

Àrea de Dret Civil  
Universitat de Girona (Coord.)

# **El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya**



Materials de les Quinzenes  
Jornades de Dret català a Tossa

---

25 i 26 de setembre de 2008



El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya  
(Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa)



**EL NOU DRET SUCCESSORI DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA**

**MATERIALS DE LES QUINZENES JORNADES  
DE DRET CATALÀ A TOSSA**

**25 i 26 de setembre de 2008**

**ÀREA DE DRET CIVIL  
UNIVERSITAT DE GIRONA  
(Coord.)**

## Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya: Materials  
de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa / Àrea  
de Dret Civil Universitat de Girona (coord.). -- Girona :  
Documenta Universitaria, 2009. -- 616p. ; 23,5cm  
ISBN 978-84-92707-09-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil II. Jornades de  
dret català (15es : 2008 : Tossa de Mar)  
1. Herències i successions (Dret català) -- Congressos

CIP 347.65(467.1)(063) NOU

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plaguessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

[www.documentauniversitaria.com](http://www.documentauniversitaria.com)

[info@documentauniversitaria.com](mailto:info@documentauniversitaria.com)

Primera edició

ISBN: 978-84-92707-09-6

Imprès a Catalunya

Girona, agost de 2009

Les Quinzenes Jornades han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Diputació de Girona





# ÍNDIX

## PRIMERA PONÈNCIA LA CODIFICACIÓ DEL DRET DE SUCCESSIONS

- Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya ..... 15  
*Josep Ferrer i Riba*
- ¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código civil? (Un ejercicio de prospectiva) ..... 33  
*Jesús Delgado Echeverría*
- Llei aplicable a la successió: fenòmens migratoris i llei personal del causant ..... 49  
*Emilio González Bou*

## SEGONA PONÈNCIA SUCCESSIÓ TESTAMENTÀRIA

- El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña ..... 77  
*José Miguel Mezquita García-Granero*
- La marmessoria ..... 113  
*Josep-Delfí Guàrdia i Canela*
- La ineficàcia dels actes i disposicions d'última voluntat ..... 129  
*Joan Marsal Guillaumet*

## TERCERA PONÈNCIA LA SUCCESSIÓ CONTRACTUAL

- La successió contractual en el nou llibre IV del Codi civil de Catalunya ..... 151  
*Ramon Pratdesaba i Ricart*
- La successió en l'empresa familiar ..... 181  
*Fernando Cerdà Albero*

## QUARTA PONÈNCIA

### LA SUCCESSION INTESADA I LES ATRIBUCIONS LEGALS

La sucesión intestada incorporada al Código civil de Cataluña (principios-innovaciones) .....	209
<i>M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso Calera</i>	

Relacions familiars i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta vidual al llibre IV del Codi civil de Catalunya.....	263
<i>Albert Lamarca i Marquès</i>	

## CINQUENA PONÈNCIA

### ADQUISICIÓ DE L'HERENCIA

L'acceptació i la repudiació. El règim d'adquisició de l'herència.....	309
<i>Anna Casanovas Mussons</i>	
Comunidad hereditaria y partición .....	325
<i>José Luis Valle Muñoz</i>	

## COMUNICACIONS

### COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA

La Influencia del Derecho Sucesorio Catalán en la Revisión Puertorriqueña .....	375
<i>Gerardo J. Bosques Hernández</i>	

### COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa familiar desde la perspectiva del Derecho interregional.....	403
<i>Beatriz Añoveros Terradas</i>	
La sucesión contractual en la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. Factores determinantes de su renacimiento: <i>la ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones; y los Protocolos Familiares</i> .....	421
<i>María Pilar Ferrer Vanrell</i>	

Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el Libro IV del Código Civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad .....	465
--	-----

*M<sup>a</sup> Paz García Rubio, Margarita Herrero Oviedo*

Algunas reflexiones sobre la causa en los pactos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Civil de Catalunya.....	485
---	-----

*Núria Ginés Castellet*

Pactos sucesorios y empresa ¿familiar? .....	499
--	-----

*Belén Trigo García*

#### COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

La sucesión forzosa en el Libro Cuarto: Incertidumbres en torno a su fundamento .....	515
---	-----

*Rebeca Carpi Martín*

El ejercicio del derecho de legítima en la sucesión intestada en el Derecho civil de Cataluña .....	529
---	-----

*Neus Cortada*

#### COMUNICACIONS A LA CINQUENA PONÈNCIA

L'acció de petició d'herència en el Llibre IV CCCat.....	547
--	-----

*Lídia Arnau Raventós*

La regulación del heredero distribuidor en la compilación de derecho civil balear de 1990 .....	561
---	-----

*Francesca Llodrà Grimalt*

La col·lació al Llibre quart del Codi civil de Catalunya (Breus notes i aproximació crítica als articles 464-17 a 464-20).....	601
--	-----

*Isabel Viola Demestre*



# LA MARMESSORIA

JOSEP-DELFI GUÀRDIA I CANELA

ADVOCAT

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ

SUMARI : I. INTRODUCCIÓ. II. CONSIDERACIONS GENERALS. III. ELS TEMES PACÍFICS. 1. El concepte i la condició jurídica del marmessor. 2. El seu nomenament 3. L'actuació en cas de pluralitat. 4. La capacitat i la legitimació. 5. L'acceptació, excusa i renúncia. 6. La retribució. 7. El compliment de l'encàrrec. 8. El cessament i la finalització. IV. MARMESSORS UNIVERSALS I PARTICULARS. 1. Classificació unitària o plural. 2. La marmessoria particular. 3. La marmessoria universal, en general. 4. La marmessoria universal de lliurament directe. 5. La marmessoria universal de realització d'herència. 6. La retribució dels marmessors. V. A TALL DE CONCLUSIONS.

