

LA INCAPACIDAD PARA SUCEDER DEL CONFESOR

Comentario a la sentencia de 6 de abril de 1934

Una vez más se ha enfrentado el Tribunal Supremo con la interpretación del precepto del artículo 752 del Código Civil en la sentencia objeto de estas notas. Esto nos proporciona el motivo para, al comentar dicha sentencia, realizar una exégesis de los antecedentes, requisitos y efectos del precepto en cuestión.

1. *El supuesto.*—El caso que contempla la sentencia es, a grandes rasgos, el siguiente: Don N. N. otorgó testamento abierto el 23 de junio de 1935, en el cual instituyó heredera usufructuaria a su esposa, a cuya muerte pasarían los bienes al Asilo de las Hermanitas de los Pobres de la población X, y para el caso de que hubiese imposibilidad legal de cumplir esto último, instituyó heredero a un sobrino, Z.

Este sobrino, una vez fallecida la esposa, interpuso demanda pidiendo la nulidad del testamento, fundado en que es nula la cláusula en que se instituye heredero al Asilo, pues el Capellán del mismo prestó auxilios espirituales al testador, durante su larga enfermedad, al que confesó dieciocho días después de otorgado el testamento, falleciendo pocos días más tarde. Y en el supuesto de ser válida la cláusula en cuestión, pidió que se considerase que sólo se refería al producto de los bienes enajenables y que respecto al metálico y rendimientos de dichos bienes, por no haber dispuesto nada el testador, se pongan a disposición de quienes resulten ser herederos abintestato del causante.

Rechazada por la Audiencia en todos sus puntos la demanda e interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo no da lugar al recurso, entre otras por las razones que incluye su considerando 2.º, que por ser las que tocan con el objeto de este trabajo exponemos a continuación:

“Considerando que el artículo 752 del Código Civil es de interpretación restrictiva, por contener una disposición que limita la libertad de testar en que se inspira nuestra legislación civil, teniendo este artículo su antecedente, como ya se ha dicho, entre otras sen-

tencias de esta Sala, en la de 25 de octubre de 1928, en la ley 15, título XX, libro X de la "Novísima Recopilación", con la que se trata de evitar una posible sugestión o captación de la voluntad, dado el estado del testador, lo que lógicamente no puede realizarse cuando el testamento es anterior a la confesión; y como en el caso presente, según los casos antes indicados, que el Tribunal "a quo" tiene por ciertos, ninguno de los cuales ha sido impugnado en este recurso, don N. N. otorgó su última voluntad dieciocho días antes de confesarse con el expresado sacerdote, sin que conste que con anterioridad fuera su director espiritual o le tratara, es manifiesto que no existe la menor prueba de que influyera de ningún modo en las disposiciones testamentarias del causante...; no pudiendo tampoco estimarse que el vínculo que une al indicado Capellán con el Asilo de Ancianos Pobres de X, en cuyas atenciones y necesidades han de emplearse los bienes dejados por don N. N., conforme a lo dispuesto en su testamento, sea equivalente al que existe entre un párroco y la iglesia que regenta, ni que por la misión que desempeña en el Asilo ha de obtener un lucro u otra clase de beneficios con la herencia de que se trata, pues el minucioso examen que en la sentencia recurrida se hace de la forma y condiciones en que ejerce su sagrado ministerio, sin formar parte de la Comunidad religiosa de las Hermanitas de los Pobres, que lo rigen y asisten a los ancianos recogidos, ni de la laica que estos últimos constituyen, habiendo sido nombrado y pudiendo ser separado por el Arzobispo de Toledo, quien retribuye su función con los intereses de un capital constituido por la fundadora de esta Capellanía colativa y mutual que administra tan alta dignidad de la Iglesia, justifica cumplidamente que su función sacerdotal en el Asilo y las relaciones morales y económicas que con esa benéfica institución tiene no pueden equipararse a las existentes entre un párroco y su iglesia, como antes se ha dicho, o a las que unen a los que forman parte integrante de un cabildo, comunidad o instituto, procediendo por todo lo expuesto desestimar este primer motivo del recurso.

Como puede observarse, en esta sentencia se plantean diversos problemas en torno a la prohibición del artículo 752. Existe, además, en los considerandos no transcritos, un problema de indiscutible interés y que ha sido objeto de frecuente discusión por la doctrina reciente española. Se trata de la naturaleza jurídica de una cláusula testamentaria muy usada, sobre todo en testamentos antiguos. Mediante ella se deja el usufructo de todo o parte de los bienes de una herencia a cierta persona durante toda su vida, disponiendo que pasen después en pleno dominio y libre disposición a otra u otras.

Desde que GONZÁLEZ PALOMINO (1) negó que esta cláusula crease un

(1) *Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio. I. Diagnóstico y tratamiento del pseudo-usufructo testamentario*. "Anales de la Academia Matritense del Notariado", t. II. pp. 431 ss.

verdadero usufructo, han sido varios los trabajos aparecidos sobre la misma y el Tribunal Supremo ha podido en reeptidas ocasiones sentar doctrina sobre este punto. En esta sentencia de 6 de abril de 1954, recoge el Tribunal Supremo la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO, de que tras la cláusula en cuestión, a la que dicho autor ha bautizado con el gráfico nombre de pseudo-usufructo testamentario, se encuentra en realidad camuflada una verdadera sustitución fideicomisaria, ya que, reuniendo los “requisitos indispensables para la sustitución fideicomisaria, la doble disposición de una misma herencia, la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo de los herederos, *no es preciso que de un modo expreso* la imponga el testador por llevarla consigo esta institución...”, como literalmente dice la sentencia. Y para esta interpretación no es obstáculo la exigencia de que los llamamientos fideicomisarios han de hacerse en forma expresa (2), pues basta que conste evidentemente la voluntad del testador, con lo cual lo que quiere evitarse no es el fideicomiso tácito, sino el presunto (3).

