



ESTUDIO
MUÑOZ

MUÑOZ
OLAYA
MELÉNDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados

40 AÑOS

STARTUPS



INTRODUCCIÓN	4
ITALA BERTOLOTTI	
HOLA, QUIERO SER UNA STARTUP	9
GRACE TEJADA	
LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LOS ENTORNOS DIGITALES	17
DAVID CHONG	
LA PROPIEDAD INTELECTUAL: HERRAMIENTA VALIOSA PARA EL DESARROLLO Y CONSOLIDACIÓN DE UNA STARTUP	25
BRUNO MERCHOR	
LA TRIBUTACIÓN: UN ASPECTO A TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE ESTABLECER UNA STARTUP	33
LUIS GARCÍA	
¿CUÁL ES EL MEJOR TIPO DE CONTRATO PARA MI STARTUP? CÓMO CONTRATAR Y NO DESNATURALIZAR EN EL INTENTO	41
JOSÉ ANGULO	
LAS STARTUPS EN LA INDUSTRIA DE LA MODA, TEXTIL Y RETAIL	49
ANNA LUCÍA FASSON	
OPEN INNOVATION: STARTUPS Y GRANDES ORGANIZACIONES	57
ITALA BERTOLOTTI	
MATERIALIZACIÓN TRANSACCIONAL DE INVERSIONES EN STARTUPS	67
RICARDO DE LA PIEDRA	
EQUITY CROWDFUNDING: MODALIDAD DE APOORTE DE CAPITAL SEMILLA EN STARTUPS	75
ALFREDO LAU-TAM	

INTRODUCCIÓN

El ecosistema emprendedor de nuestro país continúa en desarrollo progresivo mediante la creación y el crecimiento de diversas startups y el impulso a la innovación. Hace una década no existía un entorno que facilitara el surgimiento y el desarrollo de negocios innovadores, ni un entorno promotor de la innovación y el emprendimiento con un presupuesto estatal asignado. La situación actual es muy distinta y si bien tenemos mucho camino por recorrer, seguimos avanzando para que los negocios innovadores y de alto impacto sean cada vez más requeridos en el mercado, aumentando las inversiones privadas así como su expansión regional y mundial.

El 2020 presentó desafíos sin precedentes, pero también estimuló la innovación para recuperar y reconstruir sectores más seguros, inclusivos y resistentes. Es así que los emprendedores y las startups, caracterizados por su flexibilidad y adaptabilidad al cambio, han aportado ideas y soluciones innovadoras en diferentes ámbitos, como e-commerce, logística, foodtech, educación, salud, entre otros. Hemos sido testigos de la decisión de pivotar de muchos emprendedores y startups a fin de continuar en carrera mediante la generación de nuevos modelos de negocios; así como del crecimiento exponencial de modelos existentes debido a su alta demanda ante las nuevas circunstancias. Es claro que la pandemia aceleró el cambio hacia la digitalización y es poco probable que dicha situación se revierta, por lo que el mercado requerirá más startups que brinden los servicios o productos solicitados en una coyuntura con nuevas necesidades y prioridades.

Ante esta realidad resulta importante que emprendedores y startups cuenten con las herramientas adecuadas que les permitan llevar sus negocios en armonía con su entorno legal, en vista del valor agregado que ello genera para su crecimiento ordenado, acceso a financiamiento e internacionalización.

En el Estudio Muñiz somos conscientes del importante rol de emprendedores y startups como agentes de cambio y de la promoción de la innovación para el progreso del Perú. Mediante el desarrollo de tecnología e innovación, las startups impactan positivamente en la sociedad al crear soluciones que satisfacen las necesidades de las personas, mejorando su calidad de vida y brindando acceso a servicios o productos que no estaban a su alcance.

Un claro ejemplo de los beneficios que trae consigo la innovación y que ha rendido frutos durante los últimos años son las startups especializadas en tecnología financiera, fintech (financial technology), que han contribuido a la inclusión financiera en el Perú mediante la provisión de soluciones tecnológicas a favor de segmentos de personas o empresas subbancarizadas, o completamente fuera del sistema financiero. Es así como las fintechs están contribuyendo a reducir la gran brecha existente en el acceso al sistema financiero.

Otro de los grandes desafíos que tenemos como país está en salud y educación. Aquí, las startups dirigidas al campo de la salud -healthtech (health technology)- y educación -edtech (education technology)- buscan resolver los grandes retos existentes, brindando asistencia médica oportuna, así como acercando la educación de calidad a muchas personas de forma descentralizada y homogénea.

Estos son algunos de los importantes beneficios que traen consigo las startups, sumado al hecho que dinamizan la economía al generar nuevos puestos de trabajo y al incentivar el consumo de servicios y productos novedosos, aumentando la productividad en general.

Por estas razones, en el 2018 creamos el Área de Innovación y Emprendimiento con el propósito de brindar soluciones legales para que los emprendedores y las startups desarrollen y materialicen sus ideas y, así, nuestra sociedad tenga más opciones de servicios y productos innovadores, mejorando la calidad de vida de los peruanos, promoviendo economías colaborativas y brindando soluciones que redunden en una sociedad más inclusiva y con más acceso a servicios esenciales de calidad por medio de la innovación y la tecnología.

Desde la creación del área, hemos practicado una mentalidad de integración y colaboración en el ecosistema emprendedor a través de workshops, sesiones 1:1 con emprendedores, participación en eventos, elaboración de artículos, mentorías, entre otros, en vista de que consideramos esencial compartir conocimiento con el ánimo de democratizar las herramientas que permitan el desarrollo ordenado de las startups y la inversión en ellas.

De esta forma, resaltamos la colaboración existente entre emprendedores, incubadoras y aceleradoras de negocios, hubs de innovación de universidades, inversionistas, redes de inversionistas, gobierno, asesores, mentores, entre otros agentes del ecosistema, con la finalidad de apoyar su crecimiento y consolidación. Y por ello, hoy ratificamos nuestro compromiso de contribuir con el ecosistema emprendedor peruano a través de la presentación de esta serie de artículos elaborados por nuestro equipo legal, lo que nos llena de orgullo y satisfacción.

Los artículos aquí incluidos cubren las inquietudes usuales de los emprendedores, así como los aspectos legales que consideramos esencial conozcan no solo antes del inicio de sus proyectos, sino durante las diferentes etapas de crecimiento de una startup, el acceso a diversas opciones de financiamiento y una eventual internacionalización.

Es así que desarrollamos las consideraciones legales base que debe tener en cuenta una startup para iniciar su negocio en el artículo “Hola, quiero ser una startup”, en donde analizamos el vehículo societario adecuado, la importancia de la distribución del “cap table”, los mecanismos de retención del talento y el equipo emprendedor (vesting), entre otros. Seguidamente tratamos el estrecho vínculo existente entre la innovación y la protección de datos personales en “La protección de datos personales en los entornos digitales”. Luego compartimos nuestras recomendaciones para proteger la propiedad intelectual de una startup en “La propiedad intelectual: herramienta valiosa para el desarrollo y consolidación de una startup”.

En “La tributación, un aspecto a tener en cuenta al momento de establecer una startup” desarrollamos las consideraciones tributarias más relevantes al momento de crear una startup; y en “¿Cuál es el mejor tipo de contrato para mi startup? Cómo contratar y no desnaturalizar en el intento” nuestras recomendaciones en materia laboral para la contratación de personal considerando las características y crecimiento de una startup. Posteriormente, compartimos aspectos específicos relacionados con el crecimiento de los emprendimientos en el rubro de la moda en “Las startups en la industria de la moda, textil y retail”.

En “Open innovation: startups y grandes corporaciones” exponemos los alcances del open innovation o innovación abierta como una alternativa frente al tradicional proceso de innovación cerrada, permitiendo la mejora, desarrollo y aceleración del proceso de innovación de grandes empresas al integrar a sus procesos internos de innovación conocimientos externos mediante alianzas con startups; lo cual hace posible que grandes empresas y startups trabajen conjuntamente beneficiándose mutuamente. En “Inversiones en startups” presentamos los puntos clave en una ronda de levantamiento de capital, incluyendo las fases de un proceso de inversión, los aspectos relevantes de un contrato de inversión, la valorización de la startup (pre-money valuation y post money valuation), los derechos económicos y políticos, así como las cláusulas más importantes a negociar ante el ingreso de inversionistas.

En el noveno y último artículo, “Equity crowdfunding, modalidad de aporte de capital semilla en startups”, profundizamos en este modelo de negocio fintech basado en una plataforma tecnológica diseñada para que inversionistas reciban valores mobiliarios o participación en el capital de startups otorgando a estas una alternativa de financiamiento más equitativa e inclusiva.

Queremos agradecer a los emprendedores y a las startups de diversos sectores por la confianza depositada en nuestro equipo para acompañarlos en el desarrollo de sus proyectos, por compartir sus ideas y pasión por lo que hacen y por permitirnos ser de alguna forma partícipes de aquello mucho más vasto que estamos construyendo en beneficio de nuestra sociedad. Creemos que las grandes empresas del mañana son los emprendedores de hoy, y por ello agradecemos a todos los emprendedores y startups en general por su pasión de querer y hacer que las cosas sean diferentes. Y también queremos agradecer a todos aquellos que desde la empresa privada, las instituciones educativas y el gobierno trabajan en beneficio del ecosistema emprendedor peruano.

Finalmente, mi gratitud al equipo legal que ha participado en la elaboración de los artículos y al equipo administrativo que ha brindado su apoyo en la diagramación y difusión de los contenidos. Todos formamos parte de un gran equipo comprometido con el desarrollo de la innovación y el emprendimiento en nuestro país. ¡Sigamos innovando y creando más startups!

Muchas gracias.

Ítala Bertolotti Fernández

Socia y directora del Área de Innovación y Emprendimiento del Estudio Muñiz

HOLA,
QUIERO SER UN STARTUP



HOLA, QUIERO SER UNA *STARTUP*

Grace Tejada¹

Sumario: Introducción. 1. ¿Qué tipo de empresa constituyo? 2. ¿Cómo constituyo mi empresa? 3. ¿Cómo sé cuánto capital invertir? ¿Cómo distribuirlo? 4. Mentores y *advisors*. 5. *Vesting* sobre personal clave. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Resumen: Si sabemos que iniciar una *startup* significa inversión de tiempo, conocimiento y dinero, debemos saber también que tener en cuentas las implicancias y consideraciones legales resultan muy relevantes para evitar contingencias a futuro, pero sobre todo permiten ejecutar y trabajar con las herramientas adecuadas que le faciliten al negocio obtener el crecimiento rápidamente escalable que lo caracteriza. Es por eso que elegir el tipo societario, incorporar a los accionistas adecuados, aportar el capital idóneo, tener los papeles en orden y “arreglar la casa antes de hacer pasar a los invitados (inversionistas)” es importante para tener un potencial de alto crecimiento en nuestro mercado.

Palabras clave: *Startups, founder, mindset, capital, empresa, emprendimiento.*

Introducción

Muchas veces me he topado con la pregunta “¿cómo me convierto en una *startup*?” y la verdad es que es muy difícil tener una respuesta adecuada, porque en mi opinión una *startup* nace siendo una.

Es cierto que una compañía puede transformarse, innovar internamente respecto a sus procesos, procedimientos, productos o servicios y ejecutar otros métodos de adaptabilidad a la realidad que vivimos actualmente; sin embargo, una *startup* va mucho más allá, porque requiere un *mindset*² que ofrezca la solución a un determinado problema mediante la prestación del servicio que ofrece o el producto que vende. Entonces, no tan solo existe la empresa en sí, sino que debe haber todo un equipo detrás que cree en la solución que brinda al mercado, que no se rinde frente al fracaso y la oportunidad de mejorar el producto o servicio, pero, sobre todo, que tome altos riesgos sabiendo que va insertar su producto o servicio para cambiar el mercado en el que va a actuar. Por eso bien dicen que los emprendedores de *startups* son agentes de cambio, personas que toman riesgos y no se detienen hasta alcanzar sus objetivos.

¹ Asociada de las áreas de Derecho Corporativo y de Innovación y Emprendimiento del Estudio Muñiz.

Abogada por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, con especialización en derecho corporativo internacional por la Universidad ESAN y subespecialidad en derecho y startups por la Universidad Torcuato Di Tella de Argentina. Es candidata al máster in Business Administration (MBA) por la Pacifico Business School.

Ha participado en diversos diseños de negocios de emprendimientos digitales, inversiones para startups y acompañamiento durante todo el proceso de crecimiento de un emprendimiento hasta su maduración y consolidación en el mercado. Brinda mentorías legales para incubadoras de startups y actualmente es candidata al master in Business Administration por la Pacifico Business School.

² El término *mindset* es muy utilizado en el mundo del emprendimiento y básicamente se refiere a la programación mental que tiene una persona o un grupo de personas respecto a sus pensamientos o creencias, los cuales dictaminan sus acciones. Se dice que el *mindset* de una persona puede evolucionar e incluso trabajarse, según los objetivos que se deseen alcanzar.



ESTUDIO
MUÑIZ

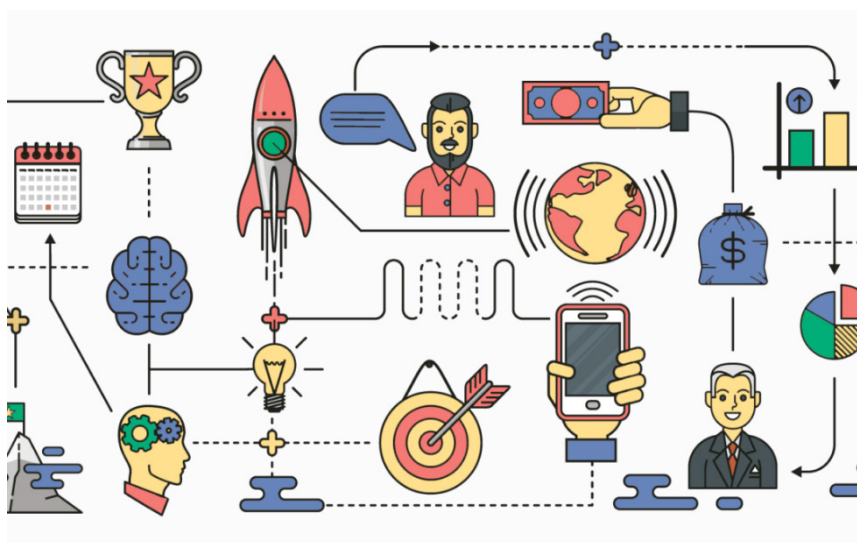
MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

Entonces, si estamos hablando de este perfil ideal de emprendedor, ¿no crees que es importante que el inicio y las bases de una *startup* sean las mejores? Como *founder*³ de una *startup* se puede llegar a estar tan abrumado por todos los pendientes de la empresa, desde crear el producto hasta prototipar el software del aplicativo o diseño web; y, es justamente por eso, por el trabajo que implica diseñar y ejecutar una *startup*, que desde el inicio del emprendimiento se deben tener en consideración los aspectos legales que requiere y es de ese tema sobre el que vamos a hablar en este artículo.

I. Desarrollo

Siempre podemos encontrar inspiración en otras *startups* cuando se trata de asuntos legales, porque si bien uno es diferente del otro, los asuntos de índole legal (registro de marcas, constitución de la empresa, autorizaciones, etc.) pueden resultar muy parecidos; y, por lo tanto, puedes tener un modelo a seguir respecto a tu formalización, pero eso no significa que los tiempos y circunstancias sean los mismos para todos.



Fuente: The Cube Madrid <https://thecubemadrid.com/>

La oportunidad para decidir la formalización de tu emprendimiento varía según las proporciones que has encontrado en el mercado, la verificación de tu modelo de negocio (ejecución del *Minimum Viable Product*⁴, como lo llamamos en el mundo emprendedor) y las decisiones que adoptes con tu equipo. Por ejemplo, resulta importante que la formalización de tu emprendimiento se realice cuando quieras transformarlo en un negocio rentable, cuando necesites contratar a terceros para ejecutar determinadas actividades en tu negocio (el desarrollador del software del aplicativo o diseño web de la empresa); pero, sobre todo, cuando veas que tu emprendimiento tiene dos o más personas trabajando en él, tanto como *founders*, como con roles de colaboradores. En ese momento sabes que el tiempo oportuno de formalizar, adoptar un compromiso con tu *hobbie*, que ahora pasará a ser un negocio, pero, sobre todo, es la oportunidad para saber que deberás hacer el esfuerzo en tiempo y dinero para que tu idea de negocio continúe creciendo en el mercado.

I.1. ¿Qué tipo de empresa constituyo?

En el Perú, tenemos diversos tipos de sociedades regulados bajo la Ley 26887 – Ley General de Sociedades (LGS), tales como la Sociedad Anónima (S.A.), Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.), Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.), Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (S.R.L.) y la Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada (S. Civil de R.L.).

³ En el presente artículo vamos a referirnos al founder de un startup como la persona o accionista fundador de la empresa.

⁴ El Minimum Viable Product (MVP) es el proceso de validación para comprobar que un producto o un servicio cuenta con las características suficientes para satisfacer a los consumidores iniciales; y, a su vez, permite corroborar las oportunidades de mejora que tiene dicho producto o servicio antes de realizar su lanzamiento oficial en el mercado. En términos más simples, el MVP es saber si un producto o servicio es o no “vendible”.

No es materia de este artículo exponer las diferencias entre cada tipo societario, pero lo que sí resulta conveniente es decir que el mejor tipo sociedad para constituir un *startup* es la Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.) y te contaré por qué.

La S.A.C. contempla –a diferencia del resto de las sociedades anónimas– la posibilidad de prescindir del Directorio como órgano social; manteniéndose la figura de la Junta General de Accionistas (compuesta por los *founders* del *startup*) y la Gerencia General designada por dicha junta, lo cual dinamiza la toma de decisiones en un *startup*, sobre todo en temas de inversiones, aumentos de capital por nuevos aportes dinerarios o no dinerarios, capitalizaciones de primas de capital o deudas, entre otras mecánicas que sabemos que estos emprendimientos requieren para subsistir económica y operativamente. Asimismo, este tipo societario tan solo requiere de la intervención de un mínimo de dos (2) accionistas o *founders* y tiene como máximo de veinte (20) accionistas. Considerando que usualmente las *startups* inician con equipos fundadores de dos a cuatro personas, este requisito de la S.A.C. también se adapta a las necesidades de los emprendimientos de alto impacto⁵.



Fuente: Emprende Chile <https://www.emprende.cl/>

Por otro lado, en las S.A.C. la transferencia de las acciones está sujeta al derecho de preferencia de los demás accionistas para adquirirlas antes que sean transferidas a un tercero, ya sea accionista o no. En el estatuto de una S.A.C. puede establecerse que la restricción de la transferencia de acciones comprenda la de obtener la aprobación previa de la Junta General de Accionistas, establecer un derecho de preferencia respecto de las acciones de un accionista fallecido sobre los legítimos herederos o determinar los alcances de un *drag along*⁶ en caso el accionista mayoritario lo estime conveniente. Por las razones antes expuestas, la recomendación siempre será que las *startups* se formalicen mediante la creación de una Sociedad Anónima Cerrada, para fines más dinámicos y ser lo suficientemente capaces de recibir inversiones en el corto plazo desde la creación de la empresa.

Ahora bien, mediante Decreto Legislativo 1409 se creó la figura de la Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada (SACS), la cual se constituye por acuerdo privado de dos (02) a veinte (20) personas naturales, quienes, según dicho decreto, son responsables económicamente hasta por el monto de sus respectivos aportes. Como bien lo establece la norma, este tipo societario está contemplado única y exclusivamente para personas naturales, por lo que en caso la *startup* decida recibir capital de un inversionista constituido como persona jurídica (Corporativo o firma de Venture Capital), deberá transformarse a una Sociedad Anónima con la inversión en tiempo y dinero que ello conlleva.

⁵ En el Decreto de Urgencia n.º 013-2020 encontramos la primera definición de *startup* en la legislación peruana, los cuales están identificados como “emprendimientos innovadores y de alto impacto”.

⁶ El derecho “*drag along*” permite exigir a los accionistas minoritarios la enajenación de su participación accionaria en la sociedad, cuando los compradores tengan como propósito la adquisición de la totalidad de las acciones en circulación con el fin de tener el control total de la sociedad, como puede ser el caso de un inversionista nacional o internacional o un Corporate Venture Capital (CVC). Dicho mecanismo asegura que la venta de acciones se realice en las condiciones pactadas y de manera adicional otorga al accionista minoritario la igualdad de condiciones que las que ostenta el accionista mayoritario.



Resulta oportuno indicar que en el presente artículo no estamos analizando la viabilidad de constituir una empresa en diferentes jurisdicciones a la peruana tales como Delaware con la finalidad que esta empresa actúe como holding lo cual es absolutamente válido, sobre todo cuando la alta escalabilidad de la startup está debidamente comprobada en el mercado y sus más importantes inversiones las reciben o recibirán de inversionistas o venture capital extranjeros, para lo cual deberá analizarse la posibilidad de ejecutar una flip transaction⁷, en la que la holding resulte como titular de las acciones representativas del capital social de la startup en Perú y eventualmente, en otros países. Para ello, es importante analizar la situación actual de la startup, gastos de constitución en el extranjero y el impacto tributario presente y futuro que la flip transaction puede traer consigo a la empresa y a los founders.

1.2. ¿Cómo constituyo mi empresa?

Si algo debemos agradecerle a la pandemia originada por la COVID-19 es la digitalización y automatización de procedimientos legales, sobre todo en temas de constitución de empresas. En el último año, el Ministerio de la Producción, mediante la creación de la plataforma de Servicios de Desarrollo Empresarial del Programa Nacional “Tu Empresa” ha desarrollado diversas facilidades para los emprendedores que convierten a los trámites legales en asuntos de fácil acceso y menor inversión de tiempo y dinero. Entre otros beneficios, existen exoneraciones de tasas registrales previa verificación de determinados requisitos referidos al monto del capital, número mínimo de accionistas, así como también permitió la automatización para la obtención del Registro Único de Contribuyentes (RUC) una vez constituida y registrada la empresa en el registro correspondiente. Entonces, una vez tomada la decisión de formalización, lo que debes identificar con los siguientes puntos:

1. Accionariado y distribución de las acciones (*cap table*). Resulta importante definir si todos los accionistas, sean personas naturales o jurídicas, son de origen peruano, pues en caso no se encuentren en el territorio nacional existe un trámite adicional de otorgamiento de poder que deben efectuar en su lugar de residencia, así como la posterior solicitud de apostilla correspondiente,
2. objeto social de la *startup*, que debe estar plenamente identificado y alineado a las actividades que realizará la empresa,
3. denominación de la sociedad,
4. monto del capital social,
5. identificación del gerente general,
6. facultades y designación de facultades al gerente general y eventuales apoderados que pueda tener la *startup*.

Una vez identificados los puntos anteriores, se debe realizar lo siguiente:

1. Reserva de denominación ante la Sunarp respecto al nombre elegido como denominación de la *startup*. Sugerimos tener por los menos 3 opciones de denominaciones para identificar la que se encuentre disponible en el registro al momento de efectuar la solicitud,
2. elaboración de pacto social y estatuto de la sociedad con la finalidad de proceder con los trámites notariales de protocolización, previo depósito bancario o valorización del capital social de la empresa,
3. presentación ante la Sunarp para obtener el registro de la empresa,
4. activación del RUC y obtención de Clave SOL ante Sunat,
5. legalización de libros societarios. En el caso de la S.A.C., se requiere del (i) libro de actas de Junta General de Accionistas y (ii) libro de matrícula de acciones. Es muy común que las *startups* no le den importancia a este paso, pero resulta importante resaltar que es a través de estos libros –que esperamos que muy pronto tengamos una reforma para obtenerlos de manera electrónica y manejarlos digitalmente– donde identificamos los acuerdos de inversión y es a través de los certificados de acciones insertados en el libro de matrícula de acciones donde los potenciales inversionistas pueden tomar conocimiento del *cap table* vigente de la empresa. Nada mejor que tener los documentos ordenados desde el primer momento para evitar malos momentos antes de cerrar un importante acuerdo de inversión.

⁷ Una flip transaction es el procedimiento que inicia con la constitución de la holding en una jurisdicción diferente a la peruana por ejemplo, Delaware, a la cual se aportan las acciones representativas del capital social de la startup peruana de forma que dicha holding sea titular de las acciones de la startup peruana así como de otras sociedades y a través de dicha holding se reciba el financiamiento de parte de terceros

1.3. ¿Cómo sé cuánto capital invertir? ¿Cómo distribuirlo?

El capital social de la *startup* puede ser mínimo, lo que significa que puedes constituir tu empresa desde S/ 1 000.00⁸, a pesar de que la valorización del proyecto en el mercado sea muchísimo más desde que comprobaste la viabilidad del mismo y considerando que el negocio puede estar en marcha desde antes de la formalización. Posteriormente, se pueden identificar las oportunidades de aumento de capital, tales como nuevos aportes, capitalizaciones de deudas, capitalizaciones de primas de capital, entre otros.



Fuente: www.entrepreneur.com

Ahora bien, un tema muy interesante que tenemos en el ecosistema emprendedor es la asignación de las acciones entre los *founders*. Es cierto que existe algunos programas y consejos para calcular dicha asignación, tales como Thee Startup Equity Calculator⁹ o The Founder's Pie Calculator¹⁰, pero este tema no es tan sencillo de tratar, pues todos los *founders* de la *startup* pueden tener el mismo interés en que el negocio sea rentable y exitoso en un determinado periodo de plazo, pero no todos aportan de igual manera, en asuntos de tiempo, dinero, experiencia e incluso contactos. Usualmente, siempre uno de los *founders* es el autor de la idea de negocio, por lo que en la práctica resultaría correcto que sea él el accionista mayoritario de la empresa o por lo menos que obtenga un porcentaje mayor, dependiendo de la cantidad de accionistas que deseemos incorporar al *cap table*. Por su parte, si conocemos al autor de la idea de negocio, las demás asignaciones e identificación de aporte de capital deben estar alineadas a la experiencia e inversión de tiempo que le va a prestar cada socio.

1.4. Mentores y *advisors*

Si ya de por sí tomar la decisión de crear un negocio disruptivo es altamente retador, sabemos que el crecimiento debe ser acompañado de experiencia de terceros; es por eso que siempre resulta conveniente apoyarte de personas con experiencia en el mercado, no necesariamente en el mundo del emprendimiento, sino en la industria en la que quieres que tu *startup* destaque. Aprende de los errores de las grandes compañías de los aciertos y desaciertos de otras startups y también cree en los retos que te presentan tus consumidores, de esta manera podrás mejorar el producto que vendes o el servicio que prestas.

8 Es necesario precisar que la norma no establece un capital social mínimo, por lo que queda a discreción de los founders acordar el monto inicial.

9 <https://foundrs.com/>

10 <https://www.andrew.cmu.edu/user/fd0n/35%20Founders'%20Pie%20Calculator.htm>



Fuente: The Startup Mentor Book

Considerando ello, se sugiere que las startups cuenten con un Board of Advisors que pueda ayudar a la startup a alcanzar las metas trazadas, complementando los conocimientos y experiencias de los advisors con la de los founders e incluso ser el nexo con el mercado en el que quieren crecer, sean usuarios como empresas o personas.

