

Universidad de Lima
Escuela de Posgrado
Maestría en Derecho Empresarial



NECESIDAD DE REGULAR EL PROTOCOLO DE TRANSMISIÓN SUCESORIA PARA LAS EMPRESAS O NEGOCIOS UNIPERSONALES, COMO UNA EXCEPCIÓN A LA LEGÍTIMA Y A LOS HEREDEROS FORZOSOS

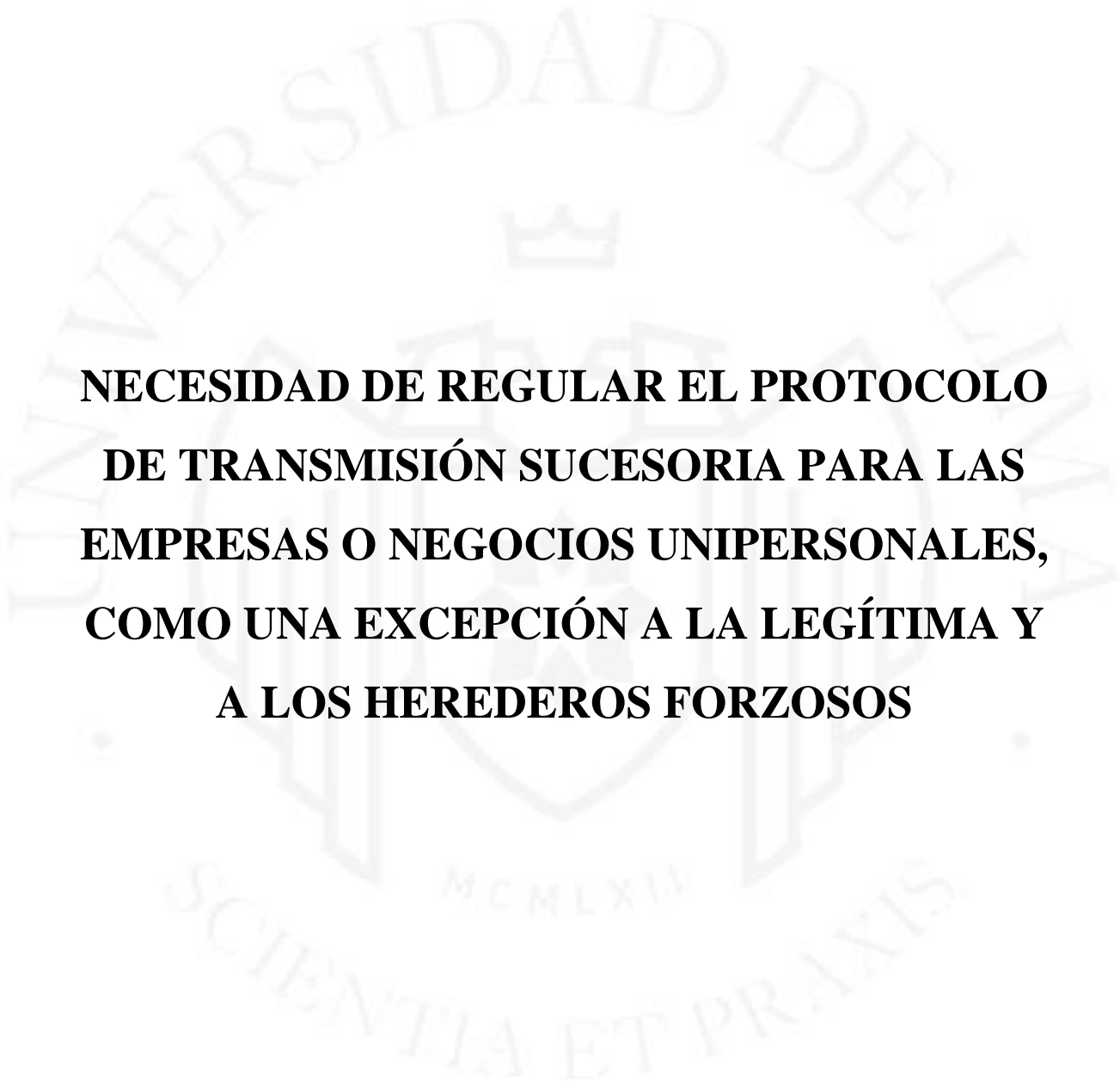
Trabajo de Investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Empresarial

Juan Alejandro Olavarría Vivian
Código 19821410

Asesor Técnico: Desirée Bianca Orsini Wisotzki

Agosto de 2021





**NECESIDAD DE REGULAR EL PROTOCOLO
DE TRANSMISIÓN SUCESORIA PARA LAS
EMPRESAS O NEGOCIOS UNIPERSONALES,
COMO UNA EXCEPCIÓN A LA LEGÍTIMA Y
A LOS HEREDEROS FORZOSOS**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I: PROPIEDAD Y HERENCIA.....	5
1.1. Origen.....	5
1.2. La libertad testamentaria	8
1.3. La libertad testamentaria en nuestro sistema jurídico	10
1.4. La Herencia en nuestra Constitución Política del Estado	14
CAPÍTULO II: EMPRESAS Y ACTIVIDADES EMPRESARIALES.....	21
2.1. Actividad Empresarial sin personería jurídica.	21
2.2. Actividad Empresarial con personería jurídica: caso de la SAC con limitaciones a la transferencia de acciones.	25
CAPÍTULO III: LA LIBERTAD DE EMPRESA, LA INICIATIVA PRIVADA LIBRE Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.....	30
3.1. La libertad de empresa, la iniciativa privada libre y la protección de la familia...30	
CONCLUSIONES	36
RECOMENDACIONES.....	38
REFERENCIAS.....	40

RESUMEN

Podemos advertir en el presente trabajo de investigación una necesidad cada vez más ingente de flexibilizar la rigidez de la intangibilidad de la legítima y de la igualdad de la cuota hereditaria de los herederos forzosos, para que, por testamento el empresario, sobremanera en aquellos casos de negocios unipersonales, pueda disponer con mayor amplitud y libertad a quién o quiénes adjudica el negocio o el resultado patrimonial del mismo después de su muerte.

Actualmente, la empresa como ejercicio o actividad económica ya no es vista únicamente como unidad de producción con destino al mercado para fines económicos de interés solo particular, pues tanto en su entorno como dentro de la misma empresa existen una serie de intereses vinculados a su conservación y permanencia y en no pocos casos, además, a su fortalecimiento y crecimiento.

Así pues, la conservación y vigencia de la unidad de producción no es un tema que atañe exclusivamente al titular del negocio o de la empresa, pues los trabajadores dependientes y no dependientes, los proveedores, los clientes, el Estado y la sociedad misma se benefician de un negocio en marcha, lo que resulta indiscutible o evidente. En la misma medida el cierre o la quiebra de un negocio no solo perjudica al titular del mismo, sino que arrastra a todo un conjunto de personas con interés legítimo en la empresa.

Por ello en esta monografía se cuestiona también la calidad de Derecho Fundamental de la herencia en nuestra Constitución Política, ya que dicho estatus podría considerarse como algo inquebrantable o insuperable que reste validez a nuestra propuesta final, la cual considera la necesidad de ampliar las facultades del testador para que éste pueda elegir con mayor libertad a quién legar su negocio unipersonal o el resultado patrimonial de dicho negocio, con la finalidad de que a su muerte el elegido pueda continuarlo.

PALABRAS CLAVE: Empresa. Herencia como Derecho Fundamental. Libertad Testamentaria. Herencia Forzosa y Herederos Forzosos. Intangibilidad de la Legítima

ABSTRACT

We are able to notice in the following research paper a need which every time becomes larger in relationship with the possibility of making more flexible the rigidity of the intangibility of the heir at law and the equality of the hereditary portion of the heir apparent, for the specific case in which by will the entrepreneur, highly in those cases of unipersonal businesses, can make free use with a greater range and liberty to who or whom he awards the business or the property or patrimony of the before mentioned after he passes away.

The company now as corporate year or economic activity is not only seen as a production unit with the destined market for economic interests of the owner, since in his surroundings and also inside the same company exist a series of interests bonded together in bigger or smaller degree to its conservations and permanence and in a few cases in addition to its strengthening and growth.

So, the conversation and applicability of the production unit is not a topic that concerns in an exclusive manner the head of the company or business, because the workers that are dependent and non-dependent, the suppliers, the clients, the State and the same society benefit themselves of a company that has already started, what becomes unquestionable till a higher truth of truism. In the same way the closure or the bankruptcy of a business does not only harm the head of the business since it drags all the rest of the group of people with a legitimate interest.

That is why in this monograph the quality of the Fundamental Right is questioned of the person who inherits in our Political Constitution of the State, what can be considered as something unbreakable and unsurpassed which subtracts validity to the final proposal in which we conclude in the need of expanding the power of the testator so that this person can choose with more liberty to whom he would like to give his inheritance, in extreme and special cases, his unipersonal business or the result of the estate of said business, with the end that at his death the one whom is chosen can continue it.

KEY WORDS: Company. Inheritance as a Fundamental Right. Probate Freedom. Forced Inheritance and Forced Heirs. Intangibility of the Legitimate.

INTRODUCCIÓN

La idea del presente artículo monográfico es principalmente, demostrar los inconvenientes del ordenamiento legal vigente en materia sucesoria, en tanto forzosa, imperativa y limitante, para la libre determinación vía testamento de una suerte de continuidad o empalme, para el adecuado funcionamiento de una empresa como negocio unipersonal, ante el hecho póstumo de la muerte del empresario, por lo que se propone finalmente la creación de un régimen especial de excepción en materia de testamentos para los casos en que la herencia o el patrimonio que dejará el empresario luego de su muerte esté constituido básicamente o fundamentalmente por dicho negocio del cual él es el titular, con la finalidad de que se pueda de alguna manera asegurar la continuidad del negocio con un nuevo ejercicio empresarial a cargo o en cabeza del sucesor libremente elegido por el testador, garantizando con dicha continuidad el bienestar de todas las personas involucradas directa o indirectamente en el entorno de la actividad económica y empresarial como son los trabajadores, los proveedores, los clientes, y porque no incluirlo también, el Fisco.

El presente trabajo de investigación tiene como marco teórico la teoría y el concepto de la empresa, en sus tres vertientes conocidas principalmente, esto es, la de objeto de derecho, la de sujeto de derecho, y la del *tertium genus* propuesta por el jurista Francesco Messineo, que es la tesis con la cual particularmente comulgamos. En ese sentido, se apelará a obtener soporte en el Derecho Mercantil y también en el moderno Derecho Empresarial, cotejando la normatividad vigente.

