

blemas pendientes en la política contemporánea y no puede otorgarse plenamente á las comunidades religiosas no autorizadas por el Concordato capacidad para adquirir ó suceder por testamento que se funde en su existencia legal y normal según la ley, cuando precisamente esto es lo que les falta, y aquélla está negada, según lo ratifica el segundo párrafo del art. 38 del Código civil, acerca de cuyo punto se deja consignado anteriormente cuanto se estima necesario.

Por *motivo penal* sirve á completar la doctrina de las personas jurídicas no permitidas por la ley, el art. 198 del Código penal, que considera *asociaciones ilícitas* las que por su objeto ó circunstancias sean opuestas á la moral pública y las que tengan por objeto cometer algunos de los delitos penados por el Código.

En su consecuencia, el criterio legal de este número segundo del art. 745, determinante de la incapacidad para suceder por testamento ó sin él, es el mismo que en el número primero de dicho artículo. Así como en éste se niega á las criaturas abortivas la capacidad para suceder, es decir, á los no nacidos por no concebidos, ó á los concebidos que no nacieran después en las circunstancias del art. 30 del Código, que es lo mismo que declararles incapaces por inexistencia al tiempo de causarse la sucesión, en aquél se mira igualmente á las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley, en cuanto dicho permiso es condición precisa de su legal existencia y la falta de él supone su inexistencia.

56. PERSONAS INCIERTAS.—Por una razón de aparente analogía, sin duda, incluye en esta misma sección el Código el art. 750, según el cual «toda disposición en favor de persona incierta será nula, á menos que por algún evento pueda resultar cierta», pues sólo haciéndose equivalente por la ley la falta de certeza de la persona en cuyo favor se otorga la disposición testamentaria de la *inexistencia* de la misma, puesto que el resultado es idéntico en cuanto á la falta de una persona cierta y capaz en el orden civil para suceder por causa de muerte, es como se concibe, con alguna violencia todavía, que la persona que no se puede tener por designada, por ser incierta, equivalga á la que no existe de hecho y de derecho—natural ó jurídica—se resuelva en un caso de *incapacidad absoluta*, por analogía.

Verdad es que lo mismo podría decirse desde el punto de vista de la inexistencia legal de las personas, ya naturales, ya jurídicas, si las premisas no son conocidas antes de la muerte del testador ó causante ó simplemente concebidas antes y nacidas después con las condiciones que expresa el art. 30, y de las segundas que no sean permitidas ó reconocidas por la ley, que son los dos casos de incapacidad absoluta para suceder con testamento ó sin él, consignados en el art. 745 que acabamos de explicar; pero son *inexistentes*, en cuanto su personalidad civil no ha sido definitivamente constituida y ultimada, por decirlo así, en su

formación según la ley; pero en la esfera de los hechos hay elementos de realidad que harán preciso declarar insuficiente por su falta de concepción y nacimiento físicos en tiempo oportuno con aplicación á la sucesión *mortis causa* de que se trate; elementos igualmente reales de personas colectivas que no pueden llegar á ser sujeto de derecho ó gozar de personalidad ó capacidad civil suficiente para ello, en virtud de tratarse de colectividades no autorizadas ó no reconocidas por las leyes.

Ni las unas ni las otras existen para el Derecho, ni tampoco las personas inciertas.

He aquí el punto en donde se percibe una especie de identidad de criterio y ofrecen igual condición doctrinal de incapacidad para suceder las personas inciertas que son el supuesto del 750, con los de los dos números del 745, antes explicado. Natural excepción del texto del 750, ó sea la reproducción del mismo, es su segunda parte ó excepción del criterio de nulidad establecido en la primera cuando se trate de disposición en favor de persona incierta, al decir: «á menos que por cualquier evento pueda resultar cierta», y más que excepción, en verdad, es reiteración de la doctrina de que no valen las disposiciones testamentarias hechas en favor de personas inciertas. No hay que decir que este criterio de incapacidad por razón de falta de determinación cierta de las personas no puede aplicarse á la sucesión intestada, porque el ministerio de la ley los señala con toda certeza en su cualidad, cualesquiera que sean las dificultades de prueba ó contingencias que pueda ofrecer la existencia de personas en el grado de parentesco, cualidad de las llamadas según la ley á suceder en cada caso; y, por eso, la mente con que está redactado este art. 750 consiste sólo en la consideración de nulidad de las disposiciones hechas en testamento en favor de persona incierta.