## I. INTRODUCCIÓ

Permeteu-me que iniciï la meua intervenció felicitant tots els organitzadors d'aquestes XV Jornades de Dret Català a Tossa i en especial el professor Dr. Miquel Martín Casals i el Dr. Jordi Ribot Igualada. En primer terme, per haver arribat a aquest nombre que ens atansa a la trentena d'anys de reunions en aquesta bella vila. També per l'elecció del temari i pel fet d'haver introduït aquesta nova aproximació als temes de les Jornades que s'ha titulat «Acotació del món pràctic». I juntament amb la felicitació, l'expressió del meu agraïment per haver-me invitat a participar-hi.

Crec que la visió pràctica del dret és fonamental. El nostre dret, de sempre, ha tingut un fort arrelament en la realitat social, en la vivència de les figures i de les institucions jurídiques. I què és «la pràctica» sinó això, arrels i vida? Recentment, en un treball sobre Josep Finestres i de Monsalvo he tingut l'oportunitat de remarcar la importància que en el nostre dret històric han tingut els professors i tots aquells que han estudiat el dret romà, com a base del nostre dret, *more gallico*, però no tinc cap dubte que el nostre dret existeix perquè el dret romà s'ha desenvolupat entre nosaltres *more italico* a través del descobriment que els operadors jurídics fan de les necessitats socials per tal de donar-los la millor resposta jurídica. I aquest mètode sens dubte pot estendre's a tot el conjunt del nostre dret encara que no provingui directament del dret romà, com succeeix precisament amb la marmessoria.

Convé, amb tot, assenyalar com el nostre dret utilitza el nom que prové del dret romà (*manumissor*) i no el d'*albaceazgo*, de clara influència aràbiga.

Per aquest motiu, em limitaré a la imprescindible exposició dels conceptes i de l'evolució històrica que són a la base de la regulació actual de la marmessoria, institució d'un origen pràctic indiscutible, exposaré els temes de tractament jurisprudencial preferent i gosaré efectuar algun pronunciament crític sobre la seva regulació actual continguda en la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. Finalment, em permetré algun suggeriment per al dia que s'abordi una reforma més en profunditat de la marmessoria.

## II. CONSIDERACIONS GENERALS

La marmessoria, com a mecanisme d'execució testamentària, sorgeix a l'edat mitjana (els primers testimonis documentals són del segle XI) amb clars precedents germànics (el *Salmann* sàlic i el *Thinx* longobard) i s'incorpora al dret canònic (en el marc de les disposicions *pro salute anima*). És rebuda al dret català, formant part del *ius commune*, en la primera recepció que es féu d'aquest en el nostre ordenament jurídic. Ve fonamentalment modulada per la pràctica que acull i utilitza àmpliament aquesta figura. Per posar un exemple, el primer dels nostres juristes del segle XVIII, l'abans esmentat Finestres, en el seu testament atorgat davant de rector el dia 11 de novembre de 1777 disposa: «...nombro, senyalo y elegesch per Marmessors eo executors testamentaris [...] per a que simul et in solidum cumplan y cumplir facian lo que per mi en aquest testament està ordenat...». Vives i Cebrià, de la seva banda, escriu el 1833, al volum II del seu *Usages y demás derechos de Cataluña*: «casi en todos los testamentos hay nombramientos de albaceas (particulares)». I Roca Sastre en els seus *Estudios de Derecho Privado* (1948) assenyala que hi ha una gran quantitat de nomenaments de marmessors sobretot a la zona del llevant espanyol que atribueix a «influjo del Derecho catalán».

Nogensmenys, en el dret civil propi de Catalunya són molt poques les referències a aquesta institució. Assenyalem la Concòrdia entre Jaume II i Paonç, bisbe de Barcelona, de 27 de setembre de 1315, recollida en el llibre VI, *De les Pragmàtiques*, títol segon amb la rúbrica «De leixas pias», del volum segon de les Constitucions i altres drets de Catalunya. I pel que fa al dret local, el codi de les Costums de Tortosa, els Costums de la diòcesi de Girona i els Costums de Lleida. Amb relació a aquest darrer text, permeteu-me (per la meva afinitat territorial) esmentar el capítol 145, en el qual s'estableix: «Non instituuntur heredes nominatim per consuetudinem, sed fiunt manumissores in testamento qui rogantur sic precor ut dividant

omnia bona mea sicut inferius apparebit», clar precedent del fet que el marmessor universal supleix la institució d'hereu. La regulació extensa de la marmessoria s'havia de trobar, doncs, en el dret supletori aplicable a Catalunya i, en especial, en el dret canònic, si bé sovint la jurisprudència aplicava la legislació de Castella i especialment el Codi civil des que aquest regulà la institució en els articles 892 a 911.

Segurament per aquest motiu la Compilació del dret civil de Catalunya de 1960 dedicà un ampli espai a la seva regulació (art. 235 a 241). I el Codi de successions de 30 de desembre de 1991 en féu una regulació més clara i sistemàtica (art. 308 a 321). El nou títol IV del Codi civil de Catalunya ha mantingut substancialment inalterat el règim de la marmessoria, llevat del sistema de retribució (art. 429-1 a 429-15).

