FACULTAD DE DERECHO

El protocolo familiar y el análisis de su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano

Tesis para optar el Título de
Abogado

Carmen Rosalía Martínez Ramírez

Asesor(es):
Dra. Claudia Cecilia Morán Morales De Vicenzi

Piura, noviembre de 2022

NOMBRE DEL TRABAJO

TESIS VERSION FINAL RM.docx

AUTOR

Rosalía Martínez

RECUENTO DE PALABRAS

14464 Words

RECUENTO DE CARACTERES

77857 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

45 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

64.7KB

FECHA DE ENTREGA

Nov 16, 2022 8:37 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Nov 16, 2022 8:43 AM GMT-5

11% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base d

- 10% Base de datos de Internet
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de Crossref
- Base de datos de contenido publicado de Crossr
- 8% Base de datos de trabajos entregados

Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 8 palabras)

Aprobación

La tesis titulada “El protocolo familiar y el análisis de su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano”, presentada por el bachiller Carmen Rosalía Martínez Ramírez en cumplimiento con los requisitos para obtener el título de abogado, fue aprobada por la directora de tesis Dra. Claudia Cecilia Morán Morales De Vicenzi.

Dra. Claudia Cecilia Morán Morales De Vicenzi
Directora de Tesis

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Dedicatoria

El presente trabajo va dedicado a Dios por ser mi guía y acompañarme en el transcurso de mi vida, brindándome paciencia y sabiduría para culminar con éxito mis metas profesionales.

A mis padres y a todas las personas que hicieron posible este logro, por haberme apoyado incondicionalmente con su amor y cariño.

Agradezco a mi directora de tesis la Dra. Claudia Cecilia Morán Morales de Vicenzi, quien con su experiencia y conocimiento me oriento en la investigación de mi trabajo.

Agradezco a mi querida Universidad y a todas las autoridades, por permitirme concluir con una etapa de mi vida.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Resumen

Toda empresa busca desarrollar objetivos y actividades trazados, entre los diferentes tipos de empresa se encuentran las llamadas empresas familiares, las cuales tienen la tarea de subsistir a través del tiempo, es en este contexto donde se tiene en cuenta el denominado "Protocolo Familiar", el mismo que no hace referencia solo a empresas pequeñas, sino que puede tratarse de empresas de gran envergadura.

La finalidad de que la empresa familiar subsista lleva a implementar el denominado "Protocolo Familiar" en el tracto sucesorio, lo cual le permitiría subsistir a través del tiempo por medio de la transmisión de la misma.

Para esto debemos tener en cuenta que una empresa se le denomina familiar, por la propiedad ejercida por los miembros de una familia, pudiendo estos trabajar en la misma, dándose que estos son el principal talento humano con el que cuenta la empresa; esto es a su vez tanto la fortaleza como la debilidad de este tipo de organizaciones.

Cuando los dueños originales de la empresa ya no existen, la mayor problemática se da entre los familiares, cuando sus dinámicas afectan la continuidad de la empresa, cuando proponen el ingreso de socios no familiares, cuando existen problemas sucesorios.

La institución del protocolo familiar tiene como origen proporcionar una idónea solución a las consecuencias que acarreaba no haber realizado previsiones adecuadas por parte de las empresas familiares, cuando estas no cuentan con una normativa estable previsional, ni un plan apropiado a sus necesidades, que le asegure subsistir.

Las consecuencias perjudiciales a futuro de la empresa familiar, se plasman en las generaciones que pasarían a obtener la administración; dado que, al no haber un tipo de reglamento u ordenamiento por parte de los familiares miembros de la empresa, como regulación para el más correcto manejo de la organización, no existiría un soporte en su gobierno. Adicionalmente, al hecho de la ampliación del número de familiares en el interior de la empresa, los cuales tendrían voz y voto, provocaría una mayor dificultad al intentar un consenso, debido a inconvenientes o discrepancias que se puedan presentar.

Por ello, se puede concluir que el protocolo familiar es una institución jurídica que sirve como herramienta en la inclusión de preceptos con relevancia sucesoria, para el resguardo durante el traspaso generacional del patrimonio de las empresas con capital familiar.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Tabla de contenido

Introducción **11**

Capítulo 1 Las empresas familiares, y la función complementaría del protocolo familiar como un instrumento jurídico para su consolidación generacional **13**

1.1 Las empresas familiares 13

1.1.1 Elemento distintivo de las empresas familiares 14

1.1.2 Actual problemática de la transmisión generacional de las empresas familiares 15

1.2 Concepto de Protocolo Familiar 15

1.3 Instituciones Jurídicas con relevancia frente al Protocolo Familiar 17

1.3.1 Pacto sucesorio 18

1.3.2 Convenio Parasocietario 20

1.3.3 Contrato 22

1.4 Naturaleza jurídica del protocolo familiar 24

1.5 Eficacia del protocolo frente a la sucesión 25

Capítulo 2 El protocolo familiar como instrumento de protección de la familia y su posible incorporación en el Código Civil **27**

2.1 Contenido del protocolo familiar 27

2.2 Partes que intervienen en la creación del Protocolo Familiar 28

2.2.1 Asamblea familiar 28

2.2.2 Consejo de Familia 29

2.2.3 Asesor externo 29

2.3 Proceso de creación del Protocolo Familiar 30

2.4 Tipos de Protocolos 31

Capítulo 3 Análisis y propuesta del Protocolo Familiar del Anteproyecto del Código Civil, en el ámbito sucesorio **33**

3.1 El derecho a la herencia en la Constitución Política 33

3.2 Los pactos sucesorios y sus clases 35

3.3 Preservar el derecho de la legitima 38

3.4 Evaluar la necesidad de mantener la prohibición de los pactos sucesorios en presencia de una nueva realidad social 40

3.5 Análisis de la propuesta del Artículo 663-A del Anteproyecto del Código Civil 42
3.6 Observación, y propuesta para una mejor regulación propiamente del protocolo familiar..... 44

Conclusiones 47

Lista de referencias 49

Introducción

La presente tesis trabaja lo referente al Protocolo Familiar, y siendo que, el cimiento en la realización del protocolo familiar es la empresa, es decir que no se puede concebir la institucionalización de ésta sin la existencia de un negocio o empresa familiar. En ese sentido, es necesario conceptualizar a la "empresa".

Una empresa es un conjunto de personas, asimismo de bienes, encaminados a desarrollar objetivos o actividades trazados con el fin de lograr una producción, conversión, administración, o posiblemente proveer un servicio; por ende, el listado es diverso y extenso de lo que pueda abastecer una compañía, dado que, la actividad de su dedicación dependería del motivo para lo que fue creada1.

A pesar de que, los conceptos de "empresa" son diversos, el autor Chiavenato expone: "Es una organización social que utiliza una gran variedad de recursos para alcanzar determinados objetivos, resultando ser una asociación de personas para la explotación de un negocio y que tiene por fin un determinado objetivo, que puede ser el lucro o la atención de una necesidad social" 2.

En ese sentido al determinarse la concepción de empresa de forma genérica, lo abocado en la tesis a desarrollar es referente al protocolo familiar, el cual tiene como propósito la subsistencia en el tiempo de las empresas familiares (es necesario precisar que, éstas empresas no se restringen a una unidad productiva de pequeñas proporciones, o a un negocio incipiente de reciente formación, sino que también puede incluir empresa de gran magnitud o que manejan grandes volúmenes de venta de bienes o servicios, de ahí que el elemento determinante para identificar una empresa o negocio familiar es el parentesco entre los fundadores).

De lo anteriormente esbozado, en torno al objeto del protocolo respecto a la subsistencia en el tiempo de las compañías conformadas por los miembros de una familia; se estaría ante la necesidad de utilizar o implementar esta figura jurídica en un ámbito sucesorio, es decir, transmisible en el tiempo, lo cual no es abordado en la actual legislación peruana.

En consecuencia, este trabajo analiza la necesidad de hacer efectiva una reglamentación en la ley peruana para llevar a cabo un protocolo familiar con elementos del pacto sucesorio, siendo que su materialización, podría contravenir con la normativa vigente en lo alusivo a la sucesión; sin embargo, la tesis de enfoca en primar la continuidad de la empresa familiar.

---

1 Faedis. (2016). "*La Empresa y El Empresario"*. Facultad de estudios a distancia. Recuperado en: http://virtual.umng.edu.co/distancia/ecosistema/ovas/administracion_empresas/administracion_i/unidad_4/DM.pdf

2 Chiavenato, I. (1994). Iniciación a la Organización y Técnica Comercial. Sao Paulo: Mc Graw Hill.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Capítulo 1

Las empresas familiares, y la función complementaría del protocolo familiar como un instrumento jurídico para su consolidación generacional

1.1 Las empresas familiares

El concepto de empresa se determina como un grupo de personas que integran una organización, la cual busca generar un comercio o un negocio; a través y con base de los recursos humanos que posea, estos además de los bienes, la tecnología, y distintos medios que requiera la compañía. Asimismo, la finalidad que busca la empresa es variada; entre las posibilidades se halla la satisfacción de una necesidad o lucro, siendo que ello dependerá de los fines o metas que se proyecte la organización.

Una empresa se encuentra compuesta de personas, asimismo de bienes, encaminados a desarrollar objetivos o actividades trazados con el fin de lograr una producción, conversión, administración, o posiblemente proveer un servicio; por ende, el listado es diverso y extenso de lo que pueda abastecer una compañía, dado que, la actividad de su dedicación dependería del motivo para lo que fue creada.

En ese orden de ideas, se ha descrito la concepción de empresa, esto es, correspondiente a un término genérico; sin embargo, es necesario hacer definir y precisar que, al hacer referencia a las empresas familiares estas no se restringen a una unidad productiva de pequeñas proporciones, o a un negocio incipiente de reciente formación, sino que pueden incluir a empresas de gran magnitud o que manejan grandes volúmenes de venta de bienes o servicios; de ahí que el elemento determinante para identificar una empresa o negocio familiar es el parentesco entre los fundadores y miembros de la compañía.

Así pues, para identificar a la empresa familiar, ésta se encuentra determinada como una compañía en la que una familia posee gran parte del capital y tiene dominio total (o mayoritario) de la organización. Del mismo modo, los integrantes de la familia forman parte de la dirección y son capaces de tomar decisiones de mayor envergadura en la empresa (Gallo y Sven, 1991, como se citó en Gallego, 2012)[3].

Además, es menester tener en cuenta que, la empresa familiar juega un papel esencial en la economía del Estado Peruano, ello conforme lo precisado por la sección de economía de El Peruano (2019):

> "en el Perú hay 2.3 millones de empresas aproximadamente, y se estima que más del 80% tienen origen familiar, y generan entre el 60% y 70% del empleo, sostuvo la

[3] Gallego, I. (2012), *La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica*. Universidad de Córdoba.

> presidenta de la Asociación de Empresas Familiares (AEF) y directora del grupo Maquinarias, Mariana Garland"[4].

Por consiguiente, se refleja como la economía del Perú depende de este tipo de organizaciones, dado que, el número existente de empresas familiares, es claramente relevante, según como ha sido estimado, razón por la que se desarrolla una institución capaz de proporcionar estabilidad y mejor desempeño para la consolidación en su vigencia, como es el protocolo familiar.