No es muy usual que tu consejo de mentores o *advisors* esté identificado en el estatuto de tu empresa, pero tampoco significa que resulte totalmente inviable. Por ejemplo, si crees que cumplen roles fundamentales para el crecimiento y avance de tu emprendimiento, podrías otorgarles facultades específicas dentro del estatuto de la empresa que les permitan tener autonomía de decisión y ejecución, otorgándoles facultades suficientes que pueden ejercer en la materia en la que apoyan a la *startup* (i.e. tu abogado que puede representar a la empresa para trámites frente a autoridades administrativas o judiciales).

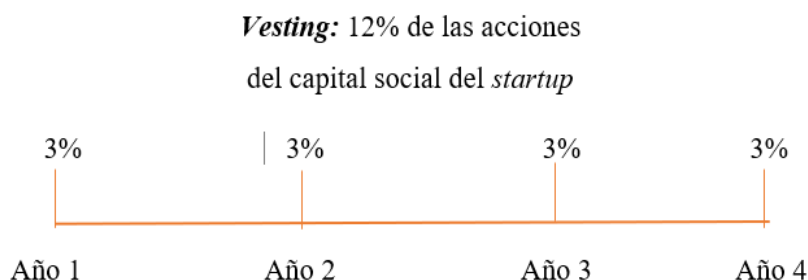
Definitivamente es un tema que puede quedar bajo la decisión de los accionistas y que pueden analizarlo siempre con la intención de buscar el crecimiento constante y eficiente del emprendimiento.

1.5. *Vesting* sobre personal clave

Algunos *startups* necesitan el apoyo de profesionales que potencien los conocimientos de los *founders* y que su contribución sea indispensable para el rápido crecimiento del negocio, a ellos se les llama personal clave; y, con el ánimo de mantener la motivación e incentivo de permanencia dentro del *startup*, se pueden celebrar acuerdos de *vesting*.

Un acuerdo de *vesting* es “(...) la herramienta que permite incentivar a un trabajador para permanecer en el negocio, pero que también permite al *startup* protegerse frente a cualquier tipo de incumplimiento, acto deshonesto o salida anticipada sin haber logrado ciertos objetivos que eran indispensables para el crecimiento del emprendimiento (...)”¹¹.

De esta manera, si has identificado a una persona que sabes que aportará significativamente en el *startup*, pueden celebrar un acuerdo de *vesting* en el que, por ejemplo, adquiera el 12% de las acciones en un plazo de cuatro (04) años contados desde la celebración del acuerdo. Entonces, anualmente se haría una valorización de los objetivos a alcanzar y el trabajador adquiriría 3% en cada año.



Siempre es recomendable que en el acuerdo de *vesting*, además de los objetivos anuales que se deben establecer para materializar la adquisición de los porcentajes acordados, también se planteen los escenarios de *good* y *bad leaver*, lo

¹¹ ROBERTS, Ryan; “Acceleration”; Lioncrest Publishing, Estados Unidos de América; 2019, p. 82, Chapter 3.

que quiere decir que se preavisen los supuestos en los que el personal clave puede entenderse como incumplidor de las estipulaciones acordadas y las acciones adquiridas hasta la fecha del incumplimiento deben ser íntegramente devueltas a la *startup*. Como todo contrato, siempre es necesario que se diseñe el escenario ideal, considerando las circunstancias, el tipo de relación que se tenga con el trabajador y los objetivos a alcanzar dentro del negocio. Una vez más, es necesario decir que no todos los acuerdos son iguales, a pesar de que puedan existir parámetros o modelos de contratos, siempre se deben personalizar según las circunstancias que motivan la celebración del mismo.

Conclusiones

1. Es altamente recomendable que, al momento de tomar la decisión de formalización de tu emprendimiento, una vez analizados los factores de impacto y viabilidad en el mercado, este sea constituido como una Sociedad Anónima Cerrada (SAC), sin perjuicio de la posibilidad de emplear la Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada (SACS) comentada en la cual solo pueden participar personas naturales como accionistas o analices la viabilidad de constituirte en el extranjero y realizar un flip transaction, según la etapa en el que se encuentre tu startup.
2. Actualmente los procesos de formalización y constitución de empresas están bastante automatizados, por lo que tan solo deberás preocuparte por diseñar junto con tu abogado el mejor estatuto y escala de poderes que le permita a tu *startup* ejecutar sus actividades de manera adecuada.
3. Resulta muy importante identificar las acciones que realizará cada *founder* dentro de la *startup* para de esta manera valorizar el aporte que realizará e identificarlo en el *cap table* mediante la distribución de acciones correspondiente.
4. Aprende de expertos en el mercado y rodéate de personas experimentadas en el mundo emprendedor, ya sea inversionistas, consejeros, abogados o cualquier otra persona que tenga conocimiento sobre el mercado en el que desees que tu *startup* crezca.
5. Analiza si cuentas con personal clave en tu emprendimiento; de ser así, identifica la necesidad y viabilidad de celebrar un acuerdo de *vesting*, el cual debe personalizarse según las circunstancias y objetivos que desees alcanzar con dicho personal.

Bibliografía

- ROBERTS, Ryan; “*Acceleration*”; Lioncrest Publishing, Estados Unidos de América; 2019.

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LOS ENTORNOS DIGITALES



LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LOS ENTORNOS DIGITALES

Manuel David Chong Tello¹²

Sumario: Introducción. 1. La protección de datos personales en el Perú. 2. *Data privacy* y *startups*. 3. Apostando por la privacidad. 4. Conclusiones

Resumen: En la actualidad existe un estrecho vínculo entre la innovación y la protección de datos personales: por un lado, la innovación que permite el desarrollo y perfeccionamiento de las nuevas tecnológicas, ya sea para la transformación digital de las empresas como para la creación de nuevos negocios digitales; y por el otro (derecho de protección de datos), el impulso de la confianza digital de los usuarios en la utilización de los nuevos canales de comunicación con las empresas mediante los cuales se podrían recopilar y almacenar su información personal.

Así, pese a la tensión que pudiese surgir entre ambos conceptos, resulta necesario encontrar un punto de equilibrio para lograr impulsar y maximizar los beneficios económicos que ofrece la innovación en términos de competitividad. A continuación, se analizará los aspectos más relevantes de la regulación de protección de datos personales y el impacto que dicho instrumento tiene en el desarrollo de nuevas tecnologías y modelos de emprendimiento.

Palabras clave: innovación, datos personales, privacidad, negocios digitales, tecnología, startups, medidas de seguridad, autodeterminación informativa, consentimiento, *cloud computing*, *big data*, Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

Introducción

La evolución de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha producido un gran impacto económico-social, y en consecuencia nuevas respuestas por parte de nuestros legisladores (en la mayoría de las veces errónea). Fenómenos como el internet de las cosas (IoT), la inteligencia artificial (AI) o el *big data*, son nuevas tecnologías que han generado revuelo en el modo en que funciona nuestro entorno.

Un claro ejemplo de dicho avance es observar con detenimiento como los *smartphones* o teléfonos inteligentes -a través de una determinada plataforma o, inclusive, mediante sensores de proximidad- simplifican una operación y facilitan la recopilación y, por ende, transferencia de la información. Muchas veces esta “captura” de información se realiza sin el conocimiento por parte del titular de la misma.

En otras palabras, con cada actividad realizada mediante un dispositivo conectado a internet se eleva considerablemente

1 Abogado por la Universidad de Lima. Especialización en Derecho de Empresa, Contrataciones del Estado, Derecho de la Competencia y Protección del Consumidor, Derecho Administrativo y Arbitraje. Miembro del Colegio de Abogados de Lima. Experto certificado en protección de datos personales por la Institute of Audit & IT Governance. Asociado del área de Telecomunicación, Media y Privacidad del Estudio Muñiz.

2 Agradezco a la señorita Camila Mallqui Escalante, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porras, quien es asistente legal del Estudio Muñiz, por sus valiosos comentarios.

el volumen de datos recolectados; ello sin perjuicio de las técnicas de AI y *machine learning* que se vienen desarrollando, las cuales permitirán que la recopilación y el análisis de la información se efectúe a una velocidad y precisión casi inimaginable. Debido a estos vertiginosos avances tecnológicos -que buscan mejorar la calidad de vida de las personas- los datos se han convertido en uno de los activos más preciados para las empresas, inclusive en la actualidad se le conoce como el nuevo petróleo³.

Ahora bien, estas nuevas oportunidades de negocio que el *data economy* genera conlleva cumplir con un determinado marco legal, que en el caso que nos ocupa es la regulación de protección de datos personales y privacidad. Es de suma relevancia realizar esta precisión, dado que en múltiples ocasiones las empresas no cumplen de manera integral con lo dispuesto en dicha normativa, lo cual puede desencadenar pasivos contingentes que las empresas deben tener en consideración.

Recientemente, Google fue sancionada por la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades (CNIL) de Francia con una multa de 50 millones de euros⁴ por su falta de transparencia, la información insatisfactoria proporcionada y la falta de consentimiento válido para la personalización de publicidad, en aplicación del reciente Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD)⁵.

En el Perú, solo el año pasado la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales impuso multas por más de S/ 680 000⁶. En este se desplegaría una mayor fiscalización, que podría generar que las sanciones pecuniarias por infringir la norma de protección de datos personales sean cada vez más elevadas.

En razón a lo antes señalado, se podría señalar que el desarrollo de estas nuevas tecnologías ha ocasionado un “reciente” debate en torno a su compatibilidad con la protección de datos personales; no obstante, lo cierto es que la tensión entre estos conceptos tiene más de un siglo de existencia, tal como se evidencia en el famoso artículo de 1890 *The Right of Privacy*, donde sus autores, Warren y Brandeis -a raíz de la invención de la primera cámara masiva-, sostienen que la protección de la persona resulta necesaria y primordial frente al hostigamiento de los medios de comunicación social de la época⁷.

En ese sentido, si bien es posible señalar que las innovaciones tecnológicas pueden generar una revolución en el ámbito social y personal, se debe considerar que a su vez ello puede configurar la lesión de nuestros derechos en vista del escaso control que ejercemos sobre nuestros datos en este nuevo mundo tecnológico.

1. La protección de datos personales en el Perú

La innovación tecnológica, y con ello el desarrollo de plataformas web, puede generar gran incidencia sobre los aspectos más íntimos (datos sensibles) de la persona; debido a ello, en las últimas décadas, se han desplegado normas a efectos de salvaguardar la privacidad y el control que ejercemos respecto de nuestra información personal.

La Constitución de 1993 introdujo, en materia de derechos fundamentales, el reconocimiento del derecho de toda persona a ejercer control sobre el registro, tratamiento y difusión de sus datos personales. De esta manera, el numeral 6 de su artículo 2^o⁸ establece que “toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o

3 The Economist, “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. Recuperado de <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>

4 Marimar Jimenez “Francia multa a Google con 50 millones por saltarse la nueva normativa de protección de datos”. Recuperado de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/21/companias/1548090110_117787.html

5 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos que entro en vigor el 25 de mayo de 2018.

6 Sumatoria de las multas impuestas por la Autoridad Nacional de Protección de Datos que se encuentran publicadas en su portal web: <https://www.minjus.gob.pe/procedimientos-administrativos-sancionadores/>

7 Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D., The Right to Privacy, Harvard Law Review Vol. IV, December 15, 1890, No. 5. Disponible, en inglés, en http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html.

8 Constitución Política del Perú



no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar” (el subrayado es nuestro). Sin embargo, lo estipulado por nuestra Constitución presentaba una clara deficiencia dado que en su articulado solo se hace referencia al derecho a impedir el suministro de información, dejando de lado otros aspectos del derecho de autodeterminación informativa.⁹

Al respecto, Eguiguren señala que con dicha redacción se estaría “omitiendo así componentes esenciales de este derecho, reconocidos en otras normas constitucionales o legales comparadas, como el poder acceder a la información, corregirla o actualizarla (de ser inexacta), o de hacer suprimir la información personal indebidamente registrada.”¹⁰

No obstante ello, con la proliferación del acceso a internet en nuestro país, el legislador se encontró con un panorama muy distinto al del año 1993, por lo que resultaba indispensable -para efectos de un largo proceso evolutivo y una política de derecho- fortalecer la protección del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

Ante dicho escenario, en el año 2011 se publica la Ley n.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, “LPDP”), y durante el año 2013, entra parcialmente en vigor el reglamento de la ley, aprobado por Decreto Supremo n.º 003-2013-JUS (en adelante, el “reglamento”). A través del citado cuerpo legal, el Estado busca garantizar los derechos que no fueron considerados expresamente en la Constitución sobre la protección a la privacidad y la intimidad.

Así, mediante esta normativa se amplía el espectro de protección de los titulares de los datos personales, y con ello se incorpora el derecho a la información, acceso, rectificación, cancelación y oposición de estos; y, además, se imponen a los involucrados en el tratamiento de datos personales (titulares de bancos de datos - empresas, encargados y responsables de tratamiento, etc.) una serie de obligaciones a considerar. En una reciente publicación en conjunto con Pierino Stucchi¹¹, precisamos estas obligaciones:

(i) Obligación de inscribir la base de datos ante la Autoridad de Protección de Datos Personales (APDP).

De acuerdo con la definición de la LPDP, un banco de datos personales (en adelante, “BDP”) es todo conjunto organizado de información de personas naturales. Esta información puede encontrarse almacenada en soportes automatizados (tales como documentos en Word, Excel, PDF e, incluso, en imágenes, audios o audiovisuales, registrados en ordenadores o servidores de la empresa, plataformas electrónicas, archivos en la nube, etcétera); o, en soportes no automatizados (tales como files y archivadores físicos, documentos impresos de facturación, legajos de trabajadores, etc.).

Es muy importante tener en cuenta que, para cumplir efectivamente con esta obligación, resulta necesario analizar todas las áreas de la empresa para identificar los flujos de ingreso y salida de los datos personales. Ello, con el objeto de identificar las características principales de los BDP existentes. Pese a ello, en la práctica, muchas empresas solo se limitan a inscribir los BDP de trabajadores, clientes y proveedores, sin tomar en cuenta, entre otros, los datos personales que se toman y almacenan del registro de visitas a las diferentes sedes de la empresa, de la filmación de las cámaras de video vigilancia, de las grabaciones telefónicas, de los registros biométricos y de las listas de postulantes a determinadas posiciones, entre otros. Estos BDP y otros similares también deben inscribirse ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (que se encuentra a cargo de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Público y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

Para inscribir un BDP se debe presentar un formulario ante dicha Autoridad consignando sus características, la

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

9 El derecho de autodeterminación informativa consiste básicamente en decidir por uno mismo y dentro de qué límites se puede revelar información respecto a situaciones referentes a la propia vida, protegiéndonos contra la recopilación, el almacenamiento, el tratamiento y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a una persona. De esta manera, se garantiza la facultad de la persona para decidir por su cuenta respecto a la difusión y utilización de sus datos personales

10 Francisco Eguiguren. 2015. “El derecho a la protección de los datos personales. Algunos temas relevantes de su protección en el Perú” En THÈMIS-Revista de Derecho N° 67, pp. 132.

11 Gestión, “El ABC de la protección de datos personales (data privacy). Recuperado de: <https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2017/06/el-abc-de-la-proteccion-de-datos-personales-data-privacy.html?ref=gesr>



naturaleza de los datos recopilados, las finalidades de su tratamiento y la transferencia que sobre dichos datos pueda realizarse, entre otros. No se comparte con la Autoridad el contenido de los BDP ni se inscriben los datos personales que la empresa tenga en su poder, sino las características y uso de los BDP que administra. El procedimiento de inscripción toma 30 días hábiles.

(ii) **Obtener un consentimiento de los titulares de los datos personales.** Este documento es una autorización brindada por los dueños de la información (trabajadores, prospectos, clientes, proveedores, etc) mediante el cual las empresas deben informar, como mínimo, lo siguiente:

- Finalidad para la que sus datos serán tratados
- Quiénes son o pueden ser sus destinatarios
- La identificación del BDP en donde se almacenará la información
- Identidad y domicilio de la empresa que recopila la información
- Identidad y domicilio del o de los proveedores de servicios o empresas vinculadas que pudieran tener acceso a los datos personales
- El carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga
- La transferencia nacional o internacional de los datos personales
- Las consecuencias de proporcionar sus datos personales y su negativa a hacerlo.
- El tiempo durante el cual se conservarán sus datos personales
- La posibilidad de ejercer los derechos que la ley le concede y los medios previstos para ello

Adicionalmente a la información antes mencionada, en el reglamento se precisan las características esenciales del consentimiento:

- Libre. Implica que se le otorgue la facultad a la persona natural de poder negarse al tratamiento de su información. Cabe precisar que para cumplir con esta característica, sin que medie el error o mala fe, las empresas no pueden emplear mecanismos “encubiertos” para obtener el consentimiento; v.g. en un contrato no se puede imponer cláusulas con finalidades adicionales (autorización para publicidad) distintas a la naturaleza del contrato en sí (servicio de telefonía móvil).
- Previo. El titular del BDP debe asegurarse que la recopilación del consentimiento se obtenga antes del tratamiento de los datos personales. Bajo el ejemplo señalado en el punto anterior se puede contar con la autorización contractual para tratar los datos personales, no obstante ello, si la empresa quiere utilizar dichos datos para otros fines deberá recopilar el consentimiento informado correspondiente.
- Expreso. El mecanismo empleado para recopilar el consentimiento debe garantizar el otorgamiento por parte de la persona natural sin que exista duda de que fue otorgado inequívocamente por este. La normativa permite que en el caso del entorno digital la manifestación pueda ser a través de “dar un click”, “clickear”, “dar un toque”, “touch”, “pad”, entre otros similares.

En el cumplimiento de esta obligación es donde las empresas muestran mayores dudas y cometen errores frecuentes que resultan sancionados por la Autoridad. Los consentimientos informados no pueden ser genéricos, sino, por el contrario, deben comunicar todos los tratamientos de los datos personales que realizará la empresa. Por ejemplo, debiera indicar específicamente a quiénes se transfiere o se comparte la información (de ser el caso), precisar si se utilizarán los datos para remitir publicidad y expresar un plazo determinado de almacenamiento, entre otros.

Por otro lado, cabe precisar que no resulta exigible un consentimiento informado de los titulares de los datos personales cuando la empresa requiera dar tratamiento a sus datos en cumplimiento de una norma u obligación legal;



y, para la preparación o ejecución de una relación contractual en la que el titular es parte, entre otras excepciones expresamente previstas en la LPDP.

- (iii) **Implementación de medidas legales, organizacionales y técnicas para el adecuado tratamiento de datos personales.** Las empresas que posean BDP deben adoptar medidas técnicas, organizativas y legales con el objeto de evitar la posible filtración o sustracción de los datos personales.

Algunas de estas medidas incluyen el establecimiento de protocolos de seguridad técnica sobre archivos en soportes automatizados y no automatizados, la elaboración de políticas de privacidad, manuales organizativos que asignen cuidados y responsabilidades en el tratamiento de los datos personales, compromisos de confidencialidad y cláusulas contractuales, entre otras.

- (iv) **Implementación de un mecanismo de atención ante el ejercicio de los “derechos ARCO”.** Toda empresa que posea un BDP debe asegurar que los titulares de datos personales (léase, trabajadores, clientes, potenciales clientes, etc.) puedan ejercer los siguientes derechos:

- **Acceso.** Toda persona puede requerir el acceso a la información que de ella tiene la empresa, así como solicitar información sobre la finalidad para la cual sus datos fueron recopilados, las razones que motivaron su recopilación y las transferencias realizadas o que se prevén realizar de dichos datos a un tercero
- **Rectificación.** Toda persona puede pedir que modifiquen los datos contenidos en el BDP, en caso se pruebe la inexactitud o si estos son incompletos, erróneos o falsos.
- **Cancelación.** Toda persona puede pedir la supresión de sus datos personales cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes en relación con las finalidades para la cual hayan sido recopilados.
- **Oposición.** Toda persona puede pedir la supresión de sus datos cuando estos se hayan recopilado sin un consentimiento expreso.

- (v) **Comunicación de flujo transfronterizo.** Cuando la empresa que posee un BDP transfiere datos personales a un destinatario situado en un país distinto al país de origen de los datos personales, debe informar el nombre, identificación y la ubicación de ese destinatario. Por ejemplo, debe informar la transferencia de datos a una empresa del mismo grupo en el exterior o a una empresa que le brinda los servicios *cloud computing* (host y almacenamiento), entre otras circunstancias similares.

En definitiva, tras aprobarse la LPDP y su reglamento, Perú se alineó con la tendencia mundial de contar con una regulación sobre protección de datos personales. No obstante, pese a que durante la elaboración de la LPDP se consideró el estado y el nivel de las tecnologías en el ámbito internacional, lo ideal sería que el legislador verifique periódicamente la eficiencia de la norma, sin que ello genere trabas en el progreso de la innovación o en la integración económica y comercial de los países.

2. *Data privacy y startups*

Como se ha mencionado en líneas anteriores, los fenómenos disruptivos -tales como el internet, las nuevas tecnologías, las aplicaciones web, las plataformas digitales, entre otros- alteran constantemente las relaciones sociales económicas y jurídicas. En vista de ello, hoy en día podemos apreciar un incremento de los nuevos modelos de negocios generados por las *startups* y con ello la discusión sobre cuál sería la regulación más adecuada.

En términos generales, las *startups* son empresas o compañías que suelen caracterizarse por originarse a partir de la utilización de nuevas tecnologías. Asimismo, se encuentran fuertemente vinculadas al internet y las tecnologías de la información y comunicación (TIC) para lograr el objeto comercial deseado.

Como parte del giro de negocio, este tipo de organizaciones maneja datos personales, sea de los clientes, proveedores, trabajadores (entre otros), los cuales luego de ser recopilados, son almacenados en soportes automatizados (informáticos-digitales) como en soportes no automatizados (archivos físicos).

Así, desde el momento en que una *startup* (vía plataforma digital) accede a los datos del usuario se daría inicio al denominado “tratamiento de datos personales”, y, por ende, se encontraría bajo el ámbito de aplicación de la LPDP, su reglamento y demás normas modificatorias.

Como se ha indicado en el numeral anterior, la LPDP es de obligatorio cumplimiento para todas las personas jurídicas -y personas naturales con negocio- que realicen tratamiento de datos personales en el desarrollo de sus actividades comerciales. En vista de ello, los *startups* también se encuentran obligadas a adaptarse a la normativa en mención desde el inicio del emprendimiento (piloto) sin que la falta de conocimiento de estas obligaciones las exima de su responsabilidad.

3. Apostemos por la privacidad

La implementación de la norma de protección de datos personales no es una gestión que tiene por finalidad evitar que la empresa sea sancionada; por el contrario, la adecuación de la norma en cuestión tiene que ser entendida como una propuesta de valor para nuestros clientes, usuarios, colaboradores, proveedores, entre otros; como parte de las buenas prácticas en el mercado.

El objetivo principal de efectuar dicha adecuación se centra en proteger la información personal (regular y sensible) del titular del dato frente a las intromisiones ilegítimas, divulgaciones indebidas de información (*data breach*) o uso incorrecto de esta por parte de terceros. Es decir, se busca dotar de un alto nivel de protección de datos, privacidad y seguridad, y por ello es vital que la autoridad competente logre encontrar un equilibrio entre la creciente innovación y la protección de datos personales.

Como parte de las medidas de seguridad deberán incorporarse controles sustantivos de privacidad en las prácticas de negocio, tales como seguridad de los datos, límites razonables a la obtención de datos personales, encriptación de la información, programación de forma regular de copias de seguridad de la información y toda aquella medida que nos permita garantizar la integridad y seguridad de la información, evitando así riesgos derivados del incumplimientos de la regulación de protección de datos.

4. Conclusiones

Si bien la evolución tecnológica y digital ha traído consigo nuevas oportunidades de negocios, además de importantes beneficios para los consumidores o usuarios; esto a su vez ha levantado una alerta respecto del acceso, uso, tratamiento, almacenamiento y seguridad de la información personal recopilada a través de tales plataformas o nuevas tecnologías.

Gran parte de la información recolectada no identifica inmediatamente a una persona; sin embargo, cuando dicha información se asocia a otro tipo de datos (personales) existirán altas probabilidades para determinar la identidad de esta. En tal sentido, las empresas tienen la obligación de construir políticas internas de seguridad y privacidad respetando las finalidades de recopilación de la información, en virtud de lo que el individuo esperaría razonablemente al realizar una interacción con la tecnología.

En atención a lo antes expuesto, es imperativo que cualquier tipo de emprendimiento tecnológico mediante el cual se recopile, trate o almacene información personal (clientes, trabajadores, proveedores, etc.) cuente con una estrategia legal que permita por un lado impulsar el comercio -teniendo en consideración el modelo de negocio- y que además busque cumplir con las exigencias establecidas por la normativa de protección de datos personales.

La opinión predominante del sector es interpretar a la protección de datos personales como una responsabilidad facultativa o como un mecanismo de contención daños, y es por ello que las empresas adoptan estrategias de defensa legal a efectos de evitar ser sancionados, mas no como políticas preventivas que puedan ser consideradas como un activo de la empresa, es decir, un elemento diferenciador en el mercado que permita generar valor para sus clientes y otras partes interesadas.

Dotar de valor a este activo requiere de compromiso, recursos y capacidad de gestión; no obstante, a manera de

complemento, la innovación tecnológica crea tanto desafíos como oportunidades para alcanzar este objetivo.

La proliferación de aplicaciones y dispositivos digitales darán lugar a servicios tecnológicos transfronterizos y debido a ello los usuarios podrán adquirir productos o servicios de cualquier vendedor o proveedor con independencia de que esté establecido en otro país.

En tal sentido, si bien alcanzar el equilibrio entre la innovación y la protección de datos no será una tarea fácil, ya que existen diversos intereses de por medio, las empresas -en este caso los nuevos modelos de negocio- deberán colocar sus mayores esfuerzos para garantizar la seguridad de la información respecto del uso de los dispositivos y plataformas digitales; únicamente con ello reduciremos circunstancias que den lugar a desconfianza por parte de los titulares de los datos.

Bibliografía

- Dirección General de Protección de Datos Personales. 2015. Oficio N° 213-2015-JUS/DGPDP. Lima. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/06/item1.pdf> (consultada el 22 de enero de 2019).
- Diario Gestión. 2019 “Autoridad Nacional de Protección de Datos impuso multas por más de S/ 771 mil durante el 2018” 2 de enero. <https://gestion.pe/economia/autoridad-nacional-proteccion-datos-impuso-multas-s-771-mil-2018-254487> (consultada el 21 de enero de 2019).
- Eguiguren Praeli, Francisco José. 2015. “El derecho a la protección de los datos personales. Algunos temas relevantes de su protección en el Perú” En THĒMIS-Revista de Derecho N° 67, pp. 131-140.
- Martínez Velencoso, Luz M. y López, Marina Sancho. 2018. “El Nuevo Concepto De Onerosidad En El Mercado Digital. ¿Realmente Es Gratis La App?” InDret: Revista para el análisis del Derecho, Vol. 1, 2018. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3120543>
- The Economist, “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. 2017. <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (consultada el 22 de enero de 2019).
- Jimenez, Marimar. 2019. “Francia multa a Google con 50 millones por saltarse la nueva normativa de protección de datos” Cinco días, 21 de enero. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/21/companias/1548090110_117787.html (consultada el 21 de enero de 2019).
- Navas Navarro, Susana. 2015. “Computación en la Nube: Big Data y protección de datos personales” InDret: Revista para el análisis del Derecho N° 4 Disponible en http://www.indret.com/pdf/1193_es.pdf
- Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D. 1890. “The Right to Privacy”, Harvard Law Review Vol. IVNo. 5. Disponible, en inglés, en http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL: HERRAMIENTA VALIOSA PARA EL DESARROLLO DE UNA STARTUP



LA PROPIEDAD INTELECTUAL: HERRAMIENTA VALIOSA PARA EL DESARROLLO Y CONSOLIDACIÓN DE UNA *STARTUP*

Bruno Merchor Valderrama¹

Sumario: Introducción. 1. Importancia de la propiedad intelectual en una *startup*. 2. Estrategia de propiedad intelectual orientada a la naturaleza y necesidades de un emprendimiento innovador. 3. Relevancia de la propiedad intelectual para evitar la “muerte temprana” de una *startup*. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Considerando la naturaleza de toda *startup* como emprendimiento basado en un modelo de negocio innovador y disruptivo, cobra especial relevancia proteger y resguardar la propiedad intelectual sobre los elementos y características particulares que definen y hacen a la esencia de estas iniciativas, más aún en un contexto de mucho riesgo y limitadas probabilidades de éxito, en el que la rapidez de escalamiento hace muy visible y fácilmente imitable la propuesta innovadora.