Molts dels preceptes que constitueixen la normativa esmentada tenen un caràcter descriptiu i enunciator. Alguns s'han anat modificant per tal de millorar-los tècnicament o simplement per tal d'ajustar-los al pensament dels diferents redactors de la norma.

La jurisprudència, de la seva banda, s'ha ocupat amb alguna assiduïtat de la marmessoria, si bé han estat pocs i molt concrets els aspectes que han donat lloc a la majoria dels conflictes judicials. Cal recordar, com a més importants, les sentències del Tribunal Suprem de 26 de febrer de 1971 (Sr. Aguado) i especialment de 29 de setembre de 1971 (Sr. González-Alegre), coneguda com «el cas de l'ambaixada a Colòmbia», que foren objecte de comentari, la primera per Puig Salells i la segona per Follia a *El derecho civil catalán en la Jurisprudencia* (tom IX). Ben sovint, les qüestions referents a la marmessoria eren preliminars o accessòries a la matèria litigiosa principal. I en aquest sentit no resulta estrany que aspectes relatius a la marmessoria a Catalunya siguin tractats pel Tribunal Suprem en seu contenciosa administrativa (Sentència de 2 juny de 1993 amb relació a l'arbitri sobre el valor dels terrenys —taxa d'equivalència—, en la qual s'examina la naturalesa de la marmessoria que intervingué en la successió de referència), o pel dictamen publicat de l'Advocacia de l'Estat d'1 de desembre de 2004 (en el qual es tracta de la substitució eventual del marmessor).

La marmessoria també ha estat objecte de polèmica en la doctrina hipotecaria, substancialment amb relació a l'àmbit del principi de tracte successiu i a la necessitat, o no, de la inscripció prèvia en favor del marmessor dels béns que aquest disposava en compliment de la seva missió. Nogensmenys, aquesta qüestió allunyaria excessivament aquesta ponència del marc d'aquestes Jornades.

Pel que fa als òrgans jurisdiccionals amb seu a Catalunya i en els darrers temps, el Tribunal Superior s'ha ocupat de la legitimació activa del marmessor per promoure un interdicte (acte resolutori de 12 de setembre de 2002, Sr. Feliu) i de la remoció del càrrec de marmessor per actuacions doloses o negligents (Sentència de 3 de desembre de 2001, Sra. Bassols). L'Audiència Provincial de Barcelona, de la seva banda, ha tractat diverses qüestions referides a la marmessoria en sentències de 30 de juliol de 1999 (secció 15a., Sr. Concepción), 18 de juny de 2001 (secció 14a., Sra. Alegret, dictada en el mateix assumpte, tot i que amb solució diferent que la STSJC abans esmentada) i 18 de febrer de 2004 (secció 19a., Sr. Collado), acte resolutori de 29 de setembre de 2005 (secció 1a., Sr. Pereda) i sentències de 24 de maig de 2006 (secció 1a., Sra. Portella), 25 de gener de 2007 (secció 14a., Sra. Font) i 25 de setembre de 2007 (secció 17a., Sra. Sambola). L'Audiència de Tarragona ho ha fet també en la Sentència de 7 de gener de 1999 (secció 3a., Sr. Albar).

Paradoxalment, en els darrers temps no ha arribat a la jurisprudència el problema més freqüent a la pràctica com és el discerniment de si un determinat marmessor té la condició d'universal o de particular, amb les conseqüències importants que aquesta qualificació té als efectes de la seva remuneració. Per tant, continua vigent la doctrina sobre remuneració continguda en les sentències de l'Audiència Territorial de 21 de maig de 1970, 8 de juliol de 1976 (Sala 2a., Sr. de Lecea, tot i que cassada en part –absolució de la legatària de part alíquota, no hereva– per la STS de 24 de gener de 1978 –Sr. Castro– que posà fi a un procés en el qual vaig intervenir professionalment) i 18 de març de 1970 (Sr. Soler, que directament versa sobre reemborsament de despeses, però que és una que analitza en un cas concret si la marmessoria era universal o particular). També altres aspectes, però, han donat lloc a controvèrsies i de la majoria d'ells ens ocuparem després.

### **III. ELS TEMES PACÍFICS**

Com ja he assenyalat anteriorment, hi ha moltes qüestions referides a la marmessoria que resulten substancialment pacífiques des d'un punt de vista pràctic. Així, enumerarem les següents:

#### **1. El concepte i la condició jurídica del marmessor**

Del text legal i singularment de l'article 429-1 resulta que es pot definir el marmessor com aquella persona que, en nom propi i en interès d'altri, està investida pel causant de les facultats corresponents per tal que executi, respecte a la seva successió, els encàrrecs que li hagi conferit.



El text legal no es pronuncia sobre la condició jurídica del marmessor i si aquest és un mandatari, un fiduciari, un representant, un administrador, un curador o un titular d'un càrrec o ofici. Com passa sovint, la seva funció té elements de totes les figures esmentades però no es confon amb cap d'elles. La naturalesa estrictament pràctica d'aquest treball ens excusa d'insistir més en aquesta qüestió, tot i que alguna conclusió posterior pot tenir repercussió en aquest punt.