1.1.1 *Elemento distintivo de las empresas familiares*

> "En estas empresas, la familia conforma su principal talento humano, el cual influye de manera significativa en su desempeño. La influencia de la familia, ya sea a través de la propiedad, ya sea a través del trabajo en la entidad, es la que determina las potencialidades y, a su vez, las debilidades en este tipo de organización". (Kets de Vries, 1993, como se citó en Molina, 2016)

Es claro que las personas juegan un papel fundamental en el desarrollo de la empresa familiar, esto debido a que, además de proporcionar parcial o totalmente la propiedad para el capital o progreso de la compañía, su predominancia radica en los aportes que puedan suministrar de su capacidad para el manejo o la forma de encaminar a la empresa familiar.

En tanto las particularidades esenciales de las empresas familiares, Muñoz (2020) afirma que:

> "tienden a ser entre las principales, sus decisiones empresariales, las cuales están a cargo de la familia, aunque las responsabilidades y la dirección son asumidas solo por algunos miembros de esta; además de sus relaciones familiares, las cuales interactúan con la actividad empresarial y ejercen influjo bidireccional". (p. 5)

La distinción principal, y que evidentemente es un elemento predominante para la compañía, son las decisiones que involucran a la empresa, los cuales tienen como peculiaridad en que dicha potestad se encuentra en el dominio de la familia o grupo familiar, consecuentemente, lo que genere la toma de éstas, tendrá especial interés en la familia. Asimismo, referente a la administración o gerencia de la organización, no tiende a ser por todo el conjunto familiar, sino solo se encuentra dirigida por sus representantes o por un número determinado de personas que tengan las capacidades para ejercer las funciones que competan según el cargo.

---

[4] El Peruano, (2019, 25 de julio), Obtenido de: https://elperuano.pe/noticia/81789-80-de-empresas-son-familiares.

1.1.2 *Actual problemática de la transmisión generacional de las empresas familiares*

La mayor problemática existe es entre los familiares, siendo a que, afectan las dinámicas de una empresa familiar, generando tensión y poniendo en riesgo su continuidad; siendo entre la tensión que más destaca se halla la resistencia a evitar el ingreso de potenciales socios no familiares, debido a una preocupación latente por la sucesión, por la cultura o conocimiento corporativo con el deseo de mantener la empresa. (Muñoz D., 2020).

Ahora, desde una óptica para el desarrollo de la empresa, se puede inferir que la inversión de capital es fundamental en su progreso; sin embargo, como se indicó en el párrafo anterior, el temor latente a no involucrar a personas externas de la familia para complementar o invertir en la compañía, se funda en un factor visto al futuro de la empresa, dado que, mientras más socios hayan sido incorporados, el inconveniente será mayor en un contexto sucesorio, porque al término de la administración corporativa de los fundadores, la división de la compañía en el contexto de la propiedad será complejo.

Asimismo, otra dificultad se aprecia en el poder de establecer y conformar su propio talento humano en la Empresa Familiar, ello influye tanto en su desempeño organizacional como en los valores con los que se identifican sus miembros. Otros aspectos que se mencionan son la concentración del poder, la falta de delegación de funciones, de tecnología, de planeación a corto, mediano y largo plazo y los fallos en la comunicación interna. (Muñoz D., 2020)

Se aprecia que las dificultades indicadas, tienen similitud en el cimiento de su problemática, esto es, tanto en los miembros que conforman cargos de importancia, como para la designación de funciones con envergadura en la empresa. Al concentrarse el poder en un grupo con relación familiar, la designación de la que se alude se verá limitada entre los familiares y no entre personas con potencial y capacitadas en específico según la función a desempeñar. La visión de las empresas familiares no es proyectarse, por lo que la tecnología utilizada no se encuentra especializada, y la planificación de la compañía tiende a ser deficiente.

En consecuencia, las empresas familiares afrontan una problemática de transmisión generacional o sucesorio, sustentado al no involucrar personas fuera de su entorno para el progreso de la compañía, y teniendo de ese modo una organización precaria.

1.2 Concepto de Protocolo Familiar

La institución del protocolo familiar tiene como origen proporcionar una idónea solución a las consecuencias que acarreaba no haber realizado previsiones adecuadas por parte de las empresas familiares, puesto que, no disponían de los mínimos factores para la intervención de su crecimiento; siendo como eje principal el no contar con una normativa estable previsional, ni un plan apropiado a sus necesidades. Estas consecuencias operan en un

contexto de hace más de cincuenta años, con una realidad en las compañías completamente distinta a la actualidad, en razón a que, en ese tiempo se hallaba una gran falta de innovación empresarial, no predominaban los profesionales entre sus integrantes, e igualmente al estar en una coyuntura donde el elemento competencia claramente era inferior; por ende las variantes en la empresa eran poco exigentes; ocasionando así una compañía consolidada de manera momentánea y frágil frente a un inminente futuro inesperado.

En específico, las consecuencias perjudiciales a futuro de la empresa familiar, se plasman en las generaciones que pasarían a obtener la administración; dado que, al no haber un tipo de reglamento u ordenamiento por parte de los familiares miembros de la empresa, como regulación para el más correcto manejo de la organización, no existiría un soporte en su gobierno. Adicionalmente, al hecho de la ampliación del número de familiares en el interior de la empresa, quienes tendrían voz y voto en ella, provocaría una mayor dificultad al intentar obtener un consenso, debido a inconvenientes o discrepancias que se puedan presentar.

Un sector de la doctrina sostiene que, con respecto a la legislación y jurisprudencia sobre el protocolo familiar, estas se encuentran orientadas a complementar o aclarar lo concerniente a la organización de la empresa y familia; dirigiéndose de manera principal a lo que es referente a su patrimonio, la administración social de la empresa familiar y las virtudes o capacidades de los integrantes de la familia puedan tener en la compañía[5].

La doctrina extranjera, manifiesta la finalidad que busca el estado de preservar la empresa familiar, tanto en el resguardo su patrimonio o capital, como en el dominio que la familia tenga en la gestión; ello es logrado mediante el vínculo que la normativa y el criterio que sus tribunales tengan al respecto, obteniendo así una gran implementación del protocolo familiar por parte del Estado.

Otra división de teorías afirma que el protocolo familiar se compone por disposiciones encaminadas a regular la conexión en el ámbito económico, profesional de la familia y compañía. Siendo como uno de sus objetivos principales la continuidad en el tiempo de la empresa[6]. Esto, corrobora nuevamente el concepto del protocolo familiar, apoyándose siempre en un vínculo predominante entre la empresa y la familia, reglamentado adecuadamente y previsto para fijar la perdurabilidad de la empresa.

---

[5] Cucurull Poblet, T. (2014). El Protocolo Familiar mortis causa. Obtenido de: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/386452/Tesi_Tatiana_Cucuru

[6] Herreros , J., Calaf, X., & Rovira, A. (2001). Manual de la empresa familiar. Madrid: Cinco días. Madrid.

Desde la óptica personal, la continuidad de la organización hace referencia al dominio de la compañía con las generaciones futuras, que puedan administrarla en base a lo ya establecido los fundadores.

La legislación Española, como es el caso del Decreto 171/2007, donde dicha normativa determina la publicidad registral con respecto del Protocolo Familiar, lo define en su Artículo 2 como:

> "Aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad".

Lo que el decreto busca regular, no es materia relevante a transmitir en el presente trabajo, puesto que, solo se ha compartido lo definido por su Artículo 2, toda vez que, claramente identifica una postura sobre el protocolo familiar, es decir, lo determinó como los acuerdos plasmados que poseen y establecen los integrantes del grupo familiar en la empresa (en especial los fundadores), con los familiares, para así alcanzar un convenio en beneficio de la empresa familiar que conforman. Además, se observa un continuo vínculo entre la empresa y la familia, el cual es recurrente, y que tiene como enlace cercano a la propiedad.

Entonces se entiende que, ante latentes problemas posteriores en la empresa, y con el objetivo de sobrellevar complicaciones, se justifica la procedencia del protocolo familiar como un documento producto de la aceptación, y pacto entre el fundador (es) e integrantes de la familia (que del mismo modo pertenecen a la empresa); con el fin de plasmar normativas que apoyen y no afecten la relación empresa-familia, evitando de esa forma posibles discordias y conflictos venideros.

Finalmente, en mi opinión se puede definir el protocolo familiar como un documento o escrito en el que los integrantes del grupo familiar fundadores de la empresa o compañía plasman normas con propósitos morales, con un arraigado carácter deontológico, así también, instrucciones encaminadas a una proyección de la sucesión familiar, en beneficio que la continuidad del negocio permanezca en dominio de la descendencia familiar fundadora.

1.3 Instituciones Jurídicas con relevancia frente al Protocolo Familiar

El protocolo familiar es una figura jurídica de notable distinción económica, que goza de herramientas capaces de ocupar normas de buen gobierno para las corporaciones, las cuales en su constitución del capital tiene predominancia de un patrimonio familiar, o sustancialmente el mayor porcentaje. Asimismo, estas herramientas buscan conservar en el tiempo la

pertenencia del patrimonio de la empresa entre los miembros de la familia, con una seguridad jurídica plena; además, de lograr consolidar un vínculo familiar entre los integrantes.

1.3.1 *Pacto sucesorio*

El pacto sucesorio, refiere que, su contenido versa sobre la totalidad o parte de la herencia futura; ya sea por su organización, o probablemente un aspecto de dicha organización, así pues, es respecto de una disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales, o por tratar el cambio de las reglas en la distribución de la herencia por los herederos forzosos u otras cuestiones sucesorias. (Gustavino, E., 1968, como cito en Vargas, H.)

Según lo manifestado por Gustavino, se entiende que, al referirse sobre el pacto sucesorio, no es esencial que su implicancia se ocupe en la totalidad de la herencia futura, pudiendo abarcar solo parte de ella. Además, se advierte que lo planteado a tratar tiene exclusiva consecuencia sucesoria, porque su propósito es atender lo concerniente a la herencia del presunto causante, esto es, una gestión en vida del patrimonio materia de la posible herencia, entre los herederos forzosos o terceros.

Ahora bien, acerca del pacto sucesorio en relación al protocolo familiar, el análisis de Pérez A. (2012), es basar su enfoque explicando que la empresa familiar al tener como objetivo la continuación de ésta, debe realizar un pacto entre el fundador y quien sería designado heredero con respecto a la empresa familiar, atribuyéndole el patrimonio y gestión de ella. Sin embargo, precisan de forma ambigua la posible existencia de inconvenientes, haciendo hincapié que, ante posibles problemas, deberían ser asociados a un tema económico, puesto que en el caso de haber más herederos forzosos con derecho a la legitima sobre la compañía, su derecho puede ser resarcido con los demás bienes de la masa hereditaria.

En lo expuesto, el tema del pacto sucesorio respecto al protocolo familiar se ocupa entre el causante y la persona (o personas) que nombra heredero de la empresa, quien a su conocimiento es capaz de darle continuidad a la empresa familiar. Esto, generaría una potencial afectación a otros herederos forzosos (de ser el caso), quienes pueden ser compensados con otra parte de la herencia; no obstante, en la esfera de las posibilidades, cabe la probabilidad de no hallarse otro patrimonio o capital distinto a la empresa, en esa situación desde la perspectiva personal, se puede estimar una compensación prudente frente al evento, y así, continué primando lo definido por el pacto, prevaleciendo de ese modo los intereses de la empresa familiar.