Pero aun reconociendo lo sugestivo del tema, queda fuera de nuestro intento y prescindimos conscientemente de su estudio (4).

2. *Examen de la solución dada por el Tribunal Supremo.*—El Código Civil, en su artículo 752, dice: “No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto”. Es interesante intentar un breve examen de los antecedentes de este precepto que arrojan luz sobre su fundamento y facilitan la visión crítica del mismo.

A) *Antecedentes históricos*—Es extraordinariamente frecuente en la historia la existencia de disposiciones testamentarias por las cuales, deseando los testadores favorecer su alma, ordenan sufragios y misas para

(2) Art. 785, n. 1.º, del Código Civil.

(3) Interpretando un precepto similar del Código, VALLET DE GOTTISOLO defiende, en su trabajo *La Mejora tácita* (“Anales de la Academia Matritense del Notariado”, t. VIII, pp. 9 ss.), que no cabe confundir lo tácito con lo presunto y que al exigir el Código en la mejora que sea “expresa”, lo que exige es que conste expresamente la voluntad de mejorar, aunque no use la palabra mejora.

Esto se confirma con el auténtico sentido del adverbio “expresamente”. En latín *expressum* y *expresus* se refieren a una manifestación clara y cierta, pero sin requerir que ésta sea formalmente expresada, y en castellano suponen manifestaciones o palabras claras, pero no palabras ni frases sacramentales. Requieren claridad y certeza, más no formalismo (VALLET: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en “Anuario de Derecho Civil”, t. VIII, fasc. II, p. 347, nota 891).

(4) Puede verse, sobre este tema, además del citado trabajo de GONZÁLEZ PALOMINO, la réplica de DÍAZ PASTOR en sus *Disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos y Apéndice pseudopolémico (Variaciones sobre un tema de Palomino)* publicados ambos en el tomo VI de los “Anales” citados, y otra nueva argumentación de GONZÁLEZ PALOMINO en su *Enajenación de bienes pseudousufructuados*, “Anales...”, t. V.

después de su muerte. La extensión de éstas, muchas veces en perjuicio de parientes que veían frustradas las legítimas expectativas que tenían a la sucesión, hicieron que ya en la alta Edad Media fueran muchos los Fueros que dictaron medidas restringiendo estas liberalidades. Así ocurre, por ejemplo, en el Fuero de Viquera y Val de Funes, Valencia, Vizcaya, Sepúlveda, etc.

Estas restricciones se fundamentan en que muchas de estas mandas, más que a un ánimo puro de liberalidad, responden a un espíritu de temor, acrecentado, en ocasiones, por la cercanía de la muerte.

Es fácil comprender la influencia que en dichas disposiciones podían tener los confesores y, precisamente para cortar los abusos que se produjeron, es por lo que el 12 de diciembre de 1713 el Consejo de Castilla dicta un auto acordado que es el antecedente directo del artículo 752.

Declara este auto que “la ambición humana ha llegado a corromper aun lo más sagrado, pues muchos confesores, olvidados de su conciencia, con varias sugerencias inducen a los penitentes, i lo que es más, a los que están en artículo de muerte a que les dexen sus herencias con título de fideicomisos, o con el de distribuir las en obras pías, o aplicarlas a las Iglesias, i Conventos de su Instituto, fundar Capellanías, i otras disposiciones pías; de donde proviene que los legítimos herederos, la Jurisdicción Real, i derechos de la Real Hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan, i executan, bastantemente enredadas; i sobre todo, el daño es gravísimo, y mucho mayor el escándalo...”, y para cortar estos abusos “... acordó que *no valgan las mandas, que fueren hechas en la enfermedad, de que uno muere, a su Confesor, sea clérigo o religioso, ni a deudo de ellos, ni a su Iglesia, o Religión...*”

Parece ser que en la práctica no se observaba lo dispuesto en el Auto en cuestión y por esta razón Carlos III dicta el 8 de agosto de 1771 una Real Cédula en la que urge su cumplimiento y declara nulos los instrumentos “que se executaren en contrario”. Por último, el 30 de mayo de 1830 se dicta por Fernando VII otra Real Cédula que, a través de un texto confuso y prolijo, contiene dos disposiciones que amplían la prohibición anterior. Por la primera, “en lo sucesivo, cuando los testadores dejasen por *herederas*, a sus almas, las de sus parientes, o de otros cualesquiera, o por vía de mandas o legados señalasen algunos sufragios, o de cualquier modo mandasen hacerlos, no pudiesen encargarse éstos a los confesores en la última enfermedad, ni a sus parientes, y si fuesen religiosos, ni a sus religiosos o conventos;...” Por la segunda, “la prohibición de las mandas

contenidas en la ley 15, título XX, libro X de la "Novísima Recopilación" (que recogió íntegramente el auto y la cédula anteriores), se extiende a las de herencias dejadas a los confesores, sus parientes y religiones o conventos.