## **2. El seu nomenament**

Tampoc no presenta cap problema el tema del nomenament. Correspon al causant de tota successió voluntària (per tant, al testador o a l'heretant) i aquest ho pot fer tant en testament o codicil com en l'heretament. Com és conegut i pacífic, no es pot designar marmessor en memòria testamentària, tot i que l'article 429-8.2 esmenta aquest instrument successori com a objecte sobre el qual es pot projectar la seva activitat. Vegeu, a més, la concordança entre part de l'article 429-12 i l'article 421-21.3.

El causant pot designar marmessors substituïts o facultar els marmessors titulars per designar-los. Els marmessors, pel caràcter quasi personalíssim de la institució, no poden delegar llurs funcions si no hi han estat facultats.

Potser resulta excessiva, des d'un punt de vista pràctic, l'exigència que la substitució en la marmessoria hagi de ser feta en escriptura pública. Nogensmenys, el règim general en matèria d'apoderament i de substitució de facultats (art. 1280, 5 CC) abona la tesi del legislador.

## **3. L'actuació en cas de pluralitat**

La solució legal no presenta tampoc cap dificultat pràctica. S'aplica el principi que cal atènyer-se en primer lloc a la voluntat del causant, i si hi manca es presumeix la mancomunitat. També s'aplica encertadament el règim de la mancomunitat i, en conseqüència, s'estableix que han d'actuar per majoria i que, si hi ha vacants, els qui resten assumeixen les funcions i les facultats dels qui manquen.

Encara que pugui semblar contradictori, personalment em sembla discutible a la pràctica que en els casos d'urgència evident, seguint la norma continguda en l'article 896 CC, pugui actuar un de sol, sota la seva responsabilitat, tot i que n'hagi de donar compte immediatament als altres. D'una banda, resulta difícil que en aquesta matèria, en els temps actuals i amb els mitjans de comunicació de què disposem, es puguin produir

situacions d'urgència que resultin imprevisibles. I de l'altra, s'altera el règim de les cotitularitats sense raó suficient.

La Sentència de l'Audiència Territorial de Barcelona de 12 de febrer de 1971 (Sala 2a., Sr. Gómez de Membrillera) es va pronunciar sobre la manera d'actuar dels marmessors quan són una pluralitat, i la seva excel·lent doctrina és perfectament coherent amb els criteris generals en matèria de mancomunitat i solidaritat, ja que va atribuir aquest caràcter als hereus de confiança, després esdevinguts marmessors, que havien estat anomenats amb l'expressió «juntos y a solas».

#### 4. La capacitat i la legitimació

Quant a la capacitat no es presenta tampoc cap problema. Òbviament, els marmessors han de gaudir de capacitat per obligar-se. I aquesta capacitat ha de projectar-se sobre tot el període en el qual desenvolupen la seva activitat.

Quant a la legitimació per ser marmessor (no per actuar com a tal), ja hi ha algun problema major. En primer terme o bé s'ha de considerar que manca una fórmula general de legitimació –tota persona dotada de capacitat està legitimada per ser marmessor– o bé resulta discutible la rúbrica de l'article 429-3 amb el seu contingut actual, ja que no s'hi regula tant la legitimació com s'exclou una hipotètica manca de legitimació de persones eventualment implicades en la successió.

En aquest sentit, no hi ha dubte sobre el fet que poden ser marmessors els legataris, les restants persones afavorides per la successió i els qui en cada moment exerceixen un determinat càrrec. Aquesta darrera expressió, que no figurava en la Compilació de 1960 (però sí en l'article 459.1 del seu projecte), replanteja el problema de si poden ser marmessors les persones jurídiques com a tals o només les persones físiques que en la seva organització exerceixen un determinat càrrec. Tot i que la doctrina, sobre el text de la Compilació i basant-se en el Codi civil, es pronunciava positivament sobre això, el fet d'haver incorporat ara el text del projecte (que clarament ho impedia) suscita dubtes que podien haver-se evitat aclarint el text del primer paràgraf del mateix article per tal de precisar si «qualsevol persona» es refereix a les persones naturals i a les jurídiques o només a aquelles. Personalment, per fidelitat a la tradició històrica i sobre la base del text esmentat del paràgraf segon, m'inclino per limitar la legitimació per ser marmessor a les persones físiques. La qüestió, no gensmenys, resta oberta.

Em sembla, al contrari, d'una incongruència notable que es possibiliti que l'hereu sigui marmessor. Sé perfectament que aquesta és una constant

en la nostra pràctica, però des d'un punt de vista de la naturalesa de les institucions no em sembla correcte ni possible que a un «successor» se li pugui atribuir funcions de marmessor que siguin diferents d'aquelles que ja li corresponen com a hereu. Una cosa és la incongruència relativa que en un sistema de successió universal hi hagi un executor testamentari diferent de l'hereu i una altra és la incongruència radical que se superposi al títol d'hereu el de marmessor.

## 5. L'acceptació, excusa i renúncia

El règim de l'acceptació, l'excusa i la renúncia no dona lloc a cap crítica important. És obvi que el càrrec de marmessor és voluntari, però una vegada acceptat, encara que sigui de manera tàcita, es perfecciona la relació jurídica i l'acceptant no pot excusar-se de continuar en l'exercici del càrrec sense causa justa apreciada pel jutge.