Del mismo modo, para abordar y desarrollar esta monografía nos tenemos que remitir a las teorías que preconizan por un lado la libertad testamentaria sin mayores restricciones o reservas como ocurre con el sistema jurídico anglosajón, para hacer un comparativo con aquellas otras teorías que sustentan las limitaciones de orden sustantivo al momento de testar, como sucede en casi todo el derecho latinoamericano, privilegiando una reserva llamada legítima cuyo fin o destino exclusivo es la familia del testador, y para ello nos tendremos que remontar brevemente a las fuentes primigenias del Derecho occidental que se hallan en el antiguo Derecho Romano, atribuyéndose precisamente al

jurista romano Justiniano el origen de la institución de la legítima, siendo que además de ella se derivan la existencia y la calidad de los herederos forzosos.

Por otro lado, es también tema sustancial de necesaria revisión en el presente trabajo de investigación las teorías de las libertades fundamentales (autonomía de la voluntad, libertad contractual y libertad para contratar, así como la libertad de empresa) vinculadas conceptualmente a los Derechos Fundamentales de la persona humana, y que se sustentan modernamente en el concepto de la dignidad de la vida de todo ser humano, sin perjuicio de discriminar dentro del aspecto filosófico si el tema de las libertades encaja en los principios o en los valores y siempre ello desde la perspectiva axiológica propia de la Filosofía.

Finalmente, todo estos postulados serán confrontados dentro de la teoría de la hermenéutica jurídica o de la interpretación del Derecho, a fin de concluir con la tesis que, a modo de colofón nos inspira para la elaboración de la presente investigación, cual es: demostrar la conveniencia de permitir al empresario que quiera testar, que él mismo pueda decidir libremente asignar las resultas del fondo empresarial de su negocio unipersonal, a la persona que él considere más conveniente, a fin de que el elegido pueda continuar la actividad empresarial en su provecho y en beneficio de todos los terceros involucrados y vinculados económicamente a dicho negocio, a saber, trabajadores, clientes, proveedores y hasta el propio el Fisco. Y quien mejor que el propio empresario o titular del negocio unipersonal para saber elegir al continuador de dicha actividad en una suerte de carrera de postas.

Creemos que no se puede hablar en puridad de un protocolo de transmisión sucesoria familiar si es que no abordamos el problema en su esencia, y reconociendo a la vez que la piedra angular de la problemática finca tanto en la rigidez de la intangibilidad de la legítima como en la igualdad de la cuota hereditaria de los herederos forzosos. Si no hacemos un régimen especial y de excepción que flexibilice la libertad testamentaria para los casos concretos en donde exista en el patrimonio a transmitir un negocio unipersonal, seguiremos atados de manos o tirando a la suerte de los dados la solución al problema.

CAPITULO I: PROPIEDAD Y HERENCIA

1.1. Origen

La idea o el concepto de la empresa y de la herencia va vinculado al significado de lo que es el dominio o la propiedad misma sobre las cosas, y a la de la noción del patrimonio como atributo de la persona, - y obliga además a remontarse a los orígenes de la actividad empresarial y al de la propiedad misma entendiendo ésta como el dominio absoluto sobre las cosas tanto animadas como las inanimadas-, lo que pasa además por la experiencia mística de la Fe religiosa, conforme se prescribe en el Capítulo 1 del Génesis, en sus versículos 28 al 30, al colocar Dios su divina creación al servicio del hombre, dándole el mandato de sojuzgar dicha creación lo que de suyo importa necesariamente ejercicio o actividad empresarial; hasta una no menos interesante concepción mítica y utópica de la Edad de Oro de la filosofía griega en donde nadie era dueño de nada pero todo estaba a disposición de todos, lo que conlleva a una *quasi contradictio in terminis*.

Sin embargo, no menos interesante resulta ser también la tesis de la creación o el origen de la propiedad privada contenida en las obras literarias del célebre autor Juan Jacobo Rousseau, atribuyéndole dicho sea de paso el origen de los males de la humanidad, como si hubiese en ello una efectiva, ineludible o verdadera relación de causalidad.

La empresa como ejercicio y actividad económica puede o no estar contenida en la herencia y de eso se hará pronunciamiento en esta investigación, pero definitivamente no habría herencia si no existiera la propiedad privada, lo que nos lleva a aseverar que la herencia tiene como contenido típico o exclusivo y además como presupuesto ineludible la propiedad de las cosas, esto es, la pertenencia de los bienes y el ejercicio de los derechos que se activan o validan sobre las cosas y cuya titularidad es de las personas, pues además viene a colación que sea el patrimonio de la persona humana lo que se transfiere con la herencia, entendido el patrimonio como aquella universalidad jurídica compuesta o integrada de activos y de pasivos, es decir, de bienes derechos y obligaciones que de manera fluctuante, dinámica o elástica están ligados al ser humano desde que nace hasta que muere. Y esto nos lleva también a decir que la herencia viene a ser la consecuencia natural de la propiedad, y decimos consecuencia natural porque la muerte es el destino inexorable e inevitable de todo ser viviente, y la herencia está estrechamente vinculada a la

muerte de la persona humana, pues con la muerte la persona deja de serlo y el patrimonio cuya titularidad le pertenecía se desliga del cadáver para pasar a otros titulares –personas que suceden y que por eso se les llama sucesores- en forma automática o de pleno derecho, al menos en cuanto a nuestra legislación patria se refiere y conforme lo dispone con claridad el artículo 660 del Código Civil, y de ahí la necesaria consecuencia y conclusión adicional de la imposibilidad de que pueda existir un patrimonio autónomo, toda vez que en puridad al ser el patrimonio un atributo de la persona no puede subsistir desligado de ella y mantenerse independiente o autárquicamente prescindiendo de un titular, constituyendo por tanto una *contraditio in terminis* el concepto de “patrimonio autónomo” que regula el artículo 65 de nuestro Código Procesal Civil, pues lo que está afecto y ligado a alguien desde que nace hasta que muere no puede considerarse autónomo, autárquico o independiente.

Visto así el tema se analizará y concluirá en este trabajo que la empresa en puridad no es susceptible de transmisión patrimonial por causa de muerte al fallecer el titular o gestor de la misma, por lo que desde ya vinculamos a la empresa con la libertad y autonomía de acción entendida como actividad o ejercicio, y en ese sentido como Derecho Fundamental vinculado a la Dignidad del ser humano, pero ello no significa ni impide que el resultado patrimonial de esa empresa o actividad pueda ser asumido o retomado para un posible reinicio del ejercicio o actividad empresarial pero ya a cargo de un nuevo empresario que vendría a ser uno de los sucesores o causahabientes del empresario difunto. Y decimos como Derecho Fundamental de la persona no a la herencia en sí misma, como lo demostramos en el apartado pertinente, sino, a las libertades relacionadas con el ejercicio económico o empresarial, pues el derecho a heredar no es *per sé* intrínseco o ínsito al ser humano, y una vez obtenido incluso puede ser cedido o transferido, y producida la causa jurisdiccional que desencadena el fenómeno sucesorio incluso se puede renunciar a la herencia como derecho, lo que desde ya desmitifica la alusión a la Herencia como Derecho Fundamental de la Persona que consagra erróneamente el numeral 2° inciso 16 de la Constitución Política del Estado.

Es importante que esto quede así de claro habida cuenta que las conclusiones de este pequeño trabajo de investigación implican la necesidad de recortar, restringir o limitar, y siempre de manera excepcional, el derecho a la herencia de los herederos forzosos. A fin de evitar que nuestra propuesta final se considere como una herejía o

sacrilegio, reiteramos que, en puridad, no se está trasgrediendo ningún derecho fundamental de la persona en lo tocante a la herencia en sí misma. Visto de otro modo o **a contrario sensu**, se trata en todo caso de ampliar la libertad testamentaria del testador para el caso concreto que exista en su patrimonio una empresa como negocio unipersonal.

Como ya anteriormente se ha manifestado, según Olavarría, (2017). Explica que:

Creemos que hoy en día no existe Estado o Nación que desconozca la actividad empresarial, la propiedad privada y la herencia más allá de los matices y del mayor o menor grado de permisibilidad en el ejercicio de los atributos o extensiones de estos conceptos, derechos y libertades, específicamente, nos referimos al libre ejercicio de la actividad y de la organización empresarial y a los atributos del dominio, a saber: *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius vindicandi*, *ius abutendi*, *ius enajenandi*, los que muchas veces van de la mano con postulados filosóficos o de matices socio políticos que determinan su amplitud o restricción, por eso en la actualidad queda solo como referente histórico y académico ese no menos interesante dominio o señorío absoluto que implicaba la propiedad de las cosas en el antiguo Derecho Romano. (p. 82)

Del mismo modo, quedan como antecedente cultural histórico las grandes potestades que tenía el *cives* como sujeto *sui iuris* quien gozaba de plenas potestades incluso sobre otras personas con menores derechos y que dependían de él, y a quienes se les llamaba *alieni iuris*.

Lo cierto del caso es que pareciera ser, y lo expresamos sin temor a equivocarnos, que la actividad empresarial y la propiedad privada sobre las cosas, corren en paralelo con la Historia misma de la humanidad, vale decir, que el hacer empresa entendida ésta como actividad o ejercicio económico, o ser dueño de algo o de mucho, es ínsito, intrínseco o propio de la naturaleza del ser humano, y de ahí que el concepto de patrimonio *lato sensu* consista en ser un atributo de la persona, es decir, algo inherente, ligado o afecto al ser humano, como de suyo también lo es el procurar la satisfacción de sus necesidades mediante la actividad empresarial *lato sensu*.

En consecuencia con lo anterior, se puede colegir, y sin que ello sirva de paradigma alguno, que puede existir la propiedad y la empresa o actividad empresarial sin el derecho

a la herencia, pero que no puede existir el derecho a la herencia sin la propiedad como base o sustento pre existente que además le sirve de contenido.

1.2. La libertad testamentaria

Hacer mención sobre la libertad testamentaria resulta imposible sin remitirse al antiguo Derecho Romano y ver como ese devenir histórico partió de una libertad absoluta cimentada en la autoridad natural y juiciosa del pater familias para dar lugar posteriormente a una restricción basada en situaciones odiosas y abusivas de suyo excepcionales (la del padre abusivo o indiferente que desampara a su familia), que dieron así lugar a la restricción de dicha libertad teniendo sustento en el concepto de la legítima, como fundamento de la protección familiar.

En ese sentido, nos permitimos traer a colación esta cita importante del jurista patrio Juan José Calle, quien a su vez cita a Bonel y Sánchez, (1925) haciendo referencia al antiguo Derecho Romano, para indicarnos lo siguiente:

Alternativas varias sufrió la desheredación en Roma, como sufrió las también el derecho de aquel pueblo célebre en la historia, y de cuyas leyes tomaron su origen la mayor parte de las legislaciones de los pueblos civilizados.

