ejercer directamente pretensión social de responsabilidad contra los directores y gerentes por los artículos 177°, 190° y 191° de la Ley General de Sociedades, referidos a la responsabilidad de directores, responsabilidad del gerente y responsabilidad solidaria de los directores respectivamente.

Si bien nuestra legislación (artículo 181° de la Ley General de Sociedades) otorga a los accionistas el derecho a ejercer de manera directa la pretensión social de responsabilidad, la limita excesivamente al establecer que deben reunirse como mínimo accionistas que representen un tercio del capital social, lo que resulta muy difícil para las sociedades con accionariado difundido, por lo que consideramos necesario adecuar nuestra legislación a los estándares de países con un alto grado de protección a los inversionistas, flexibilizando dicho requisito y estableciendo que sólo será necesario contar con el 10% del capital social para interponer de manera directa las acciones correspondientes de responsabilidad.

Adicionalmente, el artículo 3° propone otorgar el derecho a las sociedades con acciones inscritas en rueda de bolsa, a solicitar información fuera de

junta, siempre y cuando represente al menos el cinco por ciento (5%) del capital pagado de la sociedad, y que el accionista demandante pueda requerir información de forma genérica o específica, a través del juez competente.

Este derecho se encuentra recogido en el artículo 261° de la Ley General de Sociedades, para las sociedades anónimas abiertas, a fin que los accionistas puedan tener acceso a la información necesaria para analizar la eficiencia y rentabilidad de su inversión.

Estas normas dificultarán la realización de transacciones que tengan por objetivo no beneficiar a la sociedad, sino a quienes la controlan. Serán los accionistas ajenos a las empresas vinculadas quienes deberán decidir, adecuadamente informados con la opinión emitida por una entidad técnica externa, si la transacción es conveniente o no para los intereses de la sociedad. Por ello, estas normas de protección no significan una intromisión del Estado en el manejo de las empresas que cotizan en bolsa, sino que, por el contrario, mantienen la decisión dentro del ámbito de la sociedad.

Por otro lado, estas normas de protección no obstaculizarán el manejo gerencial de las operaciones rutinarias de las empresas listadas en bolsa porque su ámbito de aplicación está muy bien delimitado a transacciones de un valor muy alto, que resultan excepcionales, equivalentes al 10% de los activos de la sociedad que cotiza en bolsa. Debe indicarse que un análisis del derecho comparado muestra que los países que cuentan con los mercados de valores más sólidos, como Singapur, Gran Bretaña, Nueva Zelanda y otros, tienen regulaciones similares. La racionalidad de tales legislaciones es la de proteger el ahorro del público, que confía en obtener el retorno que corresponde por su inversión, sin extracciones que beneficien a los grupos que las controlan.

2. **Modificación a la Ley de la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE**

Por otro lado, la propuesta normativa modifica el artículo 9° de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, para señalar que la constitución de la MYPE no requiere el pago de porcentaje mínimo del capital suscrito.

Al respecto, debemos señalar que uno de los principales obstáculos para iniciar un negocio es el requisito de pago del aporte en efectivo mediante el depósito en una cuenta bancaria.

En efecto, de acuerdo a lo señalado en la Ley General de Sociedades, para la constitución de una sociedad es necesario pagar el 25 % del capital social de la empresa, y si son aportes dinerarios éstos deben ser depositados en una cuenta bancaria.

11

La exigencia de un capital mínimo como requisito para la constitución de empresas encuentra justificación en algunos países como un mecanismo de protección a los acreedores y por protección a la empresa contra la insolvencia. Sin embargo, en la práctica este requisito se convierte en "una barrera de entrada" para la constitución de empresas.

Por otro lado, hay que tener en consideración que a menudo el capital se retira inmediatamente después del registro, con lo cual no se cumpliría con los objetivos señalados anteriormente. En efecto, actualmente la Ley General de Sociedades no regula mecanismos que prohíban el retiro del monto depositado como capital mínimo, al momento de constituir una sociedad.

De acuerdo a la legislación comparada, se está optando por eliminar el pago mínimo de capital social para constituir una empresa, siendo ésta una de las reformas más populares para facilitar y flexibilizar el rubro de apertura de empresas.

Sobre el particular, debemos señalar que treinta y cinco economías han eliminado o reducido su capital como requisito de constitución de empresa desde 2004, entre ellos Albania, Egipto, El Salvador, Finlandia, Francia, Grecia, Alemania, Hungría, Japón, Jordania, Polonia, Uruguay y Yemen.