Si bien es común identificar la importancia de la propiedad intelectual con mayor énfasis en los denominados *tech startups* o emprendimientos de base tecnológica, una estrategia de propiedad intelectual sólida y consistente deberá considerar todas las herramientas que el sistema provee en su aplicación a los aspectos relevantes de emprendimientos de cualquier naturaleza.

El valor de los derechos de propiedad intelectual se suele vislumbrar en la etapa inicial de diseño, validación y crecimiento de la *startup*, pero también resulta determinante en fases posteriores como medio para impedir su cierre o “muerte temprana”, ya que permite coadyuvar en su consolidación y enfrentar con mayor preparación o fortaleza aspectos cruciales en la vida de una *startup*, que suelen configurar causales recurrentes de fracaso.

Palabras clave: *startups*, propiedad intelectual, patentes, emprendimiento innovador, *tech startups*, *digital startups*, modelo de negocio disruptivo, desarrollo, consolidación, muerte temprana.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con maestría concluida en Derecho de la Empresa en la misma Universidad y estudios de especialización sobre propiedad intelectual en diversos organismos internacionales, entre ellos: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Oficina Europea de Patentes (OEP), la Oficina Coreana de Propiedad Intelectual (KIPO), la Oficina Canadiense de Propiedad Intelectual (CIPO), la Universidad de Georgetown en USA, entre otros. Experto en Regulación Sanitaria y Propiedad Intelectual, con énfasis en innovación, patentes y tecnología. Con más de 20 años de experiencia profesional en el campo de la Propiedad Industrial, tanto en el sector público como en el sector privado. Experiencia en docencia a nivel de pre y post grado, expositor regular en eventos nacionales e internacionales en temas de patentes, life sciences e innovación, habiendo participado como experto en patentes, diseños, variedades vegetales y conocimientos tradicionales, en los procesos de negociación e implementación de los Tratados de Libre Comercio con USA, Unión Europea, Corea, Japón, TPP, entre otros. Ocupó el cargo de Director de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi por más de 5 años (2008 a 2013) y actualmente es Socio Senior Director del Departamento de Patentes y Regulación Sanitaria del Estudio Muñiz. Abogado rankeado como experto en patentes por los principales directorios legales internacionales tales como Chambers & Partners, Leaders League, Legal 500, IAM Patent 1000, entre otros.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONDO
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

Introducción

Al momento de iniciar el proceso de implementación de algún negocio innovador y disruptivo e incluso cuando se toma la decisión de apostar por alguna *startup*, suelen priorizarse aspectos tales como la forma societaria en la que se organizará, la elección de los socios adecuados, los acuerdos vinculados a esta relación entre socios, la viabilidad del negocio, el financiamiento necesario para dar inicio a estas actividades, la asesoría o mentoría requerida, entre otros temas, sin considerar (por lo general) a la propiedad intelectual como un elemento a contemplar en este proceso.

Entre las múltiples aplicaciones y funciones de las diversas herramientas de la propiedad intelectual se puede constatar su utilidad también como medio para consolidar emprendimientos innovadores, por lo que recurrir a esta disciplina permitirá estar mejor preparados para enfrentar las dificultades propias de iniciativas de esta naturaleza.

Este artículo pretende mostrar el valor que tiene la propiedad intelectual en la estrategia y planificación de una *startup*, no solo en las etapas tempranas del desarrollo del emprendimiento, sino además en etapas más avanzadas como medio o motor que aporta a la continuidad y consolidación del negocio, reduciendo el riesgo de fracasos o prontas salidas del mercado.

1. Importancia de la propiedad intelectual en una *startup*

Como consecuencia del diseño e implementación de medidas concretas para la promoción de la innovación por parte del Estado en los últimos años, tales como la oferta de fondos concursables no reembolsables, capital semilla, incentivos tributarios para I+D+i, concursos y premios a la innovación, ferias y otros eventos tecnológicos especializados, así como la oferta cada vez más creciente de servicios de incubadoras y aceleradoras de negocios, fondos de inversión de capital de riesgo junto con la aparición de asesoría especializada en este campo, se ha despertado un interés particular por la creación y desarrollo de proyectos de innovación asociados a emprendimientos de alto impacto con mucho potencial de crecimiento y grandes expectativas de mercado.

No nos referimos a la creación de empresas tradicionales orientadas a la oferta de productos o servicios convencionales, sino al desarrollo de negocios nuevos de base tecnológica en los que la idea innovadora asociada a un producto o proceso, con un importante componente de tecnología, resulta ser el elemento esencial. Se trata de emprendimientos novedosos que irrumpen de manera súbita y logran posicionarse rápidamente en el mercado al ofrecer una propuesta innovadora que muestra enorme potencial de mercado.

La mayoría de veces son iniciativas individuales generadas por emprendedores jóvenes sobre la base de un único producto o proceso nuevo, otras veces son apuestas de equipos multidisciplinarios altamente comprometidos en el proyecto que suman sus conocimientos y experiencia, pero el elemento común es que en todos los casos se trata de emprendedores que muestran no solo capacidad creativa, sino además mucho ímpetu, altos niveles de motivación, decisión y una confianza total en las bondades de su innovación. Si a estas virtudes se suman ciertas habilidades empresariales y conocimiento del mercado al que se orientan, se cree tener avanzado gran parte del camino.

Sin embargo, en este contexto, dada la naturaleza de las *startups* como emprendimientos innovadores, reviste tanta o mayor importancia priorizar no solo la forma y estructura corporativa que tendrá la empresa, junto con los valores anteriormente señalados, sino además asegurar desde el inicio la adecuada protección de la propiedad intelectual sobre la invención o creación que sustenta y da vida a la iniciativa empresarial, o sobre los elementos particulares que abonan en el carácter único y novedoso de la propuesta de negocio².

2 “Otro factor que hace llamativo este tipo de negocio es que su bien más valioso es su Propiedad Intelectual, por tanto su protección adecuada es fundamental, pues en su gran mayoría las compañías startup se dedican a desarrollar tecnologías”. Osma Peralta, Sarah. ¿Por qué proteger la Propiedad Intelectual de la Startups? Universidad Externado de Colombia, 20 de febrero de 2013. En: <https://propintel.uexternado.edu.co/por-que-proteger-la-propiedad-intelectual-de-la-startups/> visitado el 21 de febrero de 2019.

2. Estrategia de propiedad intelectual orientada a la naturaleza y necesidades de un emprendimiento innovador

Por ello, una estrategia afinada y muy bien pensada en materia de propiedad intelectual que garantice la titularidad y, por ende, la exclusividad del activo intangible, sea de naturaleza tecnológica o no, deberá ser el punto de partida en cualquier análisis sobre la viabilidad y funcionamiento de una *startup*.

Esta estrategia deberá considerar la identificación concreta y alcances del intangible a proteger, la modalidad o vía de protección que mejor se ajuste al caso particular (patente de invención, modelo de utilidad, marca, secreto empresarial, diseño industrial, derecho de autor), los potenciales mercados y por ende la extensión de esta protección (nacional, regional, internacional), así como la administración, vigilancia y defensa de estos derechos. En suma, la estrategia de propiedad intelectual deberá buscar dar respuesta de manera asertiva a las siguientes preguntas: ¿qué proteger?, ¿cómo proteger?, ¿para qué proteger? y ¿dónde proteger? a la luz de los intereses y necesidades de la empresa de base tecnológica a desarrollar.

En el caso de una *startup*, la definición y planificación de protección de la propiedad intelectual, tan necesaria por los argumentos que ya hemos expuesto, exige la utilización del sistema sobre la base de la naturaleza, necesidades y prioridades de esta clase de emprendimientos, lo que significa hacer alinear los criterios de oportunidad e inmediatez, con una muy bien orientada identificación de la materia objeto de protección, en un contexto -por lo general- de recursos limitados.

Tratándose de modelos de negocio de muy rápido crecimiento y pronta implantación en el mercado, los tiempos de respuesta deberán ser también muy rápidos, debiendo elegirse de manera adecuada las herramientas de propiedad intelectual que más se ajusten a esta necesidad. Es probable que en un primer momento no sea posible construir un portafolio de propiedad intelectual muy amplio, siendo necesario priorizar en los elementos o modalidades que garanticen un rápido lanzamiento al mercado con la protección debida. Luego, en una etapa de mayor maduración, podrá ser posible complementar la estrategia con una protección defensiva y asegurar los aspectos conexos al negocio con las actualizaciones y ajustes que sean necesarios como consecuencia de las constantes mejoras y perfeccionamientos propios del proceso de evolución de estas iniciativas empresariales.

Es claro que en los casos de *digital startups* cobrará suma relevancia la disciplina del derecho de autor como elemento a considerar para una adecuada protección del objeto (*software*) en el que se plasma la innovación, mientras que las iniciativas consideradas como *tech startups* se acercarán más a las patentes para encontrar una adecuada y justa salvaguarda a la creación técnica sobre la que se desarrolla el emprendimiento de base tecnológica. En todos los casos, los secretos empresariales, los diseños industriales y, en especial, las marcas, constituyen herramientas de gran valor a considerar en una estrategia integral en materia de propiedad intelectual.

Tratándose de empresas con potencial de rápido crecimiento, creadas sobre la base de un producto o proceso innovador con gran impacto en el mercado, es muy probable que el emprendimiento no pase desapercibido y, por el contrario, sea objeto de intentos de copia, imitación o esfuerzos por replicar la innovación que materializa esta idea de negocio, lo que puede traer abajo la implementación y escalamiento del emprendimiento innovador.

En este escenario cobran vital relevancia las herramientas de propiedad intelectual, en especial las patentes, a manera de candado que permite bloquear cualquier intento de aprovechamiento de los esfuerzos innovadores de los creadores y gestores de un *startup*. En efecto, la patente funciona como un claro mandato de no hacer dirigido al mercado, a través del cual se informa no solo sobre la identidad del titular de la tecnología (y por ende del emprendimiento tecnológico), sino además sobre la imposibilidad de acceder a ella sin contar con su autorización, sujeto a sanción.

Pero la importancia de las patentes, y demás herramientas de la propiedad intelectual, en estos emprendimientos no se agota en impedir que los competidores accedan a la innovación que la sustenta, sino también permite generar valor como activo intangible, apalancar financiamiento, obtener exclusividad de mercados, facilita la búsqueda de socios/inversionistas, genera una mejor posición de venta y consolida el crecimiento de la empresa de base tecnológica desde su esencia misma.

El alto riesgo que implica la apuesta por una iniciativa empresarial basada en innovación o tecnología encuentra su punto de equilibrio si se activan de manera inteligente los mecanismos de protección que la propiedad intelectual provee, lo que permite magnificar la recompensa que este tipo de emprendimientos aporta.

Bien utilizadas, las herramientas de la propiedad intelectual constituyen un aliado en el proceso de desarrollo e implantación de una *startup*; se convierten en realidad en uno de los aspectos de necesaria atención desde el inicio del proyecto empresarial, constituyéndose en muchos casos en el medio a través del cual se logra convertir a un innovador en un emprendedor, a una creación intelectual en activo intangible, a una buena idea en una empresa exitosa.

3. Relevancia de la propiedad intelectual para evitar la “muerte temprana” de una *startup*

Pero la propiedad intelectual no solo cobra relevancia en la etapa inicial de desarrollo de una *startup*, siendo posible verificar su valor también como medio que permite evitar su fracaso o muerte anticipada, consecuencia de los riesgos y dificultades propias de esta clase de emprendimientos.

En efecto, es conocido que el ecosistema en el que se mueven las *startups* no es el más propicio para asegurar su éxito en el mercado, llegándose a estimar que un número muy reducido del universo de emprendimientos que se crean cada año logran superar las etapas de validación, escalamiento e ingreso exitoso al mercado. Lamentablemente, la gran mayoría de *startups* sucumben antes las adversidades que se presentan en todo este proceso y no logran consolidarse en el mercado a pesar del valor o potencial del negocio innovador propuesto.

El esfuerzo desplegado por la oferta cada vez más creciente de incubadoras y aceleradoras de negocios existentes en el mercado no ha sido suficiente para detener y revertir esta realidad.

Se dice que en Latinoamérica solo el 10% de *startups* logran alcanzar los tres años de vida³, aunque lamentablemente esta cifra se muestra mucho más desalentadora si nos concentramos solo en el Perú.⁴

Entre las principales razones que se exponen como causa de “muerte temprana” de una *startup* se suelen citar de manera recurrente y común tres situaciones/errores que resaltamos a continuación⁵:

Dificultad para diferenciarse o encontrar un nicho: resulta fundamental no dejar de mirar siempre al mercado, en particular a las necesidades insatisfechas del potencial consumidor/cliente y ofrecerle una solución original que aporte valor y sea percibida no solo como una propuesta distinta a las existentes, sino además como la mejor o más eficiente alternativa para atender una demanda no cubierta.

Un error común es creer tener una propuesta claramente diferenciada cuando en realidad se trata de diferencias menores o sutiles respecto a las propuestas existentes en el mercado; la diferenciación debe encontrar cauce final en el propio modelo de negocio disruptivo a explorar. En otros casos se presta mucha atención a implementar negocios con diferencias marcadas y reales respecto a las propuestas existentes, pero que han sido modeladas sin atender a una necesidad o demanda de mercado.

3 “Queda políticamente incorrecto decirlo pero la mayoría de startups fracasan y mueren al cabo de poco tiempo de haber sido creadas e incluso habiendo levantado rondas de financiación elevadas. La realidad y las estadísticas dicen que el 90% de las startups cierran al cabo de, aproximadamente, 20 meses de creación”. En: ¿Por qué muere una startup? Conector <https://www.conector.com/por-que-muere-una-startup/> visitado el 01 de febrero de 2019.

“Las startups que se crean no superan los tres años de vida. En concreto, tan solo una de cada diez empresas sigue funcionando pasados tres años” VERA HERVÁS, Lucía. “Nueve de cada diez startups no llegan a los tres años de vida”. En: CincoDías suplemento de El País, 14 de julio de 2015.

4 “Alrededor de 200 mil startups (empresa innovadora) se crean en el Perú cada año. Sin embargo, el 90% de estas no sobreviven más de un año”. En: Diario Gestión, 10 de enero de 2017.

5 Para mayor información sobre este tema, una buena referencia a consultar es la investigación realizada por CBINSIGHTS titulada “The Top 20 Reasons Startups Fail” del 02 de febrero del 2018, estudio realizado sobre evidencia de 101 startups que fracasaron. Se puede encontrar en: <https://www.cbinsights.com/research/startup-failure-reasons-top/>

En este escenario, la propiedad intelectual puede servir como una herramienta crucial en el objetivo de apoyar en la diferenciación del emprendimiento, sea en la constatación de los elementos propios y particulares del modelo de negocio que puedan ser protegidos a través de marcas, patentes o diseños, como en el análisis del estado del arte que permite contar con información sobre las propuestas más cercanas ya desarrolladas y sus limitaciones.

Por ello, un emprendimiento innovador que haya hecho uso adecuado de la propiedad intelectual estará mejor preparado para enfrentar esta necesidad de diferenciación con mirada al mercado y a las necesidades de los potenciales clientes.

Falta de financiamiento: razón de sobra conocida que resulta determinante en la continuidad de un emprendimiento disruptivo; en realidad es muy común escuchar como argumento desencadenante del fracaso de una *startup* la dificultad para acceder a fondos que permitan financiar su desarrollo, consolidación y crecimiento.

Si bien existen algunos programas del Estado que permiten aportar fondos no reembolsables a manera de capital semilla, resultan insuficientes a fin de cubrir las necesidades de capital de las *startups* en todas sus etapas de desarrollo, más aún cuando la “oferta” de financiamiento para esta clase de emprendimientos en el Perú no ha alcanzado la madurez ni el nivel de desarrollo demandado.

Por ello, las iniciativas empresariales que no cuentan con recursos propios o facilidad para acceder a inversionistas, suelen estar condenadas a sumar en estas estadísticas negativas de *startups* que se quedan como buenas ideas de negocio, y solo en eso.

Dada la función de la propiedad intelectual de encapsular activos intangibles para convertirlos en bienes/derechos transables y, por ende, susceptibles de ser objeto de relaciones comerciales, se puede verificar la relevancia de estas herramientas como generadoras de valor, facilitando procesos de apalancamiento de capital, sea de manera directa por su propio valor medible en el mercado, como de manera indirecta como medio de respaldo o garantía.

De esta manera, contar con derechos de propiedad intelectual debidamente protegidos y estructurados podría servir como un medio que permita facilitar procesos de financiamiento u obtención de recursos para el despegue del negocio innovador asociado a dichos activos intangibles.

Ausencia de un plan de negocios: Esta razón, aunque atiende más a aspectos organizativos, de gestión, orientación y planificación, lamentablemente es uno de los factores más recurrentes en el análisis de causas de cierre de *startups* en periodos muy tempranos de su desarrollo.

Considerando que el valor de las *startups* está precisamente en el ofrecimiento de un modelo de negocio innovador y disruptivo, se vislumbra de manera natural las respuestas a las interrogantes sobre la no continuidad de estos emprendimientos en un escenario de ausencia o severas deficiencias en el plan de negocios.

Elaborar una adecuada estrategia de propiedad intelectual, vinculada y comprometida de manera cercana con la naturaleza, necesidades y características propias del modelo de negocio constitutivo de la *startup*, significará no solo conseguir una protección en exclusividad para los elementos propios de emprendimiento, sino además conducirá a que se perfile y defina necesariamente un plan de negocios para la empresa misma, ya que sin esta constatación no será posible prosperar en una sólida estrategia de propiedad intelectual.

De esta manera, es lógico deducir que la existencia de una estrategia de propiedad intelectual debidamente estructurada supondrá, por lo general, la preexistencia de algún ejercicio de planificación asociado al modelo de negocio que sustente a la *startup*, lo que aminora el riesgo de cierre o fracaso por ausencia de plan.

De la revisión de tres de las razones más importantes que suelen explicar la no continuidad de una *startup*, resulta claro el beneficio que la propiedad intelectual puede aportar en esta clase de emprendimientos, no solo en un estadio inicial de validación y escalamiento, sino también en el momento cumbre de su desarrollo, consolidación y permanencia en el mercado.

Acompañar la difícil apuesta por un emprendimiento innovador y disruptivo con la protección que las herramientas de propiedad intelectual otorgan, permitirá no solo generar valor y consolidar la posición en el mercado de la *startup*, sino además incrementar sus probabilidades de éxito.

Conclusiones

Considerando la naturaleza particular de las *startups* como emprendimientos basados en un modelo de negocio innovador y disruptivo se verifica la importancia de acudir a la protección de la propiedad intelectual sobre la invención o creación que sustenta y da vida a la iniciativa empresarial o sobre los elementos particulares que abonan en el carácter único y novedoso de la propuesta de negocio.

Para ello, será necesario que se desarrolle una estrategia de propiedad intelectual muy afinada que considere la especial naturaleza, objeto, necesidades y prioridades de esta clase de emprendimientos.

Por lo general, tratándose de *digital startups* (por ejemplo, *apps* o negocios a partir del uso de las TIC) será el derecho de autor el elemento de propiedad intelectual a recurrir en primera instancia para una adecuada protección del objeto (*software*) en el que se manifiesta la innovación. En el caso de *tech startups* (emprendimientos de base tecnológica) se recurrirá sin duda a las patentes para proteger el producto o proceso de naturaleza técnica sobre el que se sustenta el emprendimiento. En todos los casos, los secretos empresariales, los diseños industriales y, en especial, las marcas, constituyen herramientas de gran valor a considerar en una estrategia integral en materia de propiedad intelectual.

En el contexto de alto riesgo en el que se desenvuelven las iniciativas empresariales basadas en innovación, activar de manera eficiente los mecanismos de protección que la propiedad intelectual permite afirmar el camino y magnificar la recompensa que este tipo de emprendimientos aporta.

La propiedad intelectual no solo cobra relevancia en la etapa inicial de diseño y validación de una *startup*, ya que resulta posible verificar su valor también en etapas posteriores de su vida y desarrollo como medio que permite evitar su fracaso o “muerte anticipada”.

En efecto, realizado el ejercicio de análisis de tres razones o causas importantes que suelen explicar la no continuidad de una *startup* (dificultad para diferenciarse, falta de financiamiento y ausencia de plan de negocios), resulta claro el beneficio que la propiedad intelectual puede aportar en esta clase de emprendimientos, en el momento cumbre de su desarrollo, consolidación y permanencia en el mercado.

Bibliografía

- CBINSIGHTS “The Top 20 Reasons Startups Fail” Research Brief, 02 de febrero del 2018. En: <https://www.cbinsights.com/research/startup-failure-reasons-top/> visitado el 01 de febrero de 2019.
- CONECTOR “¿Por qué muere una startup?” En: <https://www.conector.com/por-que-muere-una-startup/> visitado el 01 de febrero de 2019.
- OSMA PERALTA, Sarah. ¿Por qué proteger la Propiedad Intelectual de la Startups? Universidad Externado de Colombia, 20 de febrero de 2013. En: <https://propintel.uexternado.edu.co/por-que-proteger-la-propiedad-intelectual-de-la-startups/> visitado el 21 de febrero de 2019.
- VERA HERVÁS, Lucía. “Nueve de cada diez startus no llegan a los tres años de vida”. En: CincoDías suplemento de El País, 14 de julio de 2015.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONIG
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

LA TRIBUTACIÓN: UN ASPECTO A TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE ESTABLECER UNA STARTUP



LA TRIBUTACIÓN: UN ASPECTO A TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE ESTABLECER UNA *STARTUP*

Luis García Romero¹

Sumario: Introducción. 1. La importancia de la contabilidad para los emprendedores. 2. Regímenes tributarios para emprendedores. 3. ¿Cómo elegir el régimen tributario adecuado? 4. Obligaciones formales a tomar en cuenta. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En la presente sección desarrollaremos los aspectos tributarios más relevantes que deberán ser considerados por los emprendedores al momento de establecer estas nuevas formas de desarrollo empresarial tecnológico, a las cuales se les ha denominado *startups*. Entre dichos aspectos relevantes describiremos la importancia de mantener una contabilidad ordenada, los regímenes tributarios a los cuales podrán acceder, cómo escoger el más adecuado para cada uno y, por último, cuáles son las obligaciones tributarias formales que toda empresa emergente debe tomar en cuenta al momento de empezar a desarrollar sus actividades comerciales.

Palabras clave: *startups*, contabilidad, regímenes tributarios, actividades económicas, formalidad, crecimiento, impuestos, libros contables, Administración Tributaria.

Introducción

Desde hace algunos años es común escuchar sobre diversos emprendimientos empresariales vinculados a desarrollos tecnológicos (denominados *startup*). En los últimos años las startups han irrumpido en el mercado generando un crecimiento exponencial, sin embargo, lo que en principio podría generar una gran expectativa para el empresario emprendedor, muchas veces podría terminar siendo un dolor de cabeza al enfrentar a los avatares de la formalidad, entre ellos, los tributarios.

En efecto, hoy es imposible pensar en un negocio exitoso o con cierta proyección si no tomamos en cuenta las obligaciones tributarias. Es por ello que cualquier emprendedor debe tomar en consideración que más allá del tipo de empresa por el que opte (negocio independiente o sociedad anónima, en cualquiera de sus formas), en todos los casos tendrá que sujetarse a los regímenes tributarios existentes y cumplir con las formalidades que ellos imponen.

Como consecuencia de ello, se ha considerado necesario describir los aspectos más relevantes a tomar en cuenta al

¹ Socio Senior del área de Derecho Tributario, egresado de la maestría en tributación y política fiscal de la Universidad de Lima, con especialización en derecho tributario internacional por la Universidad de Austral – Argentina y Post título en Regulación de Servicios Públicos Osinerg – Universidad del Pacífico. Ha sido catedrático en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, profesor de Post Título de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad ESAN. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario – IPDT. Cuenta con gran experiencia en consultoría y fiscalización tributaria, se caracteriza por tener una visión global de los negocios, abarcando las áreas de especialización tributaria y corporativa. Asesora a diversas compañías locales y transnacionales del sector pesquero, automotriz, real estate, retail, alimentos y bebidas, entre otros.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONDO
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

momento de que el empresario emprendedor decida establecer una startup, puesto que como se mencionó no es posible considerar dar inicio a una nueva actividad empresarial a través de una startup sin tomar en cuenta las obligaciones tributarias.

1. La importancia de la contabilidad para los emprendedores

La decisión de emprender un nuevo negocio no solo acarrea una serie de aspectos comerciales o financieros; sino que también conlleva a tomar conciencia que existirán un cúmulo de responsabilidades y obligaciones, entre las que se encuentran las de carácter contable y tributario.

En esa línea, lo primero que se debe asimilar es que el incorporarse al sistema tributario no solamente implica la obligación de pagar tributos, sino también tener una contabilidad ordenada que permita cumplir con las exigencias formales que en nuestro país son muchas.

Asimismo, el llevar una contabilidad ordenada no se agota con tener los libros y registros contables exigidos con la única finalidad de cumplir con la legislación vigente, sino tomar conciencia que es la contabilidad la que permitirá identificar y transmitir el estado de la empresa a terceros. Al referirnos a terceros, queremos precisar que no solo hacemos referencia a la Administración Tributaria u otras entidades del estado, sino a posibles inversionistas o compradores.

En esa línea, es importante que las empresas consideren que el contratar un buen contador es una inversión y de ninguna manera un gasto. Insistimos en que si bien el emprendimiento empresarial debe ser atractivo a nivel comercial también debe serlo a nivel financiero, lo que se refleja a través de su contabilidad.

2. Regímenes tributarios para emprendedores

Hace varios años, con la finalidad de simplificar el acceso a la formalidad, además del régimen general en el que se encuentran todas las grandes empresas, se establecieron dos regímenes tributarios especiales denominados Régimen Especial del Impuesto a la Renta (RER) y Nuevo Régimen Único Simplificado (NRUS). Lamentablemente, los referidos regímenes no siempre han sido una solución, pues presentan una serie de restricciones que, por ejemplo, limitan el acceso a determinados tipos de negocios y tienen limitaciones a la inversión.

