

**XV JORNADES DE DRET CATALÀ A TOSSA  
ACOTACIÓ DEL MÓN PRÀCTIC  
SEGONA PONÈNCIA  
SUCCESSIÓ TESTAMENTÀRIA**

**LA MARMESSORIA**

**JOSEP DELFÍ GUÀRDIA CANELA**

**ADVOCAT**

**ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA**

**Continguts**

I. Introducció.....	2
II. Consideracions generals .....	2
III. Els temes pacífics .....	3
1. El concepte i la posició jurídica del marmessor.....	3
2. El seu nomenament .....	3
3. L'actuació en cas de pluralitat .....	4
4. La capacitat i legitimació .....	4
5. L'acceptació, excusa i renúncia .....	5
6. La retribució.....	5
7. El compliment de l'encàrrec.....	5
8. El cessament i la finalització .....	6
IV. Marmessors universals i particulars.....	6
1. Classificació unitària, dual o tridual .....	6
2. La marmessoria particular .....	7
3. La marmessoria universal, en general .....	7
4. La marmessoria universal de lliurament directe .....	8
5. La marmessoria universal de realització d'herència .....	8
6. La retribució dels marmessors .....	8
V. A mode de conclusions.....	9

## I. INTRODUCCIÓ

Permeteu-me que iniciï la meua intervenció felicitant als organitzadors d'aquestes XV Jornades de Dret Català a Tossa i en especial al Prof. Miquel Martín Casals pel fet d'haver introduït aquesta nova aproximació als temes de les Jornades que s'ha titulat "Acotació del món pràctic". Crec que 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-les-hi la millor resposta jurídica. I aquest mètode sens dubte pot estendre's a tot el conjunt del nostre dret encara que no provinguí 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 de "albaceazgo" de clara influència aràbiga.

Per aquest motiu, em limitaré a la imprescindible exposició dels conceptes i de l'evolució història que són a la base de l'actual regulació de la marmessoria i gosaré efectuar algun pronunciament crític sobre la seva actual regulació continguda a la Llei 10/2008, del 10 de juliol, *del llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. I finalment em permetré algun suggeriment pel dia que s'abordi una reforma més en profunditat de la marmessoria.

## II. CONSIDERACIONS GENERALS

La marmessoria, com a mecanisme d'execució testamentària, sorgeix al dret canònic i és rebuda al dret català, formant part del *ius commune*, en la primera recepció que d'aquest se'n feu en el nostre ordenament jurídic.

Al dret civil propi de Catalunya són molt poques les referències a aquesta institució. Assenyalem la Concòrdia de 27 setembre 1315, recollida al llibre VI, títol 2n., volum 2n. 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. La regulació extensa de la marmessoria s'havia de trobar, doncs, al dret supletori aplicable a Catalunya i, en especial, al dret canònic, si bé sovint la jurisprudència aplicava la legislació de Castella i especialment el Codi Civil des de que aquest regulà la institució als articles 892 al 911.

Segurament per aquest motiu la Compilació del Dret civil de Catalunya, de 1960, dedicà un ampli espai a la seva regulació (arts. 235 al 241). I el Codi de successions de 30 desembre 1991 en féu una regulació més clara i sistemàtica (arts. 308 al 321). El nou títol IV del Codi civil de Catalunya ha mantingut substancialment inalterat el règim de la marmessoria, llevat del sistema de retribució (arts. 429.1 al 429.15).

Molts dels preceptes que constitueixen la normativa esmentada tenen caràcter descriptiu i enunciativ. 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, per la seva part, s'ha ocupat amb alguna assiduitat de la marmessoria, si bé han estat uns 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 febrer 1971 (Sr. Aguado) i especialment la de 29 setembre 1971 (Sr. González-Alegre) que foren objecte de comentari 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 2 juny 1993 en 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 en el publicat Dictamen de l'Advocacia de l'Estat d'1 de desembre de 2004 (en el qual es tracta de l'eventual substitució del marmessor).

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 a promoure un interdicte (Acte resolutori 12 setembre 2002, Sr. Feliu) i de la remoció del càrrec de marmessor per actuacions doloses o negligents (Sentència 3 desembre 2001, Sra. Bassols). L'Audiència Provincial de Barcelona, per la seva part, ha tractat diverses qüestions referides a la marmessoria en Sentències de 30 juliol 1999 (Secció 15a., Sr. Concepció), 18 juny 2001 (Secció 14a., Sra. Alegret, dictada en el mateix assumpte, tot i que amb solució diferent, que la STSJC abans esmentada) i 18 febrer 2004 (secció 19a., Sr. Collado), Acte resolutori de 29 setembre 2005 (Secció 1a, Sr. Pereda) i Sentències de 24 maig 2006 (Secció 1a. Sra. Portella), 25 gener 2007 (Secció 14a., Sra. Font) i 25 setembre 2007 (secció 17a., Sra. Sambola). L'Audiència de Tarragona ho ha fet també en Sentència de 7 gener 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 importants conseqüències que aquesta qualificació té als efectes de la seva remuneració. Per tant, segueix vigent la doctrina sobre remuneració continguda a les Sentències de l'Audiència Territorial de 21 maig 1970, 8 juliol 1976 (Sala 2a. Sr. de Lecea, tot i que cassada en part -absolució de la legatària de part alíquota, no hereva- per STS 24 gener 1978 (Sr. Castro) que posà fi a un procés en el qual vaig intervenir professionalment) i 18 març 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 amb posterioritat.