Este es el camino seguido por la prohibición que nos ocupa en la etapa anterior a la codificación. Comenzados los trabajos preparatorios de la misma, aparece desde sus primeros momentos un artículo en que se la recoge. Así, el proyecto de Código Civil de 1851 (5) establece en su artículo 612: *Los médicos y cirujanos que hayan asistido al testador en su última enfermedad y sus esposas, no podrán percibir cosa alguna a virtud del testamento que haya hecho durante la misma; exceptuándose de esta prohibición los médicos y cirujanos parientes del testador dentro del cuarto grado,* y en el 613 dice: *La prohibición del artículo anterior alcanza a los confesores del testador en su última enfermedad, a los parientes de ellos dentro del cuarto grado, y a sus iglesias, cabildos, comunidades o institutos.*

El artículo 612 carece de antecedentes en nuestro Derecho y procede, con ciertas podas, del Código francés (6). El 613 recoge los antecedentes citados con ciertas variantes. Sustituye, en efecto, la fórmula *deudos y parientes* por la de *parientes de cuarto grado*, con lo que delimita la extensión de la prohibición, y trueca el término "iglesia, religiones y conventos" por el más preciso de *iglesia, cabildo, comunidad o instituto*.

GARCÍA GOYENA, comentando el precepto (7), dice que en el espíritu de nuestro artículo "entra también la prohibición del Real Decreto de 30 de mayo de 1830 para que no puedan encargarse a los confesores en la última enfermedad ni a sus parientes y, si fuesen religiosos, ni a sus religiones ni conventos los sufragios que de cualquier modo mande hacer el testador".

B) *Derecho comparado*.—Como ya indicamos con anterioridad, el precepto en cuestión está recogido en el Código de Napoleón, estableciendo idéntica prohibición para los médicos (8). El precepto ofrece particularidades interesantes que lo diferencian del artículo 752 del Código Civil. En primer lugar, extiende la prohibición a los "ministros del culto" en general,

(5) Para un estudio de la plasmación del precepto en los proyectos oficiales y particulares anteriores a 1851, *vid.* LUIS TERRADAS SOLER: *La llamada prohibición de confesores*. Instituto Editorial Reus (Madrid, 1948) pp. 73 ss.

(6) V. el art. 909 del mismo, y ya antes, Ley 9.ª, título 52, libro 10 del Código Justiniano, que prohíbe los pactos entre médicos y enfermos, y Ley 3.ª, título 13, libro 50 del Digesto; pero, como observa GARCÍA GOYENA, en estos textos no aparecen prohibidas las mandas e instituciones de heredero.

(7) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. T. II (Madrid, 1852), pp. 58-60.

(8) Art. 909 citado.

cualquiera que sea la religión a que pertenezcan y no sólo a los sacerdotes católicos. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, la prohibición alcanza al que haya asistido al enfermo, no sólo al confesor, con lo cual el precepto resulta más amplio en su aplicación. Otra particularidad del Derecho francés es la existencia de dos excepciones. La primera excluye a las transmisiones remuneratorias. Señalan COLIN y CAPITANT (9) que sólo serán válidas si se hacen a título particular. La segunda, muy lógica y que, como veremos, se echa de menos en nuestro Código, la constituyen los actos de liberalidad a favor de próximos parientes. Y así puede disponerse en todos los casos si el médico o ministro de una religión es heredero en línea recta ascendente o descendente y cuando el enfermo no deja parientes en línea recta si el favorecido lo es en línea colateral dentro del cuarto grado. La jurisprudencia, llenando una indudable laguna legal, ha extendido la excepción al caso del cónyuge.

El precepto aparece recogido en múltiples Códigos de las órbitas francesa y española, aunque haya diferencias no sustanciales; así lo hacen los Códigos del Uruguay, Costa Rica, Argentina, Perú, Colombia, Holanda, Portugal, etc. (10). También divergen los Códigos en las excepciones, algunas de ellas tan lógicas como la de exceptuar de la prohibición la Iglesia parroquial a que pertenezcieren el finado (11).

En cambio, no aparece la prohibición en los Códigos de cuño germánico: alemán y suizo. Tampoco aparece esta incapacidad en el Código italiano. Y esto es curioso porque para ello desdén los antecedentes de los Códigos parmense, estense y borbónico. Este último ampliaba la incapacidad también al abogado que hubiese aconsejado o dirigido el testamento. RUGGIERO, tras manifestar que la supresión se debió a Pisanelli, la critica por considerar las razones aducidas por éste, para justificar la omisión, insuficientes (12).

C) *Fundamento y crítica del precepto.*—Los antecedentes históricos y el Derecho comparado, que a grandes rasgos hemos expuesto, demuestran la extensión y arraigo del precepto y nos invitan a reflexionar sobre la causa del mismo. Es evidente la influencia que sobre el ánimo de los enfermos tiene el consejo de los confesores. En aquellos instantes es induda-

(9) COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, traducido por "Revista General de Legislación" con notas de DE BUEN. Editorial Reus (1928) t. VIII, p. 465.

(10) Las principales diferencias radican en que algunos restringen la prohibición al confesor y otros la extienden, como hemos visto hace el francés, al Ministro de Culto en general.

(11) Códigos civiles de Costa Rica y Colombia. Vid. TERRADAS, *op. cit.*, pp. 83 ss.

