

LÍMITES A LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL PERÚ: SU INFLUENCIA EN EL DESTINO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

Julio César Barrenechea Gamio¹

Quien resida en el Perú² y tenga herederos forzosos (esto es ascendientes, descendientes, cónyuge y también -desde el año 2013- conviviente legalmente reconocido), está sujeto a una institución que en el Derecho de Sucesiones se denomina "Legítima", y que no es otra cosa que aquella porción reservada por ley a favor de los herederos forzosos, que no puede ser objeto de privación por parte del testador (salvo por causales de desheredación), ni tampoco sujetársele a condición alguna para recibirla o mantenerla, con la única excepción prevista en el artículo 486 del Código Civil³.

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Curso de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

² **Código Civil - "Artículo 2100.-** La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante".

³ **Código Civil - "Artículo 846.** El testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio

Cuando se tienen solamente ascendientes como herederos forzosos, la mencionada legítima es equivalente al cincuenta por ciento de los bienes que conforman la herencia, y para todos los demás casos de herederos forzosos -incluso cuando los ascendientes concurren con la cónyuge o conviviente-, la legítima es equivalente a dos tercios, porcentajes todos éstos que denotan y evidencia la importancia patrimonial de dicha institución sucesoria.

La imposibilidad de establecer condiciones a la legítima, especialmente cuando uno o varios de los herederos forzosos son menores de edad, es a menudo objeto de particular inquietud por quienes se cuestionan sobre qué es lo que sucederá con el destino de su patrimonio tras su fallecimiento.

Preguntas como ¿Es posible establecer que en caso de mi fallecimiento, mi hija reciba su herencia solo después de que termine sus estudios universitarios o de post-grado?, ¿Se puede establecer que mis herederos no puedan vender las acciones que les dejo durante los próximos 10 años o en no menos de determinado valor?, ¿Se podrá establecer lineamientos básicos sobre cómo deberán de votar mis herederos en ejercicio del derecho de voto de las acciones en una empresa que les dejo?, ¿Es posible fijar que parte de mi herencia sea utilizada exclusivamente como capital para un emprendimiento por parte de mis herederos forzosos?, entre otras, son interrogantes frecuentes en la consulta, siendo la respuesta - cuando de legítima se trata- siempre negativa, por la prohibición expresa a la que hace referencia el artículo 733 del Código Civil⁴.

de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades. Tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia. Asimismo, a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada".

⁴ **Código Civil - "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 aquélla 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".

Frente a esta prohibición, algunas figuras como la constitución de fideicomisos, *trusts* o la constitución de asociaciones con fines específicos, son creativas soluciones al problema, pues al entregar una persona en vida todo o parte de sus bienes a dichas personas jurídicas o patrimonios autónomos, dichos bienes ya no pertenecerán a la masa hereditaria, y en consecuencia no sujetas a las restricciones de nuestro Derecho Sucesorio. Sin embargo estas salidas no dejan de presentar problemas para sus creadores, pues las mismas también presentan complejidades y dificultades inherentes a ellas.

A diferencia de la legítima y su intangibilidad en nuestra legislación, en el Derecho Anglosajón, todo testador sí posee la libertad de testar y puede en consecuencia establecer todo tipo de condicionamientos a la herencia que dejará a sus herederos, siempre y cuando dichas condiciones no sean inciertas, imposibles, perpetuas o contrarias al orden público, en cuyo caso podrían ser dejadas sin efecto por los Tribunales, pese a que una rápida mirada a su jurisprudencia, evidencia que sus Cortes optan mayoritariamente por el que se honre la voluntad del testador.

Un ejemplo de lo vinculante que es el condicionamiento testamentario para dicho sistema jurídico, es el caso del hombre con un único hijo premuerto, que dejó en herencia todo su patrimonio a su nieta menor de edad, pero bajo la condición que recién ésta la recibiera al cumplir la mayoría de edad, pero siempre y cuando no hubiese sido adoptada por una tercera persona y su nombre hubiese cambiado. Quedaba claro que la voluntad de dicho abuelo, era que la madre de su nieta (la viuda de su hijo) no volviera a contraer nupcias y que su hija fuese adoptada por el nuevo cónyuge, lo cual efectivamente pasó y llevó el caso a los Tribunales. Finalmente, la Corte Suprema de Tennessee falló en el sentido que aún cuando "*una niña inocente podría perder su herencia*", esa había sido la voluntad del testador y no contravenía al orden público, motivo por el cual quedó establecido si la niña era adoptada, entonces no recibiría la herencia de su abuelo paterno⁵.