Choca a algunos que en la primera época del Derecho Romano, a pesar de las facultades que al padre de familia se otorgaban y que le erigían en un soberano absoluto del reino de familia, nada se dijese de la desheredación hasta que se publicó la Novela 115; y esta extrañeza que de inverosímil nos hemos de permitir calificar, no tiene razón de ser, ni nadie que maduramente piense sobre el asunto la encontrará de seguro, si se fija en que existiendo la libertad de testar que en los primitivos tiempos de Roma existía con facultad discrecional de los padres, holgaba cuanto sobre desheredación hubiera de preceptuarse; es más, estas dos instituciones obedecen a principios tan antitéticos, que donde vive la una no puede existir la otra, pues si los amantes de la libertad de testar la sostenemos por el principio de autoridad que la misma implica, y por la severa justicia que el padre de familia, único juez y organizador de ésta, debe en la misma ejercitar, es evidente que allí donde no se deja esa libertad natural, en lo razonable, discrecional y justo, al padre de familia, ha de venir a concedérsele otro elemento poderoso para sostener autoridad y regular la familia que engendró, otorgándosele la facultad de desheredar cuando ocurre alguna de las justas causas que la ley prefija, así se ve que en Roma nació la desheredación

cuando Justiniano empezó a insinuar las legítimas; y cuando ya éstas estaban instituidas, al objeto de evitar abusos de mayor censura, desgraciadamente cometidos por padres despiadados, fue cuando el mismo Justiniano se vio en la precisión de dar alguna fuerza a aquel padre de familia con la Novella 115 anteriormente indicada, que vino a cohonestar en cierto modo la Novella 18, que el mismo Justiniano había dado introduciendo las legítimas, y que causaba una verdadera revolución en el derecho de aquel país;.... (pp. 345, 346)

De otra parte, debemos señalar que en el Derecho Civil inglés “existe libertad absoluta para testar”, según nos indica el profesor Ayasta (1991, p. 165), mientras que en los Estados Unidos la libertad testamentaria tiene algunos márgenes restrictivos respecto del cónyuge del testador, más allá de las propias diferencias que cada Estado impone, pero el principio rector es la plena libertad del testador al momento de redactar su testamento. En tal sentido, no se cuenta con limitaciones, salvo el respeto a los derechos del cónyuge que varían según las leyes de cada Estado, pero en definitiva se puede válidamente decir que existe una mayor libertad testamentaria en comparación con nuestra legislación y conforme a lo siguiente:

En este sentido, existen dos principios de leyes sucesorias: Comunidad conyugal (“*Community Property*”) utilizado en Arizona, California, Idaho, Nevada, New Mexico, Texas, Washington, Wisconsin y Alaska; y el Derecho común (“*Common Law*”) utilizado en el resto de los 41 estados.

El principio de comunidad conyugal consiste en que todos los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio pertenecen a ambos, en estos se incluyen las ganancias obtenidas por su trabajo, los bienes comprados con su salario, y los bienes individuales que uno de los cónyuges de a la comunidad. Sin embargo, los cónyuges pueden mantener la propiedad individual de los bienes recibidos en herencia o por donación, los adquiridos antes del matrimonio y de los que adquieran durante el matrimonio siempre y cuando existan capitulaciones matrimoniales (“*Prenuptial Agreement*”). En este principio, cada cónyuge es propietario de la mitad de los bienes de la comunidad, por lo tanto, cada cónyuge puede, mediante testamento, disponer de su mitad de la forma que desee.

El principio de derecho común, no establece que cada cónyuge es propietario de la mitad de los bienes de la comunidad, por el contrario, establece que la propiedad de los bienes será determinada por el nombre que aparezca en el título de propiedad del bien o en el caso de que el título sea irrelevante mediante la determinación de quien pagó por el

mismo. No obstante, el cónyuge sobreviviente está protegido de ser desheredado completamente puesto que tiene derecho a recibir una cuota parte de la propiedad del cónyuge fallecido, que en la mayoría de los estados corresponde a un tercio (1/3) de dicha propiedad. En el testamento se puede disponer que el cónyuge sobreviviente reciba una cuota parte menor a la dispuesta legalmente, pero este debe dar su aceptación por escrito a recibir dicha cantidad, y en caso de oponerse a lo estipulado puede realizar una demanda ante los tribunales competentes.

A diferencia del cónyuge sobreviviente, los descendientes del fallecido no están protegidos legalmente de ser desheredados. Sin embargo, cuando en un testamento se haya omitido a un hijo sin intención de hacerlo, por ejemplo cuando el testamento es anterior al nacimiento de dicho hijo, la ley presume que fue accidentalmente, y este tiene derecho a una cuota parte de la herencia. Si la omisión es intencional, el testamento debe establecerlo y fundamentarlo expresamente.

1.3. La libertad testamentaria en nuestro sistema jurídico

- (i) La Legítima, la herencia forzosa, los herederos forzosos y la igualdad de la cuota hereditaria.

Suelen confundirse ambos términos, Herencia Forzosa y Herederos Forzosos, cuando en realidad se trata de dos conceptos muy diferentes, a saber: La herencia forzosa es aquella que el heredero se encuentra obligado a heredar a su causante y no puede renunciar ni excluirse de la sucesión mortis causa, es decir, no se puede auto apartar. Básicamente esto ocurre cuando estamos frente a la sucesión ultra vires haereditatis, es decir, aquella sucesión que no permite renunciar al sucesor por haber incurrido éste en conductas reprochables e ilícitas en perjuicio de los acreedores de la herencia que lo convierten en responsable solidario e ilimitado de las deudas y pasivos dejados por el causante. Dichas conductas, comportamientos o hechos deplorables se hallan descritos o tipificados en el artículo 662 del Código Civil, verbi gratia, y entre otras hipótesis cuando se ocultan bienes hereditarios o se simulan deudas. Entonces este heredero (que puede ser cualquier tipo de heredero) es castigado y tiene que heredar obligatoria o forzosamente y asumir en forma solidaria e ilimitada las deudas que existan en el patrimonio causado.

Existe otra hipótesis de herencia forzosa, para aquellos casos en los casos que un deudor con obligaciones insolutas a su cargo renuncia a la herencia, esto es, a quien

debiendo a sus acreedores lejos de aceptar la herencia y cumplir con el pago de sus deudas, decide renunciar a la herencia que le corresponde. El Derecho conforme lo prevé el artículo 676 del Código Civil, franquea a los acreedores del renunciante a impugnar judicialmente la renuncia y hacer que quede sin efecto en la parte en que se está perjudicando el pago de las acreencias, para con esta parte impugnada puedan hacerse cobro de lo adeudado. Vale decir, se está obligando a dejar sin efecto la renuncia y a aceptar la misma para dar cumplimiento al pago de las obligaciones.

Finalmente, la otra situación en la que se da una suerte o especie de herencia forzosa es cuando, abierta una sucesión en la que no existe testamento otorgado y dentro del proceso de sucesión intestada, o llamado con más acierto Declaratoria o Declaración de Herederos, el juez o el notario que lo tiene a su cargo al constatar que no existen parientes consanguíneos del testador ni personas de su entorno que estén dentro de los órdenes sucesorios, debe adjudicar los bienes de la herencia a la Sociedad de Beneficencia, la cual además está obligada a pagar las deudas del causante hasta donde alcancen los bienes adjudicados, y también obligada a premiar al gestor del proceso que dio lugar a la adjudicación con un valor equivalente al 10% de los bienes adjudicados. En esta hipótesis concreta y específica contemplada en el artículo 830 de nuestro Código Civil la entidad pública no tiene la posibilidad de renunciar a la herencia del causante.

En suma, podemos aseverar que la herencia forzosa existe pero como una posibilidad excepcional en nuestro Derecho pues no es dable que se imponga a alguien a recibir o aceptar lo que no se quiere o desea.

En cambio, los herederos forzosos son una especie de herederos que reciben ese nombre al tener un derecho hereditario que no puede ser soslayado o disminuido por el causante en su testamento, vale decir, que lo forzoso no es para el heredero sino para el testador, habida cuenta que éste no podrá separarlos, privarlos o excluirlos de recibir la herencia.

Y son forzosos porque si bien estos herederos tienen el derecho de renunciar a la herencia del causante y excluirse de participar en la misma, el testador tiene que considerarlos obligatoriamente en el testamento que otorgue y respetar su derecho a la

herencia que proviene de la institución de la Legítima, que data desde el antiguo Derecho Romano, y que tiene como base y fundamento la protección de la familia.

Sobre el particular, anteriormente, Olavarría (2010), tuvo la ocasión de referirse a la Legítima señalando que:

Por medio de la Legítima, y ante el desamparo que puede causar la pérdida de la cabeza familiar o jefe del hogar, o de quien aporta el sustento familiar, se trata de conservar la unión y cohesión de los integrantes de la familia asegurándoles en forma exclusiva una parte importante del patrimonio el causante a fin de que esa familia pueda mantenerse y continuar junta con todos sus demás integrantes dentro del seno familiar y con un sustento material que provea la satisfacción de sus necesidades. En suma, la legítima es en puridad una reserva que tiene como beneficiarios, principalmente, a los miembros integrantes de la familia nuclear del causante. (pp. 102-103).

En conclusión, se puede decir sin temor a equivocarse que la herencia forzosa puede recaer en cualquier clase de heredero (forzoso, legal o voluntario) en la medida en que el heredero incurra en alguna de las conductas vedadas que perjudican el derecho de cobro de los acreedores del causante, lo que luego les impide – a modo de sanción – poder renunciar a la herencia y tener que asumir los pasivos de la misma en forma solidaria e ilimitada; mientras que los herederos forzosos son una especie del género “heredero, sucesor o causahabiente” que tiene un especial derecho a heredar que no puede ser soslayado o negado por el causante al momento de testar, y que no tienen restringido su derecho de renunciar a la herencia del de cuius como que tampoco heredan solidaria e ilimitadamente sino que asumen pasivos con cargo a los activos y bienes de la masa hereditaria, es decir, suceden *intra vires haereditatis*, sin comprometer su peculio propio o personal.

En conclusión, en nuestro Derecho la libertad testamentaria se halla bastante restringida desde el punto de vista sustancial, en la medida en que el testador se encuentra limitado a respetar la legítima que corresponde a todos sus herederos forzosos, y además a respetar y mantener intangible o incólume la igualdad de la cuota legitimaria de todos sus herederos forzosos. Es decir, contamos con una doble limitación a la libertad testamentaria y con un poquísimo margen para disponer libremente. Margen de libre disposición que en

no pocos casos será insuficiente para que el empresario y testador pueda cómodamente asignar el resultado patrimonial de su negocio o empresa unipersonal al heredero que él mejor considere capacitado para conservar y conducir la actividad económica, lo que a la postre conlleva después de abierta la sucesión al cierre o fracaso del negocio con la grave afectación de todos los interesados que ven frustrada su expectativa de mantener la “vigencia” de la empresa.