(12) RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*. Ed. española. Reus (1931), vol. II, p. 1119, nota 4.ª.

blemente fácil lograr del penitente una disposición favorable al confesor. De esta situación de preponderancia que produce una posibilidad de abuso es de la que han partido las legislaciones. En la práctica hubo indudables abusos. SÁNCHEZ ROMÁN (13) señala la existencia histórica de los llamados *haeredipetas*—postulantes de herencias—cuyos vicios fueron repetidamente condenados por las severas censuras eclesiásticas. El auto acordado de 1713 parte de que *muchos confesores, olvidados de su conciencia con varias sugerencias inducen a los penitentes, i lo que es más, a los que están en artículo de muerte a que les dexen sus herencias con titulo de fideicomisos, o con el de distribuirlas en obras pías...*

El Estado mismo, en ocasiones, y reconociendo este posible influjo de los confesores, quiere ponerlo al servicio de sus fines peculiares, y así, dándose el caso de que los vecinos de Ultramar disponían de sus bienes en favor de instituciones radicantes en la metrópoli y deseando evitarlo el Rey, en uno de mayo de 1543 expidió una real cédula en la que dice “*tene-mos por cierto, que si por vosotros en las confesiones y en los particulares consejos y pareceres que de vos recibieren para descargar sus conciencias y ordenar sus testamentos son advertidos de esto los vecinos de esas partes, guardarán en las buenas obras y pías que mandaren hacer, la orden que son obligados...*”, y añade la cédula, “... Yo os encargo y mando, que de aquí adelante, tengáis cuidado en vuestros sermones, consejos y *confesiones* de dar a entender a los vecinos de esas partes, cómo deben principalmente tener atención a las buenas obras que hicieren y mandaren en sus últimas voluntades a esa tierra, Iglesias y lugares píos y personas pobres de ella...” (14).

Para cortar estos abusos se dictó el precepto que hoy recoge el artículo 752. La forma rápida de evitar la posible coacción de los confesores sobre sus penitentes es prohibir que éstos puedan disponer a favor de aquéllos de sus bienes. El fundamento del artículo resulta, pues, claro y además consigue el objetivo que se propone, pero revela también una posición de desconfianza hacia la actuación sacerdotal que, elevada por el precepto a norma general, resulta ciertamente ofensiva.

Algunos autores han buscado al precepto una fundamentación objetiva. Así, según SÁNCHEZ ROMÁN (15), la razón jurídica de ese precepto prohibitivo se deriva de la sana aspiración... “de garantizar la libertad del testador hasta contra los naturales influjos que en su espíritu puedan ejercer cir-

(13) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*. 2.ª ed. (Madrid, 1900), t. III, p. 50.

(14) Verla íntegramente reproducida en TERRADAS, *loc. cit.*, p. 102, nota 166, quien la toma de “*Anales de la Universidad Hispalense*” (Sevilla, 1941), p. 58, n. III.

(15) *Op. cit.*, t. VI, vol. I, pp. 262 y siguiente.

cunstancias y motivos tan especiales y poderosos de sugestión sobre su ánimo, como son, en los trances de muerte, la solemnidad de la última confesión y los naturales y apremiantes estímulos de un orden espiritual que es racional presumir puedan ejercer en él las preocupaciones y sentimientos religiosos y ciertos anhelos de prodigalidad puestos consciente o inconscientemente al servicio de aquéllos, es decir, en mejores o peores condiciones de serenidad en instantes tan supremos, del fin religioso de la redención del alma y que, además, es lógico suponer no habrían de encontrar resistencia, sino más bien amparo y fomento en los consejos del confesor, siendo esto hasta natural y disculpable, atendido su sacerdotal ministerio que... no sería el llamado a resistir los deseos revelados por el testador en tal sentido..." Pero este criterio, que quizás justificase la supresión o moderación de las mandas pías en general, no sirve para fundamentar esta norma, que lo que prohíbe es que de ellas se beneficie el confesor y sus allegados.

Creemos, en efecto, totalmente injustificada la existencia actual del precepto, por las razones siguientes:

1.º La capacidad para recibir por testamento es la regla general en nuestro Derecho, según se desprende del artículo 745 del Código Civil. También es regla general la libertad del testador para disponer de sus bienes (16); pues bien, una y otra quedan violadas sin un verdadero motivo que lo justifique. Es cierto que, como hemos visto, el confesor tiene posibilidad de influir sobre el penitente para arrancarle una disposición a su favor, pero esto no puede elevarse a regla general y cabe que un testador, libérrimamente y sin influencia alguna, desee beneficiar al confesor, con el que pueden unirle vínculos de amistad e incluso parentesco, viéndose privado injustificadamente de su libertad de testar por la aplicación del artículo.

2.º La aplicación general del precepto puede llevar a soluciones verdaderamente contrarias a la libre voluntad del testador, cosa no sólo posible, sino hasta fácil. Piénsese, por ejemplo, en el enfermo que testa en pueblo donde sólo hay una parroquia y que si previamente se confesó con su párroco, no puede beneficiar a aquélla con sus disposiciones, o en el padre que confiesa con su hijo sacerdote, el cual no puede otorgar disposición alguna que le beneficie. Y así podrían reiterarse los casos que la práctica presenta, todos los cuales demuestran que el precepto es injusto,

(16) "El que no tuviere herederos forzosos—dice el artículo 763—puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos."

por lo menos en alguna de sus aplicaciones, y que debe ser objeto de reforma.

3.º El fundamento del precepto hemos visto que se encuentra en la sospecha de coacciones sobre el testador. Lo procedente sería declarar la nulidad del testamento si se produjese efectivamente dicha coacción. Para ello bastaría con la aplicación de otros artículos del Código, como el 673 y el 756, número 6.º (17), pero partir del punto de vista contrario es alterar la regla general del Derecho que presume la buena fe en las actuaciones jurídicas. Además, y si el precepto se basa en la sospecha de coacción, debería ceder en aquellas situaciones en que existen garantías de que la voluntad testamentaria se ha expresado libremente. El notario, por ejemplo, que da fe en el testamento de que el testador expresa libremente su voluntad ve puesta en entredicho su declaración por la propia ley, que presume de modo absoluto la existencia de coacción. Quizás por ello hubiera sido oportuna una excepción para el caso de intervención notarial y limitar el supuesto a una recomendación—semejante a la que con otros motivos hace a los jueces el artículo 1.248—hecha al fedatario de una mayor precaución ante este tipo de disposiciones. Y es curioso anotar que esta norma no hubiese carecido totalmente de antecedentes, pues en el Fuero de Vizcaya (título XXI, ley 5.ª) hay una disposición prohibiendo que “testador alguno que tenga decendientes o ascendientes, pueda mandar a extraños más de un tercio” en testamento que “*no passare en presencia de Escrivano público*”.