Por lo expuesto, el presente proyecto de Ley propone eliminar el requisito de depositar el 25 % del capital social para la constitución de una MYPE, definida como una unidad económica constituida por una empresa natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

En tal virtud, se dispone que para constituir una MYPE, no se requiere el pago de un porcentaje mínimo del capital suscrito y que, en caso de efectuarse, el pago se acreditará con una declaración jurada del gerente de la MYPE. La escritura pública respectiva deberá consignar si hubo o no pago de capital. Ello sigue el tratamiento que se otorga a las empresas que se constituyen con un aporte de capital no dinerario (bienes muebles) en las cuales dicho capital se acredita con una Declaración Jurada del gerente.

3. **Normas para simplificar la tramitación de licencias de edificación-
Modificación de la Ley de Regulación y Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones**

Otra norma para simplificar trámites se refiere a las Edificaciones. El proyecto de Ley modifica el artículo 14° de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones con el fin de reducir requisitos para la obtención del permiso de construcción. Uno de los requisitos que actualmente es obligatorio es el Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios (CPUE), documento emitido por la propia municipalidad conteniendo regulaciones específicas que la edificación deberá cumplir, y que tiene un plazo de validez. El proyecto de ley busca

hacer este trámite opcional para el usuario interesado en obtener una declaración vinculante de la municipalidad acerca de las regulaciones que le serán exigidas. Es decir, el CPUE será un trámite opcional, que tendrá por finalidad de mayor seguridad jurídica al interesado para su proyecto de edificación.

El sustento jurídico de esta modificación es la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone que quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento; y, los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

Más aún, el artículo 40° de la Ley N° 27444 referida a la documentación prohibida de solicitar, señala que: *“Para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la siguiente información o la documentación que la contenga:(...) 40.1.2 Aquella que haya sido expedida por la misma entidad o por otras entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde recabarlas a la propia entidad a solicitud del administrado”.*

Por lo expuesto, se propone eliminar la presentación del CPUE como requisito obligatorio para la tramitación de una licencia de edificación toda vez que la información que se consigna en el mismo es información que obra en los propios registros y expedientes de la Municipalidad y que ella misma emite. En tal sentido, la obtención del mismo debe ser una facultad del administrado, a efectos de obtener un documento que le brinde seguridad acerca de los aspectos urbanísticos y de edificación de determinado(s) inmueble(s), y no un requisito obligatorio para la obtención de la licencia en cuestión.

Asimismo, el proyecto de Ley elimina otros dos requisitos: la Copia Literal de Dominio y la Boleta de Habilitación Profesional y de Proyectos.

En el caso de la copia literal de dominio, se propone que sean las municipalidades las que soliciten esta información a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) sin costo alguno de modo que no sea el ciudadano el que tenga tramitar y pagar una tasa por este documento. Esta propuesta tiene su fundamento en el inciso 76.2.2 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala que las entidades del sector público podrán proporcionar la información que posean sin costo alguno.

La eliminación de las Boletas de Habilitación Profesional para todos los trámites establecidos en la Ley 29090 y su sustitución por una Declaración

Jurada tiene sustento en la necesidad de reducir los costos para los administrados. Esta medida no implicará ningún riesgo para la calidad de los proyectos. Las boletas de habilitación profesional tienen la finalidad de asegurar la participación de un profesional hábil, es decir, que es un miembro activo de su respectivo colegio. Tal finalidad se cumple perfectamente con lo dispuesto en el proyecto adjunto, puesto que la municipalidad respectiva podrá verificar esta información en la página web de los Colegios de Arquitectos y de Ingenieros. De esta forma se evita que el ciudadano tenga que incurrir en el costo del pago de las boletas utilizando la tecnología disponible. La función de vigilar la participación de profesionales idóneos ha sido delegada de manera monopólica por el Estado en los colegios profesionales. Estas instancias no pueden aprovechar tal situación para recaudar fondos del público a través de requisitos burocráticos.

En efecto, el Certificado de Habilitación Profesional es el documento que acredita que un arquitecto se encuentra en condiciones hábiles para poder realizar las funciones propias de la profesión. En términos prácticos, la importancia de este Certificado radica en que éste es un requisito indispensable con el cual el arquitecto o ingeniero debe cumplir para que su participación sea válida en diversos trámites administrativos ante distintas entidades públicas, tales como en habilitaciones urbanas y licencias de edificación.

Sin embargo, por su naturaleza, y al ser recogido como un requisito indispensable para tramitar los procedimientos señalados, la expedición del mismo contraviene los requisitos de simplificación que establecen la Ley N° 27444 y las políticas, jurisprudencia y lineamientos de acceso al mercado de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI.

