# ANEXO 1

## LOS TESTAMENTOS DE DON JOSÉ DE LA RIVA AGÜERO Y OSMA

I. Testamento abierto y cerrado, Lima, de 1933;
II. El Codilicio cerrado, Lima, 1935;
III. Testamento ológrafo, Lima, 1938;
IV. Testamento abierto complementario, Madrid, 1939;
V. Testamento abierto, Roma, 1926.

# ANEXO 31

## Informe de los doctores Guillermo J. Borda, Gustavo Bossert y Marcos Córdova

Buenos Aires, 1 de abril de 2009

Buenos Aires, 1° de abril de 2009.-

Señores
**ARZOBISPADO DE LIMA**
Plaza Mayor s/n. Cercado de Lima
Lima-Perú.-

De nuestra mayor consideración.

Tenemos el agrado de dirigirnos a ustedes en respuesta a la consulta formulada respecto de la interpretación de las disposiciones contenidas en los testamentos de don José de la Riva-Agüero y Osma.

Para elaborar nuestro informe, hemos revisado minuciosamente los cuatro testamentos del causante, a saber, el de 1933, el de 1935, el de 1938 y el de 1939.

El testador designó "principal heredera" de sus bienes a la Universidad Católica de Lima en su testamento de 1938. Con tal disposición, revocó la manifestación de última voluntad contenida en sus testamentos precedentes, de 1933 y 1935, de cuya interpretación fluye que la Universidad Católica iba a ser, más bien, y durante veinte años a partir de la apertura de la Sucesión, usufructuaria de dichos bienes.

El propio testamento de 1938 contiene, además, otras disposiciones, que se refieren, por ejemplo a "los demás encargos, legados y mandas".

El testador dispuso también en su testamento de 1938 lo siguiente: "pongo como condición insustituible y nombro como administradora perpetua de mis bienes, una junta que será al propio tiempo la de mi albaceazgo mancomunado". Y estableció que dicha Junta estaría integrada por el Rector de la Universidad y una persona designada por el Arzobispo de Lima.

Hemos tomado conocimiento de que la Junta instituida por el testador resolvió, en 1994, que a partir de ese momento la administración de los bienes recibidos por la Universidad en carácter de heredera correspondía a ésta.

Atendiendo a los hechos reseñados, consideramos que nuestra opinión debe versar sobre los siguientes problemas interpretativos:

A) Se debe determinar si, de los términos empleados por el causante en su testamento de 1938, la administración de la Junta se extiende a los bienes recibidos como heredera por la Universidad o si dicha administración se limita a los bienes dejados en "encargos, legados y mandas", criterio éste último sostenido por la Junta en la referida sesión de 1994.

B) Se debe determinar la validez y/o oponibilidad de la decisión de la Junta adoptada en 1994.

C) Debemos considerar la legitimación para exigir el cumplimiento del cargo.

Trataremos las cuestiones planteadas por su orden:

A. Respecto del primer interrogante, tanto la interpretación gramatical de la cláusula, como la interpretación finalista o teleológica, nos llevan a considerar que el testador confirió a la Junta mencionada la administración de la totalidad de los bienes que dejaba, incluidos los que la Universidad recibiría, en calidad de heredera.

Al respecto, nuestras razones son las siguientes:

La cláusula testamentaria otorga inequívocamente *dos facultades diferentes* a la Junta: la designó albacea y además la nombró "administradora perpetua" de los bienes".

Otorgarle a la Junta la facultad de **administradora perpetua** de los bienes que deja el causante excede las funciones del albacea, quien como tal, tiene a su cargo el cumplimiento de las disposiciones testamentarias (art. 778 Código Civil peruano vigente y arts. 734 y 740 del Código Civil de 1936).

El testador no limitó los bienes respecto de los cuales dispuso la "administración perpetua" de la Junta. Por el contrario, utilizó una expresión general, abarcativa, que no incluyó distingos: "nombro como administradora perpetua de **mis bienes**…".

Conforme a la máxima *ubi lex non distinguit,* si la ley, o en este caso la cláusula testamentaria, no distingue, no debemos distinguir.

Esto significaría entonces que la disposición del testador se extendió también a los bienes que se transmitieron al heredero.

Además, la cláusula, tras nombrar a la Junta "administradora perpetua de mis bienes", dice que ella "será **al propio tiempo** la de mi albaceazgo mancomunado".

La expresión "al propio tiempo" equivale en este caso a "*además*". Otro sentido no es posible atribuirle. De manera que podemos considerar que el testador tuvo en claro que le estaba otorgando a la Junta ambas facultades: el albaceazgo y la administración perpetua de sus bienes.