### III. ELS TEMES PACÍFICS

Com ja he apuntat anteriorment hi ha moltes qüestions referides a la marmessoria que resulten substancialment pacífiques des d'un punt de vista pràctic. Així per allò que fa a:

#### 1. El concepte i la posició 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 posició 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 sovint passa, 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 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 objecte sobre el qual es pot projectar la seva activitat. Vegi's, 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 a designar-los. Els marmessors, en funció del 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 de que la substitució en la marmessoria hagi d'ésser 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 de que cal atènyer-se en primer lloc a la voluntat del causant i, en el seu defecte, 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 es produeixen 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 a l'art. 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 que disposem, es puguin produir situacions de urgència que resultin imprevisibles. I d'altra s'altera el règim de les cotitularitats sense raó suficient.

Una Sentència de l'Audiència Territorial de Barcelona, de 12 febrer 1971 (Sala 2a, Sr. Gómez de Membrillera) es va pronunciar sobre la forma 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 nomenats amb l'expressió "juntos y a solas".

### **4. La capacitat i legitimació**

Quant a la capacitat no es presenta tampoc cap problema. Òbviament els marmessors han de gaudir de capacitat per a 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 a 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 a ser marmessor- o bé resulta discutible la rúbrica de l'article 429-3 amb el seu contingut actual ja que en ell no es 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 ésser marmessors el legataris, les restants persones afavorides per la successió i els qui en cada moment exerceixen un determinat càrrec. Aquesta darrera expressió, que no figurava a la Compilació de 1960 (però sí a 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 recolzant en el Codi Civil, es pronunciava positivament, el 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 el "qualsevol persona" es refereix a les persones naturals i a les jurídiques o només a aquelles. Personalment, per fidelitat a la tradició històrica i en base al text esmentat del paràgraf segon, m'inclino per limitar la legitimació per a ser marmessor a les persones físiques.

Em sembla, al contrari, d'una notable incongruència 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 relativa incongruència que en un sistema de successió universal hi hagi un executor testamentari diferent de l'hereu i una altra és la radical incongruència que es 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 forma 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 persona interessada en l'herència i no accepta el càrrec davant notari (s'exclou doncs l'acceptació tàcita prevista 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 10 dies que ja l'article 312 CS havia augmentat a trenta. La Sentència del TSJC de 7 octubre 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 apuntaré. 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 de persona interessada en l'herència. Per tant, la *interpellatio* no seria pressupòsit de la renúncia sinó de l'acceptació. O al menys que, a manca de disposició expressa del testador en contrari, es poguessin posar d'acord tots els interessats en la successió per tal d'excloure la intervenció del marmessor, de manera anàleg al supòsit previst pels comptadors-partidors a 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 a 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 sobre, 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'estava "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 es centra fonamentalment en la retribució en funció de la classe de marmessoria, aspecte que abordarem més endavant. Aquesta de 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 limitació de trenta anys o, si es fixa en 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 regulació de la qual dona un paper rellevant als altres interessats en la successió i, en conseqüència, en el fet que funcioni la marmessoria. 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, en no assenyalari-li, al menys orientativament o com a màxim, un nou termini.

La rendició de comptes a les persones en interès de les quals ha d'actuar, o en el seu cas, a l'autoritat judicial, i no només 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 pot ser 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. Cert és que, com de costum, la Llei d'Enjudiciament Civil no té present les normes de dret civil que no estiguin al Codi civil, però no sembla difícil aplicar analògicament alguns del processos especials del llibre IV o que eventualment puguin figurar a 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 desembre 2001 (TSJC) i 18 juny 2001 (AP Barcelona) abordaren la qüestió de la remoció del càrrec de marmessor per actuacions doloses o negligents, manifestant-se positivament l'Audiència i negativament el Tribunal Superior.