En primer lugar, pues atenta contra la lógica de *simplificación administrativa* y el principio de *presunción de veracidad*, pues en virtud del mismo, en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume, salvo prueba en contrario, que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.

En tal sentido, obligar al solicitante de estas licencias a obtener una boleta o certificado de habilitación profesional, expedida por el respectivo Colegio, al costo correspondiente, cuando una Declaración Jurada del profesional es suficiente, sin duda, vulnera los principios arriba mencionados, máxime si se considera que la Ley N° 27444 reconoce también el principio de *privilegio de controles posteriores*, según el cual, la tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

En buena cuenta, la exigencia de la Boleta o Certificado de Habilitación Profesional dentro del procedimiento relativo a la obtención de licencias de

habilitación urbana y de edificación supone un costo adicional que debe afrontar quien solicita las referidas licencias y procedimientos conexos, dado que si bien la Boleta "habilita" al arquitecto o ingeniero a ejercer la profesión, en la práctica, es quien solicita la licencia quien termina asumiendo este costo, por lo que constituye la imposición de una barrera burocrática.

Por lo expuesto, no basta con que el requisito sea establecido en la norma correspondiente, pues tal como se señala en el artículo 41° de la Ley N° 27444, Ley a la cual todas las demás normas deben adecuarse en virtud de una disposición en la misma, el administrado no está obligado a presentar certificaciones oficiales sobre las condiciones especiales de su propio estado, ya que para acreditarlo bastaría una declaración con carácter jurado, mediante la cual afirma su situación o estado favorable en relación con los requisitos que solicita la entidad.

Asimismo, siguiendo el esquema de análisis de barreras burocráticas propuesto por INDECOP¹, consideramos que la exigencia de la referida Boleta o Certificado sería desproporcionada en relación con sus fines, por lo siguiente:

- a) Tiene carácter declarativo, es decir, solo será expedido por el respectivo Colegio si el arquitecto o ingeniero se encuentra habilitado de acuerdo con los requisitos del Estatuto. En ese sentido, la Boleta o Certificado es únicamente un documento que representa la condición de "hábil" del arquitecto al haber éste cumplido con sus obligaciones, en un determinado momento.
- b) No tiene un tiempo de validez determinado y se debe presentar con cada proyecto que realice el arquitecto o ingeniero, lo cual es ineficiente.
- c) No existe razonabilidad alguna en el hecho que se pida tanta información al momento de completar los formatos para solicitar la Boleta o Certificado a los respectivos Colegios, ya que se pide al arquitecto o ingeniero información acerca de los datos generales del proyecto o anteproyecto, área techada, zonificación, costo unitario por m², etc., lo cual no resulta acorde con los fines de dicha Boleta o Certificado, que es simplemente acreditar que el profesional está habilitado.
- d) Tampoco existe razonabilidad en que el costo del Certificado en cuestión haya sido regulado en función al área del predio, puesto que esto de ninguna manera resulta acorde con los fines que se pretende alcanzar con la expedición del mismo, el cual como ya hemos establecido, no es otro que acreditar la condición de habilitado del profesional, resultando desproporcional.

En conclusión, desde un punto de vista de simplificación administrativa, debería ser suficiente la sola firma del arquitecto en los planos acompañado por una declaración jurada del mismo acreditando que es hábil (de acuerdo a las disposiciones de la Ley N° 27444), priorizándose un mecanismo de

control ex –post que verifique la validez de la firma (así como de otros documentos presentados y declaraciones hechas) con posterioridad, en virtud del principio de presunción de veracidad establecido en dicha Ley. De esta forma, no se interfiere ni retrasa el procedimiento, y se elimina un costo burocrático, quedando la facultad de sancionar a quien hubiese proporcionado cualquier tipo de información falsa.

4. **Modificación de la Ley de Tributación Municipal**

Adicionalmente, y con la finalidad de lograr la eficiencia en los trámites de tributación municipal, el artículo 9º del proyecto de Ley establece la facultad a los notarios para comunicar a la Municipalidad, la transferencia de dominio de predios, con el fin que la autoridad tributaria de la Municipalidad realice la correspondiente alta y baja de los contribuyentes del Impuesto Predial.