Tampoco se comprende por qué no se mantuvo igual norma para el médico, como en el proyecto de 1851, y se arbitró fórmula semejante para el pariente, el abogado o el enfermero. Es cierto que—como advierte RUGGIERO (18)—el confesor goza de un ascendiente del que carece el amigo o pariente, pero muchas veces el cariño logra unos resultados más eficaces que la confesión, cuyos efectos son normalmente de carácter transitorio.

4.º Aun admitiendo la existencia del artículo, tampoco es comprensible por qué no se admite la prueba en contrario, dando lugar al absurdo de que, aun pudiéndose demostrar la ausencia de captación de voluntad por parte del confesor, se mantengan los efectos de la norma dictada para prevenir dicho peligro. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que el testador reitera en dicho testamento disposiciones piadosas ya recogidas en otros anteriores o que haya manifestado con reiteración y que resulten incursas en la prohibición.

(17) El artículo 673 dice: “Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”. Y el 756 dice: “Son incapaces de suceder por causa de indignidad:... 6.º el que con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo”.

(18) *Loc. cit.* en la nota 12.

También debería haber excepciones, como vimos en el Código francés, para ciertos casos en que las disposiciones no tienen carácter sospechoso, como ocurre con los parientes próximos, evitándose así algunas de las incongruencias que antes indicamos.

5.º No podemos entrar en el estudio del choque que se produce entre la norma del artículo 752 y las del *Codex Juris Canonici* (19), choque que en cierto modo contradice la disposición del artículo 4.º del Concordato actual (20), pues representa una limitación a la capacidad adquisitiva de las entidades eclesiásticas. Que el precepto viola la inmunidad eclesiástica lo reconocía el auto de 1713 que señala la necesidad de obtener el Concordato, o asenso pontificio a la prohibición.

Pero cualquiera que sea el juicio que merece el precepto, el hecho es que existe vigente y ha de aplicarse en la práctica. Veamos, pues, los límites del mismo, para la determinación de algunos de los cuales es de gran utilidad la sentencia que comentamos.

D) *Delimitación de la aplicación del precepto a la luz de la sentencia de seis de abril de 1954.*

a) *Criterio general.*—Siendo el precepto una norma prohibitiva que restringe la capacidad para ser heredero (que con carácter general proclama el artículo 745), y en cierto modo la libertad del testador para ordenar su última voluntad (que consagra el artículo 763), debe ser interpretado restrictivamente, lo que significa que no cabe extenderlo a casos distintos de aquellos expresamente comprendidos en él y que incluso en la fijación de éstos debe adoptarse un criterio que limite en lo posible sus efectos. Así lo declara expresamente la sentencia que comentamos, al decir que “el artículo 752 es de interpretación restrictiva, por contener una disposición que limita la libertad de testar en que se inspira nuestra legislación civil”. Ya con anterioridad el Tribunal Supremo había realizado idéntica declaración y la sentencia de 25 de octubre de 1928 llega a decir que “únicamente cuando concurren todas las condiciones o circunstancias requeridas por el precepto al definirla puede ser rectamente aplicada”.

(19) Por ejemplo, con los cánones 1.495, 1.499, 1.513, 1.514 y 1.515, etc. En el canon 1.513, no obstante, se establece que “serventur, si fieri possit, sollemnitates iuris civilis”; pero añade “haec si omissae fuerint, heredes moneantur ut testatoris voluntatem adimpleant”. Aunque este precepto se refiere indudablemente a las formalidades en la expresión de la voluntad testamentaria y revela el espíritu del Derecho canónico, que desea por encima de todo el cumplimiento de la voluntad de los testadores, libremente formada.

(20) “El Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas existentes en España...”

Veamos ahora estas condiciones de aplicación del precepto:

b) *Qué se entiende por confesor.*—El artículo 752 habla del “sacerdote que le hubiera confesado”. Esto significa una importante restricción en la aplicación del precepto, en un doble sentido. Por una parte limita el precepto a los sacerdotes de la religión católica, a diferencia, como vimos, del Código francés, que se refiere genéricamente a “ministros del culto”. Esta limitación es evidente, porque habla de “sacerdote”, lo que en términos normales se refiere en nuestra patria al católico, y, sobre todo, porque la confesión es sacramento sólo practicado en la Iglesia católica. Esta limitación resulta injusta, pues si el precepto se basa en la posibilidad de sugestión, idéntica la tiene el ministro que asista en los últimos momentos al perteneciente a distinta religión. Comprendiendo esta identidad de motivos cree MANRESA (21) que será extensiva la incapacidad a dichos ministros de cualquier religión positiva. Pero los términos literales del precepto, claros en este punto, y el criterio restrictivo que hemos visto adopta el Supremo en su interpretación, no abonan dicha opinión.

La segunda limitación a que nos referimos es también injustificada. Es preciso que el sacerdote haya “confesado” al testador. Esta exigencia hace dudar, en primer término, sobre la razón de ser del precepto. Parece, en efecto, que el artículo arroja sobre el sacramento de la confesión en sí la posibilidad de abuso. En realidad, si el artículo fuese concorde con su fundamento, basaría la norma en la asistencia espiritual—como hace el francés—con independencia de que exista o no confesión.