El comienzo de la cláusula testamentaria bajo análisis expresa la finalidad perseguida por el testador a través de lo dispuesto en ella, ya que dice: "Para el sostenimiento de la Universidad Católica de Lima".

Esto, consideramos, debe ser objeto de una interpretación integrativa, junto con la disposición: "pongo como condición insustituible y nombro como administradora perpetua de mis bienes, una junta…".

*Esto equivale, entonces, a decir que la Junta administrará los bienes que el testador destina al sostenimiento de la Universidad, es decir, los bienes qué ésta recibe como heredera.*

No obsta a esta lectura integrativa la circunstancia de que, entre los dos párrafos, se haya agregado la frase "y para los demás encargos, legados y mandas", ya que esto sólo significa que *también* para estas disposiciones se designa la Junta.

Adviértase que dicho párrafo comienza con la conjunción "y", lo que gramaticalmente significa que tanto para la administración de los bienes que se dejan al heredero, como para los encargos, legados y mandas, la administración estará a cargo de la Junta.

La interpretación contraria no sólo estaría reñida con la letra de la cláusula, sino también con su razón de ser y con la voluntad del testador ("Para el sostenimiento de la Universidad Católica de Lima").

Esto, concretamente, significa que para asegurar dicho fin, el testador dispone que la administración perpetua de los bienes que la Universidad

recibe como heredera, esté en cabeza de *una Junta en la que el testador confía.*

Hay hechos vinculados con la historia de la Universidad Católica de Lima que deben ser tomados en cuenta, en relación con este punto. Teodoro Hampe Martínez refiere, en tal sentido, que las facultades del Gran Canciller de la Universidad –el Arzobispo de Lima– quedaron recortadas a partir de 1957, por una reforma estatutaria que fundó el Consejo de Gobierno, suprema autoridad colegiada de esa casa de estudios. Se esclareció, sin embargo, que "el Consejo de Gobierno estaría presidido por el Arzobispo de Lima, e integrado por el rector de la Universidad, por varios obispos y por un par de laicos escogidos en el seno de esta misma corporación. Se dispuso también que disfrutaría las prerrogativas de formar no solo la terna de candidatos al rectorado para su elección directa en la Santa Sede, sino también de proponer a la Curia romana eventuales reformas en el estatuto; de velar por el cumplimiento de las normas canónicas en materia de personas y bienes; de disponer del patrimonio de la Universidad; de nombrar al tesorero general de la institución, etc. Es decir el Arzobispo de Lima tenía un control no solo de la designación de sus autoridades, sino del patrimonio de la Universidad. Algunas de dichas normas sufrieron modificaciones que contribuyeron a acrecentar el poderío del Consejo de Gobierno, mediante cambios introducidos en el estatuto de la Universidad en 1964. Por ejemplo, se añadió al Gran Canciller y sus consejeros las atribuciones de nombrar al pro-rector, designar a cuatro miembros del Consejo de Administración y aprobar cualesquier obligaciones económicas importantes, entre otros puntos" (HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro, *Historia de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (1917-1987); Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, pág. 51, Lima, Perú).

Resulta claro, entonces, que todos los cambios que fueron hechos con posterioridad a la muerte del causante, no pueden privar al Arzobispado de las facultades que oportunamente le fueron otorgadas por el testador.

B. Corresponde ahora analizar la validez de lo dispuesto por la Junta en 1994, cuando resolvió que la administración de los bienes recibidos por la heredera le corresponden a ésta y no a dicha Junta.

La Administración de dichos bienes por la Junta representa un *cargo de carácter perpetuo* impuesto por el causante en su testamento.

El cargo fue impuesto por voluntad del testador. La Junta es un tercero al respecto, que entonces carece de poder dispositivo sobre el cargo. Por tanto, su decisión de 1994 es *ineficaz*.

Como sostiene Marcadé: un mandato es una carga de confianza necesariamente personal, si la carga de ejecutor testamentario ha sido conferida no a una persona determinada sino a quién ejerza una función es claro que la encomienda pasa a todas las personas que ejerzan la función. (V. MARCADÉ, *Explication Théorique et Pratique Du Code Civil*. Septième édition, Tome IV, pág. 121. París, 1873).