Según lo expuesto, el pacto sucesorio vendría a ser el contrato donde se administre por parte del posible causante, la herencia a futuro; obligándose a transmitir a causa de muerte, conforme lo haya estipulado. De manera que, el causante y el heredero establecen su voluntad

mediante un pacto, no pudiendo ser invalidado; adicionalmente, ninguna de las partes rescindirá de él de manera unilateral. Por otro lado, el propósito de su celebración responde a un derecho hereditario (tema sucesorio) y no equivale a un asunto de crédito o consignación, como puede confundirse. En consecuencia, se determina que su fin es la organización anticipada de la masa hereditaria (en este caso, la empresa familiar), por motivo de la muerte del causante.

Consiguientemente, en la línea del párrafo anterior, se aclara que es un requisito esencial y primigenio celebrar el acuerdo de voluntades plasmados en el pacto sucesorio, donde se dispondrá la asignación a título de personas consideradas como los herederos, que convenientemente continuaran con el dominio de la empresa para su perpetuación generacional. Finalmente, en las situaciones descritas como bien se explica, el propósito es proteger jurídicamente la expectativa de la herencia futura.

Culminando los motivos que se esbozan sobre los pactos sucesorios, se identifican ciertas características planteadas en cada fundamento; siendo una de ellas, la bilateralidad, toda vez que no tan solo se halla el causante como parte, sino también el heredero o herederos participes en el pacto. Su fin es oneroso o gratuito, porque su objeto no es el lucro del causante, porque la ejecución del pacto se efectúa en el fallecimiento del fundador, con la intención de continuar con la empresa posterior a la muerte del fundador. La realización es un acto intervivos, debido a que, como se había explicado, su eficacia es posterior a la muerte del causante; sin embargo, el inicio de esta (celebración) se efectúa entre el causante (cuando aún se encuentra vivo) y los herederos designados por éste. Y en término, la irrevocabilidad de manera unilateral, esto implica que el causante y el heredero, de forma personal no pueden revocar el acuerdo, en razón a que el pacto sucesorio al ser un acuerdo de voluntades, su naturaleza jurídica es de un contrato, por ende, no puede anularse de manera unilateral.

Para finalizar el asunto del pacto sucesorio; cabe destacar que, el actual ordenamiento peruano prohíbe su utilización. La mencionada prohibición es explicada por Vargas, H., (citando a Gustavino, E., 1968) quien precisa que:

> "Esta prohibición se remonta al derecho romano y era la tendencia imperante en ese momento. Señala Guastavino que el fundamento de la prohibición legal era de índole moral; resultaba chocante admitir la legitimidad de pactos en los cuales se especula con la muerte de una persona".

Vargas, H., concluye:

> "Otra consideración para la prohibición de esta clase de pactos sucesorios, era que se prestan muy fácilmente para la lesión de una de las partes, por realizarse en situaciones muy especiales, generalmente de desventaja. En muchas ocasiones, quien

> celebra un pacto sobre herencia futura es un especulador que aprovecha una particular situación de la víctima".

En definitiva, la base para sustentar el impedimento para implementar en la legislación peruana, la institución jurídica sucesoria, se funda en las buenas costumbres, es decir, no crear posibilidades en que alguna de las partes (el heredero designado), por conveniencia e interés a recibir lo estipulado en el pacto sucesorio, pueda atentar en contra de la vida del posible causante; ello, a raíz que, la obtención del patrimonio anteriormente designado a su favor en el contenido de la distribución de la herencia, se realizará mortis causa del causante.

1.3.2 *Convenio Parasocietario*

Fernández del Pozo, L. (2010), citado por Henao, L. (2013), señala que

> "los pactos parasociales o acuerdos extraestatutarios son las operaciones negociales entre los socios o con terceros que buscan integrar o modificar la disciplina societaria".

Luceño, J. (2010), citado por Henao, L., (2013), establece:

> "Son acuerdos con eficacia relativa o inter partes, en principio, que pretenden regular extremos no incluidos dentro del ámbito estatutario; se trata de una fórmula negocial funcionalmente ligada al contrato de sociedad como fenómeno asociativo de carácter económico".

Son convenios celebrados entre todos o una parte de los socios de una sociedad, o entre estos y terceros, dirigidos a:

> "modificar, concretar o exceptuar, con un alcance interno, las reglas jurídicas derivadas de los estatutos o del régimen legal aplicable. (…) Buscan influir en las relaciones sociales y en la marcha de la sociedad a la que se refieren" (Sánchez, M., 2010, citado por Henao, L., 2013)

En la doctrina citada por Henao, los autores coinciden en definir a los pactos parasociales como un acuerdo de voluntades, esto es, claramente un contrato entre los socios (o parte de estos), así como también terceras personas no involucradas en la sociedad. Asimismo, se entiende que lo plasmado en el convenio a realizar, no puede ir en contra del ámbito estuario, es decir, de los estatutos que posea la sociedad; no obstante, personalmente, la utilización de esta institución jurídica tiene una finalidad complementaria, debido a que, crea puntos no abarcados, modifica posiciones establecidas o regula reglas expresas en la sociedad. En consecuencia, los pactos parasociales son contratos que, expresarán acuerdos o negocios concernientes a la empresa en base a sus estatutos.

Confirmando lo anterior, Hugo Richard (1997) citado por Rocca, L. (2016), explica que:

> “Los contratos parasociales, denominándose así esos contratos por encontrarse fuera del ordenamiento social, al surgir de acuerdos al margen del contrato social, pero que viven a la sombra de la sociedad, y presuponen su existencia; constituyen un particular fenómeno de la práctica societaria, dirigidos a la integración y a veces a la superación del ordenamiento legal o estatutario de las relaciones sociales, con vínculos individuales asumidos por los socios entre sí, o frente a la sociedad, o frente a terceros, que no tienen como fuente la ley o el estatuto, sino que derivan de acuerdos distintamente concluidos y de ahí extraños a la regulación social (si bien accesorios a ella) de las relaciones internas de la sociedad” (p. 10).

Lo expresado en otras palabras alude que, los pactos parasocietarios son contratos con procedencia a los estatutos de la sociedad, debido a que, lo convenido en estos pactos, debe ir en concordancia con sus estatutos, en concreto, no puede ir en oposición de estos, y de igual modo conforme a la ley. Adicionalmente, tener en cuenta que, su objeto de empleo es el perfeccionamiento de la ley o los estatutos; y concertado entre todos o un número determinado de socios, con opción (como se mencionó antes) de involucrar a terceros no socios en el convenio.

De modo paralelo, con respecto al protocolo familiar, existen enfoques que respaldan plantear al protocolo familiar como un pacto parasocial, como es el caso de Valmaña (2013), quien define al protocolo familiar como un convenio parasocietario, puesto que considera que tiene elementos relacionados a la sociedad, como el caso de limitaciones en la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, entre otros. Asimismo, Marchena (2017) precisa que, la finalidad que buscan las empresas familiares con el uso del protocolo familiar no es resarcir económicamente en caso surja el incumplimiento en los acuerdos establecidos en dicho acto, sino que los acuerdos establecidos sean cumplidos en su totalidad, ya que visto el protocolo como un convenio parasocietario, el objeto es que surjan consecuencias jurídicas entre las partes, y para lograr sus efectos se deberían insertar acuerdos dentro de los estatutos sociales de la empresa familiar, y las cuestiones que no puedan regularse dentro de los estatutos, transferirlos en pactos u otra figura jurídica.

Es así que, a cerca de los pactos parasociales, se observa que permiten a los socios o accionistas que conforman la compañía, normar mediante acuerdos situaciones futuras de gran relevancia para la empresa, adoptando el consentimiento veraz de quienes se involucren al pacto parasocietario; y logrando complementar o abordar tanto las relaciones internas del núcleo familiar perteneciente a la empresa, así como temas legales, y cuestiones estatuarias.

Para terminar la base con la que se apoya el tema societario, Robleto[7] aborda un punto esencial referente a la ejecución del pacto de accionistas, que al ser un acuerdo de privados adoptado por integrantes de la sociedad (ya sea accionistas o socios), con el fin de concertar actuaciones ante hechos venideros que se presenten, su validez será solo entre quienes celebraron dicho pacto, no obligando al total de miembros de la sociedad a su ejecución, ya que su carácter es accesorio al pacto social y estatuto.

1.3.3 *Contrato*

Bolaños Velarde, V. (2013), explica:

> "El contrato es un acto jurídico plurilateral que produce efectos patrimoniales. Por el acto de su celebración o concertación las partes acuerdan los términos contractuales que regularán los efectos patrimoniales producidos hasta su extinción. Si nos guiamos del artículo 1351 del Código Civil, el concepto de contrato se limita a la idea de acto; sin embargo, es usual que el mismo Código emplee la palabra contrato para referirse también a los términos contractuales y, especialmente, a la relación jurídica patrimonial que el acto produce".

Desde la concepción genérica del contrato que se plasmó en el párrafo anterior, se logra delimitar que es un acto jurídico en donde necesariamente intervienen más de una persona, básicamente su realización se efectuará con al menos dos partes. Por otro lado, las consecuencias jurídicas que deriven de éste se encontrarán en un ámbito netamente patrimonial, y dependerán de lo establecido por las partes, quienes determinarán según la adecuación de sus términos o cláusulas conforme lo requieran.

De Trazegnies, F. (1998), expresa: "El contrato, dice el artículo 1351 del Código de 1984 es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Esto significa que el contrato es el instrumento de la opción en el plano patrimonial, es el canal de la libertad de acción. Esta opción libremente convenida se convierte así en ley entre las partes ya que crea un orden jurídico *ad hoc*[8], que es producto de la conjugación de dos o más libertades. De ahí que la autonomía de la voluntad sea la piedra angular y la esencia del contrato: un contrato impuesto no es un contrato; tan simple como eso.

Finalmente, Trazegnies, F. (1998) detalla que:

> "El Código de 1984 reconoce esta naturaleza esencialmente libre del contrato privilegiando su carácter consensual. Es así como el Código garantiza la autonomía

---

[7] Robleto, C. (2013). *La sindicación de acciones*. Recuperado de: https://www.camjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1488

[8] Adecuado, apropiado, dispuesto especialmente para un fin. - Según La Real Academia Española.

> de la voluntad estableciendo que las partes determinan libremente el contenido del contrato (artículo 1354). Obviamente, la ley, en razón del interés general, puede prohibir que se pacten determinadas prestaciones. Pero prohibir no es anular la libertad sino encauzarla: ni aún la ley puede obligar a suscribir un contrato; apenas puede impedir que se suscriba".

La concepción del doctrinario, es afirmar el ámbito netamente patrimonial del contrato, más aún por estar consignado en el artículo 1351; además que, se centra en precisar la importancia de la voluntad para la celebración del contrato, esto, porque es esencial que exista la intención de las partes por convenir alguna situación jurídica, la cual conllevará a concertar posturas o disposiciones patrimoniales entre los intervinientes, teniendo en cuenta que, lo celebrado tiene carácter obligatorio entre las partes.

De igual modo, si bien el contrato posee carácter libre para su suscripción, la ley proporciona lineamientos para su formalización; visualizándose como norma básica en la que se puede regir cualquier acto jurídico, el artículo 140 del Código Civil[9]. En consecuencia, se proporciona independencia a las partes para pactar lo conveniente a sus intereses, pero ello respetando su establecido en la ley, de lo contrario estaríamos ante actos nulos o anulables.

Según Gastaldi[10], explica que: "Si el contrato no cuenta con una expresa regulación completa en la ley, en forma específica o por remisión (aún parcial) será atípico", además detalla, no basta que todos los elementos estén previstos en diversas figuras, para tener al contrato como típico, sino que, para otorgarle esta clasificación, la regulación debe ser unitaria, y encuadrar todos sus elementos en un solo contrato típico. En caso contrario, será uno atípico.