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 (retroament 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 d'ordre teòric com pràctic. El capítol IX sobre "els marmessors" del títol IV de les successions del Codi civil de Catalunya dedica quatre llargs articles (429-7.8.9 i 10) a la regulació de la marmessoria universal, un article (429-12) al marmessor particular i entremig un altre article (el 429-11) a la "destinació de l'herència a sufragis o als pobres". Prescindiré de la consideració d'aquest darrer, que com diu l'Exposició de Motius, ha estat ubicada 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, dual o tridual**

En primer terme, resulta 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.

Cert és, però, que al nostre dret hi ha dues conseqüències fonamentals d'una i altra classe 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. En efecte, tampoc sembla massa sòlida, llevat d'allò que ja s'ha dit sobre els efectes -substitució 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 al respecte.

Afegiré que em sembla desencertada i pot constituir un focus de problemes la diferent redacció que s'ha donat a la descripció de les dues figures de la marmessoria universal a l'article 429-7 (paràgrafs 1 i 3) i als 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, a tal fi, disposen de les facultats que aquest els hi atribueix i de les altres (legals) que siguin necessàries per a complir uns i altres.

És en 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 (que ja ho 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 retribució, llevat del cas que siguin comptadors -partidors (en el qual cas 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 en podríem denominar 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 voluntarisme que efectivitat. Són aquelles molt immediates al fet de 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 és la marmessoria universal 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 es 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 en explicitar la facultat d'interpretar el testament, codicil, memòria o pacte successori que hagi d'executar. Com és sabut aquesta facultat es va introduir a la Compilació a iniciativa d'un

persona concreta i tot i que se li atribueix una indubtable eficàcia pràctica i recolza en la millor doctrina, pot ocasionar –si s'entén de manera ampla- disfuncions notables.

Per a concloure aquest apartat cal assenyalar que no pocs teòrics i pràctics del dret veuen en la figura de la marmessoria universal l'eina idònia per apropar 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 amb anterioritat 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 a la llum d'allò que estableix l'article 429-12.2. En efecte, pot donar-se el cas que un causant efectui determinats encàrrecs a un marmessor concret disposant que, una vegada realitzats i sense que sigui necessari cap acte de realització dinerària, lliuri l'herència íntegrament be a l'hereu o be a persones (o persona) designades per ell sense atribuir-les 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 lletra 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 la herència íntegrament a l'hereu, sovint a la pràctica s'ha volgut considerar com a marmessoria universal, especialment a efectes retributius, singularment quant 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 a la marmessoria se li reconegui 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.

Les facultats que la llei atorga al marmessor universal de realització són pràcticament les mateixes que ja els hi 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 a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 setembre 2006 (Sr. Ramos), però sense que hagi aportat cap tractament nou a la qüestió.

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

Ja hem assenyalat també que els sistema de retribució dels marmessors ha estat l'única novetat substancial introduïda per la Llei de 10 de juliol d'enguany 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 (enlloc de només els fruits i rendes) i resolgué la compatibilitat, llevat de disposició en contrari, 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 d'elles no està exempta de polèmica. En concret no encerto a veure la raó de que en uns casos els honoraris professionals s'imputin al percentatge de retribució ("si la marmessoria és exercida professionalment") i en altres no s'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 allò que disposa el paràgraf subsegüent, el causant pot disposar altrament i que, en altre cas, tot marmessor que sigui un professional pot optar entre prestar els seus serveis professionals incorporant 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 són més d'un els anomenats, com que hi ha més treball també hauria de ser més gran la retribució. 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 i altre cas. Respecte del segon la solució legal es 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 només 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 partiem 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 enlloc 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 la retribució amb la qual cosa es segueix retribuïnt exorbitantment als 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'insereixen en una corrent d'opinió que tendeix a treure importància a la figura de l'hereu i al que 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 l'encàrrec l'atribueix 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 a l'herència serà del 5%. Sembla que la diferència és excessiva.

## V.A MODE 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 a facilitar el debat m'ha semblat oportú cloure'l amb algunes conclusions com les que a continuació exposo:

Primera: La marmessoria, tot i la dificultat del seu encaix en un sistema de *successio* romana, té encara ara una virtualitat pràctica que aconsella el seu manteniment i la millora de la seva regulació. La marmessoria no hauria de ser utilitzada com a eina per a 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 en la mesura que ha mantingut i sistematitzat l'anterior regulació. El judici, a parer meu, ja no és favorable quan a les novetats introduïdes.

Tercera: Són molts els aspectes de l'actual regulació 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 del marmessor designat d'ofici o a instància de l'hereu o persones interessades en la successió; c) La retribució de la legalment anomenada marmessoria professional; i 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 la seva 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 caudal hereditari i exclou tots els altres supòsits. Quan el marmessor universal exerceix efectivament les seves funcions i així supleix de veritat a la institució d'hereu, l'antiga remuneració del deu per cent sembla més justa que l'actual del cinc per cent.