Siendo el Estado consciente de las referidas limitaciones y del alto grado de informalidad existente, en el año 2017 entró en vigencia la norma que creó el denominado régimen MYPE tributario, el cual resulta ser algo más atractivo, pues si bien implica llevar una contabilidad, la misma puede ser más simple y otorga la posibilidad de acceder a una menor tasa de impuesto a la renta, al menos por el primer tramo de ingresos.

En buena cuenta, los contribuyentes tienen la posibilidad de acceder a cualquier de estos cuatro regímenes mencionados, los cuales deberán ser cuidadosamente seleccionados dependiendo del giro del negocio de la empresa y su proyección. A continuación, procederemos a comentar brevemente las principales características de cada uno de los regímenes tributarios, distintos al régimen general.

Claro está que, en cualquier caso, un emprendedor además de los tres regímenes que analizaremos a continuación, podría también optar, desde un inicio, por empezar en el régimen general. Esta decisión estará estrechamente vinculada al emprendimiento y a la proyección del mismo.

2.1. Régimen Especial del Impuesto a la Renta (RER)

Este régimen tributario se encuentra dirigido a personas naturales y jurídicas, sucesiones indivisas y sociedades conyugales domiciliadas en el país que obtengan rentas de naturaleza empresarial o de negocio.

- Podrán acogerse al régimen en mención aquellos negocios que realicen las siguientes actividades²:

² Artículo 117 de la Ley del Impuesto a la Renta.



- Actividades de comercio o industria: entre ellas las actividades extractivas (minería y pesquería), industriales (transformación de productos primarios), comercio (venta de bienes que adquieran, produzcan o manufacturen), agropecuarias (cría de animales y cultivo de plantas).
 - Actividades de servicios: cualquier otra actividad no señalada en el punto anterior.
- No podrán acogerse al presente régimen las personas que incurran en cualquiera de los siguientes supuestos:
 - Cuando en el transcurso de cada ejercicio gravable el monto de sus ingresos netos supere los S/ 525 000.
 - El valor de los activos fijos afectados a la actividad, con excepción de los predios y vehículos, supere los S/ 126 000.
 - Desarrolle sus actividades con personal afecto a la actividad mayor a 10 personas.
 - Asimismo, existen algunas actividades, especialmente de servicios, que no se permiten en este régimen: contratos de construcción, transporte de carga de mercancías, organización de espectáculos públicos, titulares de agencias de viaje o publicidad, actividades de médicos y odontólogos, actividades veterinarias, jurídicas, de contabilidad, auditoría, asesoramiento en impuestos, empresarial técnico y de gestión, actividades informáticas, arquitectura, ingeniería, entre otros.
 - Los comprobantes de pago permitidos son las facturas, boletas de venta y tickets de máquina registradora.
 - Solo se encuentran obligados a llevar dos registros contables: registro de compras y registro de ventas que se llevan en forma impresa o electrónica. Los libros de formato impreso se legalizan antes de su uso.
 - No están obligados a presentar declaraciones anuales, solo declaraciones mensuales del impuesto a la renta.
 - Por concepto del impuesto a la renta, la empresa deberá pagar una cuota del 1.5% sobre sus ingresos netos mensuales y por concepto del impuesto general a las ventas (IGV) se pagará el 18% sobre las ventas del mes, con deducción del IGV pagado en las compras.

Como se puede apreciar, el RER ofrece una serie de ventajas para las empresas nuevas, pues tiene como principal obligación abonar el 1,5% de los ingresos netos mensuales por impuesto a la renta, teniendo dicho pago carácter cancelatorio (definitivo); esto implica que no requiere pago de regularización al cierre del ejercicio, no existen los anticipos a cuenta y no necesita contabilidad completa.

En esa línea el RER siempre es una alternativa, sin embargo, resulta fundamental analizar a detalle las actividades económicas excluidas, así como los límites vinculados a activos e ingresos.

2.2. Nuevo Régimen Único Simplificado (RUS)

Este régimen se encuentra dirigido a los pequeños negocios, y es el más adecuado para quienes venden sus bienes o prestan servicios a consumidores o usuarios finales.³

- Podrán acogerse al presente régimen las personas naturales y sucesiones indivisas que obtengan rentas por la realización de actividades empresariales.
- No podrán acogerse al presente régimen las personas que incurran en cualquiera de los siguientes supuestos:⁴
 - Cuando en el transcurso de cada año el monto de sus ventas o de sus compras supere los S/ 96 000, o cuando en algún mes tales ingresos o adquisiciones excedan el límite permitido para la categoría más alta de este régimen.
 - Realicen sus actividades en más de una unidad de explotación, sea esta de su propiedad o la explote bajo cualquier forma de posesión.

³ Artículo 2 del Decreto Legislativo No. 937 que crea el Nuevo Régimen Único Simplificado.

⁴ Artículo 3 del Decreto Legislativo No. 937 que crea el Nuevo Régimen Único Simplificado.

- El valor de los activos fijos afectados a la actividad con excepción de los predios y vehículos supere los S/ 70 000.
- Asimismo, existen algunas actividades que no pueden desarrollarse en este régimen, tales como el servicio de transporte de carga, el servicio de transporte terrestre nacional o internacional de pasajeros, la organización de espectáculos públicos, los titulares de agencias de viaje y publicidad, entre otras.
- No se encuentran obligados a llevar registros contables.
- Solo pueden emitir boletas de venta y tickets de máquina registradora.
- No están obligados a presentar declaraciones juradas ni mensuales.
- Cada contribuyente deberá pagar la cuota mensual según los montos mínimos y máximos de ingresos brutos y de adquisiciones mensuales.

CATEGORÍA	INGRESOS BRUTOS O ADQUISICIONES MENSUALES	CUOTA MENSUAL EN S/.
1	HASTA S/. 5,000	20
2	MÁS DE S/. 5,000 HASTA S/.8,000	50

Si bien el RUS es un régimen verdaderamente simplificado, como su nombre lo dice, y probablemente ni siquiera exija tener un contador, sino que el propio empresario podría cumplir con las obligaciones tributarias; tiene como principal limitación, además de los montos y actividades, que los contribuyentes adscritos a este régimen no pueden emitir facturas, lo que limita su posibilidad de tener como clientes a empresas, estando restringido a consumidores finales.

En efecto, si bien la ley del impuesto a la renta permite a las empresas tomar como gasto deducible determinadas operaciones sustentadas con boletas emitidas por contribuyentes registrados en el RUS, dicha deducción tiene límites.

2.3. Régimen MYPE tributario (MYPE)

Este régimen fue creado especialmente para las micro y pequeñas empresas con la finalidad de promover su crecimiento al brindarles condiciones más simples y favorables para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

- Comprende a personas naturales y jurídicas, sucesiones indivisas y sociedades conyugales, las asociaciones de hecho de profesionales y similares que obtengan rentas de tercera categoría, domiciliadas en el país cuyos ingresos netos no superen las 1 700 UIT en el ejercicio gravable.⁵
- No podrán acogerse al presente régimen las personas que incurran en cualquiera de los siguientes supuestos⁶:
 - Quienes tengan vinculación directa o indirecta en función al capital con otras personas naturales o jurídicas y cuyos ingresos netos anuales en conjunto superen 1 700 UIT.
 - Sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas constituidas en el exterior.
- No tiene restricciones por actividades.
- Pueden emitir todo tipo de comprobantes de pago.
- Se encuentran obligados a llevar libros contables de acuerdo a sus ingresos:
 - Contribuyentes con ingresos netos anuales hasta 300 UIT: registro de ventas, registro de compras y libro diario de formato simplificado.
 - Contribuyentes con ingresos netos anuales superiores a 300 UIT: Los libros y registros contables que integran la

⁵ Artículo 1 del Decreto Legislativo No. 1269 que crea el Régimen MYPE tributario del Impuesto a la Renta.

⁶ Artículo 3 del Decreto Legislativo No. 1269 que crea el Régimen MYPE tributario del Impuesto a la Renta.



contabilidad completa.

- Se encuentran obligados a presentar declaraciones mensuales y anual del impuesto a la renta.
- Deberán realizar los pagos a cuenta mensuales del impuesto a la renta, conforme al siguiente criterio:

INGRESOS NETOS ANUALES	PAGOS A CUENTA
HASTA 300 UIT	1%
> 300 HASTA 1700 UIT	COEFICIENTE O 1.5%

- Por último, se deberá presentar la declaración jurada anual para determinar el impuesto a la renta, de acuerdo a las siguientes tasas progresivas:

RENTA NETA ANUAL	TASAS
Hasta 15 UIT	10%
Más de 15 UIT	29.50%

Como se puede apreciar, el MYPE es un régimen bastante parecido al régimen general, con la ventajosa diferencia de tener una tasa reducida de impuesto a la renta, la misma que después se iguala a la del régimen general cuando la empresa empieza a generar mayor renta.

Mediante este régimen el gobierno pretendió ampliar la base de contribuyentes, sin embargo, según las cifras de la propia Administración Tributaria no ha conseguido el objetivo esperado, pero es una buena alternativa para empresas que inician sus actividades.

3. ¿Cómo elegir el régimen tributario adecuado?

Debemos partir de la premisa que no existe un régimen bueno o malo per se, sino más bien adecuado o inadecuado dependiendo el tipo de negocio, nivel de ingresos, publico objetivo, entre otros.

Como se ha mencionado líneas arriba, al momento de escoger el régimen tributario que cumpla con nuestras expectativas de negocio y proyecciones debemos ser cuidadosos con evaluar una serie de características de nuestro negocio y para ello será necesario tener muy claro el tipo de bien o servicio que se pretende ofrecer a los clientes.

En tal sentido, para escoger el régimen tributario más favorable los emprendedores deberán evaluar el tipo de actividad que pretende desarrollar, esto en la medida que existen determinadas actividades que no pueden acogerse al NRUS o al RER.

Asimismo, se podría realizar una proyección de la cantidad de ingresos que tendría referida actividad en los primeros años, con la finalidad de poder optar por un régimen tributario más flexible.

4. Obligaciones formales a tomar en cuenta

4.1. Inscripción al RUC

La primera obligación formal que los emprendedores deberán tomar en cuenta al momento de establecer una startup en el mercado será decidir si el negocio se llevará a cabo como una persona natural con negocio o una persona jurídica a través de las distintas formas societarias existentes.

Si bien, independientemente de la forma como se piense llevar el negocio, es necesario inscribirse en el RUC (Registro Único de Contribuyentes), los requisitos e implicancias fiscales varían dependiendo la decisión adoptada sobre la forma

de llevar el negocio (como persona individual con negocio o como una persona jurídica).

Ahora bien, ¿qué es el RUC? Este registro único de contribuyentes es aquel que permite identificar a los contribuyentes a través de un número de 11 dígitos que es asignado por la Sunat. Además, dicho registro contiene la información necesaria, tal como nombre o razón social, domicilio fiscal, actividad a la cual se dedica, entre otros.

Como se mencionó, es necesario que aquellos que pretendan establecer una startup, tengan en cuenta qué tipo de empresa pretende crear y con ello que requisitos necesitará cumplir para poder acceder al RUC.

- Persona individual con negocio⁷
 - DNI original
 - Para acreditar el domicilio fiscal se puede utilizar la dirección declarada en el DNI o si la dirección que se piensa registrar no es la misma que aparece en el DNI, se deberá presentar cualquier documento privado o público en el que conste la dirección del domicilio fiscal que se declara.
- Persona jurídica⁸
 - DNI original del representante legal.
 - Original y copia de la ficha o partida electrónica certificada emitida por Registros Públicos (Sunarp), con una antigüedad no mayor a 30 días calendario.
 - Cualquier documento privado o público en el que conste la dirección que necesites declarar como domicilio fiscal.

4.2. Declaración de impuestos

Es común escuchar que los empresarios, no especialistas en temas tributarios, esbozan cierta tranquilidad al afirmar que no tienen problemas tributarios pues cumplen con el pago de sus tributos.

Lamentablemente, en un sistema tributario que privilegia, en muchas ocasiones, la forma sobre el fondo, es fundamental no solo pagar tributos, sino cumplir de forma rigurosa con todas las obligaciones formales, que, en Perú, son muchas.

En efecto, como contribuyentes tenemos dos tipos de obligaciones, una material, que implica el efectivo pago de impuestos, y una serie de obligaciones formales, entre las que se encuentra cumplir con la presentación de las declaraciones juradas en la forma y plazos previstos por las normas.

Como se ha mencionado en los párrafos precedentes, las obligaciones formales varían dependiendo el régimen tributario elegido.

Por citar algunos ejemplos, si el contribuyente optó por el NRUS no se encontrará obligado a presentar ninguna declaración formal para cumplir con el pago de sus impuestos, solo deberá seguir lo mencionado en el punto dos del presente artículo. Mientras que para los demás regímenes tributarios (RER, RMYPE y Régimen General) si se deberá presentar las diferentes declaraciones juradas para poder cumplir con el pago de sus tributos.

4.3. Comprobantes de pago y libros contables

Como parte de las obligaciones formales a las que hemos hecho referencia en el numeral anterior están las de llevar los libros contables, ahora en su mayoría electrónicos, así como emitir los comprobantes de pago de acuerdo a las formas reguladas.

Es común ver, en diversas revisiones tributarias, que la Sunat impone una serie de multas por hechos aparentemente menores, tales como no tener legalizado un libro contable, no haberlo presentado virtualmente en el formato correcto o no emitir los comprobantes de pago cumpliendo los requisitos mínimos para su validez.

En esa línea, aquellas personas que decidan sumergirse en el mundo de los negocios a través de una startup, deberán

⁷ Número de orden 1, Decreto Supremo No. 412-2017-EF

⁸ Ibidem.

tomar consideración que cumplir con las obligaciones tributarias, no solamente implica realizar el pago de impuestos, sino también cumplir con las formalidades establecidas para el llevado de la contabilidad, de los libros contables y la emisión y archivo de comprobantes de pago.

Conclusiones

Indudablemente, el nacimiento de nuevas empresas de desarrollo tecnológico, denominadas startup, ha significado un crecimiento en la actividad empresarial, lo cual ha conllevado a que muchos emprendedores decidan establecer estos emprendimientos empresariales con ideas innovadoras y prácticas.

Sin embargo, aquellos que decidan iniciar una startup, deberán tener en cuenta que la referida aventura empresarial los obliga no solamente a hacer viable su negocio desde una perspectiva tecnológica y comercial, sino también a preocuparse por los aspectos contables y tributarios de la nueva empresa.

Este esfuerzo por mantener la empresa ordenada, cumpliendo con los estándares tributarios exigidos, debe ser visto como una inversión que añade valor al negocio, y cuyos frutos se pueden ver reflejados en la atracción de nuevos inversionistas y, quién sabe más adelante, un posible comprador.

No se debe olvidar que es parte de la esencia de una startup la búsqueda continua de inversores ángeles o mecenas empresariales, que, sin lugar a dudas, optarán por invertir su dinero no solamente en una idea innovadora y con potencial, sino también en un vehículo seguro, ordenado y que le permita fiscalizar con facilidad su inversión.

Por tanto, sin importar el modelo societario elegido, la recomendación para aquellos emprendedores que aspiren a tener una gran empresa o una empresa que pueda atraer futuras inversiones es asesorarse de forma permanente e incluso antes de iniciar una nueva aventura empresarial.

Bibliografía

- Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo n.º 179-2004-EF. En <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/fdetalle.pdf>, visitado el 14 de enero de 2021.
- Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo n.º 122-94-EF. En: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic3_per_ds122.pdf, visitado el 14 de enero de 2021.
- Texto Único de Procedimientos Administrativos Sunat aprobado por Decreto Supremo n.º 412-2017-EF. En: <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/tupa/2017/DS-412-2017-EF.pdf>, visitado el 14 de enero de 2021.
- Ley del Registro Único de Contribuyentes, aprobada por Decreto Legislativo n.º 943. En: <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/ruc/fdetalle.htm>, visitado el 14 de enero de 2021.
- Disposiciones Reglamentarias del Decreto Legislativo No.943 que aprobó la Ley del Registro Único de Contribuyentes, Resolución de Superintendencia n.º 210-20014/ SUNAT. En: <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/superin/2004/210.htm>, visitado el 14 de enero de 2021.
- Texto del Nuevo Régimen Único Simplificado, aprobado por Decreto Legislativo n.º 937. En: <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/rus/index.html>, visitado el 14 de enero de 2021.
- Decreto Legislativo n.º 1269 que crea el Régimen MYPE Tributario del Impuesto a la Renta. En: <https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-legislativo/15117-decreto-legislativo-n-1269/file>, visitado el 14 de enero de 2021.
- Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1269 que crea el Régimen MYPE Tributario del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo No. 403-2016-EF. En: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/255164/229264_file20181218-16260-1gjeaio.pdf, visitado el 14 de enero de 2021.

¿CUÁL ES EL MEJOR TIPO DE
CONTRATO PARA MI STARTUP?
¿CÓMO CONTRATAR Y NO
DESNATURALIZAR EN EL INTENTO?



¿CUÁL ES EL MEJOR TIPO DE CONTRATO PARA MI *STARTUP*? CÓMO CONTRATAR Y NO DESNATURALIZAR EN EL INTENTO

LLM. José Manuel Angulo Jugo¹

Sumario: Introducción. 1. La contratación laboral en el Perú. 2. Sobre la desnaturalización. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Las startups son emprendimientos que permiten llevar al mercado nuevos productos o servicios basados en descubrimientos científicos o en nuevas aplicaciones de conocimientos existentes, creando así nuevos mercados y soluciones novedosas a problemas emergentes o no comunes o tradicionales. En ese sentido, el presente trabajo buscará brindar una guía ayuda a todos estos emprendimientos en materia laboral, considerando que uno de los problemas más complicados – a la fecha – es la correcta y más útil (empresarial y comercialmente hablando) contratación de personal y sus diversas modalidades.

Palabras clave: *Startups*, contratos, laboral, desnaturalización, formalización, emprendimiento.

Introducción

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el año 2016 presentó su estudio *Startup América Latina 2016*. Construyendo un futuro innovador en el cual expresaba la importancia de las startups en Latinoamérica y en el mundo. Señala que la creación de nuevas empresas innovadoras es un factor importante en el dinamismo empresarial e innovador de cada país o inclusive de la región – enfocados en América Latina.

“Las startups permiten llevar al mercado nuevos productos o servicios basados en descubrimientos científicos o en nuevas aplicaciones de conocimientos existentes, crean nuevos mercados y ofrecen soluciones novedosas a problemas emergentes. Las mismas, incrementan la competencia para la innovación y favorecen el desarrollo de un entorno empresarial dinámico. El nacimiento y desarrollo de estas empresas dependen de múltiples factores, como son la existencia de una base científica, un entorno favorable a los negocios y un sector financiero disponible para invertir a mediano plazo en proyectos de alto riesgo.”²

En los últimos años se ha dado una generación de proyectos de emprendimiento, la cual buscan romper los esquemas y paradigmas ya establecidos creando nuevas formas de negocio, utilizando, para ello, elementos tecnológicos o una visión novedosa de las mismas.

¹ Abogado (LLB, LLM) experto en derecho internacional y comparado del trabajo, con una amplia experiencia en el sector privado y público nacional y en organizaciones internacionales como la OEA y OIT. Magister (LLM) en Derecho del Internacional Trabajo por la Universidad van Tilburg – Holanda, con cursos avanzados de especialización en derecho del trabajo y relaciones laborales en la Katholieke Universiteit Leuven – Bélgica, en el HQ de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) – Suiza, en el V.V. Giri National Labour Institute – India y en la Universidad de Sevilla – España. Autor de diversas publicaciones en revistas especializadas sobre temas laborales y coautoría de libros especializados en derecho del trabajo. Cuenta con reconocimientos profesionales, como el otorgado por The Legal 500 (2108). Capacitador y conferencista en distintas universidades, institutos y empresas o asociaciones especializadas en derecho. Abogado asociado en el Área Laboral del Estudio Muñiz.

² OCDE- “STARUP AMÉRICA LATINA 2016: CONSTRUYENDO UN FUTURO INNOVADOR” 2016. Pág. 30.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ORDÓÑEZ
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

Es en este marco en que las *startups* nacen como un tipo de empresa enfocada en la innovación y el desarrollo de nuevos productos y servicios, principalmente sustentados en tecnologías de la información. Al igual que cualquier otra empresa, son una persona jurídica que, a través de un ciclo productivo, trata de desarrollar su negocio para obtener un crecimiento significativo.

La OCDE categoriza a las *startups*, de acuerdo a su conceptualización, en dos rubros: una con base en su desempeño de mercado y otra con base en las características del negocio y eventualmente su contenido innovador y disruptivo. En base a estas categorías, se busca o recomienda que las políticas públicas se encuentren destinadas a adoptar una definición mixta que conjugue aspectos de características del negocio con su potencial de desempeño³.

En el ámbito nacional, Perú inició una política de apoyo e interés sobre estos emprendimientos con la creación del programa StartUp Perú del Ministerio de la Producción. “El programa, en su inicio buscaba ofrecer un apoyo empresarial a startups tecnológicas seleccionadas a través de una convocatoria (...) brindando un capital semilla para emprendedores innovadores y para emprendimientos de alto impacto, apoyo al fortalecimiento de incubadoras y fomento de redes de inversionistas ángeles⁴.”

Sin embargo, a pesar de este programa, como otros de distintas instituciones como Cofide o Concytec, no existe, a la fecha, un marco regulatorio que facilite el emprendimiento, no contamos con normas que nos permitan el impulso de estas ideas y negocios que se consolidarán como startups para crecer y ser grandes empresas.

“Las barreras para la creación de empresas persisten en Perú, pero mejoran los incentivos tributarios a la innovación empresarial. La Ley de incentivos a la investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación tecnológica (Ley n.º 30309 promulgada en 2015 y en vigor desde enero 2016) tiene por objeto promover la investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación tecnológica (I+D+i) ofreciendo incentivo tributario a la inversión privada que deduce hasta un 175% de los gastos incurridos (...) Sin embargo, los trámites para la creación de empresas en Perú son aún complejos. La carga burocrática para la creación de negocios en Perú continúa siendo una barrera para el desarrollo de las *startups*”⁵

Sin embargo, un punto interesante que no toma en consideración la OECD es que, a pesar de que existen este tipo de fomentos, uno de las áreas donde se necesitaría brindar mayor capacitación y promoción es la de trabajo. Todos estos nuevos emprendimientos, necesitarán contar con mano de obra, sean obrera o especializada, la cual es necesario para un crecimiento productivo.

En el día a día una de las preguntas más comunes que nos hacen es sobre las principales obligaciones en temas laborales para este tipo de empresas, a lo que el punto más requerido es el de contratación. Y es que no sorprende que cualquier empresa que tenga en su visión el crecimiento deba impulsar su producción con la contratación de personal.

Sin embargo, la pregunta clara es ¿qué tipo de contrato de trabajo debo utilizar?, a lo que existen distintas respuestas. Nuestro ordenamiento laboral ha determinado distintas clasificaciones, una de ellas basada en el tipo de plazo del contrato, un plazo fijo o un plazo indeterminado.

De esta manera, para promover la productividad o no crear un retroceso posterior con alguna contingencia laboral, como una multa por la incorrecta forma de contratación, o reposiciones o indemnizaciones por incorrectos ceses debido a la desnaturalización de los contratos de trabajo, considero necesario este trabajo, pues, como hemos venido señalando, no existe una regulación promocional para las startups, sino que las mismas deben adecuarse a las existentes. Por lo extenso de este tema, vamos a tratar solamente el régimen general de la actividad privada, el cual es la base estándar y mayormente utilizada, por lo que consideramos importante su revisión.

3 Ibid. Pág. 34.

4 Ibid. Pág. 138.

5 Ibid. Pág. 148



1. La contratación laboral en el Perú

En el Perú, existe tres formas de contratación laboral de personal, ya sea bajo un contrato de trabajo de duración indefinida, o bajo un contrato de trabajo sujeto a modalidad (denominado también contrato temporal), o bajo un contrato de trabajo a tiempo parcial (denominado también como *part-time*).

El contrato de trabajo de duración indefinida es, como su nombre lo señala, aquel celebrado entre empleador y trabajador sin una fecha específica de término, es decir, que no cuenta con un plazo de vigencia o vencimiento previamente acordado. Al respecto, la legislación laboral peruana establece una presunción por la cual se entiende que, en toda prestación personal de servicios, remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo de duración indeterminada, es por ello que ante la inexistencia de contrato de trabajo y la efectiva prestación de servicios, se considera una relación a plazo o duración indeterminada.

Por otro lado, tenemos el contrato de trabajo sujeto a modalidad, que es aquel celebrado entre empleador y trabajador con una un plazo determinado de vigencia y fecha específica o determinable de término o vencimiento. En este punto, nuestra legislación establece una serie de requisitos de formales y de fondo para la celebración de este tipo de contratos, los cuales detallaremos más adelante, pero recordando el más importante: consignar en forma expresa su duración, así como las causas objetivas determinantes de la contratación.

El contrato de trabajo a tiempo parcial, conocido también como *part-time*, tiene como característica principal que la jornada de trabajo es menor de cuatro horas diarias, o en promedio semanal, menor a cuatro horas diarias, siendo este el promedio de la jornada semanal y el horario. Este tipo de contrato está pensado para los trabajadores que no deseen laborar una jornada completa, pues estudian o realizan un segundo trabajo o tengan un motivo personal y, de la misma manera, el empleador tenga una necesidad específica que no requiera a un trabajador a tiempo completo. Los trabajadores que se encuentren bajo esta modalidad gozan de una menor gama de derechos laborales, pues pueden percibir una remuneración inferior a la remuneración mínima vital proporcional a sus horas de labor efectiva, no tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios ni a la estabilidad laboral.

Respecto a la celebración de contratos de trabajo, es necesario tener presente que la decisión de contratar trabajadores sea a plazo indeterminado o a plazo fijo, no corresponde solamente a la libre voluntad de las partes, sino que “depende de una norma de carácter imperativo que vincule con criterio objetivo el tipo contractual a adoptar y la naturaleza permanente o temporal de la actividad a desarrollar por el trabajador”.⁶

Esta causa objetiva de la extraordinariedad, que habilita al empleador a contratar a plazo determinado, deberá seguir las reglas establecidas en el artículo n.º 53 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo n.º 003-97-TR (en adelante LPCL), la cual señala lo siguiente:

“Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes”

Con relación a lo anterior, es necesario tener presente que, a través de reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido respecto a la contratación temporal lo siguiente:

“(…) El régimen laboral peruano se sustenta, entre otros criterios, en el llamado principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada. Dentro de dicho contexto, los contratos sujetos a un plazo tienen, por su propia naturaleza, un carácter excepcional, y proceden únicamente cuando su objeto lo constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas

6 Sanguinetti Raymond, Wilfredo. “El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana”. EN: NEVES MUJICA, Javier. “Trabajo y Constitución”. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1989, pag.94.

circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado (...)” ⁷ (subrayado propio).

De la misma manera, la sentencia recaída en el Expediente n.º 04077-2012-PA/TC, precisa que:

“3.3.4 Del artículo transcrito puede señalarse que en el régimen laboral peruano el principio de continuidad opera como un límite a la contratación temporal por tiempo determinado. Por ello, este Tribunal, en la STC 1874-2002-AA/TC, precisó que hay una preferencia en la contratación laboral por tiempo indefinido sobre la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental.