Mediante la anterior precisión sobre diferenciar a un tipo de contrato en base a si es reglamentado o no, esto se apoya claramente en lo identificado en la normativa peruana; toda vez que, se logra establecer a los contratos denominados como convencionales o típicos, son los que se hallan en la legislación vigente, y además precisa que su arreglo es unitario, esto a que debe tener elementos de un contrato único, y no recoger varios elementos de diferentes contratos (indistintamente si son reglamentados o no). Empero, en la actualidad al producirse una gran diversidad de actos jurídicos, es frecuente la realización de contratos atípicos (no

---

[9] Artículo 140º.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1.Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2.Objeto física y jurídicamente posible.
3.Fin lícito.
4.Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

[10] Trigueros, G. (1993). Teoría General de las Obligaciones. El Salvador: José Matías Delgado.

regulados por la normativa), los cuales se hallan protegidos entre sus participantes, por el principio de libertad de contratación.

1.4 Naturaleza jurídica del protocolo familiar

En el punto anterior, se planteó las diferencias entre las figuras en las que es vinculado el protocolo familiar, determinándose como un contrato atípico; sin embargo, en el presente apartado es necesario fijar su naturaleza según las teorías o posturas presentadas por la doctrina, toda vez que, si bien como se explicó antes el protocolo recoge características y elementos de diferentes figuras jurídicas, lo deseable es establecer una en específico, ello según el grado de importancia que pueda tener la institución con respecto al protocolo familiar.

Entre la primera opinión, coincido con Cucurull[11] al sostener que el protocolo familiar, además de atender temas morales y deontológicos, su finalidad es regular situaciones a futuro, por lo que decisivamente sus efectos tendrán lugar después de la muerte del causante. En ese sentido, somos de opinión de destacar que se estaría llevando a cabo un hecho jurídico con relevancia sucesoria.

Del mismo modo, autores como Aronoff, C., McClure, S., & Ward (20003), describen el tema de la sucesión con respecto a la empresa familiar, la cual coinciden con gran parte de la importancia del protocolo familiar, explicando que:

> "la sucesión se realiza mediante la transición del liderazgo y propiedad de la empresa familiar de una generación a la siguiente. Es un proceso de planeación y administración de toda la vida que abarca un amplio rango de pasos encaminados a asegurar la continuidad del negocio a través de las generaciones"[12].

El fundamento que se expone en el párrafo anterior demuestra la trascendencia que tiene la sucesión en el protocolo, en vista que alude asuntos concretos, como es lograr la transferencia de la gestión y patrimonio de la compañía a la persona que se presume es la apropiada mediante criterio de el o los fundadores para su administración. Además, que siempre se señala la trascendencia del futuro, ello con el objeto de conservar la empresa en pertenencia de las futuras generaciones miembros de la familia.

Por otro lado, la idea de considerar al protocolo familiar como un tipo de pacto parasocietario, dado que, al ocuparse en temas relevantes a la empresa, regulará situaciones

---

[11] Cucurull Poblet, T. (2014). El Protocolo Familiar mortis causa. Obtenido de Universitat Internacional de Catalunya: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/386452/Tesi_Tatiana_Cucuru

[12] Aronoff, C., McClure, S., & Ward, J. (2003). Family Business Succession: The FinalTest of Greatness. Gergia: McGraw-Hill.

correspondientes a la sociedad, como es el tema económico, la gestión de la empresa o sociedad; a su vez, tiene una gran incidencia frente a la empresa y organización societaria.

Ello adicional a que, una parte de la doctrina peruana[13] tiene la opinión en coincidir que la naturaleza del protocolo familiar es societaria, y que el protocolo debe estar regulado mediante los alcances que pueda tener el estatuto social; sobre esto, cabe precisar un gran inconveniente, el cual es que al ser un pacto que se rige entre los socios y regulado por el estatuto, solo existirá la obligación de su cumplimiento entre los socios firmantes, por lo que no puede ser exigible a quienes no hayan intervenido, ni para particulares que no pertenezcan a la sociedad.

Por lo esbozado, es evidente que no existe consenso respecto de la naturaleza jurídica del protocolo familiar entorno a los pactos sucesorios y parasocietarios, los cuales terminan siendo parte de un tipo de contrato regulado o típico, puesto que, como se había determinado en los puntos presentados, cada uno es un acuerdo de voluntades ya sea entre causante y heredero, o entre socios; y porque los elementos que lo componen son únicos según el contrato (sucesiones o societario). Ahora bien, el protocolo familiar se ocupa de aspectos sucesorios en un campo societario, por lo que inevitablemente reúne elementos de las dos figuras, en tal sentido, como perspectiva personal, el protocolo corresponde a un contrato atípico, porque como se había explicado, al no estar reglamento y al recoger elementos de distintos contratos para unificarlos, es donde se corrobora el planteamiento de ser un contrato atípico.

Adicionalmente, se considera que su naturaleza es contractual sucesoria; ello en base a que, para su constitución se advierte la presencia de los elementos del contrato, como es el caso del consentimiento que tienen que dar las partes; además del factor sucesorio, con el cual se busca mantener dentro del seno familiar una determinada unidad productiva, ello sin que sea exigible que quien haya sido designado como posible heredero necesariamente deba ser un socio de la compañía.

1.5 Eficacia del protocolo frente a la sucesión

El Protocolo Familiar se funda en la eficacia jurídica que pueda ostentar está institución con respecto a los firmantes y los terceros no involucrados, debido a que, el objetivo de su constitución es garantizar lo estipulado por los fundadores; no obstante, al no haber en la actualidad norma que contemple su regulación, se estaría exhibiendo la ausencia de reglamentación jurídica, y por consiguiente no se podría discutir de una genuina eficacia; al contrario, se abordaría la necesidad evaluar una posible normativa que se ocupe del protocolo,

[13] Cardenas García , T. O. (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. Lima: PUCP.

con el fin de producir un llamado imperativo a su cumplimiento, tanto en los firmantes, como de quienes no hayan sido participes del documento.

En epígrafes anteriores, se estableció que el protocolo familiar es un contrato atípico, dado que recoge elementos de diversas instituciones jurídicas, asimismo, se opinó que su naturaleza es contractual sucesoria, porque su mayor campo de efectos comprende temas sucesorios. Pese a ello y según se indicó, nuestra normativa peruana no incluye al protocolo en la legislación, pues podría ser contraria a disposiciones establecidas en el campo de las sucesiones.

Conforme a ese ámbito, se destaca que no hay un resguardo jurídico al llevar a cabo el protocolo familiar, en vista que, no se encuentra reglamentado por el legislador peruano, a causa de potenciales divergencias con el tema sucesorio; dado que en el contexto de realizar un protocolo familiar en una compañía, el fundador nombraría solo a la o las personas que considere idóneas para la administración y dominio de la empresa con el fin que la organización se consolide y se perpetúe en el tiempo; empero, dicha situación provocaría una afectación a la legitima de los demás herederos forzosos, quienes no serían tomados en cuenta durante la designación de porcentajes o utilidades que les correspondería con respecto del negocio familiar.

En ese sentido, se advierte la falta obligación capaz de conducir a una sanción en los casos de no proceder a su cumplimiento, de manera que su eficacia jurídica no tendría objeto, más bien sería un simple documento que denotaría asuntos deontológicos, sin relevancia legal.

Definitivamente, lo señalado concuerda con la doctrina española, la cual tiene una posición valida en exponer que el protocolo familiar sería un camino provechoso con la finalidad que, cada empresa familiar pueda buscar fortalecer su compañía durante el tiempo, siempre y cuando la institución tenga una eficacia jurídica, esto es, que sea normativamente regulado en la legislación; con el objeto que sea tomado como un deber el cumplimiento de la reglamentación establecida para los sujetos del derecho, en especial por quienes plantean proyectar el contenido de los protocolos en sus empresas, y por quienes deberán cumplir sus efectos.

Capítulo 2

El protocolo familiar como instrumento de protección de la familia y su posible incorporación en el Código Civil

2.1 Contenido del protocolo familiar

La doctrina peruana no regula el contenido del protocolo familiar, empero existe información extranjera variada, que a grandes medidas determinan que el contenido del protocolo no puede tener una estructura o modelo estándar en relación a todas las empresas familiares; esto se debe a que cada empresa es un mundo con respecto a otra, cada una tiene distintas características que la hacen singular, por lo que el contenido del protocolo familiar debe ser de acuerdo a las necesidades y posibles problemas de la organización. En ese sentido, el contenido del protocolo tiene como finalidad generar respuesta a las exigencias de cada compañía, con el objeto de una supervivencia futura, además de otro aspecto como el control de la empresa, el cual se busca siga permaneciendo dentro del dominio familiar.

Continuando con el contenido del protocolo, su base primaria suele estar conformada por los valores éticos y morales, siendo estos los pilares en las acciones de los miembros de la empresa familiar. De igual modo, concuerdo con la información de autores colombianos, quienes manifiestan que otro punto más destacado dentro del protocolo es la designación de la persona para la gestión de la compañía a futuro; habiendo una relación estrecha con dicha designación para la administración de la organización, con lo concerniente a la sucesión; porque incluso para la previsión que tiene la sociedad emplean a la sucesión como herramienta. También es cuestión importante en el contenido del protocolo familiar, la ejecución de una planificación para la disposición posterior de las utilidades. Adicionalmente, otros puntos significativos son los requisitos que puedan tener establecidos los miembros del grupo familiar para desempeñar cargos dentro de la empresa; y por último, como posible contenido las modificaciones que requiera el protocolo familiar posteriormente.

Lo que se determinó en la naturaleza del presente trabajo, donde la sucesión predominó frente a otras instituciones, coincide con el argumento de posiciones españolas; que se consideran que la sucesión ejerce un papel relevante en el contenido del protocolo familiar, dado que contribuye como mecanismo durante la celebración en la transmisión generacional, lidiando de esa manera con algún inconveniente que pueda presentarse con posterioridad. Se destaca reiteradamente, la ocupación en una posible repartición en la rentabilidad, o como en la programación y proyección de un esquema que abarque coyunturas contemporáneas a otros tiempos distintos de los fundadores.

Es importante aclarar y destacar lo acotado anteriormente, en vista que como se había indicado, no es posible precisar un contenido certero del protocolo familiar, ya que no se halla un modelo general, solo es factible subrayar las cuestiones elementales, las cuales fueron previamente aludidas. De igual forma, es admisible deducir componentes capaces de lograr un contenido idóneo para el protocolo de acuerdo con la empresa, esto es, siendo uno de ellos el diálogo y comunicación entre los familiares y miembros de la empresa familiar, con el propósito de plasmar fortalezas ante debilidades, dando paso a opiniones e inquietudes con trascendencia que nutran la comunicación.

Adicionalmente la participación y el compromiso son temas que se encuentran ligados con el dialogo, dado que, si no existe un real compromiso por parte de los integrantes, no puede haber una sincera comunicación, y la colaboración para visualizar las falencias de la organización se estaría truncando, esto a consecuencia de no observar distintas ópticas; que desde el modo beneficioso, al unirse se recogerían perspectivas que amplíen panoramas y conformen un contenido del protocolo familiar completo.

Finalmente, se delimita lo correspondiente a la importancia del contenido del protocolo familiar, el cual no se visualiza como un simple documento con normas establecidas, si no a los procedimientos o herramientas de carácter provisional que le garantiza a la empresa la solución de desacuerdos entre las generaciones; alcanzando abarcar y plasmar consensos entre los miembros integrantes o no de la empresa familiar, garantizando decisiones con miras a la primacía de los intereses de la empresa; asegurando de esa manera su continuidad frente a problemáticas probables que se presenten, y que al solucionarse se preservaría la compañía en el dominio familiar.