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos algunas normas que de manera tímida, por decirlo de algún modo, han querido dejar abierta la brecha que incentive una flexibilización a la rigidez de la intangibilidad de la legítima y de la igualdad de la cuota hereditaria de los herederos forzosos. Así, por ejemplo, la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071, o norma que regula el Arbitraje en nuestro país, permite que se pueda disponer en el testamento el sometimiento de las controversias que puedan ocurrir entre los diversos sucesores y del Albacea Testamentario a un arbitraje, que si es de Derecho estará sujeto a la aplicación imperativa de las normas relativas a la intangibilidad de la legítima y a las de la igualdad de la cuota hereditaria de los herederos forzosos. Al respecto, la anterior norma que regulaba el arbitraje testamentario en nuestro Derecho -artículo 13 de la Ley 26572, hacía la expresa salvedad que no se aplicaba a los herederos forzosos ni a la parte de la herencia afecta a la legítima.

Así también el artículo 246 de la Ley 26702, o Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, establece que el Fideicomiso puede ser creado por voluntad unilateral plasmada en el Testamento, sin embargo, el artículo 244 de dicha norma permite además pedir la devolución de los bienes fiduciarios que perjudican la legítima de los herederos forzosos del Fideicomitente.

En ambos casos, y pese al esfuerzo del intento, se advierte el predominio y la preponderancia de la legítima y del derecho que sobre ella que tienen los herederos forzosos, lo que corrobora aún más la intangibilidad de la legítima y de la igualdad de la cuota hereditaria de los legitimarios.

1.4. La Herencia en nuestra Constitución Política del Estado

Es interesante descollar como el artículo 2° inciso 16° de nuestra vigente Constitución Política del Estado considera como un Derecho Fundamental de la Persona a la Propiedad y a la Herencia, frase con la que por cierto se puede comulgar en parte y en otra disentir en forma abierta, conforme lo explicamos líneas abajo.

Ya en anterior trabajo de investigación nos referimos a la herencia de la siguiente manera:

Y es que hablar o tratar sobre la herencia es algo que nos parece prima facie tan natural que muchas veces se confunde la existencia de una expectativa o eventualidad con un derecho ya existente, pues en puridad el derecho a la herencia nace en estricto rigor recién con la apertura de la sucesión. Antes de ello es solo una expectativa o posibilidad, y esta confusión producto de la naturalidad de la herencia por estar ligada a la inexorabilidad del hecho jurídico de la muerte nos viene desde tiempos muy remotos, véase al respecto la Parábola del Hijo Prodigio en el Evangelio de San Lucas, cuando el hijo menor le pide a su padre que le adelante la parte de la heredad que le corresponde pues ha decidido irse de la casa, y el padre accede al pedido del menor de sus dos hijos. (Olavarría, 2017, p.87)

Del mismo modo ya en el antiguo Derecho Romano se hace mención a la sucesión testamentaria y a la sucesión intestada como un modo de adquirir per universitatem, y al respecto Petit (1954), refiriéndose a este Derecho nos ilustra brevemente sobre el particular:

El heredero adquiere íntegro el patrimonio del difunto, salvo los derechos, bien entendido, que se extinguen con su persona. Le sustituye también en sociedad, siendo, además, en su lugar, propietario, acreedor y deudor, pudiendo ejercer sus acciones y ser perseguido por sus acreedores. El patrimonio recogido por el heredero toma el nombre de herencia o sucesión, y como sanción de su derecho posee una acción civil *in rem*, la *petitio hereditatis*. (pp. 666-667).

Por otro lado, Arias (1941), respecto al antiguo Derecho Romano nos refiere que:

Es extraordinario que Roma conociera desde sus primeros tiempos los principios de la sucesión universal que importa, obvio es indicarlo, una adelantada generalización jurídica.

La continuidad que supone la sucesión universal provoca estos dos efectos fundamentales:

- a) El heredero deviene titular de todos los derechos patrimoniales del difunto y aún de algunos incesibles como los *sacra* familiares. Pero, en cambio, el sucesor no aprovecha ni el uso, ni el usufructo, ni la habitación, ni lo reemplaza en los contratos intuitu personae: sociedad, mandato, etc.
- b) El heredero responde por todas las obligaciones del de cujus excepto las penales pasivas y las rei persecutoriae en cuanto no lo hayan enriquecido. En el derecho antiguo no se les transmiten las obligaciones derivadas de una sponsio o de una fidepromissio.” (pp. 456-457).

La influencia del antiguo Derecho Romano en el viejo continente y en Occidente, y consecuentemente en casi todo el orbe, sustenta la existencia de la gran o mayor parte de las instituciones actos y figuras jurídicas que conocemos hoy en día, entre ellas, la sucesión hereditaria. Y nuestro país no es ajeno a ello y la cultura jurídica española terminó por imponerse como no podía ser de otro modo en una conquista, pese a reconocerse en nuestra Historia la existencia de un derecho hereditario anterior a la conquista, en el Incanato, conforme nos lo reseña Basadre (1937), al precisarnos que:

Ha de distinguirse, al hablar de los Incas, la herencia en el pueblo, la nobleza y el Inca. Entre la gente común había, al menos en la región central de la costa, relativa libertad de testar, y, tratándose de los padres, sin considerar la mayor o menor edad de los hijos. En los valles costeros, según Castro y Ortega Morejon, “si era indio común y tenía hijos hombres *dexaba su hacienda* a aquel que le parecía más hombre y este amparaba a los demás”. Sin embargo, parece aquí indicarse, en todo caso, una prioridad de los hijos sobre otras personas. “Si no tenía hijo iba la herencia al hermano o *hermana* o pariente más cercano o amigo de quien más se confiaba (p. 169)

Finalmente, ha de advertirse también que el Derecho a la Herencia puede ser visto desde dos perspectivas, a saber: una, la del derecho a heredar o a recibir la herencia, y la otra, la del derecho a dejar herencia, en este último caso, circunscribiéndolo al derecho que tiene toda persona de ordenar su propia sucesión dentro de los parámetros que la norma positiva le franquea.

Así, y en cuanto a la propiedad, nos hemos pronunciado en anterior trabajo monográfico (2017, p. 80) de la siguiente manera:

En efecto, si consideramos que todo Derecho Fundamental de la Persona se denomina así precisamente porque la existencia digna del ser humano es inconcebible sin la titularidad y eventual ejercicio posterior del mismo, y que en el peor de los casos estos derechos fundamentales le pertenecen a la persona solo por el hecho de ser persona y nada más, independientemente de cualquier otra característica del sujeto (religión, idioma, sexo, nacionalidad, raza, etc.); podemos entender que la propiedad de las cosas o ser propietario o dueño de los bienes sí resulta fundamental en la medida en que el patrimonio como atributo de la persona se nutre y circunscribe en gran medida, sino en todo, con el llamado derecho real por excelencia: a saber, la propiedad o dominio.

Sin embargo, Para Olavarría, (2017), referente a este tema manifiesta lo siguiente:

No resulta tan exacto el aserto contenido en nuestra norma constitucional porque el derecho a la herencia no es un atributo de la persona ni es en realidad un derecho fundamental de la misma, habida cuenta que existen muchas personas que no son herederas y muchas otras que durante lo largo de su vida nunca lo fueron e incluso también muchas otras que fallecieron sin haberlo sido nunca, y no por eso entró en crisis ni en peligro o en precariedad su condición misma de ser humano o de ser persona. (pp. 83-84)

Vale decir, el no heredar no hace a la persona menos digna y mucho menos la convierte en un subhumano o persona de segunda categoría o sujeto de derecho de segunda clase.

Así, en cuanto a la naturaleza o característica de los derechos fundamentales de la persona nos ilustra sobre el particular, García Toma (2007), quien nos afirma que:

El hombre es un ser que existe en sí y no en otro; constituye “un fin en sí mismo”; por eso es que jamás puede ser utilizado como medio. En tal virtud, tiene como atributos esenciales la libertad y la racionalidad que son la raíz y el fundamento de su dignidad.

De acuerdo con su esencia le corresponden determinados derechos básicos que son facultades, poderes o potestades sobre todo aquello que le es necesario para cumplir con su destino, es decir, para realizarse como ser humano. (p. 139)

En conclusión, podemos válidamente aseverar que por lo utópico que sigue siendo la inmortalidad no quepa duda alguna que causantes vamos a ser todos y en mayor o menor grado dejaremos herencia, sea ésta positiva, negativa o neutra, pero herencia en cualquier caso, más de ahí a ser o convertirnos necesariamente en herederos durante nuestra vida resulta por demás relativo, pues unos quizá sí pero otros definitivamente no, porque para recibir herencia y convertirse en heredero de alguien, en principio, hay que sobrevivir al causante, y el tema de la muerte si bien no es incierta porque deviene en inevitable, sí es cierto que el hecho mismo de la muerte esté sujeto al denominado *incertus quando*, esto es, a la incertidumbre misma de cuando sucederá en el decurso del tiempo el deceso de una persona, y consecuentemente, de ahí a saber si es que finalmente heredaríamos o no a alguien, pues por más que viviéramos muchos años y llegar incluso a ser longevos podríamos fallecer en un momento dado y no haber sido nunca herederos de alguna persona, y no por eso se resienten o menoscaban nuestros Derechos Fundamentales o disminuye nuestra condición o categoría de personas o de seres humanos, y mucho menos se afecta o mella la dignidad o el status de persona humana.

De lo anterior también se puede colegir que no es necesario ser heredero de un causante para que la persona humana pueda realizarse como tal y cumplir con su destino, conforme claramente lo señaló el jurista patrio García Toma en la cita líneas arriba.

Finalmente, debemos también considerar como una diferenciación adicional que los Derechos Fundamentales de la persona *per se* son además de atemporales irrenunciables e imprescriptibles, y también son no transferibles, mientras que los derechos hereditarios son renunciables y en algunos casos son prescriptibles como es el caso de la acción de reducción de las disposiciones testamentarias y la acción de colación, ambas propias del Derecho Sucesorio, y también los derechos hereditarios pueden ser objeto de cesión onerosa o gratuita, es decir, pueden ser transferidos a tenor expreso del artículo 1209 de nuestro Código Civil.

Finalmente podemos agregar que los Derechos Humanos de ordinario se ejercen en contraposición o en antagonismo contra el Estado, vale decir, contra quien ejerce autoridad o soberanía, es decir, contra quien actúa con *ius imperium*, siendo incongruente que los Derechos Humanos puedan favorecer al Estado, mientras que en nuestra legislación el Estado puede llegar a tener Derecho Sucesorio conforme lo consagra el artículo 830 del Código Civil patrio, cuando ocurre la sucesión de un causante que no testó y tampoco dejó personas que reciban su patrimonio causado o herencia, correspondiendo al Estado suceder a este causante. Vale decir, que de insistir en que el Derecho a la Herencia es un Derecho Fundamental de la Persona, equivaldría a tener un Derecho Fundamental rara avis o sui generis, en la medida en que el Estado podría terminar siendo titular del mismo.