El problema se plantea, sobre todo, en torno al director espiritual. Este tiene un ascendiente sobre el dirigido que supera con mucho al simple confesor—quizás eventual—. Es más, el auto de 1713, origen, como es sabido, del artículo 752, parece referirse, más que al confesor eventual de una persona, al que lo es habitualmente. lo que en términos actuales llamaríamos director espiritual. Por eso declara no válidas las mandas hechas a “su confesor”, sin que parezca exigir que la confesión haya de ser hecha, como el testamento, en la última enfermedad. Hay que tener en cuenta también que la dirección espiritual puede llevarse con independencia de la confesión, por lo que, dándose en realidad el peligro que se trató de prever con dicho artículo, éste no sea aplicable.

El Tribunal Supremo no ha dejado de hacerse eco del problema. En la sentencia de veinticinco de abril de 1899 baraja, en efecto, nuestro alto Tribunal como sinónimos los términos “confesor” y “director espiritual”.

(21) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*. 5.ª ed. (1921), t. VI, p. 40.

Y es más, en la sentencia de seis de abril de 1954 que provoca este comentario, uno de los motivos para rechazar el recurso es que se había otorgado el testamento dieciocho días antes de confesarse con el expresado sacerdote, “sini que conste que con anterioridad fuera su director espiritual”. Con esta frase el Supremo parece dar a entender que su fallo hubiera podido ser otro en el caso de que dicho sacerdote fuera el director espiritual de la causante, hubiese o no confesado a ésta. Pero creemos que esto no es exacto; los términos claros del precepto exigen que haya confesado al testador, y es la demostración de dicha confesión la que haría entrar en función el precepto. El ser o no director espiritual es totalmente indiferente; y, si bien es cierto que el director espiritual puede tener una influencia sobre el dirigido, faltando el apoyo de la declaración del artículo 752, habrá de probarse que efectivamente ha influido sobre la voluntad testamentaria torciendo el verdadero deseo del testador, para que pueda declararse la nulidad de la disposición al amparo del artículo 673 o del 756, número 6.º.

Que es imprescindible que exista confesión lo tiene declarado, además, el Tribunal Supremo, y así, en su sentencia de 8 de enero de 1896, que, aunque dictada contemplando la legalidad vigente con anterioridad al Código Civil, es razonablemente aducible para interpretar en este punto, éste dice que no infringe la Sala la ley 15.ª, título XX, libro X de la “Novísima Recopilación”, sino que la aplica rectamente porque el párroco “si bien prestó al testador auxilios espirituales e intentó confesarlo, no llegó a verificarse la confesión”.

Plantea, por último, otro problema en este punto el precepto. Vinculada su aplicación a la existencia de confesión y siendo precisa para ésta que exista absolución (22), es preciso probar que se ha producido la misma para que el artículo sea aplicable. Pero la confesión se realiza normalmente estando solos confesor y penitente; si aquél niega haber dado la absolución resultará difícil probar que se produjo la misma. Por esto el Tribunal Supremo, en la sentencia de veinticinco de octubre de 1928, declara que no es suficiente la “presunción que consiste en que estuvo el sacerdote solo en la alcoba con el moribundo en los postreros días de su vida, y es lógico pensar que le invitara a confesarse, cumpliendo los deberes de su sagrado ministerio”.

c) *El requisito de “última enfermedad”*.—No deja de producir dificultades determinar la aplicación de este requisito. En primer lugar, dudan los autores sobre qué debe entenderse por “última enfermedad”. Es evi-

(22) El canon 870 dice que “In poenitentiae sacramento, per iudicalem absolutionem...”

dente—como advierte SCAEVOLA (23)—que hay enfermedades tan largas que llenan la vida de una persona; así ocurre con las hereditarias o constitucionales. Ante la indeterminación de los términos legales y fundándose en la razón de ser del precepto, que está en la debilitación de las facultades mentales que la enfermedad produce, y en el temor a la otra vida, creen muy cuerdamente autores, como MANRESA (24), que el testador se encuentre “en peligro de perder la vida”, o, como con más exactitud apunta SCAEVOLA (25), que el mal haya llegado a tal punto que “el enfermo empiece a darse cuenta de su estado y a desechar la esperanza de curación y preocuparse del arreglo de sus cosas para el porvenir”. El Tribunal Supremo, en su sentencia de veintidós de diciembre de 1884 (26), dice que “la ley se refiere a aquellos testadores que se encuentran en peligro de perder su vida, que es cuando el confesor puede influir más en su ánimo”. Y TERRADAS (27) considera desacertada esta doctrina. Hoy, además, el texto legal no proporciona apoyo alguno a la exigencia de peligro de muerte. Pero el Tribunal Supremo, en su sentencia de veinticinco de octubre de 1890, corrobora claramente la tesis expuesta, pues considera que no puede ser considerado el párroco como confesor en la última enfermedad “si para ello se funda en que si bien la padecía ya cuando aquél se confesó con dicho sacerdote, lo verificó cerca de dos meses antes de su fallecimiento y no por razón del peligro de muerte, sino en cumplimiento del precepto pascual, concurriendo al efecto, como los demás fieles, a la iglesia del pueblo, y hallándose en estado que le permitía salir de casa, atender a sus ocupaciones y trasladarse a la capital del partido para otorgar el expresado testamento”. Y poco más de un mes después de la sentencia que provoca este trabajo, el veinticuatro de mayo de 1954, el Tribunal Supremo declaró no aplicable el precepto si “la testadora no padecía enfermedad alguna al tiempo del otorgamiento”, sobreviniéndole la que le produjo el fallecimiento varios meses después.