2.2 Partes que intervienen en la creación del Protocolo Familiar

Al margen de las herramientas y lo que puede ofrecer el protocolo familiar como institución; la empresa con la finalidad de tener una relación estable entre la compañía y la familia constituye órganos de gobierno en la corporación, constituidos de forma ordenada para la obtención de consensos entre los miembros.

2.2.1 *Asamblea familiar*

En base a información explicada por el Grupo del Banco Mundial, se conoce que el inicio de la asamblea familiar consistía netamente por una reunión por parte de la familia, donde se discutía y trataba temas relacionados a la dirección y problemática de la organización; no obstante, en el transcurso del tiempo al haber un crecimiento visible de la compañía y de los integrantes de ésta, esa mera reunión se torna a una asamblea en la que se pueda deliberar por

estrategias o cuestiones de envergadura con alto valor para la empresa familiar, volviéndose así una asamblea familiar periódica y regulada[14].

Entendiéndose que, el propósito de las asambleas es garantizar por medio de un espacio determinado, acuerdos de los miembros de la empresa familiar y la familia ante conflictos o situaciones que consideren están afectando las relaciones en el ámbito laboral, económico, finanzas o patrimonial de la empresa; en consecuencia, dichos acuerdos emanarían de la exposición que cada parte considere como debilidad y que tiene relevancia en la corporación; para así reforzar o solucionar las deficiencias o problemas que estarían atravesando.

Por último, se reafirma que, frente a la asamblea familiar es vital e influye decisivamente la comunicación como recurso para el vínculo entre todos los integrantes, asimismo, para alcanzar una correcta dirección de la organización, porque en el caso que no predomine la comunicación como pilar en las reuniones para analizar estrategias y debilidades, se encontraría en un camino sin visión de la realidad de la compañía.

2.2.2 *Consejo de Familia*

El consejo de familia es el órgano de gobierno corporativo que representa o surge de la asamblea familiar, esto a causa de un panorama similar que se describió anteriormente. Sucede que la empresa familiar al irse conformando con el tiempo de un mayor número de integrantes, las reuniones establecidas en una asamblea familiar cambiaban a un estado caótico, porque cantidad de asistentes era alta, y cada persona al presentar posturas distintas y específicas, los entendimientos pasaban a ser complejos y con una implicancia de tiempo mayor; por ende, emerge el consejo de familia, que está conformado por representantes elegidos mediante la asamblea familiar, con el objetivo de abordar temas de gran significancia para la empresa familiar.

A pesar de haber precisado que el consejo de familia se ocupara de temas relevantes para la sociedad, es imprescindible indicar que este órgano no tiene la capacidad para decidir por la empresa, esto es, no posee la facultad de ejecutar lo decido. En ese sentido, propósito se sustenta en coordinar temas estratégicos, debilidades, problemáticas y disponer soluciones.

2.2.3 *Asesor externo*

El cargo de asesor externo en el gobierno corporativo de una sociedad es designado a un profesional para proporcionar apoyo en identificar soluciones a problemas presentes en la

[14] Grupo del Banco Mundial. (2018). IFC - Corporación Financiera Internacional. Obtenido de https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/253e1374-edba-44f4-8565-5f971fdeb00f/Family_Business_Governance_Handbook_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mnKgFXw

empresa familiar; esto porque interviene en la asesoría y orientación al grupo familiar sin que por su parte exista algún tipo de interés; por ende, su participación se considera es neutral.

En definitiva, el asesor contribuye en la empresa familiar como según se mencionó en forma de consultoría; sin embargo, otro rol importante lo desempeña durante la transición generacional que sufre la compañía, y que por ese período los miembros se encuentran con innumerables interrogantes, por lo que es esencial el respaldo de un especialista que sepa abordar con experiencia y metodología los sucesos que atraviesa la compañía.

2.3 Proceso de creación del Protocolo Familiar

En el punto referente al contenido del protocolo familiar, se indicó que éste no puede tener un modelo establecido, debido a que cada documento debe plasmar la solución de los requerimientos que posee en particular alguna empresa, más aún al ser todas las organizaciones diversas o diferentes una de otra; es ahí donde se fundamenta la exigencia de individualidad en los protocolos con respecto a las compañías. En ese contexto, al no tener un contenido idéntico, la estructura o proceso para la creación de un protocolo familiar tiende a no estar definida, por lo que la doctrina no cuenta con posiciones análogas.

Las fases que componen el proceso de creación de un protocolo familiar, deben ser básicas y expuestas de modo amplio, con el fin de abarcar un mayor número de situaciones a presentarse. De esa manera, en base a diversa información que profundiza el tema del protocolo, se pudo establecer las siguientes etapas en las que, según la postura personal, dicha institución deberá contemplar: El proceso inicia con una planeación, la cual consiste en una forma de diagnóstico de la empresa familiar, donde se revela los aspectos convenientes para una consolidación empresarial. Produciéndose estrategias a las finanzas, operaciones que se puedan llevar a cabo, la administración de recursos humanos, y otros componentes propios de un plan empresarial idóneo para el protocolo familiar.

Otra fase que se distingue en la creación es la consulta, siendo ella un enlace directo entre los miembros de la empresa familiar, como de quienes elaboran el protocolo; y que se hacen participes de un consenso de ideas, así como de posiciones e inquietudes en torno a la organización. Adicionalmente, teniendo en cuenta que, al recoger todos los alcances proporcionados por cada parte y poder desarrollarlos, se demostrará que el documento final es fruto de un acuerdo previo y preparado.

Una vez efectuado la toma de información en cuanto a la empresa familiar, y de quienes la conforman, se emprende con la elaboración del protocolo familiar; sin embargo, es menester precisar que, una vez elaborado no supone que el documento sea definitivo, ello porque al provenir de un consenso, debe ser evaluado o discutido por los integrantes de la empresa y

grupo familiar, en especial por los fundadores, para un posible cambio y seguidamente al examinar su factibilidad, se apruebe.

Entonces, al aprobarse el protocolo no es que finiquite el proceso, esto conforme a que su importancia como se observó anteriormente, radica en su aplicación (la cual sería la última etapa); ella se materializa al adoptar las distintas medidas o pautas que pueden estar colegidas en la normativa del protocolo; además, otra materialización del protocolo se puede efectuar a la muerte del fundador, o en el momento que se concrete la transmisión de la empresa familiar a la siguiente generación (como es al heredero designado en el protocolo); es ahí donde se revela lo sustentable que puede ser el protocolo familiar.

2.4 Tipos de Protocolos

La doctrina clasifica al protocolo de distintas formas, empero, según la forma de su obligatoriedad, Fernández-Sancho, expone claramente cada uno,

a) Pacto entre caballeros. "En él únicamente se recogen una serie de declaraciones de intención, principios y valores, que sólo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral"[15];

   En este tipo de clasificación se recogen normas que incorporan temas de conducta y valores, que deben ser guía para el actuar de los miembros de la empresa familiar. Dicho marco puede estar vigente de generación en generación, abordando temas de derechos, como de obligaciones; y que, al no efectuarse su cumplimiento, no habría algún tipo de sanción, solo un reproche o llamada te atención.

b) El Protocolo contractual. "Auténtico negocio jurídico multilateral, en documento público o privado, que contempla una serie de derechos y deberes para los firmantes, por el que quedan vinculados jurídicamente, estableciéndose en su caso las cautelas, garantías o sanciones que se consideren oportunas para el caso de incumplimiento"[16];

   Se entiende que los únicos vinculados con el contrato son los firmantes, no siendo oponible frente a terceros; inclusive, como se precisa es un contrato típico entre privados, y que, a diferencia del anterior tipo de protocolo, el presente tiene una naturaleza obligacional, por lo que conllevaría una sanción si mediara alguna de omisión o quebrantamiento a lo convenido.

---

[15] Fernández-Sancho Tahoces, A. (2009). La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral. País Vasco: Universidad del País Vasco.

[16] Fernández-Sancho Tahoces, A. (2009). La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral. País Vasco: Universidad del País Vasco.

c) El Protocolo institucional. “Incluyen acuerdos que, además de vincular a todos los firmantes del Protocolo Familiar, pueden hacerse valer frente a la propia sociedad familiar y frente a terceras personas ajenas al mismo, para lo cual tienen que ser objeto de desarrollo en otros instrumentos complementarios”[17].

   Por último, este tipo de protocolo es más amplio, puesto que su eficacia no es solo por quienes firman, sino por terceros no involucrados, generando una mayor seguridad en su ámbito de aplicación. Por otra parte, no se específica que sea un contrato atípico, no obstante, refiriéndose que al ser diseñado por distintos instrumentos que lo apoyaran complementariamente, se deduce que su normativa será variada de distintos elementos, y por lo tanto su se funda en un contrato atípico.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

[17] Masri, V. (2010). Protocolo Familiar. Mar de Plata: VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

Capítulo 3

Análisis y propuesta del Protocolo Familiar del Anteproyecto del Código Civil, en el ámbito sucesorio

3.1 El derecho a la herencia en la Constitución Política

El derecho de herencia se encuentra garantizado mediante el artículo 2 numeral 16 de la Constitución Política del Perú, junto al derecho de propiedad el cual se encuentra desarrollado más a fondo por el artículo 70 de la misma normativa. Teniendo en cuenta que, la herencia se regula en el Libro IV del Código Civil Peruano. En ese sentido, se puede entender que el objetivo de la normativa, para que incorpore a estos dos derechos de manera conjunta, es se logren complementar.

La complementación a la que se hace referencia con los dos derechos anteriormente mencionados, la explica el Tribunal Constitucional en su Exp. 03347-2009-PA/TC, donde afirma:

> "Según el artículo 2º, inciso 16), de la Constitución 'se reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia'. Comencemos por afirmar, que por herencia se debe entender en el precepto constitucional la entera consideración del Derecho Sucesorio a causa de muerte. Añadamos que, prima facie, la garantía de la herencia se formula conjunta y unitariamente con la de la propiedad: conjunción y unidad que determina la función social que delimita el ejercicio de estos derechos".

Según lo acotado, el Tribunal determina el concepto de herencia, estableciéndolo de manera certera como un aspecto Sucesorio; además, confiere a los derechos de herencia y propiedad precisados en el mismo artículo 2 de la Constitución, que estos, se complementan entre sí, por ende, su aplicación de cada una se encuentra en actuación de la otra.

Ahora bien, como se ha precisado en la jurisprudencia del Tribunal, cuando se alude a la herencia, se ocuparía a un tema netamente sucesorio; además al haber sido formulada con el derecho de propiedad, se estaría fijando la dirección en su empleo o, dicho de otra manera, el fin que persigue la transmisión producida a la muerte del causante.

De igual manera, en la misma sentencia, el Colegiado posteriormente determina los criterios que se desprenden de la garantía constitucional de la herencia, en relación al derecho sucesorio; el cual (como bien indican) es desarrollado en el Código Civil; conceptualizándolo en que, una persona en el uso de sus facultades y antes de su deceso puede distribuir sus propiedades, de manera total o parcial, a través de un testamento, el cual será ejecutado después de la muerte de éste.