Sobre el particular, resulta por demás ilustrativo traer a colación la cita del profesor Fernández Arce (2003), quien nos explica el significado de esta norma constitucional (artículo 2° inciso 16° de la Constitución Política del Estado), dejando de lado por cierto toda mención de calidad de derecho fundamental de la persona, al derecho hereditario, radicando su implicancia en dos aspectos, a saber:

- a. Considerar el Derecho Sucesorio con instituciones de orden público, porque contiene- aunque no sean todas- normas imperativas, de valor absoluto, las cuales no pueden ser alteradas ni conculcadas bajo sanción de nulidad absoluta, como ocurre con las normas relativas a la legítima, que constituye un derecho inherente al heredero forzoso, o aquella que establece la transmisión hereditaria en el mismo momento del fallecimiento del causante. Con esas normas imperativas se protege a la familia, porque la razón jurídica que las sustenta, es preservar la estructura familiar.
- b. Porque el ordenamiento jurídico constitucional respeta el derecho de propiedad de los particulares, quienes pueden disponer libremente de los bienes por medio del testamento. Mediante esta norma constitucional se consigue declarar el principio de autonomía de la voluntad y, asimismo, expresar el reconocimiento del derecho de adquirir por herencia, los bienes y derechos patrimoniales dejados por el causante.

En suma, el significado de la norma constitucional citada guarda estrecha relación con el contenido esencial de la herencia, porque se alude a la libertad de testar como atributo propio del derecho de propiedad *jus disponendi*; asimismo, del derecho a suceder de los parientes, pero con las limitaciones que la ley establece, excluyendo de la libre disposición del testador, aquella parte del patrimonio hereditario que ha de corresponder a los legitimarios o herederos forzosos y, a falta de ellos, a ciertas clases de parientes más

lejanos en grado, pero limitadamente. Más allá de esta relación parental se ha establecido que el patrimonio hereditario corresponderá al Estado a falta de sucesores testamentarios o legales. (pp. 71-72)

Y en cuanto al tema de la herencia propiamente dicha Ferrero Costa (2012) en su Tratado de Derecho de Sucesiones, menciona con acierto y en relación a la transmisión sucesoria que: “De no existir el derecho del causante, las personas se encauzarían hacia el consumismo, conocedoras de que su esfuerzo se diluirá perdiéndose en el anonimato”. (p.83)

Finalmente, es menester recordar conforme lo señala García Toma (1998) que en cuanto a la regulación constitucional de la herencia en nuestro país, se inicia recién con la Constitución de 1979. (p. 103). Vale decir, que es de reciente data a diferencia de lo que sucede con el derecho a la propiedad sobre las cosas que resulta coetáneo a la Historia de la Civilización misma, quedando su origen, partida o inicio en un plano estrictamente filosófico lo que no significa en modo alguno que sea algo menor, pasible de subestimación o de inferior jerarquía.

Insistiendo sobre el particular, y como bien apunta el autor Víctor Julio Ortecho (1985), respecto a la causa de incluir la protección de la herencia dándole rango constitucional, nos recuerda lo siguiente: “Particularmente creemos, que se ha incluido en forma específica la herencia, en razón de que, durante las acciones reformistas del militarismo de 1968 a 1975, corría el rumor de que se suprimiría la institución de la herencia.” (pp. 63-64).

En efecto, es así como el derecho a la herencia, en nuestro país, como Derecho Fundamental de la Persona tiene partida de nacimiento en la anterior Constitución Política de 1979, producto del temor social de ver prohibida o en su caso restringida la herencia dado que históricamente nuestro país venía saliendo de una dictadura militar de claro contenido socialista- marxista.

En ese sentido, viene al respecto, y a colación necesaria, la crítica que sobre el artículo 110 de la anterior Constitución hace el jurista patrio y legislador constituyente de 1979, Alberto Ruiz Eldredge (1980), al decir que: “en relación al trabajo dicho artículo se

timidiza cuando lo limita a fuente principal de riqueza, siendo en verdad el trabajo, desde el punto de vista económico, la única fuente de producción de la riqueza.” (p. 81).

Y añade más adelante Ruiz-Eldredge (1980), “que incluso el trabajo es la fuente de la riqueza y no solo la fuente principal, porque este último criterio contiene un rezago capitalista.” (p. 176).

Pese a todo lo expuesto, no podemos dejar de mencionar la postura contraria del profesor Guillermo Lohmann (1995) para quien el derecho a la herencia ha sido elevado por nuestra Constitución del Estado a rango fundamental de la persona, pese a reconocerle limitaciones (p. 25), y al respecto nos afirma con mayor énfasis que:

“La sucesión –y la herencia como contenido de la misma- es, en suma, un derecho fundamental de la persona porque activa o pasivamente es manera de comportamiento en el mundo; es una manera de realización de la personalidad y de actuación sobre derechos y deberes respecto de los cuales la Constitución reconoce poderes al respectivo titular.” (p. 27)

CAPÍTULO II: EMPRESAS Y ACTIVIDADES EMPRESARIALES.

Esta situación problemática para las empresas o para las actividades empresariales, que se genera con la transmisión sucesoria o por causa de muerte, puede ser abordada desde dos perspectivas, planos o visiones bastante demarcados, a saber: una, la de la empresa con personería jurídica y en su caso bajo alguna de las formas societarias permitidas por nuestra legislación comercial, y la otra, la de la empresa como negocio unipersonal de un ser humano, desprovisto de toda independencia o autonomía, esto es, estrechamente vinculado al sujeto, carente de órganos y de estatuto, y sin representatividad alguna. A pesar de las diferencias, en ambos casos el meollo no deja de ser el ejercicio de una actividad económica que será susceptible en mayor o menor grado, o no lo será según se verá líneas abajo, de ser transmitida mediante herencia.

2.1. Actividad Empresarial sin personería jurídica.

En virtud de lo antes expuesto y para efectos del desarrollo del presente trabajo monográfico abordaremos de manera principal el segundo supuesto, esto es, el de la empresa como negocio unipersonal sin personería jurídica, es decir que no reviste forma societaria alguna y que por ende, no cuenta con órganos ni estatutos ni mucho menos representatividad o responsabilidad limitada de ningún tipo. En consecuencia, el fondo patrimonial destinado a la actividad o ejercicio empresarial de la persona humana está integrado en su totalidad al patrimonio del sujeto sin diferenciación alguna, por lo que cualquier acto de mera administración dentro de dicho negocio y bajo la actividad del titular no podrá ser visto o catalogado de la misma manera, en comparación al mismo acto practicado por uno de sus herederos una vez abierta la sucesión hereditaria del que fuera titular de ese negocio. *Verbi gratia*, si Alberto es único titular de su negocio de ferretería, y le va muy bien en dicha actividad, lo que quiere decir que atiende y cumple con sus proveedores y clientes y ello le deja buenos márgenes de ganancias, y en ese ejercicio empresarial compra insumos y mercaderías, los cuales posteriormente vende a sus clientes, todo ello no deja de constituir, en conjunto o como un todo, actos de administración de dicho negocio. Sin embargo, no sucede lo mismo al fallecer Alberto, pues sus tres hijos y la viuda de Alberto se convierten por imperio de las normas del Derecho Sucesorio en sus cuatro herederos forzosos con igualdad de derechos hereditarios, y el negocio de ferretería como ejercicio económico dejó de ser tal, pues la actividad empresarial se extinguió con la muerte de Alberto, pasando a ser parte de la herencia dejada por Alberto únicamente el

íntegro de las existencias o el resultado económico o fondo de esa actividad empresarial fenecida, no pudiendo ninguno de los cuatro herederos mencionados, comprar, vender o consumir nada de ese resultado económico sin que ello signifique en rigor un verdadero acto de disposición, aun cuando lo que se compre o venda fuere algo tan sencillo como un simple clavo.

Esto nos lleva a colegir inequívocamente que la empresa como tal, o sea como actividad o ejercicio económico, no es susceptible de ser transmitida o transferida vía sucesión *mortis causa*, pues la empresa como tal está ligada al empresario y es, además, la actividad misma de dicho empresario; y si por algún motivo uno de los herederos de Alberto decide luego de la apertura de la sucesión abrir el local comercial o tienda y empezar a despachar a los proveedores y a los clientes, en una suerte de continuidad del negocio, ello en puridad no es tal cosa, toda vez que se trataría en realidad de un nuevo negocio y de una nueva actividad empresarial, y también de un nuevo ejercicio cuya tónica y características impregnaría el heredero que asuma este ejercicio o actividad económica lo que va de la mano con sus rasgos y personalidad misma.

Si bien es cierto, que existen varias acepciones y perspectivas de visión del concepto empresa, no lo es menos, conforme nos lo recuerda la profesora Teresa Tokushima (2018), que

La definición de empresa provino de la economía que la concebía como una organización que une capital y trabajo, para el desarrollo de las actividades económicas, sean éstas de producción y/o comercialización de bienes y/o servicios que están dirigidos al mercado. A partir de dicha definición, la doctrina jurídica ha concebido a la empresa desde diferentes perspectivas, sea como “objeto de derecho” (u organización en donde se gestiona los recursos materiales y personales para el desarrollo de las mencionadas actividades económicas), otros como la “actividad económica” en sí, y otros, como “sujeto de derechos y obligaciones”, la empresa concebida desde una perspectiva más subjetiva, como una comunidad en la que aparecen los diferentes grupos de interés o *stakeholders* (inversionistas, trabajadores, el Estado, los consumidores, etc.) y, por lo tanto, la empresa está llamada a cumplir una finalidad social.. (p. 286).

Sobre el particular, y en relación con el concepto de empresa resulta ilustrísimo lo señalado por Francesco Messineo (1954) cuando afirma que:

... empresa es desenvolvimiento profesional de una actividad económica organizada, para un determinado fin, o sea una forma particular o desenvolvimiento de actividad, por parte de un sujeto; es una fuerza que opera (concepto dinámico) sirviéndose de determinados medios; razón por la cual es –en ese sentido– un *quid immateriale*. Por tanto, la misma no puede ser definida optando entre la categoría de los sujetos y la categoría de los objetos, para asignarla a la una o a la otra: escapa a los términos de tal alternativa, porque es un *tertium genus*.

Resulta obvio que no se trata de objeto, porque actividad no es objeto; la empresa, por consiguiente, no puede ser materia de derechos subjetivos (especialmente reales), como lo es, en cambio, la hacienda.

Pero, igualmente, hay que negar que se trate de sujeto: sujeto es el empresario; y por eso, no puede ser tal la empresa, de la cual el titular es sujeto y la cual es, en cambio, el operar del sujeto. A lo sumo, se debe admitir que se trata de algo subjetivo, porque consiste en una actividad, al que, como cualquier otra actividad, debe necesariamente emanar de un sujeto (titular de la empresa). (p. 215)

Es así como, continuando con el ejemplo anterior, podemos advertir que el titular del negocio –Alberto– a la luz de las normas sucesorias vigentes en nuestro país sobre la Legítima y los Herederos Forzosos, por reposar éstas en normas de orden público, tiene poco o nulo margen de poder asignar en su testamento quién o quiénes desearía él que continuaran con el manejo del negocio en una suerte de “carrera de postas”, pues conociendo el testador mejor que nadie a su familia debiera tener Alberto cuando menos la potestad de elegir o asignar a quien esté en mejor condición o más capacitado para ello.