3.3.5 Y es que como resultado de ese carácter excepcional la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación laboral por tiempo indeterminado”. (subrayado propio)

En tal sentido, acorde a lo señalado en el artículo 72º de la LPCL, los contratos de trabajo deben de ser celebrados por escrito y por triplicado, consignando la causalidad y su vigencia; siendo las únicas formalidades legales contempladas para la contratación temporal. De esta manera, ya para entrar a un tema de fondo, las causales de excepción a la contratación laboral por tiempo indeterminado deben adecuarse a las necesidades empresariales que se encuentran contenidas en el marco legal:

CLASES DE CONTRATO	CAUSA OBJETIVA	DURACIÓN
Contrato por inicio o incremento de actividades	Originado por el inicio de una nueva actividad empresarial dentro de una empresa que ya existe o por el inicio de actividades de una nueva empresa	Duración máxima es de tres años.
Contrato por necesidades del mercado	Originado para atender incrementos coyunturales e imprevisibles de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado	Duración máxima es de cinco años.
Contrato por reconversión empresarial	Originado por la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa.	Duración máxima es de dos años.
Contratos ocasionales	Originado para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo.	Duración máxima es de seis meses al año.
Contrato de suplencia	Originado con el objeto de sustituir a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo se encuentre suspendido por una causa justificada.	Duración máxima es la que resulte de la suspensión del trabajador titular
Contrato de emergencia	Originado para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor	Duración coincide con la duración de la emergencia.



Contrato de obra o servicio específico	Originado con objeto previamente establecido y de duración determinada.	Duración máxima es la que resulte necesaria.
Contrato intermitente	Originado para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.	No tiene duración máxima.
Contrato por temporada	Originado con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa que se cumplen en determinadas épocas del año.	Su duración será el tiempo que dure la temporada.

De esta manera, la regla general, la preferencia por la contratación a plazo indefinido no es una opción muy viable para algunas startups, las mismas que recién están iniciado un negocio y no cuentan con una certeza clara del personal que necesitarán, de la cantidad exacta de trabajadores para la mejor cantidad y calidad de producción, de la aceptación del negocio o producto en el mercado, la rotación que mantendrán, los horarios o turnos que necesitarán, entre otros.

De esta manera, y como he venido comentando, cada empresa o startup deberá analizar la eventualidad o extraordinariedad que le permita utilizar el contrato idóneo para cada labor a realizar. En ese sentido, un contrato idóneo para las startups es el contrato por inicio o incremento de actividades, pues el mismo puede ser utilizado en los casos de creación de una nueva empresa (inicio de actividades) o en caso ya se tenga una empresa y se quiera un cambio en las actividades que se realizan creando nuevos servicios a proveer (incremento de actividades). En ambos casos, el contrato tiene un plazo máximo de 3 años contados desde el evento o causa de la contratación, pudiendo establecer periodos más cortos de contratación durante el plazo de los 3 años señalado.

En muchos casos siempre recomendamos la utilización de este contrato (sea como incremento o inicio) como una opción que permite probar la cadena producción, la aceptación del producto o servicio y la organización de la empresa.

Es muy importante para la empresa poder definir cuál es la mejor forma de organización interna para que esta pueda brindar una producción eficiente que permita satisfacer la demanda. Un error muy común es no revisar la cadena productiva y tener muchas funciones inútiles o insuficientes que demoran o relenterizan la producción y que, en muchos casos, la empresa trata de resolver con la contratación de mayor personal, creando sobrecostos, que luego en un afán de mejorar se tratará de resolver buscando ceses que pueden resultar complicado o costosos.

Así es importante poder utilizar el presente tipo de contrato a plazo fijo, no como una salvedad para contratar temporalmente al personal con la finalidad de “escapar” de la estabilidad laboral, sino que la finalidad debe ser buscar, dentro de estos 3 años de plazo, encontrar el equilibrio ideal entre la producción y la demanda, que permita tener el número de personal correcto que no generará sobrecostos.

“Al respecto, debe tenerse en cuenta que este tipo de contratos pueden ser definidos como aquella negociación jurídica celebrada entre un empleador y un trabajador, con el objeto de contratar trabajadores por el plazo máximo de tres años para atender nuevas actividades de la empresa, las cuales son catalogadas como el inicio de una actividad, o de ser el caso, cuando la empresa incrementa las actividades ya existentes, lo que de por sí importa un incremento de actividad. Ahora bien, debe precisarse que esta modalidad contractual puede ser fácilmente confundida con los contratos de “necesidad de mercado”, toda vez que ambas modalidades contractuales se encuentran destinadas a atender el aumento de la actividad productiva; sin embargo, la diferencia radica en la temporalidad que define a cada uno de estos contratos. Así pues, mientras que la modalidad de contratación de necesidad de mercado se encuentra destinada a atender el aumento coyuntural de la actividad de la empresa que no puede ser atendido con personal permanente, el incremento o inicio de actividad tiene por finalidad la contratación de personal de trabajo para asumir actividades nuevas o el aumento de las ya existentes que son, en esencia, de carácter incierto. A modo de conclusión, podemos precisar que el contrato de trabajo por incremento de actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 72° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo n.º 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, debe establecer una causa objetiva, es decir, deberá precisar que la actividad del empleador se ha visto incrementada, para así justificar la contratación temporal, debiendo por



ello proporcionarse los documentos necesarios que permitan acreditar la contratación bajo esta modalidad.”⁸.

2. Sobre la desnaturalización

El artículo n.º 77 de la LPLC señala que:

Artículo 77º.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden del límite máximo permitido;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

De esta manera, el artículo 77 antes mencionado señala las circunstancias en las cuales nos encontraremos en una causal de desnaturalización. El inciso a establece que ello ocurrirá si el trabajador contratado a plazo determinado continúa prestando labores luego de la fecha de vencimiento del plazo estipulado. Esto, en un sentido práctico, tiene razón al encontrarse el trabajador prestando servicios sin un contrato vigente, lo cual supondría una relación a plazo indeterminado.

Los incisos b y c hacen referencia a los contratos por servicio específico y los contratos de suplencia, estableciendo que operará la desnaturalización en caso de continuar prestando servicios una vez terminado el servicio u obra o en los casos de suplencia cuando se siga prestando el servicio a pesar de que el titular al quien suplía el trabajador contratado siga laborando.

Por último, el fraude de ley o la simulación vienen a operar como “cláusula de cierre” a todos los límites que se cargan sobre la contratación temporal, que se evidencia normalmente cuando el empleador engaña al trabajador (o al menos lo induce al error) para que firme un contrato temporal a pesar de que le corresponde firmar un contrato por tiempo indefinido.

En este contexto, debemos enfatizar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por la desnaturalización de los contratos de trabajo celebrados a plazo fijo bajo los siguientes términos:

“(…) 5.- En relación con la naturaleza del contrato de trabajo para servicio específico, debe señalarse que esta modalidad contractual es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la naturaleza temporal, ocasional o transitoria del servicio que se va a prestar. Es decir, que para determinar su celebración se deberá tener en cuenta la temporalidad o transitoriedad del trabajo (servicio) para el que fue contratado, puesto que, si contrata a un trabajador mediante esta modalidad contractual para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporales, se habría simulado la celebración de un contrato de duración determinada en vez de uno de duración indeterminada.

6.- (...) Esta situación se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad (...)”⁹

8 CAS. N° 15822-2015 MOQUEGUA. Considerando sexto.

9 Expediente N° 804-2008-PA/TC-LIMA

Aquí es determinante señalar que el principio de primacía de la realidad, el cual propugna la preeminencia de los hechos sobre los documentos en las relaciones jurídicas cuya laboralidad se cuestiona, puede aplicarse a cualquier supuesto de desencuentro entre la forma y los hechos; en este sentido, es posible que se aplique dicho principio para determinar si un contrato de trabajo a plazo fijo es, en los hechos, un contrato a plazo indeterminado por no existir una causa justificada de temporalidad.

“(…) 2.- A la luz del principio de primacía de la realidad, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, que ha consagrado al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (art. 22º) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (art. 23º), se debe señalar que los documentos mencionados en el fundamento precedente acreditan que los demandantes realizaron labores en condiciones de subordinación, dependencia y permanencia, propias de una relación laboral de carácter permanente, no obstante que ella se mantuvo bajo la apariencia de contratos sujetos a modalidad, caracterizados por la prestación de servicios de naturaleza accidental o temporal.

3.- Siendo así, habiéndose acreditado en el caso de autos la desnaturalización de los referidos contratos, conforme a lo previsto en los artículos 117º y 120º, inciso c), del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-93-TR –norma vigente al momento de sus contrataciones–, estos deben ser considerados como contratos de trabajo de duración indeterminada (...)”¹⁰

Adicionalmente, de una posible inspección por parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), la desnaturalización de los contratos de trabajo es considerada como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales, la cual puede ser multada entre 5 a 100 UIT dependiendo de la cantidad de trabajadores afectados y si no es una empresa inscrita en el Registro de Micro y Pequeña Empresa.

Conclusiones

De esta manera, a modo de conclusión, podemos señalar que una startup tiene las siguientes posibilidades en la contratación de personal: a) la contratación a plazo indefinido y b) la contratación a plazo fijo, la que recomendamos. El contrato de inicio o incremento de actividades, se podrá usar por el plazo de 3 años y permitirá a la empresa poder “probar” la mejor cadena productiva para no generar sobre costos y así establecer correctamente la organización interna permanente de la nueva o renovada startup.

Sin embargo, de no contar con la causalidad requerida o si se cae en otro supuesto de desnaturalización establecido en el artículo 77 de la LPCL, los contratos se considerarán a plazo indeterminado, motivo por el que la empresa no podrá cesar a los trabajadores excepto por alguna causal establecida en la LPCL, como son la renuncia, fallecimiento, jubilación, cumplimiento de la condición resolutoria o despido por falta grave. De ser cesados por otra causa, como el término del plazo o vigencia del contrato, judicialmente el trabajador podrá requerir su reposición o la indemnización por despido arbitrario.

Indistintamente, la Sunafil podrá revisar los contratos de trabajo y de considerar la desnaturalización, pueden proponer la multa respectiva, la cual será entre 5 a 100 UIT, dependiendo de la cantidad de trabajadores afectados y si no es una empresa inscrita en el Registro de Micro y Pequeña Empresa.

Bibliografía

- OCDE. “Star-up América Latina 2016: Construyendo un futuro innovador.” En: <https://www.oecd.org/publications/startup-america-latina-2016-9789264265141-es.htm>, 2016. Visitado el 26 de febrero de 2021.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana”. EN: NEVES MUJICA, Javier. “Trabajo y Constitución”. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1989.

STARTUPS EN LA INDUSTRIA DE LA MODA Y RETAIL



LAS *STARTUPS* EN LA INDUSTRIA DE LA MODA, TEXTIL Y RETAIL

Annalucia Fasson Llosa¹

Sumario: Introducción. 1. Las *startups* en la industria de la moda, textil y *fashion retail*. 2. *Startup* de retail. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: La especialización del derecho conocida como *fashion law* o derecho de la moda, tiene por objeto brindar asesoría legal en todas las fases del proceso productivo del sector de la moda, textil y *fashion retail* en general, y es que esta industria tiene problemas y características exclusivas como son el clima, las tendencias y la adicción al consumo, entre otros. Por tal motivo es necesario con una asesoría legal adecuada para su desarrollo.

A la fecha esta nueva área del derecho está orientada a brindar asesoría legal integral en beneficio de los siguientes sectores:

1. De los empresarios peruanos dedicados a la industria textil y moda en el Perú y en el exterior.
2. De los nuevos inversionistas extranjeros dedicados a este sector de la industria de la moda y textil para que apuesten por nuestro país y puedan desarrollar su negocio en nuestro país.
3. Del crecimiento de los nuevos emprendedores, que quieren empezar su negocio, en el rubro textil, moda y *retail* en general.

En ese sentido, el presente artículo desarrolla este tercer punto y explica cómo los emprendedores pueden también surgir como *startups* exitosas en el mercado peruano e internacional y cómo el derecho puede asesorarlas para su crecimiento y desarrollo.

Palabras clave: *Startup*, derecho de la moda, *fashion law*, *fashion retail*, industria textil, moda, Perú, tendencia, centros comerciales, *pick up store*, *smart kiosk store*, *curbside store*, *dark kitchen*, moda sostenible, *fashion tech*, *fashtech*, *fashion angels*, capital semilla, venture capital, retail, bodega, *Stockwell*, Ley B o BIC, *home office*.

Introducción

1 Socia y jefa del área de Derecho de la Moda y Retail de Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados. Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Cuenta con un curso de especialización en Estrategias de Internacionalización por la Universidad de ESADE, en Barcelona, y en Derecho de la Moda por el Fashion Law Institute de la Universidad Fordham en New York. Ha sido profesora del curso de Derecho y Moda de la Maestría de Propiedad Intelectual y del curso Publicidad y Moda de la Maestría de Publicidad y Competencia Desleal, ambos en la Universidad Pacífico. En la actualidad, es profesora de los cursos de Derecho de la Moda, Ética y Moda y Derecho Comercial en las carreras de Diseño de Modas, Gestión Textil y del Diplomado de Fashion Management, respectivamente, otorgado por el Instituto Centro de Altos de la Moda (CEAM). Dicta el Curso de Estructuración Legal en la industria de la Moda y Retail en la Universidad ESAN y el curso de Derecho de la Moda y Retail en la Universidad de Lima y en el posgrado de la Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC). Asimismo, es mentora de emprendimientos de moda y retail de la incubadora Emprende UP de la Universidad Pacífico. Ha escrito varios artículos en blogs peruanos y extranjeros sobre temas relacionados al *fashion law* y retail, así como ha dictado seminarios sobre derecho de la moda en Chile y Brasil. Ha sido reconocida como líder en *fashion law* por Leaders League en el 2019 y 2020 y en la actualidad es miembro de la Comisión de Fashion Law de ASIPI y de la Asociación de Expertos de Derecho de la Moda de España. afasson@munizlaw.com.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELÉNDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

La industria de la moda, textil y *fashion retail* está intrínsecamente relacionada con todas las personas. Todos usamos zapatos, todos tenemos la necesidad de vestirnos, ya sea para ir a un compromiso, para ir trabajar o tan solo para estar en nuestra casa, y es que la vestimenta es una necesidad primaria y todos estamos inmersos en esta industria, la cual se ha vuelto una de las más rentables de nuestro país y del mundo.

Si bien la moda en nuestro inconsciente nos la venden como algo trivial y superficial, es solo un tema de percepción porque gracias a la publicidad te muestran la parte glamorosa de esta industria, nadie compra un producto que te haga infeliz o te ponga triste, todo lo contrario te venden “aspiración”, *glamour* y es que la idea es que al adquirir un producto este te haga sentir bien o mejor.

El Perú no es ajeno a la moda ni al retail. De hecho cuenta con una industria desarrollada desde las empresas que forman parte del Emporium Gamarra, reconocido en Sudamérica o las empresas textiles que a la fecha fabrican por encargo de grandes marcas de lujo, tales como Ralph Lauren o Calvin Klein. Adicionalmente, somos un público consumidor de las fast fashion, las cuales tienen un gran éxito entre todos los peruanos y en contraposición también hay quienes son partidarios de la moda sostenible, en donde se destaca que las prendas sean fabricadas utilizando materiales orgánicos, sin explotar a su personal y protegiendo al medioambiente.

Necesitamos que el Perú avance y en mi opinión la industria de la moda, textil y el *retail* tiene mucho potencial de desarrollo, pero es necesario que crezca de manera ordenada y planificada, y es ahí donde los abogados debemos intervenir. Ser *fashion lawyers* consiste justamente en entender este negocio y asesorarlos de la manera correcta, ya que miles de peruanos se dedican a esta industria, pero nadie se ha fijado en ella.

Como sabemos y producto de la pandemia de la COVID-19 y la nueva modalidad de trabajo remoto o *home office*, conjuntamente con la tecnología, se han roto esquemas y se ha transformado la forma de hacer negocios. Encontramos muchos emprendedores que se han tenido que adaptar a la tecnología. Algunos se han animado por desarrollar la venta *online* o el *e-commerce*, tanto así que los centros comerciales también se encuentran adaptando su propuesta dejando de ser un centro de compra para convertirse en un “centro de experiencia” porque la tendencia mundial es la venta omnicanalidad. Por ejemplo, formatos como el *pick up store* que con un clic uno compra el producto y solo va a la tienda a recogerlo, siendo usada el área arrendada solo como una especie de almacén, o también el *curbside store* o *drive thrue*, que consiste en adquirir el producto vía *e-commerce*, pero lo recoges con tu auto para que la fuerza de ventas de la tienda, previo aviso, salga y deje el producto adquirido en la maletera del auto. Por otro lado, para los restaurantes tenemos el *dark kitchen*, donde no hay atención al público, sino que solo se envían los pedidos por delivery previa solicitud, ya sea por redes sociales, teléfono o WhatsApp. Pero todos tienen en común que deben estar preparados, con la debida logística, para que el producto llegue a su consumidor en el plazo ofrecido. El crecimiento del servicio de delivery con la pandemia se ha visto acelerado y startups como Glovo o Rappi han crecido exponencialmente. De hecho, muchos de estos operadores también compran en los restaurantes dentro de los centros comerciales, por lo que muchos de ellos, han incorporado una cláusula en sus contratos de arrendamiento o usufructo en donde se le exige a los locatarios que aunque la venta sea hecha desde su página web o vía online o mediante un operador logístico como Rappi o Glovo, si el despacho de la mercadería se hace desde la tienda del centro comercial, la venta de dicha mercadería será computable para efectos del cálculo de la renta variable.

Por otro lado, tenemos el crecimiento de la economía circular o moda sostenible que es una corriente en donde se busca cuidar el medio ambiente, es decir, ser *eco-friendly*. Utiliza insumos orgánicos para la producción de prendas de vestir y accesorios, así como el respeto de las normas laborales, fijándose que las personas trabajen en condiciones adecuadas, entre otros aspectos. Dentro de la moda sostenible tenemos las *fashion tech* o moda tecnológica que vuelve la industria de la moda más funcional, en donde se emplea la tecnología en la creación de los materiales, por ejemplo, convirtiendo la cáscara de piña en cuero (piñatex) o utilizando la piel del pescado (zapatos, bolsos, entre otros). Existe la *startup* denominada Kloters, que con su marca RepAirs busca descontaminar el medioambiente: usar una de sus camisetas equivale a compensar el carbono emitido por dos autos.

Asimismo, en octubre del 2020 se publicó la Ley del B o BIC, Ley de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo que

impulsa el desarrollo de empresas de triple impacto, es decir, que no solo le dan importancia a la parte económica, sino también al aspecto social y medioambiental, lo que permitirá que *startups* se animen a contar con un objeto social con dichos propósitos. Asimismo, el reglamento se ha prepublicado en enero de 2021, por lo que todo hace pensar que en este año en el Perú se podría adoptar esta nueva categoría societaria

Esta norma señala que las actividades que las empresas realicen para conseguir su propósito social o ambiental deberán ser aprobadas dentro de los cuatro meses siguientes del ejercicio anterior por la Junta General de Accionistas, debiendo previamente ser auditadas por una empresa certificadora de prestigio. Por ejemplo, tenemos a Sistema B o El Comercio Justo, que ya a la fecha auditan los procesos de las empresas para cumplir con sus propios estándares ambientales o laborales, obteniéndose a cambio, los sellos de Sistema B o Fairtrade. Un ejemplo a destacar es la empresa textil peruana Textil del Valle, que se ha vuelto todo un ejemplo en moda sostenible en Perú y Sudamérica, ya que cuenta con una planta de energía renovable, es decir, que la energía eléctrica la obtiene de paneles solares. También ha implementado una planta de tratamiento de agua para reutilizarla dentro de su proceso productivo (PTAR), es decir, que luego de un proceso de ultrafiltración y de osmosis inversa se logra que el 50% de esta agua sea utilizada en la tinturización de sus prendas y se convierta en agua limpia.

Esta Ley B o BIC va de la mano con el concepto de economía circular, que consiste en reducir y reusar un recurso. Ser *eco-friendly* es una tendencia y de hecho en el Perú se ha publicado el 5 de noviembre de 2018, el Decreto Supremo n.º 013-2018-MINAM, en donde se promueve el consumo responsable del plástico. A la fecha, muchos supermercados han incluido cajas registradoras en donde solo expenden productos a los consumidores que llevan sus bolsas de tela así como somos testigos del surgimiento de envases compostables usados por algunos *deliverys*. Estos envases si son enterrados en el jardín se disuelven y sirven en algunos casos como abono para las plantas.

En este orden de ideas se encuentran las startups que mezclan la tecnología con el movimiento de moda sostenible, como, por ejemplo, Ecoadicta, que es una marca española, que a través de la modalidad de venta por suscripción, un Netflix de la moda, hace llegar a sus consumidores una cajita con prendas recicladas que se van renovando mes a mes y que utiliza las prendas hasta 10 veces, promoviendo de esa manera el consumo responsable, o la marca peruana Evea Ecofashion, que promueve el desarrollo de las comunidades amazónicas. Ha participado en el concurso del Ministerio de la Producción Innóvate Perú y obtenido el primer puesto en la categoría de producción y consumo responsable en la cuarta edición de los premios Latinoamérica Verde.

Por otro lado, muchos retailers han comenzado a realizar ventas online enfocadas en dos factores: i) ofrecer descuentos o promociones ii) la inmediatez en la entrega del producto (logística) para lo cual si se pasa de un determinado plazo el producto se lleva gratis y iii) complementar su *core business*, es decir, si antes solo vendían regalos ahora con la pandemia amplían su giro de negocio y venden chocolates o quesos *gourmets*, como hizo la tienda de regalos La Festa, pionera en el servicio de *deliverys* en el Perú, ya que inauguró este servicio hace varios años atrás comprando regalos, los cuales eran envueltos y luego llevados vía *delivery* al domicilio del cliente o de la persona a quien querías que le llegue el regalo.

La transformación de venta física a venta virtual no es fácil, dado que vender vía virtual hace que los retailers ofrezcan sus productos las 24 horas del día, los 7 días de la semana, incluyendo feriados, ya que, a diferencia de las tiendas físicas, las páginas webs no cierran, aunque, por otro lado, significa una reducción sustancial de los gastos fijos en la contratación de personal y no hay gastos por servicios públicos, tales como luz, agua, pagos de renta de locales, entre otros.

1. Las *startups* en la industria de la moda, textil y *fashion retail*

¿Qué es una empresa *startup*? Son aquellas empresas que recién se constituyen, cuyo modelo de negocio es innovador y que si bien están asociadas a la tecnología, se dedican a desarrollar ideas creativas con propuestas que lo diferencian de la competencia, para ser los pioneros y poder posicionarse en el mercado, creando para tales efectos un modelo de negocio disruptivo.

En ese sentido, cuando se escucha de ideas innovadoras y moda entonces eso conlleva el surgimiento de startups en un sector, y que al enfocarse en tecnología forman parte de la corriente o movimiento de *fashiontech* o *fashtech*. Por ejemplo, tenemos la aplicación de moda Chicísimo App Moda y Ropa, que la descargas y te permite ver no solo el *look*, sino dónde poder comprar dichas prendas y accesorios, entre otros, o Adictic. Que es una startup que nace con el objeto de intercambiar contactos de todos los agentes de moda, (especie de LinkedIn, pero para profesionales de esta industria). No podemos dejar de mencionar la start up The RealReal que es una página web que promueve la economía circular de artículos de lujo certificado o Etsy, que es una web que vende artesanía y funciona como una especie de intermediario entre los artistas y los clientes que encuentran sus productos. En el Perú también contamos, por ejemplo, con DeluxeBox, que a manera de la modalidad de venta por suscripción el cliente recibe una caja de productos de belleza y cuidado personal de manera mensual, según un formato previamente llenado.

Cabe precisar, que los emprendedores si bien pueden tener una buena idea, es necesario que también cuenten con recursos para desarrollar el negocio, por lo que en un inicio necesitan contar con un capital semilla (*seed stage*), que los va a ayudar a empezar a desarrollar su producto y a probarlo en el mercado, lo que se conoce con el nombre de “pivotear”. La idea inicial del producto no significa que sea exactamente la que va a gustar al público consumidor, pero es poco a poco a través de este proceso que el boceto de este producto se va a amoldar a las necesidades de su consumidor y lograr que sea atractivo y diferenciador dentro del mercado, para que una vez que se lance cuente con mayor aceptación al responder directamente a las necesidades y preferencias de su público objetivo.

Sin embargo, luego de la etapa inicial es necesario crecer, es por ello que muchos necesitan de apalancamientos para poder expandirse. Por ejemplo, en el Perú los emprendedores tecnológicos pueden conseguir recursos a través del Fondo Marco para la Innovación, Ciencia y Tecnología (Fomitect) o Fondo de Innovación para la Competitividad (FINCyT). También pueden participar en los concursos que convoca el Ministerio de la Producción en www.start-up.pe o el Programa Innóvate. Asimismo, también existen otras modalidades de financiamiento, tales como los inversionistas ángeles o *business angels* que evalúan e invierten en startups, otorgando el capital semilla o brindando sus conocimientos y contactos como mentores.

Cabe indicar que es importante celebrar un contrato de confidencialidad, dado que le entregarás tu proyecto al inversionista ángel. En caso este decida participar en el negocio como parte de la startup resulta básico que celebre un convenio de accionistas en donde se establezcan las reglas claras sobre cómo se va a desarrollar el negocio y los beneficios que cada accionista que participe obtendrá. En ese caso, puede participar bajo la modalidad de *venture capital* o (capital de riesgo) con un aporte de capital a cambio de una participación accionaria. En el Perú, por ejemplo, existe el caso de la empresa Angels Venture Perú, que se encarga de ser el intermediario y de conectar a los inversores ángeles con los emprendedores.

Por otro lado, se encuentra el *crowdfunding*, en donde el emprendedor envía su proyecto de negocio detallando el monto de inversión requerido, publicándose por un tiempo determinado en una página web, que puede ser entre 30 a 180 días aproximadamente, tras el cual se sabe si se aprueba o no. Por ejemplo, en el Perú existen las empresas *Creafunding*, *Afluenta*, entre otras.

Cabe indicar que en muchos casos, para desarrollar este tipo de emprendimientos se realizan alianzas con universidades, incubadoras o aceleradoras, las que se encargarán de brindar mentoría y de que el emprendimiento se desarrolle, madure y pueda ser lanzado al mercado con éxito o también se puede recurrir a centros de innovación conocidos como laboratorios, que brindan desde asesoría para aterrizar sus ideas hasta contactos para que puedan apalancar sus proyectos

En el Perú, por ejemplo, tenemos varias incubadoras o aceleradoras, tales como Emprende UP de la Universidad Pacífico, la Startup de la UPC o la UTEC Ventures. En España ha nacido una incubadora que facilita el surgimiento de emprendimientos específicos de moda y textil que se llama Atelier by ISEM Fashion Business School y que forma parte de la escuela de negocios de la Universidad de Navarra, Asimismo, hay fondos de inversión denominados *fashion capital partners*, que tienen por objetivo invertir en startups de moda y lujo. Por ejemplo, en Estados Unidos se les conoce con el nombre de *pipeline angels* y en Reino Unido como *fashion angels*. Por otro lado, tenemos al Fondo París o el Cosme

que asiste a las startups a través de un programa de mentoría, que va desde la creación del diseño a la estrategia de venta, considerando la creatividad como factor determinante para el desarrollo y la sostenibilidad de la industria.