Y con respecto al derecho de propiedad, según como refiere Jorge Avendaño, la propiedad ha sido tradicionalmente un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, dándole un orden podemos decir que primero confiere al titular todas las facultades posibles, como las de usar, disfrutar y disponer del bien; lo segundo precisamente se refiere que el derecho de propiedad no da lugar o espacio alguno para otro titular y por último es un derecho perpetuo porque su extinción no se va a dar por el hecho de no usarlo lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad. Asimismo, se hace énfasis a que no debería ser un derecho absoluto si no un derecho de propiedad reglamentado ya que las restricciones se interponen por interés público.[18]

En ese sentido, conforme lo indicado anteriormente, Diego Carrasco (2019), expresa que:

> "el derecho de propiedad faculta el uso y disfrute de los bienes legítimamente adquiridos por una persona siempre que se ejerza en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley, el cual únicamente será privado por una causa de necesidad publica o seguridad nacional; en otras palabras, es un derecho inviolable. En segundo lugar, tenemos el derecho a testar el cual se encuentran estrechamente vinculado al primero ya que no es otra cosa que la facultad inherente a la persona de disponer de su patrimonio de manera posterior a la muerte del causante".[19]

El análisis comprende básicamente la relación que ostenta la propiedad con la herencia, dado que, sobre el primero, es la capacidad que se le otorga al sujeto de derecho con respecto a los bienes que posee; y en referencia a la herencia, es la disposición que tiene el mismo sujeto de derecho, en sentido a los bienes de los cuales es propietario (ello implica que ejerce su derecho de propiedad), para que estos sean transmitidos a causa de muerte a sus sucesores.

Dentro de ese orden de ideas, la conexión de propiedad con el tema sucesorio, Betancourt, Gómez y López (2011) acotan una perspectiva relevante, esto porque precisa que, ciertos expertos han llegado a la conclusión sobre el número de propietarios de las empresas familiares se incrementa con cada transferencia generacional en el tiempo, e incluso el poder de las propiedades se podría concentrar en ciertas ramas da la familia o familiares, por ende, otros miembros de la propia familia serían excluidos por distintos motivos, por lo que, en el

---

[18] Avendaño V. , J. (s.f.). El Derecho de Propiedad en la Constitución. Obtenido de Themis - Revista de Derecho.
[19] Carrasco León, D. (2019). *Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria.*

futuro, esas son las dificultades que acaecerían entre el derecho de herencia conjuntamente con la propiedad[20].

3.2 Los pactos sucesorios y sus clases

De lo que se alude en el pacto sucesorio, en definitiva, corresponde la distribución y transmisión del patrimonio que una persona posee, e instituye a un heredero, así como también se puede realizar una atribución particular a favor de un tercero, mediante un contrato de naturaleza principalmente sucesoria.

La diferencia principal del testamento y el pacto sucesorio radica en éste último, dado que en él intervienen 2 o más personas, esto es, el otorgante y los aceptantes, los cuales admiten las condiciones pactadas. Sin embargo, siendo el pacto sucesorio básicamente un contrato, lo adoptado en él no puede ser modificado por decisión unilateral, necesariamente debe ser aceptado por todos los participantes.

Así pues, con referencia a los pactos sucesorios, el presente abordará tres clases, siendo estos:

a) Pactos de institución: "En virtud de los cuales uno de los contratantes instituye heredero al otro, o ambos se instituyen recíprocamente o lo hacen a favor de un tercero" (Olmedo, F. 2016).

   Este pacto se caracteriza en esencia porque el futuro causante o dueño de la propiedad materia de transferencia, designa en vida a su beneficiario, pudiendo ser éste, un heredero forzoso o un tercero. Asimismo, si bien, la celebración de este pacto sucesorio es de forma bilateral, una de ellas es el otorgante de la propiedad, y la otra es el aceptante o futuro adquiriente.

b) Pactos de renuncia: "Refiere en el que, uno de los otorgantes (futuro heredero) renuncia a cuantos derechos pudieran corresponderle en la sucesión del otro (causante). Asemejándose a la renuncia o repudiación de la herencia, con la diferencia de que esta última se produce después de la apertura de la sucesión *mortis causa* como consecuencia del fallecimiento del causante y es un acto jurídico unilateral, mientras que en el pacto de renuncia se celebra en vida del futuro causante y es de naturaleza contractual, por lo tanto, se trata de un acto jurídico bilateral". (Olmedo, F. 2016).

   Asismo, Cano, J (2002) precisa claramente, que los pactos de renuncia "son los realizados por el sucesible o heredero presuntivo que abdica de su derecho eventual

[20] Arenas Cardona, H. A., & Rico Balvín, D. (2014). La empresa familiar, el protocolo y la sucesión familiar. *Estudios Gerenciales*, 2.

a la herencia del cocontratante o de un tercero, sin cederlo a persona determinada. Se los llama pactos de *non succedendo*. En alguna medida, indirectamente, son institutivos ya que benefician a otros sucesibles. Pueden referirse a toda la herencia futura, o a una parte".

La comparación que realiza Olmedo entre el pacto de renuncia, con la renuncia de la herencia (mortis causa) es muy exacta en diferenciarla básicamente por los momentos en que se efectúa, y además de abordar entre cuantos son los participantes de cada una. Además, se puede rescatar una utilidad de pacto de renuncia, toda vez que, al ser antes de la muerte del otorgante, proporciona una mayor claridad de a quienes se les instituiría la herencia, teniendo así el futuro causante un mejor conocimiento de la distribución de los bienes.

c) Pactos de disposición: "Mediante la celebración de estos pactos, uno de los contratantes (futuro heredero) renuncia por cualquier título a su expectativa hereditaria en la sucesión del futuro causante (que no interviene en el pacto) mediante su transmisión a favor del otro contratante (beneficiario)". (Olmedo, F. 2016).

Lo distintivo de este pacto es respecto a las partes, debido a que, en su celebración no interviene el otorgante; contrario a ello, los contratantes son, primero el futuro heredero, quien desiste anticipadamente de los bienes o derechos que se le proporcionaría en la herencia, transmitiéndole dicha expectativa a un tercero. Se puede colegir que, en este pacto no se precisa de manera concreta lo transferible al beneficiario, dado que, solo podrá percibir lo otorgado al heredero una vez se fallezca el causante.

Asimismo, los pactos sucesorios poseen características similares a las de un contrato, siendo estas cuatro:

a) Bilateralidad.- El pacto, es un acto bilateral, puesto que, para ello se requiere de la aceptación del heredero o beneficiado, es decir el caso de la conformidad del beneficiario en los pactos institutivos y dispositivos; y de la cesión de la propiedad del otorgante. Inclusive, en los pactos renunciativos, si bien no figuran beneficiarios, por una parte es necesario la negación de quien renuncia de la herencia y la aceptación del cocontratante.

Respecto de la naturaleza de un contrato sobre herencia futura es que exista bilateralidad, es decir la presencia de ambas partes, de igual modo, es menester precisar que, existen actos mortis causa, en los que hay actos unilaterales como es el testamento, y además, como en el presente caso, los actos bilaterales, esto es, los

pactos sucesorios; siendo que, no hay obstáculo en donde no puedan encontrarse actos por causa de muerte con dicha característica, la bilateralidad.

Como bien señala Cano, una de las características esenciales del pacto sucesorio, es referente a la bilateralidad, en razón a que, a diferencia del testamento que es un acto jurídico unilateral, al realizarse un pacto, indistintamente de su clase, éste debe celebrarse entre más de una persona; por ejemplo, en el caso del otorgante (quien es el posible causante), y el beneficiario (quien sería el posible heredero forzoso o legatario), entonces se observa dicha característica de forma primordial.

b) Onerosos o gratuitos.- Los pactos pueden ser onerosos cuando estos se realicen a causa de una contraprestación económica o a título gratuito; llevándose a cabo una atribución, la cual dependerá de la consideración o no por la retribución de la otra parte.

   Referente a la presencia de la contraprestación durante la celebración en acuerdo a un pacto sucesorio, ésta va a ser de importancia frente a posibles oposiciones por los acreedores en caso se produzca algún fraude o simulación, o por los heredes forzosos si consideran se ha afectado su derecho a la legítima.

   La óptica en cómo fue enfocada esta característica, más se le atribuye en tener conocimiento del por qué fue celebrada a título oneroso o gratuito por los intervinientes, con el objeto de inconvenientes que se puedan generar con terceras personas o inclusive herederos forzosos, por la distribución y disposición del patrimonio del otorgante.

c) Inter vivos y mortis causa. - Los pactos sucesorios al mismo tiempo son actos inter vivos y mortis causa debido a:

   La característica de ser actos inter vivos, hacen alusión a contratos celebrados entre dos personas existentes, es decir, que tienen plena capacidad de goce y ejercicio, así pues, poseen voluntad propia, la cual se ve manifestada en un pacto. Dichas personas generan una relación que los vincula, y ésta produce en ambos derechos irrevocables, independiente de la muerte de una de las partes.

   Asimismo, no se consideran actos de última voluntad, toda vez que, la eficiencia de su cumplimiento no depende de la muerte de alguna de las partes (otorgante). En particular, el derecho otorgado, el cual tenía calidad de potencial, se convierte en concluyente una vez se realice la apertura la sucesión.

Sin embargo, estos actos también son mortis causa, puesto que, como se indicó anteriormente, los derechos tienen calidad de potencial, pero estos se materializan y se convierten en definitivos una vez se produzca la sucesión.

Está característica tiene una similitud con el testamento, porque éste es un acto realizado por una persona viviente (el testador), y mortis causa (porque su eficacia se genera a causa de muerte); ahora bien, como precisa Cano, en los pactos sucesorios, es inter vivos, porque los intervinientes en su celebración son más de una persona viva; por otro lado, respecto a mortis causa, un pacto sucesorio se encuentra catalogado en ese género, sin embargo, su eficacia no siempre dependerá de la muerte del otorgante o futuro causante, como es el caso del pacto de renuncia, en donde se evidencia que, su eficacia no se origina cuando de genere el deceso.

d) Irrevocables. En relación con la bilateralidad, los pactos sobre derechos sucesorios no pueden ser revocados de forma libre, o por la voluntad unilateral de alguna de las partes.

   A diferencia de los actos de última voluntad (como es el testamento), los cuales son revocables, es decir pueden ser modificables por el otorgante (dado que son unilaterales), y se fundan en garantizar la voluntad del testador hasta el final; los pactos sucesorios su carácter irrevocable se halla limitado por la celebración del acto bilateral, en donde el pacto al tener naturaleza contractual, el desistimiento o modificación de lo celebrado se limita por el consentimiento de la otra parte involucrada.

   Lo referido sobre el carácter irrevocable del pacto sucesorio, tiene concordancia con su naturaleza, la cual es contractual, y al celebrarse entre más de una persona, es decir bilateral, existe un acuerdo de voluntades, y por ende, al revocarlo no puede realizarse unilateralmente (esto es, por decisión de alguno de los intervinientes), como a diferencia del testamento se podría efectuar.

3.3 Preservar el derecho de la legitima

Por lo imprescindible que es el resguardo de la empresa familiar, es necesario una posible regulación del protocolo; esto en razón a que, esta institución jurídica adopta las necesidades de la empresa y las implementa; porque como se explicó con anterioridad, con la reglamentación del protocolo, las compañías con capital principalmente familiar sobrevivirían durante los cambios generacionales.