No son sinónimos, para este efecto legal, los conceptos de persona *incierta* y persona *desconocida*, porque la segunda supone la primera, ó mejor la posibilidad de convertir lo incierto en cierto cuando cese el motivo del desconocimiento; además de que la persona puede ser desconocida, pero cierta ó incierta, aunque esté entre las conocidas por cualquier determinación de su certeza. Lo de persona cierta no mira sólo á la posibilidad de que resulte fácil y claro ó siquiera posible, la determinación de la persona designada en la disposición testamentaria con relación al cumplimiento de ésta y á las personas obligadas al mismo, sino que principalmente tenga tal condición de certeza, de individualización en la mente y voluntad del testador otorgante de aquélla, de tal suerte que haya una completa congruencia é identidad entre la obra de la voluntad que la designa y la aplicación á la persona en cuyo favor tal disposición ha de cumplirse, á lo cual obliga en primer término el principio capital de que la voluntad del testador es la ley preferente de su sucesión, sobre todo en cuanto á las materias que son de su libre disposición según

las leyes generales, ó sea la suprema soberanía y autarquía civil indicada de la voluntad del testador, siempre que no contradiga el Derecho general y público (1).

57. En suma: la creencia legal de la incapacidad absoluta para suceder por testamento y sin él, que inspiran las disposiciones del art. 745, pudieran decirse reducidas á la siguiente conclusión: no hay tal capacidad, ó lo que se denomina de modo usual *testamentifacción pasiva*, cuando no hay *personalidad civil*; ó lo que es lo mismo, la incapacidad de suceder es consecuencia de la *inexistencia de las personas naturales ó jurídicas ante la ley civil*.

58. Concuerdan con este artículo en el Código el párrafo 2.º del 772 y el 773. El primero de ellos se ofrece á primera vista, como reiteración de la primera parte del 750, y, por consiguiente, acusa una dualidad de preceptos inútiles, en cuanto parecen inspirarse en la misma finalidad de dar el primero condición de certeza á la persona en cuyo favor se otorga alguna disposición testamentaria, y de exigir el segundo que el testador designe al heredero por su nombre, y cuando haya dos que lo tengan igual, deberá señalar alguna circunstancia por donde se conozca al instituido; resultando de su texto, sin embargo, la diferencia de que el 750 es precepto aplicable á toda clase de disposiciones, y el 772 sólo á la institución de heredero.

Lo propio ocurre con el 773, que declara, no vicia la institución el error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero, cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada, y si hay varias del mismo nombre y apellidos y con iguales circunstancias de tal identidad que no permita distinguir al instituido; la solución es para el Código de *nulidad*, esto es, que *ninguno sea heredero*; lo cual constituye una confirmación de la doctrina informante del criterio del Código en este punto de ser condición indispensable la de la certeza, porque ni en el caso expresado del final del 773 pasa la ley porque valga, en favor de ninguna ó de las dos personas del mismo nombre y apellidos y de circunstancias iguales que no permitan distinguir cuál de ellas sea la instituida, la disposición hecha en tales condiciones de falta de certeza, no absoluta y total como en otros casos, puesto que si la duda consiste en cuál de las dos sea, es cierto, no obstante, que una de las dos lo es, á pesar de lo cual el Código mantiene el sentido de *nulidad*.