Lastimosamente, nuestra legislación sólo permite márgenes menores de libre disposición, un tercio del patrimonio cuando hay hijos u otros descendientes, así como cuando hay cónyuge o en su caso conviviente, o un 50% de la herencia como porción disponible para los casos en que solo tenga el testador padres u otros ascendientes.

Entonces, en aquellos casos en que el patrimonio hereditario esté conformado en su mayor parte por el fondo, existencias o por el resultado económico de un negocio unipersonal, cuya actividad empresarial ejercía en vida el causante, poco o nada podrá

hacer éste para permitir que uno o más de sus herederos puedan tomar “la posta” y “continuar” con el negocio, o mejor dicho reiniciándolo, y asumiendo en adelante su propia actividad empresarial o sea la de este o estos sucesores. Elección que debiera recaer en el causante por ser conocedor de sus familiares y de las virtudes y defectos de sus sucesores hereditarios, y por último por ser su voluntad *post mortem* que de suyo ya sería más que suficiente dentro de su natural autonomía.

Nuestra realidad normativa es otra pues el resultado patrimonial de esa actividad empresarial fenecida a consecuencia del deceso del empresario, hace que todos y cada uno de los activos, bienes y derechos –incluida la mercadería comprada para ser vendida, pasen en automático, de pleno derecho o *ipso iure* a conformar una copropiedad cuyos titulares serán los herederos del causante, en igualdad de derechos hereditarios tratándose de los herederos forzosos, y cuyas normas exigen para disponer, gravar, arrendar o vender los bienes comunes, que exista acuerdo unánime de los copropietarios a la luz de las normas sobre copropiedad en nuestro Código Civil.

Peor aún es la hipótesis de suyo extrema en la que el único bien de la herencia o en su caso el bien más importante si se quiere económicamente hablando, lo constituye precisamente las resultas del negocio unipersonal que dejó el causante al morir, específicamente, nos referimos al resultado económico o fondo patrimonial de dicho negocio, pues reiteramos que la empresa misma se extinguió con la muerte del empresario al ser la empresa una actividad o ejercicio mismo de dicho empresario vinculada a su propia personalidad, lo que significa también que la empresa está impregnada de sus caracteres personales.

En este último caso, y siguiendo con el ejemplo dado, nada podrá hacer el empresario Alberto utilizando su testamento, habida cuenta que el tercio de libre disposición que ostenta no le alcanzará o será insuficiente, en su caso, para asignar en forma exclusiva a uno o algunos de sus herederos dicho negocio o su resultado patrimonial estrictamente hablando, en aras de una suerte de continuidad o empalme que signifique el seguir operando. En ese sentido, no es tan fácil o sencillo hablar de un planeamiento sucesorio como la panacea o el elixir de solución a esta problemática en nuestro país, siendo por ello que nos permitimos discrepar de las autorizadas voces de Pizarro y Lanfranco (2011), quienes ven en el planeamiento sucesorio y en el otorgamiento de un

testamento "...Un importante vehículo para lograr un traspaso ordenado y una distribución equitativa de los bienes del fundador del negocio, pero incorporando fórmulas y vehículos jurídicos que impidan la destrucción de la empresa familiar". (p. 516).

Fórmulas y vehículos jurídicos que a nuestro modesto entender no solo no se mencionan claramente por los citados autores, sino, que, además, podrían de suyo colisionar con la intangibilidad de la legítima que sustenta el derecho hereditario de los llamados herederos forzosos, y véase al respecto y a mayor abundamiento los imperativos categóricos contenidos en los artículos 723, 733 y 736 del Código Civil patrio. Dicho esto, no se trata pues de un mero respeto o reverencia a la institución de la legítima al otorgarse un testamento conforme parecen sugerir Pizarro y Lanfranco (2011), sino, antes bien y por el contrario, es la Institución de la Legítima la que se impone y "arrolla o aplana" cual ejercicio de tabla rasa el ejercicio mismo del Derecho Testamentario.

De todos modos no podemos dejar de reconocer la intención como propuesta del mencionado planeamiento sucesorio como una posibilidad o alternativa de solución a esta problemática, que resulta limitada, parcial o circunscrita; cierto, pero no deja de serlo finalmente, lo que tampoco significa que sea la panacea al problema en general.

Por ello insistimos con este trabajo en que se hace necesaria y urgente la promulgación de una reforma legislativa que modifique y morigere la rigidez de la legítima y de la cuota legitimaria para este caso puntual y específico de la existencia de una empresa como negocio unipersonal dentro del patrimonio del testador, a fin de que se le otorgue mayor libertad para testar en ese sentido, pues reiteramos la existencia de muchos otros intereses válidos o legítimos en torno a la continuidad del negocio o actividad empresarial, o a su reinicio para ser más exactos, así como en evitar otros posibles daños de no poder franquearse dicho margen de libertad.

2.2. Actividad Empresarial con personería jurídica: caso de la SAC con limitaciones a la transferencia de acciones.

De otro lado, y a pesar de no ser tema preciso de esta monografía, vamos a referirnos brevemente a la empresa como actividad económica bajo personería jurídica y con la adopción de una forma societaria con estatuto y órganos societarios, ya que también para

ese supuesto existen normas restrictivas que complican o dificultan un adecuado ejercicio empresarial desde la perspectiva sucesoria, conforme veremos a continuación.

Para abordar esta perspectiva y siguiendo con el ejemplo de Alberto, ahora será éste, hipotéticamente, titular de un certificado con un importante número de acciones sobre el capital social de una sociedad anónima cerrada, que le permite a Alberto tomar decisiones importantes prácticamente a su sola voluntad, es decir, Alberto tiene socios minoritarios, y así en el sentido amplio y bueno de los términos maneja y controla la SAC.

Al fallecer Alberto, le sobreviven sus cuatro herederos – la viuda y sus tres hijos, quienes se convierten en copropietarios de las acciones cuyo titular era el causante, bueno en estricto rigor y en puridad en cotitulares de estas acciones, o de este paquete accionario.

Si el estatuto de la sociedad anónima cerrada incluía cláusulas de restricción o limitación a la transferencia de acciones, se tiene ahí un primer escollo. En efecto, podría encontrarse en el Estatuto de la sociedad un Derecho de Adquisición Preferente respecto de las acciones transmitidas por sucesión hereditaria, a la luz de lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley General de Sociedades, lo que obligaría a los herederos de Alberto a tener que vender a los demás socios dichas acciones heredadas, en una suerte de “Dirigismo Contractual” y en un claro atentado a la Autonomía de la Voluntad, a la libertad para contratar y a la libertad contractual, conculcando además el derecho constitucional a la libre empresa y a la libre iniciativa privada.

Es de sopesarse la restricción normativa de la Ley General de Sociedades (artículos 237, 238 y en especial el artículo 240) versus los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de la Persona Humana contenidos en nuestra Constitución Política del Estado, pues los herederos de Alberto bien podrían desear hacer actividad empresarial y dedicarse a un negocio o actividad económica, finalmente como parte del desarrollo de su personalidad, o simplemente limitarse a ser inversionistas y obtener ganancias de ello en función a ese aporte que representó y representa la emisión de las acciones heredadas.

Consideramos que no es argumento válido por su patética simplicidad, que se esgrima el solo hecho de que, al estar así estipulado en un Estatuto Societario -a modo de condicionamiento, eso era y es más que suficiente para tal impedimento o restricción, y

que por ello el socio sabe y sabía en qué conglomerado humano se estaba metiendo o incursionando, pues el Estatuto no deja de ser por cierto una norma interna o privada de suyo jerárquicamente inferior, para con ello pretender conculcar grácil y ligeramente Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la persona.

Con ese mismo argumento simplista se podría válidamente responder a dicho aserto que los socios al constituir la sociedad anónima cerrada sabían que nadie es inmortal y que la sucesión *mortis causa* resulta y deviene en inexorable, y bajo esta misma óptica considerar como sustento válido que nada ni nadie es eterno y que las sociedades también se extinguen o cuando menos cambian, por lo que no debiera impedirse o recortarse el ingreso de estos nuevos socios por adquisición derivada de un evento o hecho como es la muerte que desencadena la transmisión hereditaria, más aún, que dicha incorporación por sucesión *mortis causa* no obedece a un acto volitivo (contrato de transferencia de acciones) celebrado por el ex socio y accionista de la compañía con un tercer sujeto. En tal virtud, se debe deslindar que una cosa es limitar o restringir la transferencia de las acciones que un socio en vida pueda pretender, y otra muy distinta es que la transferencia de acciones sea producto de un hecho jurídico indeseado, inexorable e irresistible (fuerza mayor) como lo es la muerte del socio, ajeno en principio a toda y cualquier voluntad humana.

La muerte que acarrea o conlleva la inexistencia de Alberto, lo es tanto para su familia como para la sociedad en la que era socio, generando una nueva realidad que no se puede ocultar, maquillar o esconder pretendiendo sobrellevar las cosas como si el accionista fallecido nunca haya existido, al promover una solución facilista y simplista como la de repartir sus acciones entre los demás socios a cambio de una suma dineraria, forzando así una relación contractual o una venta no querida o deseada lo que atenta contra los principios de libertad e igualdad de las personas.

Más aún, si el criterio usado para restringir la transferencia de las acciones o en su caso de las participaciones sociales es la tónica personalista de la compañía, conforme lo expresa con claridad Elías (2015), al aseverar que:

Como hemos señalado, la sociedad comercial de responsabilidad limitada y la sociedad anónima cerrada tienen un origen común en el esquema tradicional de las sociedades personalistas....., la regulación normativa, tanto de la SAC como de la SRL,

contiene disposiciones destinadas a mantener el carácter cerrado de estas sociedades; es decir, permitir que la sociedad permanezca en manos de los socios fundadores, limitando el ingreso de extraños. (p. 229)

Debemos también distinguir que la aludida permanencia en manos de los socios fundadores será dable, exigible y entendible siempre que éstos no desaparezcan por causa de muerte, pues de lo contrario estaríamos conjeturando e imponiendo una solución legal basada en una utopía de eternidad o la de la inmortalidad del ser humano.

Incluso la hipótesis normativa del artículo 240 de la Ley General de Sociedades al permitir un estatuto cerrado a la transmisión de acciones por sucesión hereditaria, lleva consigo una posible entelequia filosóficamente hablando, pues encierra su propia extinción, ya que al final y de ejercerse el derecho de adquisición preferente quedará un único socio con el total de las acciones, siendo ello causal de disolución ante la falta de pluralidad de socios.