Es manifiesto como se ha estado desarrollando en el presente trabajo el protocolo de familia, el cual tiene en su ámbito de cumplimiento elementos sucesorios, esto porque se

observa la transmisibilidad y la designación patrimonial de los bienes del fundador de la empresa a una persona considerada idónea por éste, correspondiendo ser entre las principales peculiaridades, que la persona quien distribuye sus bienes por medio del protocolo, lo realiza en vida|, y probablemente el patrimonio distribuido no satisfaga el derecho a la legitima correspondiente a todos los herederos forzosos, por lo que a simple entender se estaría trasgrediendo dicho derecho.

Ahora bien, respecto a la legitima, Luis Ovsejevich la conceptualiza como un derecho destinado a una cantidad de familiares, a quienes les corresponde como prioridad un porcentaje de los bienes del causante respecto a la disponibilidad que éste realice sobre su patrimonio .

Inclusive Ovsejevich, efectúa un análisis detallado sobre el concepto proporcionado de "legítima", en donde precisa que, es un derecho porque se encuentra amparado por la normativa de distintas formas, entendiéndose que la legislación lo salvaguarda. Siendo el legitimario, el pariente con vínculo sanguíneo más ligado al causante, o con un lazo matrimonial. Pudiendo ser, parientes descendientes, ascendentes y el o la cónyuge, comprendiéndose así que no a todos los familiares les corresponde la legítima, esto es, no poseen dicho derecho. A estos parientes de los que se hace referencia, continuamente la ley los denomina como "herederos forzosos".

Por otro lado, referente a la "determinada porción", Ovsejevich precisa que, la normativa fija la proporción o la equivalencia correspondiente a los herederos forzosos; siendo esto evidente por como el legislador reguló lo perteneciente a la legítima entre los artículos 723 al 733 del Código Civil, en donde establece criterios de distribución del patrimonio del causante ante legitimarios o en caso estos no existieran. Asimismo, la ley establece la prohibición de la libre disposición de la legítima por parte del testador frente a sus herederos forzosos, por lo que, proporciona un resguardo a preservar la legítima.

En efecto, como se precisó, la ley ofrece la protección a la legítima, en especial ello se advierte en el artículo 723° del Código Civil, el cual prescribe: "La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos." De hecho, como se advierte, la normativa le atribuye restricciones de carácter imperativo al propio causante, con el fin de preservar el derecho a la legitima de los herederos forzosos. Por lo que, la disponibilidad del patrimonio del causante sin advertir el derecho de los parientes cercanos sobre ésta no es una posibilidad regulada en la norma.

Asimismo, otro artículo que provee restricción de la disponibilidad de la legitima en beneficio del legitimario, es el artículo 733° del Código Civil, que señala:

> "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".

La legislación acotada confiere claramente una limitación con el objeto de preservar la legitima, no obstante, establece como excepción a dicha restricción los casos en que la ley lo determine. De tal modo que, se puede interpretar como una posibilidad de regular la normativa en el caso peruano como una excepción, en el que se logre legislar el protocolo familiar (con naturaleza sucesoria), y que ante una posible privación (de cierto modo) al heredero forzoso de su derecho al acervo hereditario, a éste se le compense por el menoscabo ocasionado.

3.4 Evaluar la necesidad de mantener la prohibición de los pactos sucesorios en presencia de una nueva realidad social

Las razones que han motivado la prohibición de los pactos sobre sucesión futura pueden sintetizarse así:

> Gonzáles Castillo[21], determina ciertas razones para prohibir los pactos sucesorios; es así que, considera sería percibido como un acto inmoral un contrato de transmisión futura, toda vez que, se estaría haciendo conjeturas o se consideraría la muerte de una de las intervinientes del mencionado contrato. Además, el peligro inminente de que, ante la celebración de un pacto de sucesión, por los intereses del beneficiario, éste pueda arremeter en contra de la vida del futuro causante.

Además de lo anteriormente acotado, Gonzáles Castillo[22] explica otras razones por las cuales se prohíbe la práctica de los pactos sucesorios; dado que, si se realizarán desde la perspectiva de los derechos de los legitimarios, estos podrían hallarse menoscabados; en razón a que, el futuro causante podría llevar a cabo contratos desiguales entre los hederos, o con terceros, pudiendo así afectar los derechos o la propiedad correspondiente a los herederos forzosos. Asimismo, acota un aspecto relevante, esto es, la posibilidad que un heredero efectúe contratos en base a la expectativa de heredar, y que ellos sean perjudiciales para él, dado que, ante el apuro o aspiración de los beneficios que pueda contraer, éste celebre pactos enajenando solo las expectativas del derecho de propiedad futuro con un valor considerablemente menor al real, y, por lo tanto, una acción dañosa para el heredero.

---

[21] González Castillo, J. (2020). Por la aceptación de los pactos sucesorios de institución y renuncia. Obtenido de Scielo: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502021000100071

[22] González Castillo, J. (2020). Por la aceptación de los pactos sucesorios de institución y renuncia. Obtenido de Scielo: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502021000100071

Por último Gonzáles Castillo[23] postula como motivo para la prohibición de los pactos sucesorios, es la posible restricción de testar en la que acaecería el causante, debido a que, si con anterioridad se procedió a establecer un pacto, éste posee naturaleza contractual, por lo tanto, existe el deber de honrar su voluntad, por ende, se vería impedido de proceder establecer un testamento.

Ahora bien, respecto al tema de la inmoralidad que versa como causa para la prohibición de los pactos sucesorios, en la doctrina comparada precisa

Argumentar motivos por aspectos morales en cuestión a los pactos sucesorios, se basa en la posibilidad que, el beneficiario pueda tener un anhelo al fallecimiento del otorgante, siendo esto absolutamente inapropiado, porque, frente a ese análisis, actualmente se hallan figuras jurídicas utilizadas recurrentemente, y que para su empleo es elemental la muerte de una persona (el otorgante), siendo ellas la renta vitalicia o el seguro de vida, en consecuencia, al no ser cuestionadas éstas figuras, no resulta coherente que aún exista la prohibición absoluta de los pactos sucesorios.

Se plantea la inmoralidad que supone el pacto sucesorio, esto es, el posible deseo de la muerte del causante; empero, Purificación desestima que en la actualidad la razón indicada sea un motivo válido, en base a que existen otras figuras (renta vitalicia o seguro de vida), practicadas con regularidad para la compensación a los familiares en caso de pérdida de uno de ellos; teniendo en cuenta que, su requisito principal para la ejecución del beneficio viene seguida de la muerte del contratante, en ese aspecto, se entiende que puede existir la misma premisa, esto es, desear la muerte de una persona para lograr un provecho; sin embargo, al ser empleadas recurrentemente las figuras antes señaladas, ellas no son tratadas con un supuesto de inmoralidad, como es el caso de los pactos sucesorios, dado que, su utilización tiene una prohibición absoluta determinada por ley.

En suma, los motivos que pretenden justificar la prohibición de los pactos sucesorios atienden temas como la inmoralidad y las limitaciones de libertad que puede tener el futuro causante; no obstante, sobre el primer punto, como se precisó, la inmoralidad en materia legislativa solo es justificada en referencia a lo sucesorio, no siendo congruente (como perspectiva personal), dado que, otras instituciones permiten similares presunciones por las que acaece los pactos sucesorios. Finalmente, en relación a la libertad que aparentemente perdería el testador frente a un pacto sucesorio, esa premisa es relativa o errónea, toda vez que, un pacto sucesorio es equivalente a un contrato bilateral, en donde se manifiesta las voluntades de los

[23] González Castillo, J. (2020). Por la aceptación de los pactos sucesorios de institución y renuncia. Obtenido de Scielo: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502021000100071

involucrados, en especial la autonomía del otorgante, en ese sentido, el pacto que se pueda celebrar es la decisión libre y voluntaria de éste en cuestión a su patrimonio, por lo que, referir que el testador perdería libertad no tiene asidero.

En ese sentido, se pueda aceptar a los pactos sucesorios, dado que actualmente las prohibiciones (anteriormente descritas), se tornan sin fundamento ante los avances sociales. Así pues, se coincide con lo referido por González Castillo (2020) sobre los pactos sucesorios, son:

> "un ejercicio de la facultad de disposición del dominio del futuro causante sobre sus bienes. La Constitución Política (art. 19 Nº 24, inc. 3°) asegura a todas las personas que: nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio… y una de las facultades esenciales del dominio es precisamente, la de disposición".

La doctrina comparada, se enfoca en determinar a los pactos sucesorios como la forma de ejercer el poder decisión por parte del futuro causante sobre sus propiedades; estando ello en una posición valida, puesto que, el o los dueños de los bienes, tiene una institución más para poder escoger la administración de las propiedades a su disposición, y no encontrarse con restricciones desfasadas, las cuales no abordan la realidad de los propietarios, quienes conocen mejor su entorno, y los posibles desafíos venideros posteriores a su muerte.

Inclusive, comprender que al aceptar los pactos de sucesión se podría evitar potenciales simulaciones de actos jurídicos, debido a que, si el legislador se enfoca en regular normativamente la institución, podría establecer parámetros para su ejercicio; entonces, ante la necesidad de su práctica, y al no haber una prohibición no existirían mecanismos capaces de eludir a la ley, opuesto a ello, los parámetros ayudarán a un uso controlado y con mejor fiscalización.

En definitiva, incorporar a la figura de los pactos de sucesión en la legislación peruana, provee mayores facultades a los particulares para optar con respecto a la institución que más se acople a sus necesidades, esto no consiste que, al introducirlo en la normativa se exija su aplicación, es todo lo contrario, su ejecución es exclusiva decisión del otorgante, el cual, puede no celebrarlo, y decida testar, o sencillamente no deje algún testamento y se realice una sucesión intestada por sus herederos.

3.5 Análisis de la propuesta del Artículo 663-A del Anteproyecto del Código Civil

Mediante Resolución Ministerial Nº 300-2016-JUS, un grupo de seis especialistas constituyen el Grupo de Trabajo que se encargó de la revisión y propuesta de mejoras al Código Civil de 1984; ello con un fin de mejorarlo ante las nuevas exigencias contemporáneas. En ese sentido, como resultado se obtuvo el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano.

A consecuencia del mencionado trabajo de Anteproyecto, se incluyeron distintas instituciones que el Código Civil no ha había previsto, entre ellas se encuentra el Protocolo Familiar, el cual fue añadido en el Libro IV de Derecho de Sucesiones, y está contemplado en el artículo 663A[24], tomándose en consideración como antecedente para su implementación e incorporación al trabajo, el artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina[25]; por lo que es indispensable su análisis.

Efectivamente, conforme lo precisado en el primer párrafo del artículo 1010 del Código Civil y Comercial, se fija la prohibición con respecto a la herencia futura, esto a que un contrato no puede contener lo relacionado al derecho de suceder, además de lo concerniente a los derechos hereditarios; toda vez que, se estaría atentando contra la ética o moral, debido a que se estaría disponiendo de bienes de una persona que aun ha muerto, y a quien se le beneficiaría le convendría su muerte. Por otro lado, habría una clara afectación a la legitima de los futuros herederos forzosos.

En virtud de lo acotado, el autor Luciano Barili[26], señala que el primer apartado del artículo 1010, tiene como base la no contravención a las buenas costumbres, debido a que los pactos delimitados son vistos de manera inmoral, ello inclusive a que se vulneraría normas o leyes establecidas.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 1010 es la excepción a la prohibición; puesto que, considera como una alternativa de aplicación a los contratos de herencia futura a los pactos que tengan como objetivo a una explotación productiva o posibilidad de participación

---

[24] **Artículo 663 A.- Protocolo de familia.**
1. 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.
2. 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.
3. 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.