El fin especial del art. 750 y la diferencia que le separa del 772 y 773,

(1) El hecho de observarse una insignificante diferencia en el segundo apellido del causante de una sucesión, entre su testamento y el consignado en el Registro de la propiedad, no autoriza para concluir que la persona de aquél no se halle bien identificada, si los documentos presentados prueban que se refieren á un solo individuo.— (Res. Dir. gen. Reg. de 17 de Junio de 1901).

consiste en que el primero contiene en su segunda parte una manera de *consolidar* las disposiciones hechas en favor de persona incierta cuando «por algún evento pueda resultar cierta», importante salvedad que no figura en la letra del art. 772 ni en la del 773, y que por su carácter general puede y debe considerarse como complementaria de lo dispuesto en los mismos, siquiera se refiera concretamente á la especialidad de la institución de heredero.

También puede reputarse como concordancia de espíritu en el Código, la que se deriva del art. 670, según el cual no puede cometerse por el testador á tercera persona la designación de heredero y legatario y la de las personas que hayan de suceder, cuando sean instituidos nominalmente, ni en general la formación del testamento en todo ó en parte al arbitrio de un tercero; bajo el aspecto de que si éste fuera válido vendría á constituir una incertidumbre subjetiva respecto del testador, que sólo él no conocería la persona designada ó disposición adoptada por el comisario ó mandatario en quien delegaba, si bien para los demás no había vicio de falta de certeza por la clase de determinación que éste hiciera.

B. INCAPACIDADES RELATIVAS.

59. Se han considerado como tales en el Derecho, según se ha dicho, bien aquellas que privan de capacidad para suceder en relación á ciertas personas en determinadas circunstancias, bien aquellas que limitan *cuantitativamente* esa capacidad á cierto tipo de cantidad. Las primeras son las que propiamente se registran como causa de *incapacidad relativa* en el Código y de las que ahora se trata. Las otras, como la relativa al hijo natural y los legitimados por concesión real, que establecen los arts. 840, 841 y 844, no son propiamente causas de *incapacidad*, sino de *cuota sucesoria*.

60. Como *incapacidades relativas* para suceder por testamento, considera el Código las enumeradas en los arts. 752, 753 y 754, y son las siguientes:

1.º El *sacerdote* que confesó al testador en la última enfermedad y sus parientes dentro del cuarto grado ó su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

2.º El *tutor* que no sea ascendiente, descendiente, hermano ó cónyuge del pupilo testador, respecto del testamento otorgado antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de la tutela, aunque el testador muera después de su aprobación.

3.º El *notario* autorizante del testamento ó de la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado, fuera de los casos de legado de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario; y también los *testigos* del testamento abierto otorgado con notario ó sin él que sean parientes del heredero en esos grados.

Pero á estas causas de incapacidad relativa para suceder por testamento, propiamente tales en la consideración expresa del Código dentro del lib. III y en la materia de sucesión *mortis causa*, hay que agregar otras que resultan de diversos lugares de su articulado, como son el mencionado en la regla 2.^a, art. 50, en relación con el número 1.^o del 45 (1), respecto de los cónyuges entre sí, cuando hubieran contraído matrimonio sin obtener la licencia ó solicitado el consejo de las personas á quienes corresponde por la ley otorgar uno ú otro; y los hijos ilegítimos que no sean naturales, que, según el art. 845, sólo tienen derecho á los alimentos y no pueden suceder por testamento en virtud de otro título de herencia ni de legado.

61. La incapacidad relativa para suceder del confesor en la última enfermedad, sus parientes dentro del cuarto grado ó su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto, responde á una tradición firmemente mantenida en nuestro Derecho anterior, que el Código reproduce en el art. 752, y se extiende á toda clase de disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiera confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado y de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

El fundamento del criterio absolutamente prohibitivo que inspira este artículo no es, como haya podido creerse, resultado de una preocupación sistemática é injustificada en defensa de la tendencia de captación hereditaria, varias veces observada y funestamente ejercida á nombre y por motivo y personas de carácter religioso. La exactitud de esta observación tiene en su apoyo, no escasos testimonios de hechos semejantes realizados por los llamados *heredipetas* (2) de los tiempos medioevales, y aun más próximos, y en muy repetidas ocasiones, de todos conocidas, en más ó menos número en hechos posteriores y actuales, principalmente reproducido el hecho en favor de determinados institutos religiosos.