En la regulació actual, també resulta coherent el precepte segons el qual si el designat com a marmessor és requerit notarialment per algun hereu o per una persona interessada en l'herència i no accepta el càrrec davant de notari (s'exclou doncs l'acceptació tàcita establerta per al supòsit normal) dins del mes següent a la notificació, s'entén que el renuncia. Cal remarcar en aquest punt que la Compilació (art. 235.2) fixava un termini excessivament curt de deu dies que ja l'article 312 CS havia augmentat a trenta. La Sentència del TSJC de 7 d'octubre de 1996 (Sr. Puig Ferriol) analitza la manera de fer el requeriment i tracta dels actes del designat que constitueixen, o no, acceptació tàcita.

D'altra banda, resulta igualment correcte que la renúncia al càrrec de marmessor o l'excusa justificada a continuar en l'exercici del càrrec no impliquin la pèrdua del que el causant hagi disposat a favor seu a títol d'herència o de llegat, tret que ho imposi expressament.

En aquesta matèria, al meu entendre, es presenta una important qüestió de *lege ferenda* que de tota manera només assenyalaré. En la meua opinió caldria una reforma legislativa en el sentit que el marmessor només pogués actuar a sol·licitud o requeriment de l'hereu o d'una persona interessada en l'herència. Per tant, la *interpellatio* no seria un pressupòsit de la renúncia sinó de l'acceptació. O almenys que, a falta de disposició expressa del testador en contra, es poguessin posar d'acord tots els interessats en la successió per tal d'excloure la intervenció del marmessor, de manera anàloga al supòsit establert per als comptadors-partidors en l'article 464-6.2. Amb aquesta mesura s'evitaria una praxis (que en general es concreta en algunes entitats financeres) que sovint dificulta el trànsit successori i

que a voltes ha estat utilitzada com a eina de pressió d'algun marmessor per percebre una retribució que no li corresponia.

## 6. La retribució

És comunament acceptat que el marmessor, en principi i llevat que el causant disposi que sigui gratuït, ha de percebre una remuneració. I també resulta pacífic que, en tot cas, li han de ser reemborsades les despeses ocasionades per l'exercici del seu càrrec, conforme al principi segons el qual que el càrrec sigui gratuït no vol dir que, a més, sigui oneros. La Compilació de 1960 va regular aquesta matèria, en gran part *ex novo* (abans i pel que fa a la quantia de la retribució, s'atenia «al costum del país»), i el sistema ha perdurat fins a la darrera reforma, que ha modificat substancialment la quantia de la retribució.

El problema se centra fonamentalment en la retribució en funció de la classe de marmessoria, aspecte que abordarem més endavant. La quantia retributiva ha estat una de les poques novetats legislatives en la matèria i em sembla que la solució donada no resulta plenament satisfactòria.

## 7. El compliment de l'encàrrec

En aquest punt, la Llei es refereix substancialment als terminis i a la rendició de comptes. Les solucions són en principi plausibles. El termini principal és el fixat pel causant (amb una limitació de trenta anys o, si es fixa amb referència a la vida de determinades persones, no pot excedir els límits dels fideïcomisos) i pot ser ampliat «per tots els hereus de comú acord». Resulta curiós constatar com la solució legal és totalment coherent amb els principis successoris generals (els cohereus ocupen el lloc i el dret del causant), però no tant amb la regulació específica de la institució que ens ocupa, la qual dóna un paper rellevant als altres interessats en la successió i, en conseqüència, al fet que la marmessoria funcioni. Aquests, si no són hereus, no tenen cap paraula a dir en la pròrroga del termini.

El termini legal d'un any per al compliment de l'encàrrec quan el títol no n'ha fixat un altre, que estableix l'article 429-13.2, sembla correcte, però probablement es deixa massa discrecionalitat al jutge, atès que no se li assenyalava, almenys orientativament o com a màxim, un nou termini.

La rendició de comptes a les persones en interès de les quals ha d'actuar, o si escau, a l'autoritat judicial, i no sols als hereus, com a successors de qui els ha nomenat, constitueix també un encert de la regulació.

## 8. El cessament i la finalització

La regulació del cessament i la finalització de la marmessoria s'avé amb els principis generals en la matèria. Les causes subjectives de pèrdua de les condicions personals, les objectives de compliment de l'encàrrec i les temporals del transcurs del termini, no són objectables.

En matèria de remoció potser només cal retreure a la Llei que no fixi un procediment més expeditiu que el declaratiu ordinari al qual s'ha d'acudir per a la remoció del càrrec. És cert que, com de costum, la Llei d'enjudiciament civil no té presents les normes de dret civil que no figurin en el Codi civil, però no sembla difícil aplicar analògicament alguns dels processos especials del llibre IV o que eventualment puguin figurar en la futura Llei de jurisdicció voluntària. I això mateix es pot dir per a la declaració d'impossibilitat d'exercir-lo. Cal tenir present que els conflictes sobre la remuneració en alguns casos es fan precedir del litigi sobre remoció. Les ja esmentades sentències de 3 de desembre de 2001 (TSJC) i 18 de juny de 2001 (AP Barcelona) abordaren la qüestió de la remoció del càrrec de marmessor per actuacions doloses o negligents, en les quals l'Audiència es va manifestar positivament i el Tribunal Superior, negativament.

La Llei acaba la regulació de la marmessoria possibilitant el nomenament d'un marmessor datiu (només per a la finalització de l'encàrrec), i d'una manera molt simptomàtica tanca la regulació atribuint a l'hereu el compliment de la voluntat del causant (retrobament de la figura del marmessor legítim).