La expresión del pensamiento de Troplong coincide en ello al sostener este autor que en tal caso las facultades pasarán a la persona que reemplace al individuo designado en la función y si a su vez este muere pasará de individuo en individuo, cita en ello la idea de Toullier. (R. TROPLONG. *Droit Civil Expliqué*. Tome III, pág. 533. París, 1862). Es que el cargo implica una función, es personalísima, no pudiéndose delegar en persona distinta de la designada por el testador. Lo indelegable es el cargo en sí, pues el testador ha nombrado a la persona teniendo en cuenta –precisamente– la confianza en ella o, como en este caso, en las cualidades de las personas a las cuales designa para el ejercicio de una función, tal como explicaban y ejemplificaban los comentaristas franceses: magistrados, notarios.

Lo contrario implicaría desvirtuar la institución al quedar librada a las vicisitudes de la voluntad del designado, pudiendo incluso –de admitirse la delegación– darse el caso de que el cargo sea ocupado por alguien que ejerza una función que para el testador hubiera resultado reprochable.

Además, consideramos que no es aplicable el plazo de prescripción de 10 años que el Código Civil peruano establece para la acción de nulidad de los actos jurídicos, ya que no se trata de un acto jurídico que contiene un vicio, sino de una decisión ineficaz e inoponible, en tanto y en cuanto adoptada por quien carecía de legitimación jurídica para modificar lo dispuesto en el testamento.

Nos parece útil referir que, sobre el tema del acto realizado por quien no tiene legitimación para ello, el ejemplo más elocuente –y más citado en el derecho argentino– es el de la transmisión *a non domino* del dominio de un inmueble, es decir, el acto de disposición realizado por quien no es su propietario, concretado en base a títulos falsos o por el medio que fuere.

Abundante doctrina y jurisprudencia argentinas señalan la absoluta ineficacia de esa transmisión, que no se sanea ni consolida por el paso del tiempo a través de la prescripción liberatoria.

La disposición del inmueble por quien no era su propietario invalida los actos de disposición posteriores, aunque fueren adquirentes de buena fe y a título oneroso (Cámara Nacional Civil, Sala D, 8-2-1983, en "La Ley", 1983-C-268; C.N.Civil, sala F, 27-8-79, LL, 1980-D-292; Suprema Corte Provincia Buenos Aires, 10-10-78, en "DJBA", 116-8452, entre tantos otros fallos).

Se señala con razón que, ni el primer adquirente ni el tercer subadquirente de buena fe y a título oneroso son amparados siquiera por *la doctrina de la apariencia jurídica* (Cámara Nacional Civil, Sala G, 10-5-1984, en "J.A." 1985- I – 378; CNCiv., Sala E, 20-3-1996, en "J.A.", 1997-III-50).

El último párrafo del art. 1051 del Código Civil argentino, que protege al tercer adquirente, no se aplica cuando la transmisión de dominio precedente fue dispuesta por quien no era realmente el propietario (Santos CIFUENTES, en *Código Civil Comentado*, director BELLUSCIO, coordinador ZANNONI, t. 4, pág. 733, Ed. Astrea; Cámara Nacional Civil, Sala G, 27-3-1995, en "La Ley" 1995-E-320).

Los fundamentos de esta solución varían en doctrina y en la jurisprudencia, pero todos coinciden en la misma solución.

Se ha sostenido que se trata de un *acto jurídico inexistente* (BELLUSCIO, en "*Derecho de familia*", II, pág. 35; Guillermo A. BORDA, "*Derechos reales*", II, nº 1504; LLAMBÍAS, "*Nulidad y terceros de buena fe*", en La Ley, 1979-D-102. Fallos: C.N.Civil, Sala F, 5-3-1986, en J.A., 1986-IV-113).

También se ha sostenido, como fundamento, que la transmisión *a non domino* es *inoponible* al legítimo propietario (Atilio Aníbal ALTERINI, en "Jurisprudencia Argentina", Secc. Doctrina, 1971 pág. 634; ALSINA ATIENZA, en "J.A.", Secc. Doctrina, 1969, pág. 457; TRIGO REPRESAS y COMPAGNUCCI DE CASO, en "Temas de derecho civil", pág. 51, entre otros).

Por cierto, hacemos la precedente referencia a un supuesto que no nos ha sido planteado, sólo a título de ejemplo comparativo entre las experiencias peruana y argentina, sin que ello implique sostener –ante un caso hipotético– la posibilidad de ejercer una acción reipersecutoria contra quien hubiese adquirido de buena fe y a título oneroso un inmueble heredado por la Universidad e inscripto el dominio a nombre de ésta, habiendo dispuesto la Universidad *per se* dicha venta.