Pero, aparte todo recelo más ó menos justificado con la observación diaria, la razón jurídica de ese precepto prohibitivo se deriva de la sana aspiración, por parte del legislador, de garantizar la libertad moral del testador hasta contra los naturales influjos que en su espíritu puedan ejercer circunstancias 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 aquél las preocupaciones y sentimientos religiosos y ciertos anhelos de prodigalidad, puestos consciente ó inconscientemente al servicio de aquéllos, es decir, en mejores ó peores condiciones de serenidad en instantes tan supre-

(1) Explicado en el núm. 38, cap. 14.^o, t. V, 2.^a edic.

(2) Núm. 18, cap. 3.^o, t. III, 2.^a edic.

mos, 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 y excitaciones del confesor, siendo esto hasta natural y disculpable, atendido su sacerdotal ministerio que, aun inspirado en el mayor desinterés personal, pero, al cabo, por su función, no sería nunca el llamado á contrariar y resistir los deseos revelados por el testador en tal sentido, en aquellas singularísimas y extremas circunstancias. Que á tal fundamento responde esta prohibición, más que á ninguna preocupación sistemática y hostil al sentimiento religioso, lo acreditan otras que son semejantes. Aunque por menos acentuados motivos, establecieron y establecen nuestras leyes respecto del Notario autorizante y sus parientes dentro de cierto grado, lo mismo que de los testigos y de los suyos, en el testamento nuncupativo, otras incapacidades relativas.

No puede dejarse tal hipótesis para el juicio de los Tribunales en cada caso particular, por las dificultades de prueba y variedades de su apreciación y mayor peligro de dar con ello ocasión á frecuentes pleitos, contrarios á la práctica pacífica de un régimen legal de sucesión, que estaría siempre amenazado de semejante contingencia.

Se censura también lo absoluto de esta disposición prohibitiva, porque no distingue unos casos de otros, teniendo en cuenta, por ejemplo, la falta de parientes más próximos, que lo fuera el mismo confesor en la última enfermedad del testador y la de existir ó no herederos forzosos del mismo, no consignando algunas excepciones de aquella regla prohibitiva, como lo hacen otros Códigos (1); pero aparte la singularidad poco frecuente de la primera hipótesis y de la falta de necesidad de la segunda, que no tiene tampoco concordancia directa con el espíritu de aquélla, los motivos que inspiran ese criterio de general restricción del Código en este punto, subsisten ó pueden subsistir lo mismo en unos casos que en otros, y hasta la mayor intimidad que acusan algunos de sus supuestos aumentó los fundamentos de aquel recelo á que la misma responde, pues daría más medios de influjo y confianza para la temida sugestión.

Es evidente que el Código hace, como en nuestro Derecho anterior (2), motivo esencial de ella, la circunstancia precisa de que las disposiciones testamentarias prohibidas por el art. 752 sean únicamente las que otorgue el testador *durante su última enfermedad*, que es el supuesto de la presunción que inspira el precepto prohibitivo, siendo, en cambio, válida cualquiera disposición que la piedad del testador le aconseje, cuando le otorgue ó reproduzca el antes otorgado, fuera de esas condiciones extremas, en sana salud y no bajo aquel circunstancial influjo.

(1) El francés, el portugués y el de Méjico.

(2) Que confirmó la jurisprudencia en sentencias de 24 de Diciembre de 1866 y 22 de Diciembre de 1884, antes citadas.