[25] **Artículo 1010. Herencia futura**
La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.
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 empresaria 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.

[26] Barili, L. (08 de Setiembre de 2019). *El art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación como una manera de comenzar a transitar el camino hacia la protección de la empresa familiar*. Obtenido de Microjuris: https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/01/04/el-art-1010-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-como-una-manera-de-comenzar-a-transitar-el-camino-hacia-la-proteccion-de-la-empresa-familiar/

societaria (ello en una clara referencia a la compañía), siempre y cuando, su finalidad deba consistir en el mantenimiento de la unidad de gestión empresarial, esto con una implicancia generacional; en consecuencia, se entiende que se hace referencia a una empresa familiar, porque ella tiene como propósito la preservación y continuidad en el futuro de la organización; más aún, lo señalado se corrobora porque los pactos prohibidos pueden realizarse a condición de que estos tengan como fin la conservación de la empresa.

Así, la continuación del párrafo dos hace alusión a la existencia de afectaciones que estaban previstas en el inicial apartado (prohibición); sin embargo, éstas son pertinentes solo cuando los herederos no se hallen afectados por los pactos o convenios realizados, en tal razón es esencial que sean compensados respectivamente, y que su derecho a la legitima no tenga que verse perjudicada.

En ese sentido, lo establecido en el artículo 663 A que es incorporado en el trabajo de reforma del Código Civil, se apoya en cuanto a lo planteado por la norma extranjera destacada con anterioridad, como un definido precedente en la legislación comparada, para su instauración como una excepción en lo concerniente al impedimento de realizar pactos o contratos con respecto a herencia futura.

3.6 Observación, y propuesta para una mejor regulación propiamente del protocolo familiar

Para empezar, como se ha venido desarrollando en el presente trabajo, el fin del protocolo familiar es la conservación de la empresa familiar, ello en base a al giro económico de la compañía, para que generacionalmente perdure en el tiempo, y si bien, como se observa en el numeral 5 del actual capítulo, el Artículo 663-A del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, implementa al protocolo para la preservación de la empresa familiar, siempre y cuando se compense al heredero forzoso que vea perjudicado su derecho a la legitima.

Ahora bien, el numeral 1. del Artículo materia de análisis, advierte que:

> "*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"*.

En consecuencia, efectivamente podría realizarse pactos solo en los casos referentes explotación productiva o participaciones jurídicas, en donde se tenga como factor predominante el interés familiar, por ende, se infiere que, en los bienes donde no exista la acotada implicancia,

esto es, el interés económico de una empresa no podría realizar los pactos con disposiciones sucesorias.

En otras palabras, las restricciones al futuro causante continúan prevaleciendo, en razón a que, únicamente podrán celebrar pactos quienes dispongan de compañías, es decir realicen una explotación económica, y que esta disposición tenga como beneficio la familia; mientras quienes sus propiedades no se encuentren destinadas a una actividad productiva o participaciones en personas jurídicas, tendrían la limitación de no celebrar pactos.

Así pues, la prohibición que aún prevalece y restringe el poder de decisión al futuro causante sobre sus bienes, es evidente. Además, porque el legislador no tomó en cuenta que, el mejor conocedor sobre la disposición de los bienes es el mismo propietario ellos, por dos motivos esenciales: 1. Tiene conocimiento pleno de su patrimonio; y 2. Conoce a la o las personas y el por qué les beneficiaría con el pacto.

Lo manifestado tiene como objeto que la norma proporcione consentimiento expreso de los pactos con relevancia sucesoria, esto es que, el otorgante tenga independencia en la distribución de su patrimonio a través de un pacto sucesorio, sin necesidad que, como criterio se presente una explotación productiva para efectuarlo; por otro lado, ello no trae consigo la no protección de la legitima, todo lo contrario, a criterio personal, lo señalado en el numeral 3. del Artículo 663-A[27] debe primar, debido al coherente resguardo de los derechos hereditarios a los herederos forzosos, puesto que, necesariamente ante la existencia de un pacto sucesorio, los posibles perjudicados sean debidamente compensados.

Por lo que, según las observaciones planteadas del artículo 663-A del Anteproyecto del Código Civil, siendo la propuesta de mejora planteada de manera personal sería la siguiente:

1. Es válido la celebración de pactos, así como del protocolo familiar, con disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios de herederos forzosos y terceros, estos deberán establecer compensaciones en beneficio de los legitimarios no intervinientes.
2. 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.

Como se puede colegir, según la proposición planteada no se hace alusión al artículo 1405° a diferencia de lo establecido en el Anteproyecto del Código Civil, el cual establece como una excepción el empleo de un pacto sucesorio; en ese sentido, el fin de proponer una norma en la que se pueda emplear como regla general contratos con implicancia sucesoria, implicaría la derogación del artículo 1405° pues resultaría ambas normas contradictorias entre sí.

---

[27] "3. 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 consecuencia, la proponer dicha norma abriría una serie de alternativas jurídicas que regulen contratos con naturaleza sucesoria, actualmente prohibidos, pero que resultan necesarios ante una sociedad creciente y carente de opciones normativas para la administración de sus propiedades.

Conclusiones

Primera. El protocolo familiar es una institución jurídica que sirve como herramienta en la inclusión de preceptos con relevancia sucesoria, para el resguardo durante el traspaso generacional del patrimonio de las empresas con capital familiar.

Segunda. Se concluye que el protocolo familiar es un contrato atípico con naturaleza sucesoria, capaz de contener elementos de distintas instituciones jurídicas complementarias, para una implementación acorde a las necesidades que individualmente puedan prever las empresas familiares.

Tercera. Después de analizar la necesidad de mantener como regla general la prohibición de los pactos con carácter sucesorio, por el presente se determinó lo esencial de introducirlo en la legislación, con el fin que, el futuro causante pueda efectuar la administración de las propiedades a su disposición, no hallarse con restricciones obsoletas, las cuales no se ocupan de la realidad de los propietarios, quienes son los que conocen mejor su entorno.

Cuarta. Mediante el análisis realizado, se aprecia las restricciones que aún mantiene el Código Civil respecto a la libertad de disposición de los bienes del propietario, si estos no estuvieran destinados a una explotación económica o financiera.

Quinta. La incorporación del protocolo familiar proporciona otra herramienta de disposición de los bienes del propietario con un carácter sucesorio; sin embargo, se evidencia una mejor implementación en la administración de propiedades al aplicar pactos sin restricciones, siempre que se realicen las respectivas compensaciones a herederos forzosos o terceros perjudicados con una eventual afectación del legado.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Lista de referencias

Arenas Cardona, H. A., & Rico Balvín, D. (2014). La empresa familiar, el protocolo y la sucesión familiar. *Estudios Gerenciales*, 7.

Asociación de Empresas Familiares del Perú. (2020). ¿Cuál es el impacto de las Familias Empresarias? *EY Building a better working world*, 21.

Avendaño V. , J. (s.f.). *El Derecho de Propiedad en la Constitución*. Obtenido de Themis - Revista de Derecho.

Barili, L. (08 de Setiembre de 2019). *El art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación como una manera de comenzar a transitar el camino hacia la protección de la empresa familiar*. Obtenido de Microjuris: https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/01/04/el-art-1010-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-como-una-manera-de-comenzar-a-transitar-el-camino-hacia-la-proteccion-de-la-empresa-familiar/

Beraza Garmendia, A. (2013). El protocolo como instrumento de garantía de la continuidad de la empresa familiar. *Revista de Dirección y Administración de Empresas N° 08, setiembre de 2000.*, 11.

Cano Martínez de Velasco, J. (2002). *La prohibición de los contratos sucesorios.* Barcelona: Universidad Externado de Colombia.

Cardenas García , T. O. (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.* Lima: PUCP.

Carrasco León, D. (2019). *Anàlisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria.*

Comisión Nacional de Empresas y Valores. (2002). *Principios de buen gobierno corporativo para las sociedades peruanas.* Lima: Procapitales.

Cremades García, P. (2014). *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios.* Madrid: DYKINSON.

Cucurull Poblet, T. (2014). *El Protocolo Familiar mortis causa.* Obtenido de Universitat Internacional de Catalunya: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/386452/Tesi_Tatiana_Cucuru

Diez Soto, C. M. (2010). *El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica.* Madrid.

Diez-Picazo, L., & De Trazegnies Granda, F. (1998). Themis - Revista de Derecho. *El Contrato en General*.

Fernandez Gimeno, & Reyes Lopez. (2000). *La empresa familiar. Valencia.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández-Sancho Tahoces, A. (2009). *La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral.* País Vasco: Universidad del País Vasco.

García Companys , A. (2017). *El Protocolo familiar: La solución jurídica para la emrpesa familiar.* Lérida: Cuadernos Prácticos de Empresa Familiar.

González Castillo, J. (2020). *Por la aceptación de los pactos sucesorios de institución y renuncia*. Obtenido de Scielo: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502021000100071

Grupo del Banco Mundial. (2018). *IFC - Corporación Financiera Internacional*. Obtenido de https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/253e1374-edba-44f4-8565-5f971fdeb00f/Family_Business_Governance_Handbook_Spanish.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mnKgFXw

Henao, L. (2013). *Los Pactos Parasociales.* Obtenido de Scielo: http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n25/n25a08.pdf

Herreros , J., Calaf, X., & Rovira, A. (2001). *Manual de la empresa familiar. Madrid: Cinco días.* Madrid.

Lavalle, M. D. (18 de junio de 2011). *velex* . Obtenido de velex : https://vlex.com.pe/vid/articulo-378245582

Lozano Posso, M. (2000). El protocolo en las empresas de propiedad familiar. *Estudios Gerenciales*, 19.

Masri, V. (2010). *Protocolo Familiar.* Mar de Plata: VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

Matute, G., Fabián, L., & Pacheco , L. (2010). *Gobernabilidad de las empresas familiares peruanas y principios de buen gobierno corporativo.* Lima: Editorial Cordillera S.A.C.

Molino Parra, P., Botero Botero, S., & Montoya Monsalve, J. (2016). *Empresas de familia: conceptos y modelos para su análisis.* Obtenido de http://www.scielo.org.co/pdf/pege/n41/n41a06.pdf

Olmedo Castañeda , F. (2016). *Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su ratio legis. Propuesta para su admisibilidad.* Salamanca.

Ovsejevich, L. (s.f.). *Legítima.* Buenos Aires: Bibliografía Argentina.

Pascual Fernández, G. (2015). *La empresa familiar y el derecho de sucesiones.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Pérez Molina, A. (2012). El modelo de la empresa familiar: Los cuatro pilares fundamentales. *Ciencias*, 12.

Robleto Arana, C. (2013). *La sindicación de acciones.* Obtenido de https://www.camjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1488

Rojas Uriarte, D. (2019). *Análisis de la aplicación de las prácticas de buen gobierno corporativo en empresas familiares en el Perú. Caso: Empresa Promotora de la Agricultura Sustentable S.A. - PROASSA.* Chiclayo.

Torres Carrasco, M. (2013). Los Contratos - Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento . *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 577.

Valmaña, A. (2013). *El régimen jurídico del protocolo familiar.* Obtenido de https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/292369/TESI.pdf?sequence=1

Vargas Balaguer, H. (s.f.). *Empresa Familiar y Pacto Sucesorio.* Córdoba: ISSN 2346-9404.

Zamora Ulloa , J. I. (2017). *La viabilidad jurídica del protocolo familiar para asegurar la sostenibilidad de las empresas familiares en el Ecuador.* Quito.