2. Startup de retail

Como lo hemos indicado una de las principales características de crear una startup es la idea innovadora que mezclada con la tecnología puede lanzar un producto que sea altamente competitivo y que sea disruptivo en el mercado. Es por ello que si bien a la fecha en el negocio del retail se cuenta con formatos tradicionales, tales como tiendas por departamentos, supermercados, hipermercados y ahora último encontramos algunos formatos innovadores como *pop up stores* o las tiendas por conveniencia, no es sino la *startup* Bodega que se está rompiendo esquemas en el mundo del *retail*.

Esta startup fue creada por Paul MacDonald y Ashwath Rajan, dos extrabajadores de Google, a quienes se les ocurrió un nuevo formato de retail denominado *smart store kiosk* creando de esa manera la *startup* de retail denominada Bodega, la cual a la fecha ha recaudado fondos por aproximadamente USD 2.5 millones de inversionistas como First Round Capital, Forerunner Ventures y Homebrew así como de altos ejecutivos de Facebook, Google, Twitter y Dropbox.

Pero ¿qué es el *smart store kiosk*? Es una especie de máquina o armario lleno de productos. Los clientes deben crear una cuenta que vincule su información bancaria recibiendo una contraseña, es decir, mediante el aplicativo móvil se le cobrará automáticamente al cliente con tarjeta de crédito lo que quiera comprar. Luego utilizan su código para abrir cualquiera de estos kioscos y eligen el producto que es no perecible.

Como se puede apreciar no hay personas, es decir, se elimina la interacción humana porque se les consideran como máquinas con inteligencia artificial, ubicándose en lugares tales como edificios de vivienda, oficinas y gimnasios, entre otros. Por otro lado, la compañía vigilará la compra de cada uno de sus clientes a través de cámaras de seguridad, cuyo costo se le cargará al cliente en su tarjeta de crédito.

Asimismo, esta startup tendrá información de qué productos se vendieron, quienes compran y luego predecirá el tiempo que deben recolocar los productos, es decir, que se reabastecerán en función de los hábitos de compra de los consumidores.

Sin embargo, los creadores recibieron numerosas críticas cuando se anunció que estas máquinas se instalarían en Nueva York porque se llamaba Bodega y esto podía hacer peligrar el funcionamiento de las auténticas bodegas tradicionales en Nueva York. Al respecto, Paul McDonald indicó que el nombre de su startup era un homenaje a la tienda de la esquina local, a las personas que la dirigían y a su lugar en la conciencia colectiva, sin embargo, después de diez (10) meses de lanzada tuvo que disculparse mediante el uso de sus redes sociales y cambió su nombre a Stockwell.

Conclusiones

Hoy la COVID-19 ha transformado nuestras vidas. Todos somos testigos que esta pandemia ha hecho acelerar el uso del *e-commerce* y del uso de la tecnología en todos los rubros, no siendo ajeno a este fenómeno la industria de la moda, textil y *fashion retail*. Por tal motivo, estamos frente a un período para repensar y reinventar nuevos formatos, en los que los emprendedores que utilicen la tecnología puedan crear modelos disruptivos que sirvan a la sociedad para desarrollarse y colaborar con el crecimiento de la economía no solo del Perú, sino de todo el mundo.

Invoco a las autoridades a otorgar normas que promuevan e incentiven el desarrollo de las *startups* en el Perú, no solo en los rubros clásicos como son las *fintech*, sino también apostar por la industria de la moda, textil y *fashion retail* a través de concursos o de inversionistas ángeles para que se desarrollen en nuestro país *fashion techs* y quien sabe alguna de estas *startup* logre superar su valor de los USD 1000 millones convirtiéndose en una startup Unicornio. El cielo es límite. Vale la pena intentarlo.



Bibliografía

- Annalucia Fasson, El Derecho de la Moda y el detrás de cámara de los movimientos Fast Fashion, Slow Fashion, Moda Sostenible y Upcycling publicado en el Blog Conexión ESAN de la Universidad ESAN.
- Annalucia Fasson, El Derecho de la Moda y los financiamientos que están dando la hora, publicado en la Revista en la revista virtual Lexlatin.
- Annalucia Fasson, Moda 2.0: Cuando la tecnología y el glamour se unen para fortalecer una industria publicado en el blog de Conexión Esan de la Universidad ESAN.
- Annalucia Fasson, El empoderamiento del Fashion Law como influencer en la economía en blog Conexión ESAN de la Universidad ESAN.
- Annalucia Fasson, La última revolución de la moda se llama ultra fast fashion en blog Conexión ESAN de la Universidad ESAN.
- Annalucia Fasson, Fashion Tech, innovación, tecnología y moda, publicado en el blog del periódico Gestión.
- Annalucia Fasson, El Caso de la startup de retail Bodega (ahora Stockwell) publicado en el blog del periódico Gestión.
- Annalucia Fasson, Las tendencias del retail para el año 2019, publicado en Idealex.press.
- <https://www.zonamovilidad.es/el-fashion-tech-event-reune-en-madrid-a-los-principales-representantes-de-moda-y-tecnologia.html> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <http://es.euronews.com/2017/01/27/el-potencial-de-la-fashion-tech> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <http://www.fashionfromspain.com/fashion/es/navegacion-global/tendencias/moda/detalle-de-tendencia/REP2015526355.html> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <http://www.madridcapitaldemoda.com/noticias/fashion-tech-women/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://piloto151.com/colaborativo-y-digital-el-futuro-de-la-moda/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.modaes.com/blogs/elaltavoz/el-modelo-start-up-en-la-empresa-de-moda.html> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <http://www.start-up.pe> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <http://angelventures.vc/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.creafunding.com/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.afuenta.pe> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://gestion.pe/opinion/algunas-estrategias-para-superar-el-cisne-negro-del-retail-el-coronavirus-> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <noticia/https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2020/04/13/algunas-estrategias-para-superar-el-cisne-negro-del-retail-el-coronavirus/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.parthenon.pe/columnas/derecho-de-la-moda-retail/la-industria-de-la-moda-textil-y-fashion-retail-en-los-tiempos-del-coronavirus/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.parthenon.pe/columnas/derecho-de-la-moda-retail/llego-el-netflix-de-la-moda-el-alquiler-mensual-de-prendas-y-accesorios/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://enriqueortegaburgos.com/transformacion-digital-retail-peru-covid-19/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2019/08/07/el-fashion-sharing-en-el-sector-retail/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.parthenon.pe/columnas/derecho-de-la-moda-retail/el-uso-de-la-realidad-aumentada-y-o-virtual-una-alternativa-para-afrontar-la-crisis-del-sector-moda-textil-y-retail/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2019/11/26/fashion-pact-por-una-moda-ecoamigable/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <http://www.deluxebox.pe/caja/como-funciona> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.fashionlawlatam.com/post/el-derecho-de-la-moda-y-la-moda-sostenible-en-el-per%C3%BA> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <http://www.parthenon.pe/columnas/derecho-de-la-moda-retail/el-fashion-pact-la-moda-sostenible-se-pone-de-moda/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://gestion.pe/opinion/las-10-tendencias-del-sector-moda-textil-y-retail-para-el-2021-noticia/> visitado el 14 de febrero de 2021.



- <https://repair.kloters.com/> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.innovateperu.gob.pe/noticias/noticias/item/1368-startup-de-moda-sostenible-fue-reconocido-en-los-premios-latinoamerica-verde-2017> visitado el 14 de febrero de 2021.
- <https://www.isem.es/actualidad/noticias/las-startups-tecnologicas-grandes-aliadas-de-las-empresas-de-moda-durante-la-crisis/> visitado el 14 de febrero de 2021.

OPEN INNOVATION: STARTUPS Y GRANDES ORGANIZACIONES



OPEN INNOVATION: STARTUPS Y GRANDES ORGANIZACIONES

Itala Bertolotti
Erika Medina

Sumario: Introducción. 1. *Open innovation: startups* y grandes organizaciones. 2. Diferencia con la innovación cerrada. 3. ¿La innovación abierta entre competidores es posible? 4. Opciones de colaboración entre empresas y *startups*. 5. Conclusiones.

Resumen: El presente artículo busca darle al lector un alcance del concepto de *open innovation* o innovación abierta como un modelo para el desarrollo del proceso de innovación de una empresa a través de alianzas con las *startups*, en un contexto en el cual la innovación se ha vuelto una necesidad para el progreso e incluso supervivencia de una empresa en el mercado. Es así como el modelo de open innovation se presenta como una alternativa frente al tradicional proceso de innovación cerrada, que permite la mejora, desarrollo y aceleración del proceso de innovación de grandes empresas al integrar a sus procesos internos de innovación, conocimientos externos generados a través de alianzas con las *startups*, las cuales se caracterizan por su agilidad, flexibilidad, tecnología desarrollada, visión innovadora, conocimiento del cliente, entre otros aspectos, lo cual permite que grandes empresas y *startups* trabajen conjuntamente beneficiándose mutuamente.

Palabras claves: *open innovation*, innovación abierta, *startups*, innovación cerrada, alianzas, *corporate venturing*, *coopetition*, competencia.

Introducción

La innovación es una necesidad en el mundo cambiante en el que vivimos y se desarrollan las empresas y organizaciones. Es por ello que la innovación asegura la supervivencia. Si no se innova pronto se corre el gran riesgo de ser desplazado por un competidor que sí lo haga. Como dijo Jeff Bezos, fundador de Amazon: “Si sólo haces cosas de las que conoces la respuesta de antemano, tu compañía desaparecerá”.

A raíz del crecimiento de las *startups*, las cuales se caracterizan por modelos de negocios disruptivos que satisfacen necesidades o problemas de los consumidores desatendidos por las grandes empresas o empresas tradicionales, estas se han percatado que no es suficiente innovar con los aportes de ideas de su propio personal o el desarrollo de tecnología *in-house* (innovación cerrada) lo cual conlleva inversión de tiempo y dinero, sino que resultaba necesario abrir las puertas de sus empresas y compartir sus recursos con *startups*, las cuales son más dinámicas y flexibles, para desarrollar nuevos e innovadores proyectos que benefician a ambas (innovación abierta). Si bien antes podían existir dudas sobre la eficacia de la innovación abierta para el desarrollo y crecimiento empresarial, cada vez son más las grandes empresas que han implementado diversas estrategias para generar sinergias con las *startups* y obtener conocimiento exterior por lo cual es más común que las empresas se relacionen con el entorno a través de hackatones, challenges, competencias, eventos, e inclusive crean su propia aceleradora corporativa o departamentos de corporate venturing. Ello implica un cambio de la cultura corporativa, ya que la empresa es consciente que no puede limitarse al conocimiento interno existente en



ESTUDIO
MUÑOZ

MUÑOZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONDO
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

la compañía y debe relacionarse con el ecosistema de su alrededor para innovar con terceros y conocer lo que ocurre en el mundo y más aún cuando hay startups que ya identificaron las nuevas necesidades del mercado, desarrollaron un producto mínimo viable (MVP por sus siglas en inglés), lo testearon, lo mejoraron, tienen métricas definidas para medir su crecimiento y escalabilidad y desarrollaron tecnología con la visión innovadora y disruptiva característica de los emprendedores.

1. *Open innovation: startups y grandes organizaciones*

En los años 50 las empresas concebían la innovación a través de su departamento de I+D (investigación y desarrollo) para posteriormente dar paso al departamento de I+D+i (investigación, desarrollo e innovación) potenciando las actividades ligadas a innovación a través de políticas corporativas, debido a que un alto nivel de I+D+i implicaba una mayor fortaleza de los servicios, productos y procesos diferenciándose positivamente de la competencia. Es así como bajo la corriente de la innovación cerrada o interna, las empresas empleaban a su propio personal y el conocimiento interno del negocio para crear una ventaja competitiva. No aceptaban ideas de personas ajenas a la compañía y consideraban que el camino para innovar era tener el control íntegro sobre el proceso de innovación manteniendo en reserva todos los datos de la empresa, sin compartir nuevos proyectos hasta que estuvieran listos para el lanzamiento en el mercado.

Frente a la innovación cerrada o interna, apareció un nuevo paradigma de innovación: la innovación abierta. Esta fue desarrollado por Henry Chesbrough, profesor de la Universidad de California, Berkeley en su libro *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting From Technology*, quien señala que el conocimiento útil se encuentra en diversas industrias, no solo en la propia empresa, y deben emplearse tanto los flujos internos de conocimiento de la compañía como aquellos flujos externos de conocimiento, de manera conjunta y con rapidez para acelerar la innovación. Si el personal capacitado de una empresa es consciente que existe conocimiento fuera de la misma y lo utiliza en sus procesos y modelos de negocios, el proceso de innovación es más rápido siendo un motor de creación de valor más eficiente.

Es así como open innovation o innovación abierta se define como el uso conjunto de los flujos de conocimiento interno de una empresa así como de aquellos flujos de conocimiento externos, con la finalidad de acelerar el proceso interno de innovación y expandir los mercados.¹ Pero ¿cómo ideó el profesor Chesbrough este concepto? Él explica en una entrevista realizada por Elena Bou, directora de innovación de InnoEnergy², que tomó conciencia de este modelo gracias a dos acontecimientos en su vida. El primero, fue antes de ser profesor universitario, cuando formó parte de una startup llamada Quatum en Silicon Valley, dedicada al rubro de tecnologías de computación. Así, cuenta el profesor Chesbrough, que notó asombrado como Quatum siendo una pequeña empresa venía siendo exitosa en su rubro, incluso a pesar de que sus competidores eran poderosas empresas, como IBM, con grandes inversiones en I+D y una gran cantidad de propiedad intelectual desarrollada. El segundo acontecimiento fue cuando siendo profesor tuvo acceso durante dos años al centro de investigación de Xerox llamado Palo Alto, obteniendo esta vez ya no la perspectiva de la startup, sino la perspectiva de una gran empresa que también se encontraba en la búsqueda constante de innovación. Es así como durante su periodo en Xerox pudo observar cómo grandes ideas que fueron descubiertas dentro de este centro no fueron desarrolladas al no ser de interés de Xerox. La razón era por no encontrarse dentro del mercado en el que se desenvolvía Xerox. Sin embargo, señaló que esto no significaba que fueran malas ideas, inclusive, muchas de estas fueron exitosas gracias al corporate venturing, una vez que fueron desarrolladas fuera de Xerox; dándose lo que él denomina como “*false negative*” es decir, aquello que quizá para ti no sea valioso para otros, pero quizá lo sea y terminen obteniendo grandes beneficios de ello.

Pero fuera del origen del término open innovation como concepto, cabe preguntarse por qué las grandes empresas empezaron a cambiar su modelo tradicional de innovación cerrada, lo que dio nacimiento a un nuevo modelo de innovación. La respuesta es clara, ya que hemos entrado en un tiempo en el cual el proceso de innovación es cada

¹ Open Innovation: Researching a New Paradigm, by H. Chesbrough, W. Vanhaverbeke and J. West, Oxford University Press, 2006, p. 1

² Empresa financiada, en parte, por el Instituto Europeo de Innovación y Tecnología (EIT) para fomentar el desarrollo energético sostenible en Europa

vez más acelerado. Las grandes empresas se ven hoy en día en la obligación de innovar rápidamente, y buscarlo solo internamente ya no es una solución, por tanto, deben también salir a buscar en el mercado el conocimiento y la tecnología desarrollados por terceros.

Bajo esta nueva perspectiva, diferentes empresas a nivel mundial han implementado el proceso de innovación abierta mediante diversas modalidades, siendo las más resaltantes aquellas que buscan crear alianzas o invertir en *startups* debido al conocimiento y desarrollo tecnológico que estas poseen y a la visión innovadora y disruptiva característica de los emprendedores. A cambio de estas ventajas de innovación, las empresas pueden ofrecer a las *startups* lo que les falta: capital, mercados más amplios, instalaciones, red de contactos, entre otros.

Muchas empresas optan por atraer el talento externo a la organización mediante el trabajo conjunto con *startups*. Si bien puede verse a las *startups* como competidoras de las grandes organizaciones, resultan ser aliadas estratégicas para desarrollar el negocio de una compañía, ya que esta se beneficia del trabajo realizado por la ella. La *startup* tiene tecnología desarrollada, experiencia en el sector, un modelo de negocio y métricas definidas para medir su crecimiento y escalabilidad, así como un mercado ganado, todo lo cual una empresa desconoce o conoce parcialmente y, por tanto, debería iniciar con la labor de investigación, desarrollo e innovación si busca conseguir lo que la *startup* tiene. Ante ese escenario, en vez de enfocar los recursos en innovar internamente, con los riesgos que ello conlleva, varias empresas destinan sus recursos monetarios y su tiempo en formar alianzas o incluir al equipo emprendedor de una *startup* en el de la compañía con el ánimo de crear sinergias en beneficio de ambas.

Si una empresa tiene como objetivo implementar nuevos modelos de negocios o beneficiarse de nueva tecnología para su negocio, el primer paso es identificar a la *startup* acorde con sus objetivos, analizar los resultados que ha obtenido, la tecnología desarrollada, su equipo emprendedor, entre otros, y enfocarse en las sinergias que podrían generarse y definir la mejor forma de trabajar conjuntamente.

A nivel mundial, Procter & Gamble (P&G) es un ejemplo de los beneficios de la innovación abierta. P&G pasó de invertir millones de dólares en su departamento de I+D+i a firmar acuerdos de colaboración con numerosas pequeñas y medianas empresas y *startups* para que estas realicen los procesos de innovación, siendo a la fecha, una de las empresas más innovadoras del mundo; así por ejemplo, ha desarrollado iniciativas como la plataforma Connect + Develop a través de la cual sus consumidores, universidades, *startups* y otros socios de la red, desarrollan patentes de productos, tecnología, ecommerce, entre otros. Con la plataforma Connect + Develop, P&G creó un mecanismo para obtener aportes de múltiples partes interesadas habiendo generado un 35% de los nuevos productos fuera de P&G. Según el CEO de P&G, la productividad de la I + D aumentó en un 60%, la tasa de éxito de la innovación se duplicó y el costo de la innovación disminuyó.

A nivel local, en agosto del año 2020, Ransa y Urbaner realizaron la primera alianza en la industria logística del mercado peruano entre un corporativo y una *startup*. Ransa, operador logístico especializado en negocios B2B (*business to business*) y Urbaner, *startup* logística que llega hasta el consumidor final a través de su modelo de negocio B2C (*business to consumer*), sumaron sinergias con la finalidad que Ransa implemente a su negocio (B2B) la tecnología desarrollada por Urbaner en otro negocio (B2C), logrando mayores eficiencias, reducción de millas transportadas, entregas con mejor trazabilidad y, en general, mejoras en los procesos internos. A su vez, Urbaner ingresaría al mercado logístico de primer nivel junto con un operador logístico líder en América Latina. Ransa tuvo la opción de desarrollar internamente la tecnología o aliarse con un externo que no solo había desarrollado dicha tecnología, sino que había demostrado éxito en el servicio de entrega con agilidad y eficiencia. Ransa optó por crear una alianza con una *startup* logística con una ventaja competitiva poderosa en el aspecto tecnológico integrando los beneficios demostrados a su operación de negocios.

Claro está que nada está exento de riesgos por lo que en los acuerdos de colaboración deberán preverse supuestos de conflictos sobre la propiedad intelectual existente y futura, formas de obtener ingresos con base a la propiedad intelectual y distribución de los mismos, entre otros supuestos en búsqueda de una alianza de largo plazo.

Otra forma de colaborar con las *startups* es a través de la inversión en ideas y proyectos desarrollados por las mismas.

Es así como las empresas crean un departamento de corporate venture capital con la finalidad de recibir proyectos relacionados al negocio y visión de la empresa y aquellos seleccionados se benefician de la inversión. Telefónica, Google, Samsung y P&G son líderes creando programas de apoyo e inversión a las *startups*.

2. Diferencias con la innovación cerrada

La diferencia de la innovación abierta con la innovación cerrada radica en la forma cómo las empresas generan nuevas ideas y las integran al mercado. Conforme a lo indicado en el anterior apartado la innovación cerrada implica que una empresa tenga la filosofía de crear nuevas ideas dentro de la misma empresa a través de sus propios departamentos de I+D+i y basadas en sus propios conocimientos del mercado. Siendo el objetivo mantener un control interno sobre las ideas que se vayan creando y confiando únicamente en sus propios departamentos de innovación y profesionales contratados. De tal forma, este modelo requiere que la empresa realice grandes inversiones en sus departamentos de I+D+i para contratar a los que considere los mejores profesionales del sector, la mejor tecnología, realice la inversión necesaria para proteger sus ideas a través de patentes u otras formas de propiedad intelectual, inversión en mantener la confidencialidad de sus creaciones a fin de evitar la filtración de información que pueda llegar a sus competidores, entre otros.

El modelo de innovación cerrada fue exitoso en el siglo XX, sin embargo, fue cambiando a causa de diversos factores, como el incremento de personal calificado fuera de las grandes empresas debido a la mejora y mayor acceso a la educación a favor de más personas y el incremento de la movilidad de los empleados, quienes tradicionalmente trabajaban para una sola empresa toda su vida laboral, de tal forma que se fue distribuyendo el conocimiento en los mercados, entre otros factores que determinaron que no siempre se pueda tener a los mejores profesionales en una sola empresa.

El modelo de la innovación cerrada determina que solo existe una entrada a este proceso de innovación y una sola salida. Una sola entrada, pues únicamente se da el proceso de creación dentro de la empresa y una sola salida, pues es directamente la empresa quien comercializa en el mercado en el que se desenvuelve. Sin embargo, el modelo de innovación abierta determina varias entradas y salidas. Es así como las empresas no solo hacen uso de ideas generadas internamente, lo cual sigue manteniéndose como un gran aporte en el proceso de innovación, sino que, además, emplea ideas desarrolladas externamente. Siendo que las ideas generadas externamente bien podrían ser complementadas o acopladas a las ideas internas para llenar vacíos que la propia compañía no hubiese podido cubrir, así como para desarrollar nuevos productos o servicios o incluso para alcanzar nuevos mercados. Por otro lado, tiene varias salidas, ya que las ideas pueden finalmente ser desarrolladas externamente. Por ejemplo, ser cedidas a través de licencias o desarrolladas fuera de la empresa a través de otros vehículos (empresas) relacionados o no, como pueden ser las *startups*, que permitan que incluso a futuro puedan ser reincorporadas a la empresa, o mediante sinergias con otras empresas a través de contratos como *joint ventures*. De tal forma, la innovación abierta no solo se trata de estar abierto completamente a las ideas externas, sino de complementarlas con las ideas internas para obtener los mejores beneficios. Siendo así la innovación abierta no niega las ventajas de la innovación cerrada, sino que las incorpora, existiendo así un flujo constante entre ideas internas y externas, que pueden ser desarrolladas incluso fuera del mercado convencional de la empresa.

En este aspecto, es importante tener presente que no siempre la empresa que hace un descubrimiento es la que termina innovando u obteniendo beneficios de este. Un caso presentado por Henry Chesbrough, en la Convención de Innovación del 2011 realizada en Bruselas, es el de Bell Laboratories, uno de los primeros laboratorios de investigación del siglo XX, en el cual se descubrieron los transistores, siendo este proyecto y el laboratorio financiados por AT&T. Sin embargo, esta última demoró más de 10 años en desarrollar un producto que incorporara el transistor. Mientras que Sony, que en aquella época era una pequeña empresa japonesa, fue la primera que haciendo uso de esta tecnología desarrolló pequeños amplificadores de sonido para personas con problemas auditivos que podían usarse fácilmente detrás del oído. Siendo esto un claro ejemplo de que, a veces, las empresas que descubren no son las que innovan primero.

Otra diferencia entre la innovación abierta y la cerrada se da en la forma como se seleccionan las ideas. Dentro de una empresa basada en la innovación cerrada las ideas muchas veces se seleccionan basadas en que sean únicamente útiles para el mercado en el que se desarrolla la empresa o son desechadas, sino se cuenta con la tecnología suficiente para

desarrollarlas. Es así como se pierde una gran cantidad de ideas que combinadas con externas, o siendo desarrolladas externamente, podrían tener un gran potencial.

Considerando lo mencionado, basados en el libro del profesor Chesbrough *Open Innovation: The new imperative for creating and profiting from technology*, podemos determinar que los principios y diferencias entre ambos modelos son los siguientes:

Innovación cerrada	Innovación abierta
Los mejores y más inteligentes profesionales de nuestro campo trabajan con nosotros.	No todos los mejores y más inteligentes profesionales trabajan con nosotros. Sin embargo, debemos encontrarlos y buscar obtener su conocimiento y experiencia, aún cuando no estén dentro de la empresa.
Para generar ingresos de la I+D nosotros debemos descubrir las ideas, desarrollarlas y comercializarlas directamente.	La I+D externa tiene un gran valor, pero no se puede dejar de lado la I+D interna, ya que es necesaria para poder reclamar el valor obtenido.
Si lo descubrimos nosotros, llegaremos primeros al mercado.	No tenemos que descubrir algo primero para poder obtener beneficios de ello.
Si somos los primeros en comercializar una idea, ganaremos.	Crear un mejor modelo de negocio es más importante que llegar primero al mercado.
Si creamos la mayor y mejor cantidad de ideas en la industria, ganaremos.	Si hacemos el mejor uso de las ideas internas y externas, ganaremos.
Debemos proteger nuestra propiedad intelectual para que otros competidores no generen ganancias con nuestras ideas.	Debemos generar ganancias de otros usos que podamos dar a nuestra propiedad intelectual, y debemos adquirir propiedad intelectual de otros para generar valor a nuestros negocios.

3. ¿La innovación abierta entre competidores es posible?

La idea de innovación abierta nos lleva a pensar que es un proceso en el cual se compartirá muchos de los conocimientos y *know how* de una empresa, lo cual, dentro de un marco tradicional de innovación cerrada, resulta inconcebible, ya que para una compañía mantener esta información en reserva es vital, en especial de sus competidores. Es así como la innovación abierta puede parecer bastante riesgosa e incluso perjudicial, en especial si se trabaja conjuntamente con un competidor. Sin embargo, los beneficios pueden ser múltiples, ya que las empresas pueden mejorar sus procesos internos, generar productos o servicios de mejor calidad, tener un menor tiempo de puesta en marcha, un menor coste de implementación y desarrollo, acceso a tecnología que probablemente no tendrían, entre otros.

La innovación abierta está basada en tres procesos: *outside-in*, *inside-out* y *coupled innovation*. El primer proceso, *outside-in*, se basa en el enriquecimiento del proceso interno de la compañía a través de la interacción con colaboradores externos, como son los proveedores, consumidores, entre otros. En el segundo proceso, *inside-out*, la compañía explota sus ideas internas en el mercado al exportarlas o venderlas fuera. En el tercer proceso, *coupled innovation*, se combinan los dos primeros procesos mediante la construcción conjunta de ideas de innovación a través de alianzas, acuerdos de cooperación o incluso joint ventures con otras empresas.

Por tanto, la innovación abierta mezclaría lo que es cooperación con competencia, en lo que se conoce como *coopetition*. *Coopetition* combina dos conceptos que pueden ser considerados antagónicos, como son la cooperación y la competencia, donde las empresas pueden cooperar y competir a la vez para alcanzar objetivos en común, así “se produce cuando dos empresas cooperan en algunas actividades de negocio a la vez que compiten entre sí. Por lo tanto, los elementos de cooperación y competencia están presentes. Esto significa, que dos empresas podrían cooperar coordinando sus

operaciones de compra y aprovisionamiento de servicios, al mismo tiempo que están compitiendo en las áreas de fabricación y comercialización”³.