Lo de la *última enfermedad* pudiera creerse que es equivalente á que el testador muera de la misma enfermedad, durante cuyo proceso, no interrumpido por estado de plena salud y completa curación, hubiera tenido lugar la confesión del otorgante de las disposiciones testamentarias favorables al confesor y sus parientes dentro del cuarto grado, á su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto; pero es de advertir que, sin embargo, aun después de curado y no sobrevenida la muerte, aquella disposición no se convalida por subsistir la presunción de su origen sugestivo ó de falta de libertad moral de ese otorgamiento, sin que baste la especie de confirmación tácita que supone la falta de su derogación después de recobrada la salud; pero puede reproducirse ó nacerse otra nueva en testamento otorgado, fuera ya de la última enfermedad, en estado de salud, que sería plenamente válido: esto es, siempre que se otorgue en tales circunstancias, ó sea dentro de la última enfermedad, la presunción *iuris et de iure* es de nulidad, sin que se pueda entender convalidado por motivo alguno de tácita ratificación (1).

(1) No se ajusta del todo á este criterio de doctrina, sino que parece contradecirle en alguno de sus pasajes, aunque después con cierta vacilación vuelve á inclinarse en alguna hipótesis, lo expuesto en la Memoria anual elevada al Gobierno por el digno Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, cuando dice:

«Un caso relacionado con el art. 752 del Código ha resuelto este Tribunal—Sent. 25 Abril 1899, inserta en el núm. 15 de este cap.—, de indudable importancia y trascendencia, por la ocasión que ha tenido para fijar el sentido y alcance del mismo; dispone dicho artículo, sancionando una vez más preceptos de nuestra anterior legislación, que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, procurando cortar así las peligrosas y fáciles sugestiones con que una persona poco escrupulosa ó fanática pueda torcer violentamente la voluntad de quien se encuentra en trance de muerte ó próximo á él, para que disponga de sus bienes sin verdadera libertad de intención y de conciencia, puesto que cabe en lo humano la perpetración de éste como de tantos otros abusos á que la codicia y las malas pasiones arrastran á los hombres, y fúndase semejante disposición prohibitiva en la presunción racional de que testamento otorgado con tales condiciones no es acto espontáneo que como tal deba ser respetado. Claro es que si el tiempo transcurre, el enfermo sana y aparece mantenida su disposición testamentaria cuando más adelante fallece en condiciones distintas de aquellas con que fué otorgada, la presunción de la ley desaparece, ó cuando menos casi por completo se desvanece; pero como puede darse el caso, y es el que se ha dado en el recurso á que en este momento me refiero, de que el testamento se haya otorgado durante el curso, no de su enfermedad aguda, sino crónica, de las que constantemente amagan la vida del paciente, habrá que entender que ha desaparecido dicha presunción y que debe reconocerse fuerza y eficacia en el testamento otorgado en peligros de muerte en favor del confesor, por la sola consideración de que el enfermo venció la crisis durante la que otorgó su testamento y murió, pasado algún tiempo, de un mero accidente que pudo tener relación más ó menos directa con la enfermedad que seguía padeciendo, como pudo morir de otro completamente extraño, como una caída, un atropello, etc., aun cuando no conste bien comprobado que el mismo confesor continuara dirigiendo su conciencia...; esta Sala, en el recurso á que vengo aludiendo, ha entendido que en tales condiciones y circunstancias debía

Por lo demás, el supuesto en que la prohibición se funda, se deriva concretamente del hecho de que haya mediado confesión durante la última enfermedad, es decir, en cualquier tiempo de ella; y que las disposiciones favorables que contenga el testamento lo sean respecto del sacerdote que en ella le hubiera confesado, de sus parientes dentro del cuarto grado y de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

Las diversas aplicaciones de incapacidad relativa á que da lugar el art. 752, por la enumeración de personas y entidades á que puede alcanzar, se inspiran en el mismo fundamento indicado en virtud del temido ó supuesto influjo de sugestión del confesor en la última enfermedad, y por la llamada doctrina de las *personas interpuestas*, deducido del racional interés que en favor de aquéllas es de presumir en aquél, siquiera pueda juzgarse de más ó menos debida extensión hasta el grado de parentesco á que llega, y alguna vez de violento resultado el que la incapacidad subsista cuando, por ejemplo, el parentesco sea doble en aquellas entidades respecto del confesor y del propio testador y sea motivo para presumir que razones de afecto ó gratitud á servicios prestados ó cualquiera otra circunstancia ajena á esos temores de sugestión, fuera el verdadero motivo de la designación del heredero ó legatario.