Por ello, consideramos finalmente que se hace hoy exigible por necesario un cambio en el Derecho Sucesorio y en la legislación societaria en nuestro país que permita por un lado disponer por testamento en forma singular o especial cuando se trata de dejar en herencia una empresa o negocio, sobremanera cuando se trata de un negocio unipersonal sin personería jurídica, a fin de que la legítima y la calidad de los herederos forzosos no constituyan una traba o limitante para ello, en la medida en que el testador tenga u ostente mayor margen, amplitud o libertad de poder asignar este bien o activo, que en puridad será el resultado patrimonial de esta empresa, la cual se extinguió con su titular a la muerte de éste, y que podrá así resurgir, cual Ave Fénix de las cenizas, impregnada ahora del nuevo titular de la misma elegido y designado precisamente por el primigenio empresario mediante su disposición testamentaria.

Del mismo modo, y por otro lado, se hace imperioso en nuestra opinión un cambio en la Ley General de Sociedades que conjure esas restricciones patéticas a la herencia o transmisión sucesoria *mortis causa* cuando se trate de participaciones sociales o de acciones de una sociedad anónima cerrada, las que basadas en la norma estatutaria impiden hacer actividades empresariales o asumir gestión de inversionistas a los herederos del causante, conculcando su libre iniciativa y el libre desenvolvimiento y desarrollo de su

personalidad, al obligarlos a tener que “deshacerse” de la herencia recibida sobre la base de un acuerdo especial o excepcional no pactado o asumido por los sucesores del accionista fallecido, más aún, que ese pacto estatutario limitante tiene como soporte fáctico las características personales –*intuitu personae*- del causante como uno más de los socios fundadores de la compañía, lo que no debiera ser aplicable ni oponible por extensión a los herederos del *de cuius*. Adviértase pues que el carácter personalista de este tipo de sociedades debe estar en función de las personas que las fundaron y no ser extensivo ni aplicable para terceros que entran forzosamente al grupo societario por la transmisión patrimonial por causa de muerte.

Además, el mismo carácter personalista hace que la obligación sea *intuitu personae*, es decir, que la exigencia o el impedimento personalizado sea en cabeza y solo en cabeza de quien fundó la sociedad, precisamente, por sus atributos o características personales lo que hace que no sea dicha exigencia o impedimento transmisible por sucesión hereditaria, conforme lo disponen puntualmente los artículos 1218 y 1363 del Código Civil.

Por último, el mismo argumento, negado líneas atrás por nosotros, podría oponerse como sustento para no prohibir que los herederos puedan seguir participando en la SAC pese a la existencia del Derecho de Adquisición Preferente, arguyendo que eso que ha sido heredado tiene rango de Derecho Fundamental de la Persona a la luz de la Constitución Política del Estado (numeral 2º inciso 16), y que por tanto está por encima jerárquicamente hablando de cualquier otra norma positiva y con mucha más razón por encima de normas privadas como es el Estatuto de una sociedad.

Sobre el particular, la profesora María Teresa Cornejo (2006), con preocupación nos comenta al respecto que:

...la vigencia del artículo 240 de la Ley General de Sociedades introduce una suerte de incertidumbre o inestabilidad en el derecho de propiedad del sucesor sobre tales bienes muebles. Sin embargo, su parecer es de la prevalencia de las normas societarias haciendo crítica a la ausencia de tiempos o plazos para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente.” (p.)

CAPÍTULO III: LA LIBERTAD DE EMPRESA, LA INICIATIVA PRIVADA LIBRE Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.

3.1. La libertad de empresa, la iniciativa privada libre y la protección de la familia

La libertad de empresa es una de las tantas formas de las libertades humanas y que como todo Principio (y la libertad lo es) a diferencia de los Valores Humanos no puede ser desmedido u otorgado a ultranza o en extremo porque degenera y se convierte en algo inicuo o nocivo, mientras que los valores por más que se den a ultranza nunca degeneran y siempre serán favorables y beneficiosos para todos. Es así como nuestra Constitución dentro del Régimen Económico consagra en sus numerales 58 y 59 la libre iniciativa privada y la libertad de empresa encausándola dentro de una economía social de mercado y limitando su ejercicio en cuanto sea lesivo a la moral, la salud y la seguridad públicas, respectivamente.

Del mismo modo, nuestra Constitución Política del Estado en su precepto 4° impone la obligación de proteger a la Familia reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

El tema materia de la presente monografía ostenta vigencia en la medida en que existe ya un Anteproyecto de propuesta de mejora del Código Civil patrio, el cual tiene su antecedente en la Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, correspondiendo la supervisión y la coordinación del Libro IV Derecho de Sucesiones, a los juristas Enrique Varsi Rospigliosi y Guillermo Lohmann Luca de Tena, respectivamente, quienes luego de culminar su buena y loable gestión realizaron varias propuestas de modificación.

Es así como se sugiere en dicho Anteproyecto la incorporación del artículo 663 A en el Código Civil, referente al protocolo familiar.

Al respecto, partimos de la premisa de coincidir en su definición de lo que constituye un protocolo familiar con Cárdenas (2019), para quien:

... el Protocolo Familiar es un documento que suscriben los miembros de una familia que detenta el control de una organización empresarial, sea como empresa o sociedad, a través del cual formulan una serie de directrices destinadas a planificar la sucesión familiar con el objetivo de mantener por generaciones el control del negocio en manos de la familia. La definición propuesta nos permite apreciar que hay dos conceptos que están íntimamente vinculados al Protocolo Familiar, el primero es el carácter familiar de la organización, pues la familia que llevó a cabo un negocio que resultó exitoso, pretenderá que éste se quede en manos de sus descendientes, para tales efectos, se deben organizar para no perder el control del mismo; el otro concepto es la sucesión familiar, que es una preocupación de las sociedades de carácter familiar, en las que el traspaso generacional se vuelve en uno de sus objetivos empresariales. (p. 28)

Hecha la aclaración, transcribimos el artículo propuesto:

Artículo 663 A.- Protocolo de familia.

- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1405, son válidos los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones en personas jurídicas de cualquier tipo, para la conservación de la integridad patrimonial o de la unidad familiar de la gestión empresarial, la prevención o solución de conflictos u otro objeto de interés familiar.
- Excepcionalmente, el protocolo familiar puede incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios de terceros y deberá establecer compensaciones en beneficio de los legitimarios no intervinientes.
- Son nulos los pactos a los que se refiere este artículo que afecten la legítima sin mediar compensación, los derechos patrimoniales del cónyuge, conviviente o terceros.

En nuestra, por cierto, modesta opinión, la propuesta de la Comisión de Trabajo resulta de algún modo pionera ya que no existe antecedente formal u oficial en esa misma línea, pero no deja de ser algo tímida o ambigua, y podría en algunos casos generar una mayor problemática.

En efecto, debemos partir de considerar que el protocolo familiar relacionado con la transmisión hereditaria de negocios o empresas o derechos sobre acciones o participaciones dentro del capital social de una compañía, implica colisionar con los

dogmas hereditarios, y por ende deben ser asumidos como normas especiales y excepcionales, que tienen que estar de algún modo al margen de la legítima y de la igualdad de la cuota hereditaria para los llamados herederos forzosos, pero tampoco en forma absoluta sino con ciertas limitaciones, lo que no es finalmente extraño o del todo heterodoxo, pues ya el sistema permite contar con una parte o porción de libre disposición, la cual bien podría ser incrementada únicamente para estos casos especiales del protocolo familiar.

El otro aspecto que es de considerar se relaciona con el artículo 1405 del Código Civil, pues la propuesta de cambio o mejora (artículo 693 A) deja a salvo la norma contenida en dicho dispositivo que sanciona con nulidad el contrato sobre el derecho de suceder, es decir, creemos que no podría mantenerse la vigencia plena del artículo 1405 cuando se afirma en la propuesta que, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1405”, para luego aceptar por otro lado la validez del pacto del protocolo familiar que por provenir de un pacto importa acuerdo o consenso sobre la sucesión futura, en la mayoría de los casos.

Nosotros advertimos que el protocolo familiar o protocolo sucesorio como preferimos denominarlo va más ligado al aspecto testamentario que a un pacto, cláusula o contrato entre el futuro causante (titular del negocio unipersonal, o titular de las acciones o participaciones sociales) con sus futuros herederos forzosos. Plasmar de esta manera la decisión o forma de acomodar la empresa para después de la muerte del de *cuius* no colisiona con el artículo 1405 del Código Civil, por ser el testamento un acto unilateral e individual, y para ello bastaría una disposición especial y excepcional que incremente solo para estos casos puntuales la cuota de libre disposición al momento de testar o, en su defecto, que existiendo dentro del patrimonio del futuro causante un negocio unipersonal o acciones o participaciones sociales sobre el capital social de una compañía, este activo en particular se encuentre al margen de la legítima y de la igualdad de la cuota hereditaria de los herederos forzosos.

Finalmente, la propuesta normativa en su inciso tercero condiciona la nulidad del pacto a la existencia de una compensación por los derechos patrimoniales que se pudieran estar afectando y que provienen de la legítima, que es la parte intangible y reservada dentro del patrimonio del testador a favor de los herederos forzosos. Solución salomónica

que no alcanza a dar luz cuando el principal activo dentro del patrimonio hereditario resulta ser el negocio unipersonal o empresa del causante, o las acciones o participaciones sociales de las que era titular el de *cuius*, pues en esos casos no habrá posibilidad de compensación alguna jugando con alternativas de distribución o reparto de los bienes hereditarios.

Por ello, consideramos que el protocolo familiar o sucesorio es una situación especial y excepcional que se coloca al margen o de espaldas a la legítima y a la igualdad de la cuota hereditaria de los herederos forzosos, y así debe entenderse su tratamiento normativo. Es decir, que no se da solución *per se* en aquellos casos concretos, específicos y puntuales que nos han servido de ejemplo para abordar esta problemática dentro de este artículo de investigación, esto es, la del negocio unipersonal como principal bien o activo, o en su caso el único, dentro del patrimonio del testador.

Nos permitimos traer a colación y transcribir a continuación el artículo 1056 del Código Civil de España, que fue modificado por la Ley 7/2003 del 1º de abril de 2003, en su Primera Disposición Final, y en donde se recoge el régimen de excepción que proponemos introducir en nuestra legislación:

Artículo 1056. Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contadorpartidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

Se advierte de la norma hispana que data del año 2003, la clara tendencia a hacer un régimen de excepción en la legítima y en la igualdad e intangibilidad de la cuota legitimaria de los herederos forzosos, a fin de que el testador tenga mayor libertad o amplitud de disposición cuando se trata de explotaciones económicas o de mantener el control de las sociedades de capitales, con miras a la conservación de la empresa o a la preservación de la actividad económica.

Algo más tímida o “recatada” se nos presenta esta posibilidad en el segundo párrafo del artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la República Argentina que data de octubre de 2014, y cuyo texto es el siguiente:

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Y decimos con certeza que algo más tímida que la norma hispana se nos presenta el artículo 1010 del Código Civil y Comercial argentino, pues finalmente condiciona la validez del pacto a que no se afecten la legítima hereditaria ni los derechos del cónyuge.