Lo que sí es evidente es que no se precisa que la muerte aparezca como inminente. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de abril de 1899, estimó aplicable el precepto aun cuando la testadora falleció diez meses después. Y es también aplicable el artículo conforme a esta misma sentencia aun cuando la muerte se produzca por accidente distinto a la enfermedad padecida, siempre que ésta persista al tiempo de la muerte.

(23) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, 5.ª ed comentada y revisada por FRANCISCO ORTEGA LORCA, t. XIII, p. 337.

(24) *Op. cit.*, p. 39.

(25) *Op. cit.*, p. 338.

(26) *Cit.* por TERRADAS, p. 114, nota 189.

(27) *Op. y loc. cit.* en nota anterior.

Si el testador, aun cuando el testamento se hiciera en peligro de muerte, sana de su enfermedad, desaparece la prohibición y el testamento otorgado durante la misma es válido y eficaz, quizás por entender el legislador que en este caso, al no revocar el causante el testamento, demuestra que efectivamente responde a su voluntad.

d) *¿Debe ser el testamento posterior a la confesión?*—Este es el punto, sin duda, clave de la sentencia de seis de abril de 1954, que literalmente establece que “como en el caso presente, según los hechos antes indicados, que el Tribunal “a quo” tiene por ciertos, ninguno de los cuales ha sido impugnado en este recurso, don N. N. otorgó su última voluntad dieciocho días antes de confesarse con el expresado sacerdote, sin que conste que con anterioridad fuera su director espiritual o le tratara, es manifiesto que no existe la menor prueba de que influyera de ningún modo en las disposiciones testamentarias del causante”. Con esto viene a aclarar una cuestión que estaba oscura en la doctrina, pues el artículo no distingue. SCAEVOLA (28) y TERRADAS (29) creen aplicable la prohibición, cualquiera que sea el momento del testamento. ORTEGA LORCA (30) entiende, por el contrario, que el término “hubiese” que emplea el artículo, en pretérito de subjuntivo, parece indicar que el hecho de la confesión debe ser previo al testamento para que resulte aplicable el precepto. El Tribunal Supremo, a nuestro juicio con acierto, prescinde de estos argumentos gramaticales, siempre sutiles, para atender al fundamento del artículo y al criterio restrictivo que su carácter excepcional impone en su aplicación.

Es cierto que—como observa ORTEGA LORCA—cabe, si el confesor es habitual, que la influencia provenga de anteriores confesiones; pero en este caso habría que atender a la existencia de éstas y, además, esta crítica sólo es un reflejo de la que ya expusimos señalando como incongruente que el Código exija el hecho de la confesión más que el de una dirección espiritual, que es la que verdaderamente concede la posibilidad de abuso. La tesis, por último, que sostiene el Supremo, no es nueva y aparece ya apuntada en la sentencia de veinticinco de octubre de 1928, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, si bien desde otro punto de vista.

e) *Extensión subjetiva de la prohibición.*—Alcanza ésta al confesor en los términos ya indicados, a sus parientes dentro del cuarto grado y a su iglesia, cabildo, comunidad o instituto.

(28) En las primeras ediciones de su *Código Civil*, según dice TERRADAS, *loc. cit.*, p. 112, nota 187.

(29) *Loc. cit.*, p. 113.

(30) 5.ª ed., p. 341.

Vamos a apuntar muy brevemente algunos de los problemas planteados por este punto. Primero, resulta excesiva la extensión de la incapacidad hasta el cuarto grado, recogida en el Código quizás por inercia, intentando concretar la indeterminación de nuestros antecedentes legales. Los Códigos extranjeros suelen reducir la prohibición a ascendientes y descendientes. En segundo lugar, pueden producirse verdaderas injusticias en el caso —que ya apuntamos— de que el testador—o sus parientes—tengan vínculos de parentesco entre sí. El Tribunal Supremo, en una vieja sentencia de tres de noviembre de 1871, anuló la manda a favor de unos sobrinos del causante sólo porque éstos resultaban primos del confesor. Por último, creemos, siguiendo a SCAEVOLA (31), que el precepto no alcanza a los afines del confesor, pues cuando el Código habla de parientes genéricamente, suele referirse sólo a los legítimos, y porque no debe olvidarse el criterio restrictivo que la jurisprudencia adopta en la interpretación del precepto.

La sentencia de seis de abril de 1954 arroja nueva luz al intentar determinar qué se entiende por “su” iglesia. De los términos de la sentencia parece deducirse que ha de tratarse ya de una parroquia que regente el confesor, ya, en términos generales, una iglesia respecto de la cual se encuentre éste en situación que le permita obtener “un lucro u otra clase de beneficio con la herencia”. Por eso, acertadamente, la sentencia niega que la relación existente entre el capellán y el Asilo en cuestión dé lugar a la incapacidad, pues “el examen de la forma y condiciones en que ejerce su sagrado ministerio, sin formar parte de la Comunidad religiosa de las Hermanitas de los Pobres, que lo rigen y asisten a los ancianos recogidos, ni de la laica que estos últimos forman, habiendo sido nombrado y pudiendo ser separado de su cargo por el Arzobispo de Toledo, quien retribuye su función con los intereses de un capital, constituido por la fundadora de esta Capellanía colativa y mutual, que administra tan alta dignidad de la Iglesia, justifica cumplidamente que su función sacerdotal en el Asilo y las relaciones morales y económicas que con esa benéfica institución tiene no pueden equipararse a las existentes entre un párroco y su iglesia, como antes se ha dicho, o a las que unen a los que forman parte integrante de un cabildo, comunidad o instituto”.