Dedúcese, también, de ser el hecho de la confesión la causa de la incapacidad relativa, que, á pesar del precepto constitucional de la tolerancia religiosa y de la posibilidad de que el testador profese religión distinta, y pudiera ser auxiliado ó asistido en su última enfermedad por ministro de aquel culto, como en ellos no existe la confesión, no puede extenderse á los mismos la prohibición de este art. 752, como lo hacen algunos otros Códigos (1); sin embargo de lo cual, bien puede decirse que subsiste el temor de la sugestión por influjo religioso, aunque es inaplicable por la falta concreta del acto de la confesión, á que el precepto legal se refiere.

La incapacidad relativa por esta causa se determina, según las palabras del Código, para aquellas disposiciones testamentarias que el testador haga durante su última enfermedad en favor del sacerdote que le confiese y personas y entidades indicadas, las cuales declara «no producirán efecto». Ahora bien: ¿se reputarán comprendidas en esta prohibición toda clase de disposiciones, tales, como la de institución de fideicomisos, los legados de deuda ó con causa remuneratoria, nombra-

mantenerse la nulidad de la disposición testamentaria, inspirándose en el sentido y espíritu del precepto legal, porque no fundándose éste en un mero formalismo, sino en la razón antedicha de la presunción racional que existe para creer que el testador no tuvo voluntad propia, cual no la tiene el sugerido por engaño ó malas artes cualesquiera, cuando las circunstancias conocidas del hecho demuestran que se ha mantenido viva tal ilícita influencia, sin que nada permita creer que haya recobrado el testador su libertad de acción, no existe razón ninguna legal ó mora para desconocer la fuerza y vigencia de dicho precepto.» (Memoria correspondiente al año 1899.)

(1) El francés y el mejicano.

miento de albacea y cualesquiera otros encargos que no tengan estos títulos? Por lo que se refiere al nombramiento de heredero fiduciario á favor del confesor en la última enfermedad, ó demás personas que con relación á él enumera el art. 752, no subsiste el problema que se ofreció á la jurisprudencia anterior al Código civil (1) para los casos en que la fiducia ó encargo de distribuir la herencia se hiciera con instrucciones reservadas, porque lo ha hecho imposible la prohibición del art. 785, y es el caso en que cabe cierta presunción de posible, aunque desconocida utilidad para el fiduciario.

Cuando, por el contrario, la *fiducia* confiada contenga reglas expresas y precisas que dejen distribuidos todos los bienes, sin que notoriamente resulte la posibilidad de provecho alguno ó aplicación de los mismos á favor del confesor, sus parientes, iglesia, cabildo, comunidad ó instituto, parece que no subsiste esencialmente la razón de la incapacidad relativa del confesor en la última enfermedad, de este art. 752; punto á interpretar y á fijar por la jurisprudencia, según el sentido más ó menos extensivo que se dé á las palabras del artículo «disposiciones testamentarias en favor...».