## IV. MARMESSORS UNIVERSALS I PARTICULARS

Amb tota certesa aquesta és la part més controvertida de la regulació de la marmessoria i la que ha donat lloc a més conflictes i controvèrsies, tant de tipus teòric com pràctic. El capítol IX sobre els marmessors del títol IV de les successions del Codi civil de Catalunya dedica quatre llargs articles (429-7 a10) a la regulació de la marmessoria universal, un article (429-12) al marmessor particular i entremig un altre article (429-11) a la «destinació de l'herència a sufragis o als pobres». Prescindiré de la consideració d'aquesta darrera, que com diu l'exposició de motius, ha estat situada en aquest capítol (abans ho era al capítol de modalitats en la designació dels successors —art. 163 CS—) atès que la finalitat de la successió, en aquests casos, és el compliment d'un encàrrec de destinació i no l'atribució de béns per títol successori.

## 1. Classificació unitària o plural

En primer terme, és discutible la divisió binomial entre marmessors universals i particulars. Entenc que aquesta distinció és excessivament tributària del Codi civil (art. 894), tot i que la regulació posterior d'aquest no treu cap conseqüència rellevant de la distinció i sembla inspirada en la distinció entre el mandat general (universal) i l'especial (particular) de l'article 1712 del mateix Codi.

És cert, però, que en el nostre dret hi ha dues conseqüències fonamentals d'una classe i altra de marmessoria, ja que només la universal substitueix la manca d'institució d'hereu (art. 429-7. 2) i la remuneració és diferent, en el cas del marmessor universal (el 5% del valor de l'actiu hereditari líquid) i en el del particular que sigui comptador-partidor (el 2%), segons estableix ara l'article 429-5.1 del Codi civil de Catalunya. I aquesta és amb tota seguretat la raó de la configuració dual.

De tota manera i en línia de principi, es podria partir d'una concepció unitària de la marmessoria que abastés les tres situacions de marmessoria particular, marmessoria de lliurament i marmessoria de realització o, si es vol, configurar autònomament les tres situacions. Caldria tenir present, a més, que per a alguns autors l'herència de confiança hauria de ser tractada juntament amb la marmessoria, i constituir una mena de *quantum genus* d'aquesta, per la seva vinculació amb la marmessoria universal. Cal remarcar que tampoc no sembla gaire sòlida, llevat d'allò que ja s'ha dit sobre els efectes —suplència d'hereu i retribució—, l'agrupació en una mateixa categoria (art. 429-7.3) de la marmessoria universal de realització d'herència (art. 429-9) i la marmessoria universal de lliurament directe de romanent de béns (art. 429-10). En aquesta línia té sentit l'article 429-7.4 quan estableix que en cas de dubte s'entén que la marmessoria universal és de lliurament directe del romanent.

En tot cas, no sembla haver-hi dubte que la qualificació de la marmessoria com a universal o particular no depèn de l'expressió emprada pel testador, sinó de la naturalesa objectiva de la missió i les facultats que se li atribueixen. L'article 429-12.2 resulta definitiu sobre això.

Afegiré que em sembla desencertada i pot constituir un focus de problemes la redacció diferent que s'ha donat a la descripció de les dues figures de la marmessoria universal en l'article 429-7 (paràgrafs 1 i 3) i en els títols dels articles 429-9 i 429-10.

## 2. La marmessoria particular

De fet no planteja grans ni greus problemes. Es tracta de la figura de menor intensitat dins de la marmessoria i és probablement la que presenta més característica de mandat que de fidúcia. Han de complir o executar els encàrrecs o disposicions del causant i, amb aquesta finalitat, disposen de les facultats que aquest els atribueix i de les altres (legals) que siguin necessàries per complir uns i altres.

És amb relació a aquesta figura quan, al meu entendre, s'hauria de variar el plantejament legal. En aquests casos, en principi, hi ha un hereu instituït i, en conseqüència, la figura del marmessor no es justifica només com a executor testamentari (la qual cosa ja és *per se* l'hereu), sinó com a encarregat de complir un missió que, a judici del causant, l'hereu podria no executar (fonamentalment a causa d'eventuals interessos contraris). Per tant, penso que la figura del marmessor en aquests supòsits és subordinada i vicària de l'hereu i, en conseqüència, només hauria d'intervenir a requeriment dels titulars dels interessos que, per encàrrec del causant, ha de tutelar.

Els marmessors particulars no perceben cap retribució, llevat del cas que siguin comptadors-partidors (cas en el qual la remuneració s'ha mantingut en el 2% del valor de l'actiu hereditari líquid), però tenen dret al reemborsament de totes les despeses a càrrec de l'herència.

El Codi civil de Catalunya regula allò que podríem denominar el contingut típic de la funció dels marmessors particulars: cura de l'enterrament o la incineració, dels funerals i sufragis piadosos, de la destinació dels òrgans o del cos i de demanar el compliment dels modes. Sobre alguna d'aquestes actuacions no hi ha problema, però sobre d'altres hi ha més bona voluntat que efectivitat. Són aquelles molt immediates a l'obertura de la successió amb la mort del causant (destinació dels òrgans o cos i enterrament o incineració) que es produeixen quan encara no hi ha constància formal (i sovint tampoc material) de l'existència de marmessoria (desapareguda l'antiga possibilitat d'acceptació del càrrec en el mateix instrument successori), i per aquest motiu és bo que, com sol succeir, es deixin a la discreció de la família més pròxima.