En conclusión, no hay protocolo que valga, sea eficaz o se imponga en la medida en que de manera previa no exista una mayor flexibilidad en el régimen rígido de la intangibilidad de la legítima y de la igualdad de la cuota hereditaria de los herederos forzosos. Y de alguna manera esta pretensión no resulta tan heterodoxa habida cuenta que el Derecho Sucesorio en nuestro país permite afectar la cuota legitimaria de los demás herederos forzosos al franquear el ejercicio del Derecho de Habitación Vitalicio y Gratuito a favor del cónyuge supérstite, sobre el inmueble en donde funcionó el hogar conyugal, extendido al conviviente a partir de la vigencia de la Ley N° 30007.

Por tal virtud, consideramos, sin temor a equivocarnos, que la piedra angular para hacer viable nuestra propuesta, la constituye la relajación o flexibilización del régimen estricto, rígido e imperativo de la legítima a favor de los herederos forzosos, la que mediante un régimen de excepción permita una mayor libertad testamentaria, sin que sea

necesario incrementar la cuota de libre disposición, tal y como sucede con el Derecho de Habitación vitalicio y gratuito a favor del viudo o de la viuda sobre el inmueble en donde funcionó el hogar conyugal.



CONCLUSIONES

- Las normas en materia de Derecho Sucesorio son en algunos casos rígidas por ser de orden público y tener carácter imperativo, lo que hace muchas veces que colisionen con la actividad empresarial que suele ser ágil, dinámica y flexible.
- No se tiene en nuestro país normas que regulen o permitan elaborar un protocolo de transmisión libre o flexible en los cargos, funciones y jerarquías dentro de un negocio empresarial, para los casos de sucesión hereditaria en las que haya dentro de los activos de quien quiera testar, negocios, empresas o derechos sobre empresas, como es el caso finalmente de las acciones de una SAC o participaciones sociales de una SRL, así como en el caso particular de que existan negocios unipersonales.
- La actividad misma o el ejercicio empresarial como tal no puede ni debe ser objeto de transmisión sucesoria *mortis causa* por estar íntimamente ligada a la personalidad del empresario, a su quehacer cotidiano, quien con su ejercicio y desarrollo la impregna de sus características personales.
- Nuestra Ley General de Sociedades permite pactar y estipular la restricción de la actividad o ejercicio empresarial de un sujeto, o en su caso, de la actividad como inversionista de quienes hereden acciones de una sociedad anónima cerrada o participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, lo que limita en definitiva la libre empresa, pero sobremanera el libre ejercicio de la actividad empresarial y la correspondiente iniciativa privada.
- Nuestra Ley General de Sociedades permite pactar en el Estatuto de una compañía la venta forzada de acciones (S.A.C.) o de participaciones sociales (S.R.L.), obligando así a los herederos a tener que deshacerse, despojarse o “renunciar” a su calidad de socios, lo que implica una abierta colisión con los Derechos Humanos y con las Libertades Fundamentales de la Persona consagrados en una norma de superior jerarquía, como son las prerrogativas contempladas en la Constitución Política del Estado.
- Se hace necesario modificar las normas del Derecho Sucesorio a fin de establecer una sucesión especial *mortis causa* con mayor amplitud o libertad para el testador, que permita de manera excepcional flexibilizar para estos casos puntuales y concretos todas aquellas normas relacionadas con las prerrogativas sobre la legítima y la calidad de los herederos forzosos, cuando se trate de una herencia que

contenga dentro de sus activos un negocio unipersonal o una empresa del causante, o el resultado o fondo patrimonial de dicha actividad.

- Es dable y entendible aceptar y mantener restricciones pactadas en el estatuto a la libre transferencia de acciones de una sociedad anónima cerrada o de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, mientras los socios se mantengan con vida, pues finalmente son ellos mismos quienes así deliberadamente se obligaron, pero no puede ocurrir lo mismo con quienes entran en su lugar por un hecho forzoso, inevitable e inexorable como es la muerte del titular o socio, más aún, que insistir en ello implicaría trasladar una obligación estatutaria de tipo personalísimo o *intuiti personae* – como es la de continuar siendo socio y parte integrante de la sociedad; a los herederos de éstos, a quienes este deber de abstención (no transferir) u obligación de continuar si es que lo vemos de otro modo, no les es exigible por ser una imposición excepcional no pactada o asumida por los sucesores, y más bien aceptada en vida por los causantes en atención a sus cualidades personales.
- Se trata con el presente trabajo de investigación de hacer permeable o posible que se permita de modo especial y excepcional direccionar adecuadamente la transmisión sucesoria de un negocio unipersonal partiendo de la premisa de una mayor libertad testamentaria en cabeza del titular del negocio, para aquellos casos o supuestos específicos de negocios unipersonales. Pues tratándose de empresa con formas societarias o con títulos valores que representen o conformen el capital social de una compañía, en vida del socio se puede de algún modo disponer de dichos títulos y con ello asegurar el manejo y control así como la continuidad de la empresa.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda o propone una flexibilización especial o excepcional en lo que concierne a la legislación de la legítima que otorgue mayor amplitud a la libertad testamentaria, en aquellos casos que existan negocios unipersonales dentro del patrimonio del testador.
- Se recomienda o propone la creación de una norma que regule la posibilidad de un protocolo o mecanismo de transmisión sucesoria para que el testador en vida pueda regular la forma y modo en que las empresas o negocios que hay en su patrimonio puedan ser asignados a las personas que el mejor considere, pero ello pasa previa y necesariamente por la flexibilización de las normas rígidas que rigen la legítima hereditaria.
- Consideramos que las limitaciones a la transferencia de acciones en una sociedad anónima cerrada o de participaciones sociales en una sociedad de responsabilidad limitada no debieran ocurrir o ser aplicadas cuando la transferencia es por sucesión mortis causa que es un hecho jurídico no voluntario, irresistible y ajeno a todas las partes, debiendo circunscribirse dicha restricción a las transferencias voluntarias producto de un contrato.

PROPUESTA DE PROYECTO NORMATIVO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

Proponemos la ampliación e inclusión de un segundo párrafo al artículo 733 del Código Civil que consagra la intangibilidad de la legítima de los herederos forzosos, que sea de aplicación como una solución normativa de tipo excepcional o extraordinario.

Texto Actual del artículo 733.-

El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre aquella, gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar a su cónyuge de los derechos que le conceden los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos.

Se propone adicionar este segundo párrafo a la norma:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, y existiendo en el patrimonio del testador un negocio unipersonal carente de personería jurídica, se podrá disponer libremente del resultado patrimonial de dicho negocio a fin que pueda retomarse la continuidad de la actividad económica, para cuyo efecto, la disposición testamentaria se hará en principio con cargo a la porción de libre disposición del testador, y de no ser suficiente se compensará la diferencia que hubiere con cargo a los demás bienes hereditarios, y en caso subsistan aun las diferencias se afectará proporcionalmente y de manera excepcional la cuota legitimaria de los demás herederos forzosos.

REFERENCIAS

- Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, (1928) Cuarto Fascículo, Imprenta C.A. Castrillón, Perú.
- Arias, J. (1941) *Manual de Derecho Romano*, Editorial Guillermo Kraft Ltda. Argentina
- Ayasta, J. (1991) *El Derecho Comparado y los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Ediciones RJP, Perú.
- Basadre, J. (1937) *Historia del Derecho Peruano*, Biblioteca Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales, Lima Perú.
- Bonel y Sánchez. (1925) *Cód. Civ. Español*. T. 30. Págs. 473 y 474, citado por Calle, Juan, *Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano*. Tercer Fascículo. Imprenta “El Progreso Editorial”, Perú, pp. 345 y 346)
- Cárdenas, T. (2019) “*El Protocolo Familiar como Instrumento Jurídico de Planificación de la Sucesión en el Negocio para las Sociedades Familiares peruanas, su eficacia jurídica y oponibilidad*”. Trabajo de Investigación para optar el Grado Académico de Magister en Derecho de la Empresa con mención en Gestión Empresarial, Escuela de Post Grado, PUCP, Perú.
- Cornejo M. (2006) *Transmisión de acciones y participaciones por sucesión hereditaria y situación jurídica del sucesor como consecuencia de la aplicación de los artículos 240 y 290 de la Ley General de Sociedades*. *Ius Et Praxis*, (36-37), Perú.
- Código Civil y Comercial de la República Argentina (2014) artículo 1010, <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>
- Código Civil de España (2003) Ley 7/2003, <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>, con fecha 28 de febrero de 2021.
- Elías, E. (2015) *Derecho Societario Peruano*, *Gaceta Jurídica S.A.*, Tomo II, Tercera Edición, Perú.
- Fernández, C. (2003) *Código Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrero, A. (2012) *Tratado de Derecho de Sucesiones*, *Gaceta Jurídica S.A.*, Séptima Edición, Perú.
- García, V. (1998) *Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Perú.
- García V. (2007) *Introducción a las Ciencias Jurídicas*, *Jurista Editores*, Segunda Edición, Perú.
- Investa Trust (2016) *Principales aspectos de la sucesión en Estados Unidos*. <https://investatrust.com/principales-aspectos-de-la-sucesion-en-estados-unidos>
- Holgado, E. (1995) *Las Sucesiones Hereditarias en el Código Civil Peruano*, Editora Garcilaso, Perú.
- Lohmann, G. (1995) *Derecho de Sucesiones*, *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, Vol. XVII Tomo I, Fondo Editorial PUCP, Perú.
- Messineo, F. (1954.) *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa – América, Argentina.
- Olavarría, J. (2017) “*La Herencia Forzosa entre los Convivientes: Afectación al Principio de Igualdad y Necesidad de Modificación a Propósito de la vigencia de la Ley N° 30007*”. Tesis para optar el Título de Maestro en Derecho Civil y Comercial. Facultad de Derecho, Sección de Post Grado, USMP, Perú.
- Olavarría, J. (2010) *Comentarios al Derecho de Sucesiones*, Editora Escolani E.I.R.L., Lima marzo.

- Ortecho, V. (1985) *Derechos y Garantías Constitucionales*, Marsol Perú Editores S.A., Trujillo Perú.
- Petit, E. (1954) *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Albatros, Traducción de la Novena Edición Francesa, Argentina.
- Pizarro, L. y Lanfranco, F. (2011) “*El Planeamiento Sucesorio como práctica de buen gobierno corporativo de las empresas familiares*” en *Derecho Societario*, Ius et Veritas, Perú.
- Ruiz-Eldredge, A. (1980) *La Constitución Comentada 1979*, Imprenta Editora Atlantida S.A., Perú.
- Tokushima, T. (2018) “*Carlos Torres y Torres Lara, Derecho de la Empresa y Docencia Universitaria*” en *Libro Homenaje al Dr. Carlos Torres y Torres Lara*, Imprenta Editorial El Buho E.I.R.L., Lima junio.