Para juzgar si los legados remuneratorios, lo mismo que los de deuda, están sujetos á la incapacidad relativa del art. 752, respecto del confesor en la última enfermedad, sus parientes dentro del cuarto grado, su iglesia, cabildo, comunidad é instituto, habrá que tener presente si los primeros tienen como único justificante de la deuda la institución del legado ó cuentan con otras comprobaciones, y aquello no es sino una mera declaración ó ratificación de las mismas, pues en esta hipótesis, parece indudable su nulidad y la incapacidad para recibirlo; y, en la otra, debería figurar en el pasivo de la herencia, de todas suertes, y no sería justo incluirlos en la prohibición, y si los segundos se refieren á la remuneración de servicios que deban pagarse y estén debidamente justificados con independencia del testamento, en cuyo caso han de reputarse válidos, pues tienen la consideración de una verdadera deuda; ó si se trata de meros oficios de amistad que, aun siendo causa de legítimo motivo de gratitud, deben considerarse incluidos en la prohibición y no dar lugar á la validez de ninguna disposición testamentaria en favor del confesor en la última enfermedad y demás personas y entidades afectadas de incapacidad relativa por esta causa.

En cuanto al nombramiento de albacea, se ofrece la misma dificultad interpretativa según que, dados los términos (2) y facultades ó beneficios con que el albaceazgo se instituya, puede considerarse ó no en cada caso como una disposición en favor del albacea, confesor de la última

(1) Sentencias 18 Junio 1864, 24 Diciembre 1866, 29 Abril 1873 y 27 Mayo 1876.

(2) El albaceazgo es gratuito, pero puede ser retribuido, según el art. 908.

enfermedad ó demás personas y entidades á que se refiere el art. 752, y subsistente la presunción de posible influjo ó sugestión en el ánimo del testador, que sirve de fundamento á esta causa de incapacidad relativa; siendo de notar, muy particularmente, que entre las personas que el art. 893 del Código señala sin aptitud para ser albacea, ó con capacidad defectuosa y necesitada de cierto suplemento, como la mujer casada, no figura el confesor en la última enfermedad, sus parientes dentro del cuarto grado, ni demás entidades que menciona el art. 752.

Por último, cualesquiera otros encargos que no equivalgan á la institución de herencia, legado ó albaceazgo, hechos por el testador en favor del confesor en su última enfermedad, parientes dentro del cuarto grado, iglesia, cabildo, comunidad é instituto, como pueden ser tan variados, no cabe pronunciar anticipadamente una regla prohibitiva ni permisiva, pero sí ha de acomodarse la solución, en cada caso, al criterio de que su aceptación y cumplimiento produzca ó no provechos ó beneficios á aquel á quien el encargo se hizo, desde cuyo aspecto parecen disposiciones en favor del encargado, y, por tanto, comprendidas en la prohibición del art. 752.

Una de éstas puede ser la designación del último confesor ó de sus parientes dentro del cuarto grado, que el testador hiciera para el cargo de tutor de menores interesados en la herencia, é inclina el juicio á una solución afirmativa de posibilidad legal, ó sea, de no estar comprendido el caso en el art. 752, el observar que en la prolija enumeración que hace el 237 de las personas que no pueden ser tutores ni protutores, no figuran los supuestos del 752, á no ser el expreso del número doce de aquél respecto de los religiosos profesos, cuando tuviera esta cualidad el confesor en la última enfermedad del testador, y además la garantía de la rendición de cuentas, que es obligación aneja al desempeño de la tutela. Sin embargo, si el nombramiento de tutor estuviera unido á una retribución especial, que se fijara por el testador al designarlo, sería á discutir y resolver en cada caso, si atendida su cuantía, y bajo aquella forma, se comprendía una verdadera disposición á favor del nombrado tutor y se procuraba en realidad eludir la regla de incapacidad relativa del art. 752.

62. Á igual criterio responde la incapacidad relativa que el art. 753 establece en su primer párrafo, respecto del tutor, declarando sin efecto toda disposición testamentaria hecha á su favor, antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de la tutela, aunque el testador muera después de su aprobación; pero se diferencia en que no se extiende á otras personas ni entidades, por razón de parentesco ó causa presunta de supuesto interés en el tutor, sino á él, exclusivamente; si bien es de advertir que si se demostrara que las disposiciones testamentarias del pupilo en favor de la persona del tutor eran resultado de las sugestiones ó del influjo de