## 3. La marmessoria universal, en general

Cal recordar que la marmessoria universal és la que constitueix l'origen de la institució (supòsits d'institució de caràcter pietós o benèfic, o de distribució dels béns entre els pobres). Fou posteriorment (projecte de Compilació i text d'aquesta que modificà en aquest punt el Codi civil) que se subdividí en dues figures (entrega directa o realització dinerària). Entre

les dues no hi ha diferències substancials quant als efectes (suplència de la institució d'hereu i retribució), però sí quant a la funció institucional i a algunes de les facultats del marmessor (singularment l'abast de la possibilitat d'alienació a títol oneros dels béns de l'herència). Cal remarcar la persistència a explicitar la facultat d'interpretar el testament, codicil, memòria o pacte successori que hagi d'executar. Com és sabut, aquesta facultat es va introduir en la Compilació a iniciativa d'una persona concreta i, tot i que se li atribueix una indubtable eficàcia pràctica i es basa en la millor doctrina, pot ocasionar —si s'entén de manera àmplia— disfuncions notables.

Per cloure aquest apartat cal assenyalar que no pocs teòrics i pràctics del dret veuen en la figura de la marmessoria universal l'eina idònia per acostar el nostre sistema successori al propi dels països de tradició anglosaxona i nord-americana, cosa que, dit sigui de passada, em sembla totalment rebutjable.

#### **4. La marmessoria universal de lliurament directe**

Com ja he insinuat abans, aquest tipus de marmessoria, al meu entendre, està situat a la frontera amb la marmessoria particular. La Llei és conscient d'aquest fet i així s'ha d'entendre en vista del que estableix l'article 429-12.2. En efecte, pot donar-se el cas que un causant efectui determinats encàrrecs a un marmessor concret i disposi que, una vegada executats i sense que sigui necessari cap acte de realització dinerària, lliuri l'herència íntegrament bé a l'hereu o bé a persones (o persona) designades per ell sense atribuir-los condició d'hereu; en el primer supòsit el marmessor serà particular (encara que el causant el qualifiqui d'universal) i en el segon cas, conforme a la lectura de la Llei, podrà ser qualificat d'universal. Ja hem indicat que en matèria de marmessoria la qualificació com a particular o universal no deriva del títol ni cap altre element subjectiu, ni tampoc d'elements estrictament objectius, sinó de la funció o missió que li atorga el causant.

La solució del supòsit apuntat pot ser considerada justa des d'un punt de vista pràctic ja que, en cas contrari, el testament seria nul per manca d'institució d'hereu, però és difícil de justificar des del punt de vista de la coherència interna del sistema i de la iniquitat que deriva del fet que en el primer cas no tingui dret a retribució (si el marmessor no és comptador-partidor) i en el segon cas efectivament la tingui.

Afegim en darrer terme que el nomenament de marmessor amb l'encàrrec d'efectuar alguna actuació de naturalesa menor i de lliurar l'herència íntegrament a l'hereu, sovint a la pràctica s'ha volgut considerar com a



marmessoria universal, especialment als efectes retributius, singularment quan el causant ha utilitzat aquest qualificatiu. Per aquest motiu resulta especialment útil la disposició, ja esmentada, de l'article 429-12.2.

## **5. La marmessoria universal de realització d'herència**

Aquest constitueix el supòsit més clar de marmessoria universal. I és el que justifica que es reconegui a la marmessoria una naturalesa jurídica fiduciària. A més, en aquest cas no sembla discutible que la institució supleixi la manca d'institució d'hereu i que el marmessor rebi una retribució notable.

Les facultats que la Llei atorga al marmessor universal de realització són pràcticament les mateixes que ja li atribuïa l'article 316 CS i l'article 237 de la Compilació. No plantegen importants problemes pràctics. La jurisprudència s'ha ocupat d'alguna qüestió relativa a aquest tema darrerament en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de setembre de 2006 (Sr. Ramos), però sense que hagi aportat cap tractament nou a la qüestió.

## **6. La retribució dels marmessors**

Ja hem assenyalat també que el sistema de retribució dels marmessors ha estat l'única novetat substancial introduïda per la Llei de 10 de juliol de 2008 al règim de la marmessoria. Sembla clar que el legislador ha mirat amb notable aprensió aquesta matèria i hi ha introduït diversos elements de desconfiança que al meu entendre no resulten justificats.

En realitat, el sistema continua igual. Només s'ha rebaixat al 5% del valor de l'actiu hereditari líquid, el tipus que abans era del 10%. En definitiva, la regulació general de la retribució dels marmessors fou obra de la Compilació, que fixà com a base el cabal hereditari líquid (en lloc de només els fruits i rendes) i resolgué la compatibilitat, llevat de disposició en contra, de la retribució amb els llegats o altres disposicions favorables, com havia mantingut una part de la doctrina.