Ahora bien, lo cierto es que en la realidad se ha estudiado poco sobre casos de innovación abierta entre competidores, sin embargo, el artículo “*Managing open innovation between competitors: what challenges?*”, de Audrey Rouyre, desarrolla un breve estudio sobre la innovación abierta entre competidores de la industria espacial que nos puede dar una idea de que es posible que esta se genere. Ahora bien, la industria espacial es un sector en el que son pocos los principales actores, razón por la cual resultó muy importante la cooperación generada entre ellos para llevar a cabo cuatro grandes proyectos en los cuales se vio reflejada la innovación abierta. Uno de los proyectos se trató del Programa Galileo de la Unión Europea, que consistió en el desarrollo de un sistema de navegación por satélite. Este proyecto fue en su momento asignado a la empresa alemana OHB, sin embargo, esta empresa por sí sola no contaba con la capacidad tecnológica para construir el sistema, tanto en tiempo como en costo, por lo que la Unión Europea convocó a las empresas ADS y TAS para apoyar en el proyecto. Estas empresas establecieron una estructura para sacarlo adelante, teniendo en cuenta que tres grandes competidoras lo realizarían conjuntamente. Este caso es un claro ejemplo de dos procesos de innovación abierta. Por un lado, se dio un *coupled innovation*, porque el sistema Galileo fue una cocreación de varias empresas competidoras, pero desde la perspectiva de OHB se vio que esta enriqueció su conocimiento interno al recibir el conocimiento de empresas externas a ella, sus propios competidores, dándose así un *outside-in*. Pero estos casos no solo se pueden dar entre grandes competidores, sino que hoy es más habitual que se dé con startups, las cuales estando en el mismo rubro o en uno relacionado y por pequeñas que parezcan en tamaño, pueden llegar a generar competencia a las grandes empresas, aportar conocimientos y mejoras en los procesos internos, entre otros beneficios. Razón por la cual grandes empresas hoy buscan alianzas con startups, que ya no son vistas como un proveedor más, sino como un socio estratégico para la innovación. Así, las startups se presentan como un modelo ágil, orientado a resultados, que aún con poco presupuesto trabajan rápido, son flexibles, adaptables y creativas pudiendo, por tanto, llegar a generar un gran aporte en términos de innovación a una compañía grande y tradicional.

4. Opciones de colaboración entre empresas y *startups*

Iniciamos este título con una frase que nos parece muy adecuada sobre la relación que hoy se da entre grandes empresas y *startups* “Las primeras tienen escala, pero necesitan innovar permanentemente para poder seguir compitiendo y mantenerse en el mercado y, las segundas, nacen con una innovación, pero necesitan escalar en clientes. Por eso, la unión de estos dos mundos es algo natural y esa cooperación ya es hoy una realidad”. Ello lo señaló en un evento de innovación de España, Andrés Saborido, director de Wayra España, una empresa del grupo Telefónica cuya razón de ser es invertir en startups que aporten innovación a Telefónica y a sus clientes.

Las grandes empresas buscan trabajar con *startups*, no solo por la innovación que pueden generar, sino, además, por la mejora en los procesos internos que brindan, además representan la posibilidad de expansión a nuevos mercados e incluso hacen posible la renovación de la cultura interna de la compañía. Es así como existe una retroalimentación entre las grandes empresas y las *startups*, siendo que las primeras pueden proporcionar los recursos y presupuesto de los cuales muchas veces carecen las startups, mientras que estas aportan innovación y metodologías de trabajo ágiles, eficiencia en la solución de problemas, entre otros.

Las grandes empresas buscan trabajar con las startups en diferentes niveles, tales como: (i) fomento de espacios de *coworking* donde las empresas comparten recursos y forjan redes de contacto, y, en algunas ocasiones, brindan capacitaciones; (ii) competencias o hackatones donde en uno o dos días se busca el desarrollo de soluciones, con el apoyo de mentores; (iii) brindando apoyo a través de procesos de incubación y aceleración, donde se brinda a las startups espacios de *coworking*, recursos, mentorías, inversión semilla, posible acceso a rondas de inversión, entre otros; (iv) generando alianzas para el desarrollo conjunto de productos o servicios; (v) inversión directa en la *startup* a través de *venture capital*, mediante la adquisición de una parte de la startup para venderla posteriormente una vez que ha incrementado su valor en comparación al momento de la inversión; (vi) la adquisición de la startup, siendo este caso que la compañía busca incorporarla a su negocio, ya sea por la búsqueda del talento o por la tecnología creada.

3 Morris, H. M., Kocak, A. y Ozer, A. (2007). Coopetition as a small business strategy: implications for performance. *Journal of Small Business Strategy*, p. 36

A continuación, desarrollamos algunos ejemplos de alianzas de grandes empresas con *startups*.

Como mencionamos Wayra España es el brazo inversor de Telefónica que busca generar oportunidades de negocio con *startups* relacionadas a temas de tecnología del rubro de Telefónica, generando su crecimiento a nivel local y global. Wayra no solo busca invertir en Europa, sino también está presente en Latinoamérica a través de siete hubs distribuidos entre Europa y Latinoamérica, siendo el hub que corresponde a Perú Hispam Sur, con sede en Argentina. De acuerdo con su página web Wayra ha invertido más de 3 millones de euros. Entre los beneficios que ofrecen este tipo de hubs, por lo general, no solo es la inversión, sino la oportunidad de hacer negocios con la compañía, espacios de trabajo tecnológicos, acceso a redes de partners, expertos, asesoría directa de mentores, acceso a tecnología y otros beneficios, que pueden llegar a potenciar el negocio de una *startup*. Un caso peruano en el que Wayra España intervino fue el de la App Cinepapaya, creada en el año 2011 por los peruanos Gary Urteaga y Manuel Olguín. Cinepapaya se creó como una plataforma para acceder a la cartelera y se podía comprar entradas en todos los cines. Esta plataforma inicialmente tuvo un subsidio del programa estatal Innóvate Perú y posteriormente fue seleccionada por Wayra Perú, quien invirtió en la *startup* a través de varias rondas inversión. Luego, con ventas de más de 700 mil dólares, la empresa brasilera Movile, adquirió un 23% de Cinepapaya pagando 2 millones dólares, generando la ampliación de su presencia hasta en once países, así como sumando otros servicios de venta de *tickets*. Posteriormente, Cinepapaya fue adquirida en el 2016 por la empresa estadounidense Fandango Media LLC, de propiedad de NBC Universal, constituyéndose en un claro caso de éxito de una *startup* en nuestro país.

En otro ejemplo tenemos a Masisa, una empresa líder en Latinoamérica dedicada a la producción y comercialización de tableros de madera para muebles y arquitectura de interiores, que ha concentrado sus operaciones en Perú, Colombia, Chile y Venezuela. Masisa en su búsqueda de ser la empresa más innovadora de su sector, creó la plataforma Masisa Lab, a través de la cual busca capturar e incubar una cartera de proyectos para el mercado del diseño, arquitectura y construcción, a fin de poder generar oportunidades de negocio. Uno de los proyectos en los cuales Masisa Lab invirtió y trabajó fue Isolcork. Esta empresa se inició en Chile en el año 2010 por los hermanos Pablo y Mario Palma bajo el nombre de Etorkizuna, la cual introdujo el revestimiento de corcho como solución integral en revestimientos ecológicos, presentándose como una solución innovadora a la situación habitacional de los damnificados del terremoto que azotó Chile. Luego, en el 2012, obtuvo capital semilla del programa nacional chileno Corfo. Posteriormente, en el 2017, participó en el Lean Play de Masisa Lab, logrando recibir un aporte de US\$ 50 mil bajo la figura de nota convertible. Este acuerdo estratégico como bien lo dicen en su página web logró impulsar su línea de negocio a nivel nacional e internacional. Además, la *startup* destaca que no solo recibió inversión de Masisa Lab, sino mejoras en el sistema financiero, la posibilidad de expandirse a otros países, coaching y el alcance de grandes clientes como Sodimac. Hoy la empresa cuenta con productos no solo para la construcción, sino además para centros comerciales, barcos, domos, contenedores, productos para minería y el sector industrial.

Otro ejemplo es Cornershop, que es la primera *startup* dedicada al *delivery* de supermercados en Latinoamérica, la cual recibió en su momento inversión de venture capital, con el cual se desarrolló y finalmente fue vendida a Uber, generando grandes retornos para sus inversionistas y emprendedores, convirtiéndose en uno de los casos de *exit* con mayor éxito de Latinoamérica. Así, podrán ver que los casos presentados son más cercanos a nuestra realidad, ya que sucedieron en nuestro país y en países vecinos con oportunidades similares a las nuestras, lo cual demuestra que en Perú y Latinoamérica también se desarrolla open innovation.

De tal forma, podemos concluir que los beneficios para las *startups* son múltiples. Como habrán podido notar todos enfocados al desarrollo de sus negocios, como son: (i) acceso a financiamiento mediante las inversiones que puedan realizar las grandes empresas; (ii) acceso a una amplia red de contactos; (iii) la posibilidad de trabajar con grandes empresas como clientes; (iv) la posibilidad de expandirse de la mano de las empresas o por si solas a otros mercados; (v) desarrollo de sus productos innovadores; (vi) acceso a tecnología y otros recursos que pudiesen otorgar las grandes empresas; (vii) asesoramiento, coaching y mentoría para el desarrollo de sus negocios, entre otros.

Conclusiones

La innovación abierta es una interesante alternativa para las empresas que buscan impulsar y desarrollar su proceso de innovación, en vista que este modelo permite que las empresas puedan incorporar los conocimientos y desarrollos tecnológicos de agentes externos como las startups, a través de alianzas que generan sinergias y beneficios mutuos, convirtiéndose las startups en aliadas estratégicas que contribuyen con su visión innovadora, tecnología desarrollada, experiencia, un modelo de negocio definido, un mercado ganado, conocimiento del cliente, entre otros aspectos. Todos ellos son incorporados por las grandes empresas para impulsar sus negocios y obtener rápida y eficientemente sus objetivos de innovación y desarrollo. Es así como la innovación abierta se presenta como un modelo de innovación ágil y moderno frente al tradicional modelo de innovación cerrada, en el cual el proceso de innovación es netamente interno, generado con sus propios recursos, personal, experiencia y conocimientos. De tal forma, la innovación abierta complementa, contribuye, cubre vacíos y apoya en el desarrollo de nuevos productos o servicios por parte de las grandes empresas.

El mercado actual exige innovación constante y rápida. En este contexto, la colaboración entre empresas y startups es una solución prometedora para conseguir oportunidades de innovación a gran velocidad y no quedarse relegado.

Bibliografía

- Chesbrough, H. (2003a). Open Innovation: The new imperative for creating and profiting from technology. Boston, MA: Harvard Business School Press.
- Innoget. Introducing open innovation. Innoget. Recuperado de: <https://www.innoget.com/open-innovation-definition>
- Academia. Top 10 Lessons on the New Business of Innovation (academia). Academia. Recuperado de: <https://www.academia.edu>
- Open innovation.eu. Open Innovation. Open innovation.eu. Recuperado de: <https://www.openinnovation.eu/open-innovation/>
- Rouyre Audre (2018). Managing open innovation between competitors: what challenges? Strategie AIMS. Recuperado de: <https://www.strategie-aims.com/events/conferences/29-xxviieme-conference-de-l-aims/communications/4957-managing-open-innovation-between-competitors-what-challenges/download>
- Enkel, E., Gassmann, O., Chesbrough, H., (2009), Open R&D and open innovation: exploring the phenomenon. R&D Management.
- Jiménez, Marimar. La colaboración entre grandes empresas y 'startups', clave en el sector de la movilidad. El País. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/07/08/companias/1562616929_132621.html
- Kantis Hugo (2018), Grandes empresas + startups = nuevo modelo de innovación? Tendencias y desafíos del corporate venturing en América Latina.
- Joao Paulo Coelho Marquez. Closed versus Open Innovation: Evolution or Combination? Research Gate. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/272723301_Closed_versus_Open_Innovation_Evolution_or_Combination
- Morris, H. M., Kocak, A. y Ozer, A. (2007). Coopetition as a small business strategy: implications for performance. Journal of Small Business Strategy



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONIG
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

MATERIALIZACIÓN TRANSACCIONAL DE INVERSIONES EN STARTUPS



MATERIALIZACIÓN TRANSACCIONAL DE INVERSIONES EN *STARTUPS*

Ricardo De la Piedra¹

Sumario: Introducción. 1. Términos del contrato de inversión. 2. Gobierno corporativo con posteridad a la materialización de la inversión. 3. Conclusiones.

Resumen: El aumento sostenido de actividad transaccional en emprendimientos a nivel mundial hace sumamente importante que tanto fundadores como potenciales inversionistas manejen adecuadamente los términos y condiciones en que se inyecta capital a una *startup*. El presente artículo describe brevemente y de una manera conceptual los puntos clave de un esquema de adquisición parcial del capital de un emprendimiento a través de levantamiento de capital, incluyendo derechos, términos y condiciones a pactarse en un convenio de accionistas posadquisición.

Palabras clave: *startups*, M&A, emprendimiento, adquisición, inversión, convenio de accionistas

Introducción

A diferencia de las empresas tradicionales, la mayoría de *startups* requieren en determinado momento de su ciclo formativo la participación de inversionistas que puedan aportar el capital adicional necesario para desarrollar las ideas o los productos y servicios que originaron la creación de la *startup*. Así, los fundadores de una *startup* saldrán al mercado en búsqueda de inversionistas que estén dispuestos a asumir el riesgo de invertir en un negocio nuevo o disruptivo a cambio de una participación, cuya expectativa será que el rendimiento sea acorde al riesgo de su inversión.

Un ejemplo emblemático de esta estructura es la inversión de USD 500 000 realizada en el 2004 por Peter Thiel en Facebook. La inversión inicial se realizó a cambio de una participación del 10.2% en la empresa, lo cual le generó una ganancia a Thiel de más de mil millones de dólares tras la venta de la mayoría de sus acciones en el 2012. Sin embargo, es importante recordar que la inversión de Peter Thiel fue todavía más fructífera para su fundador, Mark Zuckerberg, cuyas acciones en la compañía actualmente están valorizadas en más de USD 70 000 000.

En línea con lo anterior, es importante revisar algunas de las principales consideraciones que debe tomar en cuenta el fundador de una *startup* al momento de llegar a un acuerdo definitivo con un inversionista respecto a la venta de un porcentaje de su participación, así como el tratamiento que recibirá dicha inversión. Estas consideraciones tienen, al menos, dos aristas fundamentales: (i) los términos del contrato de inversión, y (ii) los términos del gobierno corporativo que regularán la relación como socios entre el fundador y el inversionista, recogidos en el convenio de accionistas.

¹ Socio del área de Derecho Corporativo y M&A del Estudio Muñiz. Abogado con honores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y MBA por IE Business School (Madrid, España). Su práctica en Corporate/M&A es reconocida por publicaciones internacionales como IFLR1000, Leaders' League y The Legal 500. En el plano académico, es profesor de Fusiones y Adquisiciones y Derecho Comercial en las facultades de derecho de la Universidad de Lima y Universidad de Piura. Columnista regular de artículos de derecho, innovación y negocios en medios locales e internacionales, y colaborador del Banco Mundial en sus estudios para la publicación "Doing Business" en Perú.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS



1. Términos del contrato de inversión

Hay dos aspectos fundamentales que debe revisar cuidadosamente el fundador de una *startup* al momento de acordar los términos de la adquisición de acciones de la startup por un inversionista: (i) la valorización de las acciones y (ii) el régimen de indemnización del inversionista.

1.1 Valorización de las acciones del *startup*

El valor que se le asigna a las acciones de la compañía determinará cuánta participación en el capital recibirá el inversionista a cambio de su inversión. Esto es vital para el fundador a fines de garantizar que reciba la mayor inversión posible por el valor de la startup, para retener la mayor cantidad de capital posible y mantener el control para efectos de gobierno corporativo (como analizaremos en el punto 3 más adelante).

Independientemente del método utilizado para calcular el valor de la compañía, y por más especializado que sea el equipo financiero a cargo de la valorización, el proceso de asignación de valor probablemente no tomará en cuenta todo el potencial de la *startup* (de lo contrario, Peter Thiel hubiese pagado mucho más de quinientos mil dólares por el equity de Facebook) o se excederá y hará que la inversión se vuelva inviable. El equilibrio del acuerdo entre las partes se encuentra en la necesidad del fundador de conseguir inversionistas para desarrollar una idea novedosa y el gran riesgo que asume el inversionista al invertir en dicha idea.

1.2 Indemnización del inversionista

Cuando un comprador adquiere acciones de una compañía, tradicionalmente solicita que el vendedor realice una serie de declaraciones y garantías sobre el estado de la compañía en el contrato (“declaraciones”). En caso alguna de estas declaraciones no sea cierta por hechos previos a la fecha de adquisición, el vendedor tendrá que indemnizar al comprador (dentro de ciertas limitaciones). Este régimen también es aplicable a la entrada de un inversionista a una *startup*. El inversionista estará dispuesto a asumir los riesgos vinculados a su inversión, pero no las contingencias que puedan surgir por hechos ocurridos antes de que se convirtiera en accionista de la empresa.

En adición a ello, es usual que un inversionista solicite el cumplimiento de determinadas obligaciones del emprendedor (directas o de generar que la compañía cumpla algún hecho u obligación determinada). A manera de ejemplo, pensemos que un monto de la inversión sea destinado a R&D, modernización, implementación de canales, etc.

En línea con lo anterior, el contrato de inversión contendrá lo que se denomina el régimen de indemnización, con características muy similares al de un contrato de adquisición, en las que el inversionista responderá principalmente por (i) la falsedad o inexactitud de las declaraciones; (ii) el incumplimiento de obligaciones asumidas en el contrato; y (iii) hechos dolosos o fraudulentos.

a. Declaraciones y determinación de responsabilidad

El fundador tendrá que otorgar una serie de declaraciones en el contrato de inversión sobre el estado de la compañía al momento de la inversión y emisión/transferencia del equity. El contenido de las declaraciones dependerá del rubro en el cual opera la startup. Un ejemplo usual son las declaraciones que se otorgan en procesos de inversión en startups de tecnología, en los que un inversionista requerirá que el fundador otorgue un set de declaraciones importante en materia de propiedad intelectual, a fines de ser indemnizado en caso se materialice un daño con motivo de un reclamo en relación a la propiedad la tecnología desarrollada por la empresa.

Adicionalmente, un inversionista probablemente solicitará declaraciones generales que aplican a todas las empresas, tales como declaraciones sobre el cumplimiento de las normas aplicables en materia tributaria, así como las denominadas declaraciones fundamentales, las cuales versan sobre hechos esenciales de la transacción (propiedad de las acciones, capacidad del fundador para contratar, entre otras).

En base a lo anterior, el fundador deberá indemnizar al inversionista en caso las sociedades o el inversionista sufran un daño derivado de la falsedad o inexactitud de alguna de las declaraciones sobre la compañía. Para claridad y fines prácticos, si la declaración establece que “la compañía ha cumplido con todas sus obligaciones laborales” y, con

posterioridad al cierre del contrato de inversión, las autoridades laborales obligan a la compañía al pago de multas y penalidades por el incumplimiento del fundador con el pago de los beneficios sociales originados antes de la fecha de cierre, el fundador deberá indemnizar al inversionista (sujeto a las limitaciones generales detalladas en la sección b a continuación).

b. Limitaciones a la responsabilidad del fundador por declaraciones

Existen dos limitaciones principales a la responsabilidad del fundador por las contingencias de la compañía: (i) limitaciones de tiempo y (ii) limitaciones de monto. Las limitaciones de tiempo establecen un plazo máximo durante el cual el fundador es responsable ante el inversionista por los daños producidos por la falsedad o inexactitud de las declaraciones otorgadas.

La segunda limitación principal es la limitación del monto de responsabilidad. El contrato de inversión establecerá un monto máximo de responsabilidad (conocido como el cap) y, en muchas ocasiones, se establecerá un monto individual (conocido como basket) de responsabilidad y un monto mínimo de responsabilidad (conocido como de minimis o minibasket). Otra vez con fines prácticos, si se aplicaran todas estas limitaciones al mismo tiempo los límites de responsabilidad funcionarán según el siguiente ejemplo con montos aleatorios: cualquier daño deberá ser de al menos USD 5 000 (mini basket) para poder ser reclamable y poder acumularse junto con otros daños equivalentes hasta llegar a USD 50 000 (basket). A partir del monto del basket, el fundador será responsable desde el primer dólar hasta el monto del daño (cuando el basket no es deducible) o desde montos que excedan USD 50 000 hasta el monto del daño (cuando el basket sí es deducible). En ningún caso (salvo supuestos de dolo, fraude o falsedad de declaraciones fundamentales), el fundador responderá por un monto superior al cap.

c. Capacidad de negociación de las partes

Hemos descrito el régimen general de indemnización de un contrato de inversión que explica la responsabilidad que permanece con el socio fundador aún después del ingreso de un inversionista al startup.

Es importante tomar en consideración que los términos definitivos que se incluirán en cualquier contrato de compraventa de acciones o contrato de inversión dependerán de la capacidad de negociación de las partes y de la situación de cada una de ellas. En este contexto, un fundador que necesita los fondos de un inversionista de manera urgente para potenciar una startup de manejo desordenado, incipiente o con un perfil del fundador complicado puede tener una capacidad de negociación reducida frente a un inversionista sofisticado. Caso contrario es el de una startup con un futuro promisorio, en orden y con potenciales socios competentes y enfocados en el desarrollo de la compañía y su modelo de negocios.

2. Gobierno corporativo con posterioridad a la materialización de la inversión

Además de pensar en los términos del contrato de inversión, el socio fundador de una startup debe pensar en la regulación de su relación con el inversionista como socios de la compañía y los términos del gobierno corporativo de la empresa. El gobierno corporativo se refiere al régimen mediante el cual se regula el control y operación de una empresa. Este régimen se establece en dos documentos fundamentales: los estatutos y el convenio de accionistas.

Asumiendo que los estatutos de la empresa se mantienen dentro de un modelo estándar, analizaremos los acuerdos usuales que negocian los accionistas en el convenio de accionistas, enfocándonos en el contexto de las startups y el ingreso de un inversionista a la empresa.

2.1 Manejo de la empresa

Según la normativa peruana, existen tres órganos fundamentales en una sociedad anónima: la junta de accionistas, el directorio y la gerencia. Estos tres órganos ejercen distintas funciones y se les pueden asignar distintos poderes para balancear la toma de decisiones y manejo del día a día del negocio dentro de una empresa. Sin embargo, en toda circunstancia la junta de accionistas será el órgano supremo y decisorio de la sociedad. Por lo tanto, los porcentajes de acciones que posee cada accionista son sumamente relevantes.

En Perú, por los términos de la Ley General de Sociedades, un accionista controla la empresa de forma absoluta si sostiene al menos el 60% del accionariado. Por este motivo, un accionista minoritario en una *startup* (ya sea el inversionista o fundador posadquisición) siempre solicitará la firma de un convenio de accionistas que le otorgue ciertos derechos de minoría que no le otorga la ley en términos de toma de decisiones y otros aspectos de la vida de la compañía. De esta manera, el accionista puede ejercer cierto control a través de “derechos de veto” o supermayorías.

2.2 Mayorías calificadas y derechos de veto

A favor de los intereses del accionista minoritario (para efectos del presente escenario, el inversionista), es posible establecer mayorías más altas a las calificadas para la toma de ciertas decisiones por la junta de accionistas y derechos de veto sobre ciertas materias.

Las mayorías calificadas se refieren al aumento de los porcentajes de quorum y votación necesarios para tomar una decisión dentro de la junta de accionistas. Como comentamos en el punto anterior, según la Ley General de Sociedades un accionista puede tomar todo tipo de decisiones de forma unilateral si sostiene el 60% del accionariado. Sin embargo, es posible aumentar este porcentaje para ciertas materias a través de lo que se conoce coloquialmente como “supermayorías”. Por ejemplo, si el fundador sostiene el 75%, y el inversionista mantiene 25% de la empresa, las partes podrán acordar que la toma de algunas decisiones requerirá el *quorum* y voto favorable del 76% del accionariado. De esta forma, mientras los porcentajes se mantengan en 75/25, el fundador no podrá tomar estas decisiones de forma unilateral, requiriendo siempre la presencia y voto favorable del inversionista.

Tradicionalmente, se solicitan supermayorías para ciertas decisiones particularmente importantes en la empresa, como la modificación de los estatutos, modificaciones al capital social, elección gerencias, disposición de activos importantes, toma de financiamientos fuera de la política de endeudamiento, aprobación o modificación al plan de negocios, plan de negocio, política de financiamiento; entre otros. La materia dependerá de la sensibilidad de los accionistas, el porcentaje adquirido, y claramente de la posición del emprendedor, la compañía y el inversionista al momento de negociar el convenio.

2.3 Elección de gerencias claves y del directorio

El gerente general, las gerencias clave y el directorio de la compañía ejercen funciones más operativas dentro de la empresa en comparación con la junta de accionistas. A fines de mantener cierto grado de control sobre las operaciones, el accionista minoritario puede solicitar que se establezca un régimen según el cual: (i) designe un número de directores, y (ii) tenga la potestad de nominar o alternar la facultad de designar al gerente general o alguna gerencia clave.

En relación con nombramiento del gerente general, es posible establecer que las partes se turnarán en la designación del gerente general o, en todo caso, que las partes acordarán previamente quién será nominado como gerente general de la compañía. Lo mismo puede ocurrir con gerencias clave, como la de administración y finanzas o de R&D (dependiendo del rubro de la empresa).

La regulación de este punto varía mucho en cada caso porque depende de las circunstancias específicas de cada inversión. En el caso de una *startup*, el grado de control que quiera tener el inversionista dependerá del tipo de inversionista y lo que desea aportar a la operación. Habrá inversionistas ángeles que únicamente quieran aportar capital y permitir que el fundador maneje las operaciones de la compañía, mientras que otros inversionistas como fondos de Venture Capital querrán aportar cierto grado de *know-how* y contactos para asegurar el éxito y crecimiento de la empresa para el eventual *exit*.

2.4 Drag along y tag along

Dos cláusulas que tradicionalmente se incluyen en los convenios de accionistas son las cláusulas de *drag along* y *tag along*. La cláusula de *drag along* es solicitada usualmente por el accionista mayoritario (el fundador, en nuestro caso) y la cláusula de *tag along* es requerida comúnmente por el accionista minoritario (el inversionista, en nuestro caso). Estas disposiciones son claves en un convenio de accionistas de una *startup* porque están relacionadas al *exit strategy* de los socios.



a. *Drag along*

La cláusula de *drag along* establece que si un accionista desea vender sus acciones a un tercero, puede obligar al otro accionista a vender sus acciones al mismo tercero en los mismos términos y condiciones. Como se puede inferir, la cláusula de *drag along* es esencial para un socio fundador que permanecerá como accionista mayoritario porque incrementa sus posibilidades de liquidar su inversión en la startup una vez que haya incrementado considerablemente el valor de la empresa, es decir, fortalece su *exit strategy*.

b. *Tag along*

La cláusula de *tag along* dispone que si un accionista desea venderle sus acciones a un tercero, el otro accionista puede adherirse a la venta, y hacerlo de manera conjunta. La cláusula de *tag along* también es sumamente relevante para el *exit strategy* de un inversionista porque los escenarios de venta del 100% de una compañía son muchos más frecuentes que el escenario de venta de un porcentaje minoritario. Por lo tanto, podrá capitalizar su inversión con mayor facilidad ante una buena oferta de un tercero.