Un parangón con el análisis propuesto de la ineficacia e inoponibilidad de la transmisión *a non domino*, según el derecho argentino, puede proponerse en el derecho peruano respecto del régimen de la ineficacia de los actos del *falsus procurator*, o de los actos del representante que excede o abusa de las facultades a él conferidas por el poderdante. En el Código Civil peruano de 1984, esta hipótesis es sancionada inequívocamente con la "ineficacia" (art. 161), debiéndose destacar, por lo tanto, cómo el legislador ha evitado referirse a la "nulidad" y "anulabilidad". Ello no puede tener otro sentido que el de excluir estas típicas irregularidades del ejercicio de la representación de toda posibilidad de consolidación por el paso del tiempo.

En cuanto a la perpetuidad del cargo, no sólo se advierte que el causante no le puso límite temporal, sino que además, expresamente, dispuso "pongo como condición insustituible y nombro como *administradora perpetua* de mis bienes una junta…".

La admisibilidad de la perpetuidad de un cargo testamentario es pacífica en la historia del derecho de sucesiones al que son afines los ordenamientos de Argentina y Perú, es decir, a la tradición romano-canónica, de manera que no puede invocarse, como causal de pérdida del derecho de administración de la Junta sobre la totalidad de los bienes, el tiempo transcurrido.

Recordemos, además, que el art. 689 del Código Civil peruano vigente remite con amplitud a las modalidades –condiciones, plazos y cargos– que se pueden imponer en los actos jurídicos, consecuentemente no hay, ni siquiera en el ordenamiento jurídico peruano actual, disposición alguna que permita sostener el criterio de que el causante carecía de las facultades aludidas.

En cuanto al Código de 1936, en el Libro III, "Del derecho de sucesión", tampoco existía norma restrictiva alguna sobre este tema.

De manera que es indiscutible la facultad con que contaba el testador de imponer al heredero testamentario el cargo perpetuo de aceptar la administración de un tercero respecto de los bienes cuya propiedad recibiría como herencia.

Agregamos que no es un cargo de cumplimiento imposible ni de contenido ilícito, por lo que integra el amplio poder de disposición del testador conforme a los arts. 738 y 189 del Código Civil peruano (Fernando VIDAL RAMÍREZ, *Tratado de Derecho Civil*, T. III, Vol. II, pág. 527, ed. Universidad de Lima).

C. Respecto de la legitimación para exigir que se cumpla la manda del testador que otorgó la administración de los bienes a la Junta, la respuesta basada en la invocada tradición del derecho romano-canónico es que ella corresponde al Arzobispado de Lima.

Nuestra interpretación se confirma, en ausencia de estipulaciones expresas en el Código Civil peruano de 1936, atendiendo al régimen vigente de los cargos, conforme al art. 185, segundo párrafo, del Código vigente.

El art. III, del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 expresa "La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Esta norma representa una aplicación de la "doctrina del consumo jurídico", conforme a la cual la ley nueva se aplica a las consecuencias aún no agotadas de las relaciones y actos jurídicos que tuvieron inicio antes del dictado de dicha ley.

El citado art. 185 expresa: "El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna".

La cláusula testamentaria de Riva-Agüero comienza diciendo "Para el sostenimiento de la Universidad Católica de Lima", y luego, tras designarla heredera a ésta, dispone que la administración de los bienes que componen la herencia (además de los legados, etc.), estará a cargo de una Junta compuesta por un representante de dicha Universidad y una persona designada por el Arzobispo de Lima.

Dado que la herencia fue dejada a la Universidad para su sostenimiento, podemos interpretar que estamos ante el supuesto descripto en el art. 185, "*Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social*", ya que el cargo no está destinado a beneficiar a nadie en particular, sino para asegurar la educación que brinda la Universidad.

De manera que, para respetar plenamente la voluntad del testador, quien confió en la Junta de administración para la efectiva satisfacción del interés social, consideramos que debe reconocerse al Arzobispado de Lima legitimación activa para exigir el cumplimiento del cargo, o sea, la administración de los bienes a cargo de la Junta.

Finalmente, creemos oportuno referir que en ordenamientos cercanos al argentino y al peruano, como el italiano, el incumplimiento del cargo es causa de resolución del beneficio hereditario. De aquí la importancia de establecer en quién recae la legitimidad para velar por la celosa ejecución de la voluntad testamentaria.

* * * * *

Esperando haber dado respuesta a la consulta que se nos formulara saludamos a ustedes muy cordialmente

Guillermo J. Borda  Gustavo A. Bossert  Marcos Córdoba