En cuanto a los términos cabildo, comunidad o instituto, no ofrecen lugar a dudas y es preciso que el confesor pertenezca a ellos para que resulten incapaces de recibir nada de la herencia.

f) *Disposiciones a que alcanza la prohibición.*—El artículo es muy

(31) *Loc. cit.*, p. 349.

amplio; dice "disposiciones testamentarias *en favor*". Caerán dentro de la misma toda atribución de bienes a título universal o singular y, en general, cualquier disposición que le beneficie, aunque su contenido no sea directamente económico.

En el Código francés se exceptúan de la prohibición las disposiciones remuneratorias. Nuestro Código no recoge la excepción; pero, estableciendo el artículo 622 respecto a las donaciones remuneratorias que sólo se regirán por las normas de la donación "en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto", con lo cual quiere significar que sólo en cuanto al exceso respecto al servicio que se remunera puede considerarse existe puro ánimo de liberalidad, creemos no sería imposible extender al supuesto que nos ocupa el espíritu que se desprende de este precepto y entender válidos los legados remuneratorios hasta el valor del servicio prestado por el confesor o sus parientes. Es innecesario advertir que el hecho de la confesión en sí, por grandes que sean los beneficios espirituales que el testador conceda, es inapreciable económicamente y no puede servir de base a una remuneración.

Hoy no existe el problema, discutido antes de la promulgación del Código Civil, de si el confesor podía ser nombrado heredero fiduciario para distribuir los bienes con arreglo a instrucciones reservadas, pues el artículo 670 veda con carácter general esta clase de instituciones.

Más interesante es el problema de si el confesor puede ser nombrado albacea. La jurisprudencia anterior al Código Civil lo resolvió en sentido afirmativo (32). También lo creen posible hoy la generalidad de los autores (33). Se funda en que el artículo 752 está en el capítulo de la incapacidad para suceder y el albaceazgo no implica sucesión, y en que el artículo 893 no recoge esta incapacidad. Creemos, no obstante, que si el testador asignase al confesor-albacea una retribución reaparecería la causa que motivó el precepto y ésta sería inválida si excediese de la normal retribución que merezca el trabajo de albacea (34). Por razones semejantes a las indicadas creemos posible nombrar al confesor tutor testamentario, ya que, además, no se encuentra ésta entre las incapacidades del artículo 237, con la única especialidad, que apuntan SÁNCHEZ ROMÁN y SCAEVOLA, de que haya sido asignada una retribución por el testador, en cuyo caso habrá de

(32) Sent. de 18-VI-1864, 21-XII-1866 y 2-I-1882.

(33) SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI, vol. I, p. 266; SCAEVOLA, *loc. cit.*, p. 346; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, 6.^a ed., t. IV, p. 272; TERRADAS, *op. cit.*, p. 115.

(34) En cambio, creemos válida la asignación de una retribución justa, pues estaríamos ante una situación similar al legado remuneratorio que, según hemos defendido, sólo caería dentro del radio de acción del artículo en cuanto exceda del valor del servicio que se presta.

atender a si su cuantía es o no excesiva, para dictaminar sobre su validez (35).

Un problema que la doctrina no suele plantear es el de si podría ser beneficiado el confesor en la última enfermedad por medio de una donación u otra disposición entre vivos. El artículo 752 habla de "disposiciones testamentarias"; por tanto, no alcanza la prohibición a donaciones y contratos onerosos (por ejemplo, de seguros). Es cierto que el artículo 755 dice que "será nula la disposición testamentaria hecha a favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta"; pero, aparte de la incongruencia que representa el decir que puedan hacerse disposiciones testamentarias en contratos onerosos (36), el artículo en cuestión no puede alcanzar a prohibir aquellos actos que no tengan vínculo alguno con las disposiciones "mortis causa", como ocurre con las donaciones "inter vivos" cuya efectividad sea inmediata y no se subordine al fallecimiento del donante (37).

g) *Efectos.*—Si concurren las circunstancias que hemos examinado entra en función la incapacidad que establece el artículo. La disposición hecha a favor del incapaz es nula de pleno derecho (artículo 755) y si hubiese entrado éste en la posesión de los bienes hereditarios estará obligado a restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido (art. 760). La acción para hacer efectiva esta incapacidad caduca a los cinco años. Así lo establece el artículo 762, que el Tribunal Supremo, en su sentencia de veintiuno de mayo de 1910, ha declarado aplicable al supuesto del artículo 752.

JOSÉ MARÍA DE PRADA

Notario

(35) En este caso y en el anterior la nulidad parece que sólo alcanzará a lo que exceda de la retribución justa (para el tutor la establece el art. 276). No obstante, surge una objeción. El artículo 725 se fundamenta en una presunción de coacción: si el confesor no se beneficia la base de la presunción desaparece y el artículo no se aplica, pero si se beneficia entra en juego el artículo y en este caso quizás lo más concorde con el espíritu del mismo sería anular totalmente el acto, pues la coacción es de suponer alcanzase no sólo al exceso de retribución, sino al nombramiento en sí.

(36) El testamento es esencialmente "acto de disposición" (art. 667).

(37) Otra solución habría que dar al problema si se tratase de donaciones *mortis causa*, en el supuesto de que con VALLET DE GOYTISOLO se admitiese su posibilidad, pues, en este caso, la asimilación a las disposiciones de última voluntad, que impone el artículo 620, llevaría a considerarlas incursas en la prohibición. En cuanto a las donaciones *inter vivos*, pero con entrega *post mortem*, o aquellas en las que exista una reserva del usufructo a favor del donante, parece ser que podría apreciarse la existencia de una simulación o por lo menos un subterfugio para violar el precepto, y les sería aplicable el artículo 755.