2.5 *Call option y put option*

El *call option* le otorga a un accionista el derecho a obligar a otro accionista a venderle sus acciones y el *put option* le otorga a un accionista el derecho a obligar a otro accionista a comprarle sus acciones, usualmente pactándose ventanas en periodos de tiempo. Así, los accionistas pueden acordar que dentro de un número determinado de años después de la firma del convenio, alguno de los accionistas tendrá un *put option* (normalmente el accionista minoritario) o un *call option* (normalmente el accionista mayoritario).

La racionalidad de estas figuras es que, por un lado, el accionista minoritario podrá tomar el valor del crecimiento de la empresa después de un tiempo determinado y vender sus acciones restantes a un precio mayor a lo que las hubiese vendido en la fecha inicial. Por su parte, el accionista mayoritario tendrá un *call option* para adquirir el porcentaje restante de la empresa y tener el control absoluto de sus operaciones (liberándose de los términos del convenio de accionistas), siendo de obligatorio cumplimiento para el vendedor, la venta.

Términos usuales para el ejercicio del *call option* o del *put option* incluyen un piso o monto mínimo de adquisición, la valorización de las acciones por un auditor independiente, la ventana de ejercicio, entre otros.

2.6 *Lock-up*

La cláusula de *lock-up* es una cláusula común en aquellos convenios de accionistas en los cuales se quiere mantener la estabilidad de los accionistas por un tiempo determinado. El *lock-up* prohíbe que uno o varios de los accionistas vendan sus acciones por un periodo de tiempo (en Perú, el *lock-up* no puede tener una duración mayor a 10 años según la Ley General de Sociedades).

Esta cláusula puede ser útil tanto para el fundador como el inversionista: (i) para el fundador, en la medida que quiera mantener cierta estabilidad mientras la empresa está en un proceso de crecimiento y asegurar que el inversionista no le venderá sus acciones a un tercero que el fundador no quiera tener como socio; (ii) para el inversionista porque puede garantizar que el socio fundador no saldrá de la empresa antes de tiempo y continuará desarrollando el concepto de la startup durante un tiempo determinado.

2.7 *Deadlock*

El *deadlock* regula aquellas circunstancias en las cuales, de acuerdo con los términos del estatuto o el convenio de accionistas, se requiere del voto de ambos accionistas para tomar una decisión y los accionistas no logran llegar a un acuerdo.

En este caso, normalmente se establece un plazo en el cual los accionistas pasarán un proceso de mediación (no vinculante) a fines de llegar a un acuerdo sobre la materia objeto del conflicto. En caso los accionistas no puedan llegar a un acuerdo, normalmente se establecen opciones de compra o mecanismos como el *shotgun*, siendo lo importante que el desacuerdo sustancial no haga perder valor a la compañía.

2.8 Derecho de adquisición preferente

Esta cláusula establece que ninguno de los accionistas podrá venderle su participación a un tercero sin antes ofrecérsela al otro accionista en las mismas condiciones de venta. Únicamente en caso de que el otro accionista no desee ejercer su derecho de adquisición preferente, el accionista vendedor podrá proceder con la venta al tercero, en los mismos términos en que las ofreció al otro accionista.

El propósito de esta cláusula es similar al propósito del *lock up*. Los accionistas quieren asegurar que se mantendrá cierta estabilidad dentro de la empresa y, sobre todo, que no estarán sujetos a participar como socios dentro de la compañía con terceros a los cuales no eligieron.

2.9 Derecho de primera oferta

El derecho de primera oferta establece que los accionistas deben ofrecerle sus acciones en venta al otro accionista antes de ofrecerle sus acciones en venta a algún tercero. Se diferencia del derecho de adquisición preferente porque esta cláusula le otorga al titular el derecho de realizar la primera oferta sobre las acciones del otro accionista antes de que exista un tercero interesado. El derecho de adquisición preferente permite que el titular del derecho compre las acciones después de que un tercero interesado ha presentado una oferta.

2.10 Política de dividendos

Es muy común establecer una política de dividendos en el convenio de accionistas. Esta política regulará el régimen de distribución de dividendos de la empresa (frecuencia y porcentajes). La distribución de dividendos dependerá del plan de negocios que se haya establecido para la *startup*. En emprendimientos, es usual que la política de dividendos implique la no repartición de dividendos por un plazo determinado, ya que tanto el fundador como el inversionista por lo general no se encuentran interesados en el retorno inmediato de su inversión, sino en el crecimiento a largo plazo del emprendimiento.

2.11 Plan de negocios

Los accionistas suelen preparar un plan de negocios para la compañía. En este plan se establece cuáles son los objetivos para la empresa y los planes comerciales que tienen los accionistas para el desarrollo de la empresa. Esto es particularmente importante en el caso de una *startup* porque el crecimiento de la empresa es el objetivo fundamental de los accionistas y la existencia de un plan de negocios aclara la ruta a seguir y evita futuros conflictos de los accionistas en relación con el camino que se tomará para lograr dicho crecimiento. Cualquier modificación al plan de negocios usualmente es materia de una supermayoría o derecho de veto.

2.12 Política de financiamiento

La política de financiamiento establece los medios que utilizará la compañía para financiar sus actividades. Para un accionista que tenga menor capacidad económica que otros accionistas, la política de financiamiento es clave porque puede establecer que la compañía financiará sus actividades mediante la obtención de deuda u otros medios distintos a aumentos de capital o aportes de los accionistas, evitando así la dilución de su participación. A efectos de tener una relación exitosa, es importante tener en cuenta las consecuencias de la política de financiamiento, así como tener una lectura clara de las expectativas económicas y el perfil tanto del emprendedor como del inversionista.

Conclusiones

La relación entre un socio fundador de una *startup* y un inversionista nace con la inversión inicial y adquisición de acciones. Este momento inicial se rige principalmente por dos temas claves: (i) el valor que se le asignará a las acciones de la *start-up* y (ii) la estructura del régimen de indemnización del inversionista por contingencias previas de la *startup*.

Sin embargo, la regulación de la relación de las partes posinversión tiene igual o mayor importancia, ya que esta relación puede tener un gran impacto sobre el éxito de la *startup*, el valor, y el *exit strategy* de las partes. Siendo esto así, los términos del convenio de accionistas deberán negociarse tomando en consideración el papel que juega cada parte en la empresa y la protección que requiere cada parte por sus condiciones económicas y sus intenciones de permanencia en la empresa.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONIG
& HERRERA
Abogados

40
AÑOS

CROWDFUNDING: MODALIDAD DE APORTE DE CAPITAL SEMILLA EN STARTUPS



EQUITY CROWDFUNDING: MODALIDAD DE APOORTE DE CAPITAL SEMILLA EN *STARTUPS*

ALFREDO LAU-TAM OYAFUSO¹

Sumario: Introducción. 1. Qué es *fintech*. 2. *Fintech* como organización. 3. Qué diferencia a una *fintech* de una *startup* convencional. 4. Qué es el financiamiento alternativo. 5. Modelos de financiamiento alternativo. 6. Democratizando el mercado de capitales. 7. Casos exitosos de *equity crowdfunding*. 8. Regulación del *crowdfunding* en el Perú. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El *equity crowdfunding* es un modelo de negocio *fintech* basado en una plataforma tecnológica diseñada para que inversores (y no donantes) reciban de forma tangible valores mobiliarios o participación en el capital de emprendimientos en los que invierten en forma de capital semilla. Estas oportunidades sirven para que la financiación sea más equitativa e inclusiva, lo que permite que inversores novatos y sin afiliaciones a grandes grupos financieros puedan entrar al mundo del *venture capital* y convertirse en accionistas de empresas, productos o de un proyecto, democratizando a su vez el mercado de capitales.

Palabras Clave: *Financial regulation, startup, fintech, venture capital, alternative lending, crowdfunding, P2P financing, angel investors, machine learning, artificial intelligence.*

Introducción

Desde sus inicios, las plataformas de préstamos alternativos aprovecharon el repentino auge de la internet para habilitar un mercado de *many-to-many*, es decir, un mercado de muchos compradores frente a muchos vendedores. Los préstamos alternativos ganaron una base mucho más sólida a raíz de la crisis financiera mundial del año 2008, considerando que la financiación para las pequeñas empresas cayó significativamente: los montos de los préstamos para pequeñas empresas disminuyeron 38% en menos de 10 años con 10 de los bancos más grandes del mundo, prestando USD 72.5 mil millones en el año 2006 y cayendo a USD 44,7 mil millones en el año 2014 (Smith, 2020). Viendo esta oportunidad, las *fintechs* intervinieron rápidamente en el mercado internacional para llenar dicha brecha de financiación.

Los préstamos alternativos son un modelo de negocio de la industria *Fintech*, protagonizada por las *startups*, en un ecosistema en donde participan también los reguladores financieros, los elaboradores de políticas públicas y las instituciones financieras tradicionales.

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Oxford Fintech Programme por Saïd Business School, The University of Oxford (Reino Unido). Especialización en Finanzas para la Gestión de PYMEs en América Latina por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialización en Finanzas Corporativas y en Derecho Financiero por la Universidad ESAN. Asociado Senior en el Área de Mercado de Capitales y Regulación Bancaria del Estudio Muñiz.

En este artículo, buscamos describir en qué consisten las *fintech*, y nos enfocaremos en uno de sus modelos de negocio: el *equity crowdfunding*, una de las variantes del *alt lending*. Nos gustaría destacar que al ser este modelo de negocio bastante novedoso, incluso para países desarrollados, nuestros comentarios en este artículo se nutren principalmente en la experiencia en Londres, plaza financiera líder mundial en *fintech*.

1. Qué es *fintech*

Fintech es el uso de la tecnología para innovar los servicios financieros. Tiene el potencial de marcar el comienzo de nuevos modelos comerciales, aplicaciones, procesos y productos, para aumentar la eficiencia, reducir los costos y mejorar el acceso y la prestación de servicios financieros. *Fintech* incluye todo, desde herramientas basadas en inteligencia artificial que ayudan a los bancos tradicionales a operar, hasta los neo bancos que operan en dispositivos móviles y que brindan a los consumidores acceso inmediato a cuentas financieras y métodos de pago digitales. El auge de la tecnología financiera está generando disrupción en los actores tradicionales y remodelando tanto a los negocios como a la sociedad. Al respecto, los reguladores financieros de todo el mundo se esfuerzan por lograr un equilibrio entre mantener la competencia abierta y justa y fomentar la innovación, al mismo tiempo que protegen a los consumidores y gestionan el riesgo sistémico.

Este ecosistema representa un cambio de poder del antiguo sector de servicios financieros, donde todo el poder estaba en manos de bancos e instituciones financieras tradicionales. Este cambio de poder fue el resultado de la crisis financiera del año 2008, originada en el descontento y crisis de confianza de los clientes que llevaban el peso de la crisis, y fue estimulado por un documento técnico sobre bitcoin escrito por Satoshi Nakamoto.

2. *Fintech* como organización

Fintech es definida como una organización que combina tecnología y modelos comerciales innovadores para habilitar, mejorar y alterar los servicios financieros. A nivel internacional, la industria *fintech* no ha dejado de crecer, en la medida que ya no sólo está compuesto por *startups*, sino hoy también tiene una gran cantidad de empresas muy experimentadas que ofrecen una amplia gama de servicios financieros y operan en un escenario global.

3. Qué diferencia a una *fintech* de una *startup* convencional

Para los emprendedores que están interesados en un proyecto *fintech*, una de las cosas que hace a este negocio muy diferente a otras áreas de la tecnología y a otras áreas de la internet y el *software* es que es una industria sumamente regulada. Por ello, los problemas legales y regulatorios existen para cualquier producto o servicio que se intente crear son sumamente significativos.

Lo anterior crea una alta barrera de entrada para muchos tipos diferentes de productos y servicios. Es la intersección entre lo que permite la ley, que, en última instancia, determina qué tipo de licencias especiales se puede necesitar, cómo cumplir con eso y cómo tomar todo eso y traducirlo en la disrupción que tanto le interesa al emprendedor. Es increíblemente desafiante. Por ello, el soporte de abogados expertos en regulación financiera y, además, en tecnología financiera es aconsejable.

4. Qué es el financiamiento alternativo

El financiamiento alternativo es un modelo de negocio *fintech*. En los términos más simples, los préstamos alternativos (también llamado *alternative lending* o *alt lending*) es cualquier tipo de fuente de financiación disponible fuera de los canales de préstamos tradicionales (típicamente proveniente de los bancos tradicionales). Los prestamistas alternativos suelen ser *fintechs* con plataformas basadas en aplicaciones (apps) diseñadas para ayudar a emprendedores o artistas

respecto a todo lo concerniente a préstamos, líneas de crédito e hipotecas para el fondeo de *startups* y la financiación de equipos.

Operando fuera de la estructura del proceso de préstamo tradicional (solicitud, suscripción y cierre), los prestamistas alternativos pueden ofrecer una gama más amplia de opciones, con tiempos de respuesta más rápidos, más flexibilidad y disponibilidad. Estudios recientes de Oracle encuentran que más del 40% de los consumidores sienten que las entidades no bancarias pueden ofrecer más que un banco tradicional (Uzialko, A., 2020). Esto puede resultar especialmente beneficioso para las pequeñas empresas y aquellos que no se encuentran bancarizados, a quienes los prestamistas tradicionales a menudo ven como potenciales riesgos de pérdida, o al menos como riesgos de incumplimiento de pagos.

En ese sentido, los emprendedores, en particular, están experimentando una brecha de financiamiento, lo que los lleva a buscar fuentes de dinero no tradicionales. ¿Qué tan grande es la brecha de financiamiento? Según un artículo de Business Insider, los datos informados por el SME Finance Forum del 2018 demuestran que existe una brecha de financiación de USD 5 billones entre las necesidades de financiación de las pequeñas y medianas empresas y las instituciones de financiación disponible para ello (Phaneuf, A., 2019).

5. Modelos de financiamiento alternativo

Los modelos de préstamo alternativo incluyen las plataformas *Peer-to-Peer* (P2P) y el *Crowdfunding*, los cuales describimos a continuación:

5.1. *Peer-to-Peer* (P2P)

La financiación P2P se basa en un préstamo o préstamos destinados a ser reembolsados en su totalidad, con intereses, según los términos contractuales acordados.

A pesar de tener gastos generales más bajos (sin costos de mantener oficinas físicas, por ejemplo), los prestamistas alternativos generalmente no pueden igualar las tasas de financiamiento de los prestamistas tradicionales. Por lo general, los préstamos alternativos son a más corto plazo y con tasas de interés más altas. Pero para las pequeñas empresas y aquellas que desean evitar el escrutinio (o el tiempo prolongado) del proceso de suscripción del préstamo tradicional, las plataformas del mercado P2P ofrecen microcréditos, préstamos puente, adelantos en efectivo y una serie de opciones para las que de otro modo no calificarían.

Sin embargo, en particular, aunque las plataformas P2P reúnen a prestamistas y prestatarios, por lo general no son los originadores de los préstamos que ayudan a facilitar, suscribir y prestar el servicio financiero, sino es un banco asociado. Al utilizar la inteligencia artificial y el machine learning para procesar grandes conjuntos de datos (a menudo en tiempo real) e identificar a los prestatarios de bajo riesgo en función de métricas avanzadas de sus modelos crediticios, los P2P son esencialmente agentes de préstamos. Y aunque estas fintechs pueden parecerles a los clientes como negocios del tipo business-to-clients (B2C), en realidad son proveedores de servicios business-to-business (B2B).

5.2. *Crowdfunding*

En una plataforma de *crowdfunding* los donantes generalmente obtienen algún tipo de reconocimiento por su participación en el respaldo de un producto o proyecto, ya que su inversión inicial a menudo se usa para sufragar los costos de producción o los costos de inicio del emprendimiento. Por ejemplo, Kickstarter (www.kickstarter.com), una plataforma donde las personas pueden prometer dinero para todo tipo de proyectos creativos a cambio de una recompensa (como ser parte del proceso de creación o recibir una copia gratuita de lo que se está produciendo), es una plataforma estándar de *crowdfunding*.

En cambio, en el *crowdfunding* basado en acciones (*equity crowdfunding*), los inversores (y no los donantes) reciben en forma tangible valores mobiliarios o participación en el capital social de la empresa en la que invierten. Estos contribuidores de capital no participan solo para comprar un producto con un descuento un año antes de su lanzamiento (Marks, 2018), por el contrario, se parecen más a los inversores de Venture Capital, que pueden beneficiarse de

emprendimientos exitosos. Más allá de la financiación inicial en sí, un beneficio de este enfoque para los emprendedores es que puede crear cientos de “embajadores de marca” que quieran ver triunfar al emprendimiento, ya que cada uno de esos inversores tiene algo en “piel” en el juego.

En cualquier caso, el *crowdfunding* democratiza eficazmente el proceso de financiación de startups. Al igual que un candidato político populista cuya campaña está financiada por millones de microdonantes, en lugar de miles de megadonantes, el modelo de *crowdfunding* tiende a alentar a muchos (aunque más pequeños) inversores, en lugar de a unos pocos seleccionados. En un modelo basado en acciones (*equity crowdfunding*), estas oportunidades sirven para hacer que la financiación sea más equitativa e inclusiva, lo que permite a los inversores novatos sin afiliaciones a grandes brazos financieros a jugar el juego del *venture capital* y convertirse en accionistas en una empresa, producto o de un proyecto.

Los espacios de *crowdfunding* están creciendo: por ejemplo, el número de acuerdos respaldados por sitios web de *crowdfunding* en el Reino Unido se disparó de ocho en el año 2011 a 422 en el año 2019, lo que convierte a estos inversores en el segundo tipo de inversor más activo, detrás de las empresas de *venture capital* y de *private equity* (Beauhurst, 2020). El *equity crowdfunding*, en particular, sigue siendo un modelo bastante nuevo y está destinado a expandirse como una opción de referencia para más Startups. Con el número de oferta públicas iniciales de acciones, y de empresas listas en bolsa en general, disminuyen significativamente en los últimos años, el *equity crowdfunding* se convierte en una forma para que los emprendedores obtengan capital público, mientras retienen el control de sus negocios (Marks, 2018).

6. Democratizando el mercado de capitales

¿Cómo impacta el *equity crowdfunding* en el mundo de las *startups*? Básicamente, en lo que se llama financiamiento en etapa inicial o inversión ángel. En realidad, si pensamos en las *Fintech* en términos generales, estos negocios están comenzando a tener un impacto en el mundo, pero en un área en la que ya ha tenido un impacto importante es la financiación en capital semilla.

Al menos en el Reino Unido, hoy, estas plataformas, específicamente las plataformas de *equity crowdfunding*, recaudan más dinero que cualquier otro sector. Así, que esta es la ruta principal que buscan los emprendedores cuando comienzan sus negocios. Lo anterior cuenta con la ayuda de los generosos incentivos fiscales del gobierno del Reino Unido para fomentar el espíritu empresarial, y ha funcionado realmente bien.

Las plataformas de *equity crowdfunding* son interesantes en cuanto reúnen varias funciones de los sistemas financieros. En estas plataformas las *startups* recurren con un video o una campaña, a fin de recaudar fondos y que el público invierte comprando sus acciones. Así que es una especie similar a la inversión ángel o la inversión inicial de capital semilla, pero en lugar de tener tal vez uno o dos inversores ángel en su empresa, se tiene numerosos de pequeños inversores que agrupan su dinero. En ese sentido, la agrupación de fondos es una de las principales funciones de las finanzas, asimismo, la de reducción del riesgo. La captación de activos es una forma de reducir el riesgo. Y al realizar esto estamos permitiendo que el público acceda a un tipo de producto de inversión que antes solo estaba disponible para inversionistas ángeles. Entonces, se puede observar que las plataformas de *equity crowdfunding* agregan valor de esta manera a la economía, a las familias y a los negocios.

Con respecto a lo anterior, es necesario resaltar que gran parte de las investigaciones académicas que se realizan en el mundo, se enfocan exactamente en ver qué tan bueno es el público con este tipo de inversiones. Dado que en el pasado, existía la creencia de que hay dinero inteligente y dinero tonto. Y el dinero inteligente proviene de inversionistas sofisticados quienes han estado en este juego y saben qué funciona y qué no. Y el público en general es «tonto». Sin embargo, las investigaciones demuestran que estas plataformas están desafiando esta falsa creencia, porque la evidencia empírica muestra que el público está realizando un conjunto de inversiones bastante decentes.

Estas investigaciones comenzaron en el año 2012. No es completamente nuevo, pero se está comenzando a ver resultados. Y la data que está disponible ahora sobre salidas y retornos muestra que este sector en realidad se está desempeñando muy bien. Ello, parcialmente, debido a que alguno de estos sofisticados inversionistas ángeles han comenzado a utilizar estas plataformas. Y ven el beneficio de tener estas plataformas porque obtienen la validación del público en general, ya sea que a la multitud le gusta la inversión o no, lo que les da un poco más de confianza para invertir en una empresa determinada. Esto es importante cuando hablamos de una enorme cantidad de incertidumbre en la etapa inicial de las empresas, o dicho de otro modo, en la incertidumbre que implica invertir capital semilla en una empresa.

7. Casos exitosos de *equity crowdfunding*

En el Reino Unido, Seedrs (www.seedrs.com) y Crowdcube (www.crowdcube.com) son las dos plataformas más importantes de *equity crowdfunding* y cubren la mayor parte de dicho mercado. Enfocándonos en Seedrs, al ser la primera y más importante plataforma de equity crowdfunding en dicho país, su objetivo es “hacer simple la compra de las empresas en las que se cree y compartir su éxito”, según su página web.

Al igual que otros líderes del comercio electrónico, Seedrs simplifica lo que de otro modo podría ser un proceso difícil. Como un mercado de *equity crowdfunding*, la empresa ofrece una interfaz elegante que permite a los inversores navegar a través de lanzamientos de *startups* en todas las industrias, de la misma forma en que uno podría comprar artículos en Amazon, Ebay o Alibaba. Mientras se navega a través de los emprendimientos que se pueden categorizar y ordenar según las tendencias más altas, los potenciales inversionistas pueden leer los foros de discusión, hacer preguntas a los emprendedores y ver quién ha invertido en cada emprendimiento.

8. Regulación del *crowdfunding* en el Perú

El 23 de enero de 2020, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto de Urgencia n.º 013-2020, “Decreto de Urgencia que promueve el financiamiento de la MIPYME, emprendimientos y startups”, el cual desarrolla en su Título IV una nueva fórmula legal que busca sentar las bases para la regulación del crowdfunding en el Perú denominado: “financiamiento participativo financiero” (FPF).

Respecto del contenido del decreto, podemos señalar que su texto recoge las propuestas aprobadas por la Comisión de Economía Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República mediante dictamen emitido con fecha 13 de junio de 2019, el mismo que consolidó los proyectos de ley 3083/2018-CR, 3403/2018-CR y 4324/2018-PE.

En cuanto a su vigencia, se dispuso que el Título IV del decreto entraría en vigor a los 90 días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. Sin embargo, se dispuso que la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), como entidad reguladora y supervisora de esta actividad, deberá emitir las normas reglamentarias para el correcto y adecuado funcionamiento del FPF.

El 20 de abril de 2020, la SMV publicó la Resolución SMV n.º 005-2020-SMV/01, por medio de la cual señaló que las empresas peruanas que se encontraban realizando actividades de FPF a través de la modalidad de préstamos debían remitirle una comunicación indicando: i) su interés en continuar realizando dicha actividad bajo la nueva regulación del decreto o ii) su decisión de no realizar dicha actividad. Asimismo, en caso de que la empresa se encontrase en el primer supuesto, debía incluir en la mencionada comunicación una descripción detallada de su modelo de negocio, el número de la partida registral de su inscripción en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), la forma como segrega sus cuentas donde gestiona sus recursos propios de aquellas donde se canalicen los fondos de los receptores e inversionistas, y las advertencias que realizan al público sobre los riesgos asociados con su inversión. El plazo para dicha comunicación venció el 15 de mayo de 2020.

Posteriormente, el 29 de noviembre de 2020, la SMV publicó el proyecto de “Reglamento de la Actividad de Financiamiento Participativo Financiero y sus Sociedades Administradoras”. A la fecha de la publicación de este

artículo, aún se viene discutiendo la reglamentación del crowdfunding en el Perú. Entendemos que, como es usual, esta regulación tendrá muchas modificaciones posteriores, disipándose los miedos de forma paulatina con el entendimiento del producto, reduciendo los sobrecostos regulatorios que generarían una alta barrera de entrada a la democratización del mercado de capitales a través de estas plataformas.

Conclusiones

El préstamo alternativo es cualquier fuente de financiamiento disponible fuera de los canales tradicionales de préstamos. Los prestamistas alternativos son fintechs con plataformas basadas en apps diseñadas para ayudar a emprendedores o artistas con respecto a préstamos, líneas de préstamo e hipotecas para capitalizar startups y financiar equipos.

Existen dos modelos de préstamos alternativos: el financiamiento P2P y el *crowdfunding*. El financiamiento P2P está basado en préstamo o préstamos, destinados a ser reembolsados en su totalidad, con intereses, según los términos contractuales acordados. En cambio, en el equity crowdfunding los inversionistas (no los donantes) se les otorga una forma de valor mobiliaria o una participación en el capital de la empresa en la que invierten.

Con respecto a la regulación, en el Perú se promulgó el Decreto de Urgencia n.º 013-2020, “Decreto de Urgencia que promueve el financiamiento de la MIPYME, emprendimientos y Startups”, el cual dispuso las bases del *crowdfunding* denominado: “Financiamiento Participativo Financiero”. Asimismo, señala que la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) es la entidad regulatoria y supervisora de dicha actividad, y deberá emitir las normas para el correcto y adecuado funcionamiento.

Bibliografía

- Global FinTech Adoption Index 2019 [online] (2019). Ernst and Young. Available at: <https://fintechauscensus.ey.com/2019/Documents/ey-global-fintech-adoption-index-2019.pdf> (acceso: 7 mayo 2021).
- Phaneuf, A. (2019). A look at the nonbank and alternative lending industry business model in 2020 [online]. Business Insider. Available at: <https://www.businessinsider.com/alternative-lending-nonbank-industry> (acceso: 7 mayo 2021).
- Smith, P. (2020). What is alternative lending? [online] Funding Circle. Available at: <https://www.fundingcircle.com/us/resources/alternative-lending> (acceso: 7 mayo 2021).
- Uzialko, A. (2020). Small Business Guide to Alternative Lending [online]. Business.com. Available at: <https://www.business.com/articles/alternative-lending-for-small-business> (acceso: 7 mayo 2021).
- Beauhurst (2020). Following the Crowd: The State of UK Crowdfunding 2020 [online]. Available at: <https://www.beauhurst.com/wp-content/uploads/2020/08/Following-the-Crowd.pdf> (acceso: 7 mayo 2021).
- Marks, H. (2018). What Is Equity Crowdfunding? [online]. Forbes. Available at: <https://www.forbes.com/sites/howardmarks/2018/12/19/what-is-equity-crowdfunding/?sh=1f44a7b23b5d> (acceso: 7 mayo 2021).
- Seedrs (2020). About Seedrs [online]. Available at: <https://www.seedrs.com/about> (acceso: 7 mayo 2021).