Altres modificacions són de menor importància pràctica tot i que alguna no està exempta de polèmica. En concret, no encerto a veure la raó que en uns casos els honoraris professionals s'imputin al percentatge de retribució («si la marmessoria és exercida professionalment») i en altres no s'hi imputin i siguin a càrrec de l'herència. A part de la imprecisió de l'expressió reproduïda textualment (se suposa que no hi ha una marmessoria professional i que, en tot cas, la marmessoria pot correspondre a professionals), considero que no es pot acceptar que el marmessor que sigui professional estigui

obligat a prestar els seus serveis de manera gratuïta (cosa que contradiria el criteri en matèria de llegats i altres disposicions), mentre que si no és professional pugui encarregar-los a un tercer, satisfer els seus honoraris i ser-ne reemborsat com a despesa a càrrec de l'herència. Per tant, considero que, tot i que la Llei no ho digui expressament i per analogia amb el que disposa el paràgraf subsegüent, el causant pot disposar altrament i que, en un altre cas, tot marmessor que sigui un professional pot optar entre prestar els seus serveis professionals i incorporar els seus honoraris dins el percentatge de retribució o encarregar els serveis a un altre professional i rescabalar-se del seu import com a despesa de la marmessoria. En darrer terme, cal consignar que aquest nou afegitó només té aplicabilitat quan el marmessor té una retribució percentual i no s'aplicarà al marmessor particular que no sigui comptador-partidor, el qual podrà considerar els honoraris pels seus serveis com a despesa de la marmessoria.

Un judici més favorable mereixen els apartats 3 i 4 de l'article 429-5. Quant al primer i de tota manera, en especial atesa la reducció del percentatge, s'hauria pogut ser més sensible al fet que, quan els nomenats són més d'un, com que hi ha més treball també la retribució hauria de ser més gran. Hi ha moltes experiències que no cal explicitar (comptador-partidor judicial, àrbitre, etc.) de funcions dutes a terme de manera personal o col·legiada que comporten una retribució diferent en un cas i altre. Respecte del segon, la solució legal és irreprotxable, però en la seva formulació pot donar lloc a una situació injusta si en aquest cas el marmessor desenvolupa una funció que és diferent d'aquella per la qual ha estat retribuït, sense poder percebre no sols la retribució percentual de la nova funció, sinó també eventualment els seus honoraris professionals.

De tota manera, la qüestió més important és la reducció a la meitat de la taxa percentual. És cert que partíem d'algunes situacions que calia corregir, especialment l'autoatribució de la condició d'universal per part de marmessors que efectivament no ho eren (a això obeeix en gran part i com ja he indicat l'article 429-12.2). Però en lloc d'afrontar l'essència de la qüestió i establir millor les exigències per a la qualificació d'un marmessor com a universal, es va optar per reduir-ne la retribució, amb la qual cosa es continua retribuïnt exorbitantment els marmessors que efectuen poques actuacions (i que en realitat són marmessors particulars) i es redueix injustament la retribució dels autèntics marmessors universals que duen a terme unes tasques que poden arribar a ser molt importants.

Personalment crec que aquesta reducció de la retribució —i la de l'hereu de confiança— s'insereix en un corrent d'opinió que tendeix a treure importància a la figura de l'hereu i institucions i milans i al qual no foren aliens els intents de suprimir la quarta falcídia i la quarta trebel·liànica.

Finalment, aquestes atribucions tendents a refermar la posició de l'hereu gravat amb llegats o fideïcomisos resistiren l'escomesa, però no s'evità que figures vicàries de la institució d'hereu, com l'herència de confiança i la marmessoria universal, veiessin reduïdes les seves retribucions. I així ara ens podem trobar amb la realitat d'una herència que el causant atribueix i destina en la seva totalitat; si atribueix l'encàrrec a una persona a la qual dona el títol d'hereu, aquest tindrà dret a la quota hereditària mínima del 25%; si el designa marmessor universal (o hereu de confiança), el seu benefici en l'herència serà del 5%. Sembla que la diferència és excessiva.

## V. A TALL DE CONCLUSIONS

Un treball que es qualifica d'«acotació del món pràctic» tendeix a ser discutible i discutit. Amb aquesta finalitat ha estat redactat. I per facilitar el debat m'ha semblat oportú cloure'l amb algunes conclusions com les que exposo a continuació:

Primera: La marmessoria, tot i la dificultat del seu encaix en un sistema de *successio* romana, té encara ara una virtualitat pràctica que aconsella mantenir-la i millorar-ne la regulació. La marmessoria no hauria de ser utilitzada com a eina per transitar cap a un sistema general de realització d'herència que no és propi de la nostra tradició jurídica.

Segona: La regulació que de la marmessoria ha fet la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, mereix un judici favorable atès que ha mantingut i sistematitzat la regulació anterior. El judici, a parer meu, ja no és favorable quant a les novetats introduïdes.

Tercera: Hi ha molts aspectes de la regulació actual que resulten pacífics. Caldria, però, resoldre alguns dubtes i repensar algunes qüestions. Entre elles es pot assenyalar: a) la possibilitat, o no, de la marmessoria per part de persones jurídiques; b) l'actuació, bé d'ofici bé a instància de l'hereu o persones interessades en la successió, del marmessor designat pel causant; c) la retribució de l'anomenada legalment *marmessoria professional*; d) l'establiment d'un procediment especial, de naturalesa abreujada, per a la remoció del marmessor testamentari i el nomenament d'un marmessor datiu.

Quarta: Caldria repensar si la classificació de la marmessoria en particular i universal i la d'aquesta en marmessoria de lliurament i marmessoria de realització ajuda a resoldre els problemes que es plantegen o contribueix a dificultar-ne la solució. En tot cas caldria algun retoc en aquesta matèria.

Cinquena: La retribució del marmessor no pot ser la clau de volta del sistema. Ha de quedar molt clar quan el marmessor té dret a una retribució percentual sobre el cabal hereditari i excloure tots els altres supòsits. Quan el marmessor universal exerceix efectivament les seves funcions i així supleix de veritat la institució d'hereu, l'antiga remuneració del deu per cent sembla més justa que l'actual del cinc per cent.