5. **Modificación del Código Procesal Civil**

Por otro lado, el proyecto de Ley propuesto tiene por objeto reducir de manera significativa el trámite del proceso judicial sobre cumplimiento de contratos, precisando la cuantía y competencia para el trámite de procesos en los juzgados civiles de primera instancia, particularmente la subespecialidad comercial. Por ello, se se propone modificar el artículo 547º del Código Procesal Civil, que señala que los asuntos contenciosos que no supere las 100 URP y que se tramitan en proceso sumarísimo, son de competencia del Juez de Paz si la pretensión es hasta 50 URP, y son de competencia del Juez de Paz Letrado si la pretensión supera dicho monto.

En efecto, se busca reducir la carga procesal de los Juzgados de Paz y Juzgados de Paz no letrados, y de permitir que los Juzgados civiles tengan competencia en asuntos contenciosos cuya estimación patrimonial sea superior a 55 URP. De esta manera, se propone la siguiente distribución para los asuntos contenciosos cuya estimación patrimonial no sea mayor de 100 URP:

- (i) Cuando la pretensión sea hasta 30 URP, el competente será el Juez de Paz;
- (ii) Cuando la pretensión sea a partir de 30 URP y hasta 55 URP, el competente será el Juez de Paz Letrado
- (iii) Cuando la pretensión sea más de 55 URP, el competente será el Juez Civil

6. **Modificaciones a la Legislación Registral**

Adicionalmente, el proyecto de Ley introduce en sus artículos 11º, 12º, 13º y 14º, modificaciones en la legislación registral que tienen como finalidad facilitar y agilizar el acceso a los registros públicos, a través de la digitalización de documentación y presentación de títulos vía telemática.

En tal sentido, mediante la presente propuesta: (i) se dispone que la SUNARP establecerá el sistema de presentación de títulos por vía telemática

y dictará medidas de seguridad que garantice la autenticidad de los títulos; (ii) se reconoce de valor jurídico al material digitalizado procedente de los tomos o libros de inscripción y fichas, así como la consolidación de los microarchivos existentes; y, (iii) se reconoce que los asientos registrales extendidos en forma digital y las partidas electrónicas que los contiene gozan de pleno valor legal y constituyen instrumento público.

Por ello, si bien resulta importante que los Registros Públicos se adecuen a los avances de la tecnología, también la norma prevé que se establecerán mecanismos que garanticen la seguridad y confiabilidad de los datos.

7. Disposiciones vinculadas a libros, registros, y documentos llevados de manera electrónica- Modificaciones al Código Tributario, Decreto Ley N° 25632 y al TUO de la Ley de IGV y ISC

Considerando el avance de las tecnologías de información y comunicaciones, resulta necesario su aprovechamiento con la finalidad de facilitar al contribuyente el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y permitir a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT que efectúe con mayor eficacia su labor de fiscalización respecto de las referidas obligaciones.

En atención a lo indicado, mediante el Decreto Legislativo N° 981¹ se incluyó en el numeral 16) del artículo 62° del Código Tributario², un párrafo que permite a la SUNAT establecer los deudores tributarios obligados a llevar de manera electrónica los libros de actas, libros y registros que haya autorizado, así como los requisitos formas, plazos, condiciones y demás aspectos en que éstos serán autorizados, almacenados, archivados, conservados, así como los plazos máximos de atraso de los referidos libros.

La referida modificación buscó facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes y reducir los costos vinculados con el almacenamiento, archivo y conservación de papel. Sin embargo, es importante flexibilizar el sistema a fin de establecer que el llevado de libros de forma electrónica pueda ser optativo; supuesto en el cual la reducción de costos y la eficiencia en su implementación será aun mayor si se encarga a la SUNAT el almacenamiento, archivo y conservación de los citados libros y registros electrónicos.

En el mismo sentido, también es importante implementar la emisión electrónica de los comprobantes de pago, documentos relacionados con los mismos, como son las notas de debito, notas de crédito y guías de remisión, y de otros documentos emitidos por disposición de normas tributarias. De igual manera, la eficiencia de esta medida será mayor si cuando el deudor opta por la emisión electrónica de los documentos citados, se faculta a la SUNAT para que se encargue de almacenar, archivar y conservar este tipo de documentos.

¹ Vigente a partir del 1.4.2007.

² Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF publicado el 19.8.1999 y normas modificatorias.

Por lo anteriormente expuesto, el presente proyecto de Ley introduce las siguientes modificaciones en el TUO del Código Tributario, en el Decreto Ley N° 25632 y normas modificatorias y en el TUO de la Ley de Impuesto General a las Ventas (IGV) e Impuesto Selectivo al Consumo (ISC)³.