⁵ **Nat'l. Bank of Commerce v. Greenberg**, 31 Beeler 217 (Tenn. 1953.) Marion v. Davis, 106 S.W.3d 860 (Tex. App. 2003)

Caso similar fue el del dentista de Illinois que dejó toda su herencia a sus nietos, con la condición que si alguno de ellos se encontrase casado con alguien que no profesara la fe judía al momento de la apertura de la Sucesión (o de la apertura de la Sucesión de su cónyuge si ésta le sobrevivía), entonces no recibirían herencia alguna. Sucede, que al fallecimiento de la cónyuge del dentista, solo uno de los nietos cumplía la condición, lo cual motivó que el caso se llevara a los tribunales. Aún cuando en primera instancia se consideró que dicha condición atentaba contra el orden público, la Corte Suprema de Illinois estableció que los abuelos habían simplemente tomado la decisión de premiar a aquellos nietos *“cuyas vidas se aproximarán más a los valores de su fe”*⁶

También es de rescatar el caso del residente de Texas que dejó en testamento todos sus bienes a tres sobrinos, con la condición que el dinero fuese utilizado para mantener a su cónyuge enferma en su casa hasta su fallecimiento, momento a partir del cual recién se debía repartir el remanente entre ellos, sancionando con la pérdida de la herencia, a quien osase llevar a su cónyuge a un asilo. Sucedió, que uno de los sobrinos fue designado curador de la la viuda y tuvo que llevarla a un asilo por recomendación de un médico. La Corte Suprema de Texas finalmente sentenció que el haber puesto a la viuda en un asilo, fue una manifiesta violación a la voluntad del testador y en consecuencia una renuncia expresa a su derecho a heredar⁷.

El por qué nuestra legislación sí permite que se puedan establecer condiciones al porcentaje de libre disposición del testador así como a la herencia que recibirán los herederos voluntarios (aquellos que se instituyen por testamento ante la ausencia de herederos forzosos), pero simultáneamente lo prohíbe expresamente para los herederos forzosos, guarda relación con la intangibilidad de la legítima -es decir que la misma sea recibida libre de cualquier condición- que se basa

⁶ **Feinberg v. Feinberg**, 235 Ill. 2d 256 (2009).

⁷ **Marion v. Davis**, 106 S.W.3d 860 (Tex. App. 2003)

en el principio de solidaridad intergeneracional inspirador de nuestro Derecho Sucesorio.

Tanto la legítima como su naturaleza intangible, resultan por definición contrarias a la libertad absoluta de testar y modelo que paradójicamente ha sido adoptado por la mayoría de las legislaciones latinas, cuando en el Derecho Romano, la libertad absoluta de testar era una de las prerrogativas más preciosas del ciudadano, tal y como lo refiere Augusto Ferrero Costa citando a Lehr⁸.

Nuestra legislación sucesoria, -con excepción, claro está, de la legítima-, contempla que el suceder a una persona ya sea a título de heredero o de legatario, no es un derecho *per se* de nadie, pues tal calidad se adquiere por el deseo unilateral del testador, este último que no solo no tiene obligación de dejar patrimonio tras su fallecimiento, pudiendo disponer del íntegro en vida, ni tampoco tiene obligación de dejárselo a personas específicas. De igual manera, ningún sucesor tampoco está obligado a aceptar herencia alguna, pues puede renunciar a ella, lo cual evidencia la naturaleza disponible del derecho.

Por otro lado, si analizamos con detenimiento nuestra Constitución, encontraremos en su artículo segundo, numeral dieciséis, que en la misma se reconoce el derecho de toda persona a la propiedad y a la herencia. En ese sentido, tanto nuestro derecho de propiedad, como el poder decidir el destino de nuestro patrimonio acumulado en vida, luego de nuestro fallecimiento se encuentran constitucionalmente garantizados.

Si entendemos a la libertad de testar, como la facultad constitucional de decidir sobre el destino de nuestro propio patrimonio tras la muerte, tendríamos entonces que preguntarnos si la legítima o el imponer condiciones a la legítima, tienen también una garantía constitucional.

⁸ **FERRERO COSTA**, Augusto. Tratado de Derecho Sucesiones. Pacífico Editores. 2016.

Según **EGÚSQUIZA BALMASEDA**⁹, la doctrina se ha inclinado por el carácter no constitucional de la legítima. Si ello es así, y si hoy incluso -fruto de las actuales dinámicas familiares-, está en entredicho la solidaridad intergeneracional o la continuación de la conexión ideal y económica entre propiedad y familia, que como se ha referido, son el sustento de la legítima y su intangibilidad, la pregunta que cabe hacernos es si debemos entonces continuar manteniendo dicha institución o si debemos de optar por fortalecer a la libertad absoluta de testar.

TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO¹⁰, consideran a la libertad absoluta para testar, como *“la posibilidad de disponer del propio patrimonio sin que otros –por ejemplo, el Estado imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones como las que perpetúan la vinculación de la propiedad– se interpongan en esta actividad”*.

Por su parte, **DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA**¹¹ refiriéndose a la libertad absoluta de testar, afirma: *“Esta libertad alcanza dos niveles: la libertad de testar, pues el causante puede elegir otorgar testamento o pacto sucesorio o no otorgar ningún negocio mortis causa; y la libertad para testar, en el sentido de que el contenido de su acto de última voluntad ha de ser igualmente fruto de su libre albedrío y libre de cualquier vicio de la voluntad”*.

La supresión de la legítima en nuestra legislación, quizá por el momento sea una pretensión muy radical para una sociedad aún conservadora y tradicional, pero no deja de ser una interesante propuesta legislativa el que la legítima se restrinja a una cuota

⁹ **EGÚSQUIZA BALMASEDA**, María de los Ángeles. Sucesión "Mortis Causa" de la familia recompuesta (de la reserva viudal a la fiducia sucesoria). Editorial Aranzadi. 2015.

¹⁰ **TORRES GARCÍA, Teodora y GARCÍA RUBIO, María Paz**. La libertad de Testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2014.

¹¹ **DEL POZO CARRASCOSA**, Antoni, **VAQUER ALOY**, Esteve y **BOSCH CAPDEVILA**, Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo. 2013.

determinada o determinable solo para aquellos integrantes del grupo familiar dependientes del testador, que presenten incapacidad física o mental, o que cursen estudios superiores con éxito, quedando así el testador en libertad de testar sobre el remanente en la forma y modo que a su criterio permita preservar su patrimonio tras su fallecimiento, y donde la solidaridad intergeneracional sólo se presente cuando el caso así lo requiera.

Dentro de este marco de apertura a la absoluta libertad de testar, podríamos proponer asimismo que el testador pueda establecer todo tipo de condicionamientos sobre sus bienes tras su fallecimiento, con excepción de aquellos que sean inciertos, sean física o jurídicamente imposibles, o sean contrarios a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres.

Ejemplos de condiciones testamentarias que atentan contra el orden público, las encontramos en casos que han sido resueltos en las Cortes que aplican el Derecho Anglosajón. A razón: Las que incite al heredero a cometer un crimen, la que induzca al divorcio entre marido y mujer, la que demande el cambio de religión, la que exija la renuncia de derechos parentales sobre los hijos, entre otras. Por su parte, las referidas Cortes han considerado asimismo como ejemplo de condiciones inciertas: Las que impidan la asociación con determinados parientes, las que obliguen a la cónyuge superviviente a mantener el apellido de casada, las que impidan contraer matrimonio con persona que no profese determinada religión, las que obliguen al beneficiario a residir personal y permanentemente en una localidad.

El progreso económico y cambio social experimentado por nuestro país desde la década de los años noventa, nos hace entonces repensar si el régimen de limitaciones que prevé nuestro ordenamiento sucesorio basado en la familia tradicional, continúa siendo el más adecuado para responder a nuestra nueva realidad social y económica, o si debemos de iniciar ya el viraje hacia un sistema donde se privilegie a la libertad absoluta de testar.

En el año 2011, la Cámara de Comercio de Lima realizó una encuesta que nos reveló que el setenta por ciento de las empresas

familiares se extinguieron con la primera generación, esto es, que dejaron de existir poco después de que sus fundadores dejaron el cargo tras su fallecimiento. ¿De haber podido el testador tener la libertad de testar e incorporar condiciones a la herencia, dichas empresas familiares habrían tenido el mismo destino?

La personalidad, habilidad y experiencia de los forjadores de un negocio familiar, no es un activo transmisible por herencia, y en efecto se presentan casos en que los fundadores no encuentran entre sus herederos forzosos, a personas idóneas que tras su fallecimiento, garanticen la continuidad y crecimiento de la empresa a la que dedicaron su vida. También no son escasos las situaciones en que debido a la pluralidad de herederos no todos provenientes de una misma composición familiar (por ejemplo cuando los herederos son solo medio hermanos) se detonaron conflictos entre ellos que debilitaron al negocio y terminaron llevándolo a la quiebra. Son precisamente para estos escenarios, donde una libertad absoluta de testar cobra relevancia.