7.1 Modificaciones al Código Tributario

De la opción de los deudores tributarios de llevar los libros y registros de manera electrónica ⁴ (artículo 15°)

Se modifica el numeral 16 del artículo 62° del Código Tributario, a efectos de indicar que la SUNAT, además de establecer los deudores tributarios obligados a llevar libros y registros de manera electrónica, también determinará los deudores tributarios que podrán llevar los referidos libros y registros de dicha manera⁵. En ambos casos, se mantiene la facultad de la SUNAT de señalar requisitos, formas, plazos, condiciones, entre otros aspectos vinculados a su almacenamiento, archivo y conservación, así como el tiempo máximo de atraso.

Del almacenamiento, archivo y conservación por la SUNAT de los libros y registros llevados de manera electrónica y de su utilización (artículo 16° y 17°).

Se incorpora el numeral 20 al artículo 62° del Código Tributario, a fin de establecer que la SUNAT podrá utilizar para el cumplimiento de sus funciones, la información contenida en los libros, registros y documentos de los deudores tributarios que almacene, archive y conserve.

Asimismo, se modifica el numeral 7 del artículo 87° del Código Tributario, a efecto de establecer que se faculta a la SUNAT para sustituir al deudor tributario que hubiere optado por llevar libros y registros de manera electrónica y/o emitir documentos electrónicos, en el almacenamiento, archivo y conservación de los mismos. Además, se señala que también la SUNAT podrá sustituir en las aludidas obligaciones a los demás sujetos que participan en las operaciones por las que se emiten los documentos antes mencionados⁶.

Cabe señalar que dicha facultad no elimina la obligación de la Administración Tributaria de notificar al deudor tributario el inicio de un procedimiento de fiscalización.

³ Aprobado por el Decreto Supremo N° 055-99-EF publicado el 15.4.1999 y normas modificatorias.

⁴ Dicha facultad está contenida en el numeral 16 del artículo 62° del TUO del Código Tributario.

⁵ A partir de la modificación propuesta existirá dos grupos de deudores tributarios: el primero que estará obligado a llevar de manera electrónica libros y registros; y, el segundo, que podrá optar por llevarlos de la manera indicada.

⁶ Así se comprenderá a otros sujetos distintos del emisor que participan en las operaciones por las que se emite un comprobante de pago, nota de crédito, nota de débito, guía de remisión, tales como el adquirente o usuario, el transportista, entre otros.

7.2 Modificaciones al Decreto Ley N° 25632 y a la Ley de IGV e ISC

En concordancia con la modificación del numeral 16 del artículo 62° del Código Tributario, se establece expresamente en el inciso f) del artículo 3° del Decreto Ley N° 25632 que la SUNAT, además de determinar qué sujetos deberán emitir de manera electrónica comprobantes de pago y documentos vinculados a éstos, establecerá aquellos que podrán optar por esta forma de emisión.

Finalmente, se incorpora un párrafo al inciso c) del artículo 19° del Texto Único Ordenado de la Ley de IGV e ISC, aprobado por el Decreto Supremo N° 055-99-EF y normas modificatorias, a efecto de que no sea exigible el requisito de legalización cuando el Registro de Compras se lleve de manera electrónica.

8. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES- Intercambio gratuito de la información entre entidades públicas

Finalmente, el proyecto de Ley incorpora una primera disposición complementaria para que las entidades de la administración pública que participen en los trámites de constitución de empresas, otorgamiento de licencias de funcionamiento, licencias de habilitación urbana y de edificación y transferencia de propiedad se encuentren obligadas a proporcionar e intercambiar entre ellas información, de manera gratuita.

Esta disposición encuentra sustento en los artículos 76° y 79° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, mediante el cual se establece el deber de colaboración de las entidades de la Administración Pública.

ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

El proyecto de Ley propuesto no demandará mayores recursos del Tesoro Público. Por el contrario, generará ahorros en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes y mejorará las condiciones en las que se desarrolla la actividad privada, agilizando los procedimientos, eliminando requisitos que no son esenciales y reduciendo costos. Todo ello, con la finalidad de lograr los más altos niveles de eficiencia, aumentar la productividad y mejorar el entorno de competencia.

Con la aprobación del proyecto de Ley propuesto se optimizará el buen clima de negocios en el país y la competitividad de las empresas.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION NACIONAL

El proyecto de Ley modifica las siguientes normas: Ley de la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, Ley de Regulación de Habilitaciones

Urbanas y de Edificaciones, Ley de Tributación Municipal, Código Procesal Civil, la Ley Registral, Código Tributario, Decreto Ley N° 25632 y el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas y el Impuesto Selectivo al Consumo.