

JOAN MARSAL I GUILLAMET, *EL TESTAMENT*. BARCELONA: GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, 2000 (VOLUM 4 DE LA COL·LECCIÓ «ESTUDIS DE DRET PRIVAT CATALÀ»). ESTHER ARROYO I AMAYUELAS, *L'ESTATUT JURÍDIC DEL CURADOR EN EL CODI DE SUCCESSIONS*. BARCELONA: GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, 2001 (VOLUM 5 DE LA COL·LECCIÓ «ESTUDIS DE DRET PRIVAT CATALÀ»)

*Acte de presentació dels volums 4 i 5 de la col·lecció «Estudis de Dret Privat Català», a cura del doctor Pedro del Pozo Carrascosa, catedràtic de Dret Civil de la Universitat Rovira i Virgili, el dia 9 de maig de 2001, a la sala d'actes del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya*

Honorable Conseller,  
Senyores,  
Senyors,

En primer lloc, vull agrair al Departament de Justícia, en la persona del seu titular actual, l'Honorable Senyor Josep-Delfí Guàrdia i Canela, però recordant també els consellers i directors generals anteriors, la creació i consolidació de la col·lecció «Estudis de Dret Privat Català», així com l'edició d'altres textos que contribueixen a la difusió i a l'enfortiment de la cultura jurídica catalana.

Les dues obres que avui presentem —la del doctor Marsal, sobre el testament, i la de la doctora Arroyo, sobre el curador—, obres per les quals felicito sincerament els seus autors, constitueixen aportacions importants al coneixement del nostre dret no solament per l'estudi puntual de determinades institucions jurídiques, sinó també per altres motius centrats en la projecció de futur del nostre dret que després comentarem.

En efecte, *enfortir la cultura jurídica catalana* resulta especialment important en un moment com l'actual, en el qual el nostre país ha d'afrontar el difícil rept de la *codificació del seu dret civil*. Partim del convenciment que sense una cultura jurídica forta no és possible un codi civil; o, com a mínim, un codi civil que pugui ser considerat punt de referència per a altres cultures i tradicions jurídiques.

Una cultura jurídica catalana vigorosa —o, si es prefereix, el convenciment que els coneixements sobre el dret civil català tenen un sentit i una utilitat que cal, encara, desenvolupar més— ens hauria de permetre *fer el pas de l'antiga tradició jurídica (catalana) fins a una nova tradició jurídica* que tindria en el codi civil el seu exponent principal.

## 1. L'ANTIGA TRADICIÓ JURÍDICA CATALANA

El concepte de *tradició jurídica catalana* apareix en l'article 1.2 de la Compilació de 1960. Va ser obra del professor José Castán Tobeñas, influent civilista i president de la Comissió General de Codificació.

La introducció del concepte va suposar, però, una restricció; podríem dir que constituïa una «clàusula d'acomentament», si utilitzem el símil de la clàusula legitimària. En efecte, la normativa de fonts del Projecte de 1955 és transformada l'any 1960 en un mètode d'anàlisi del dret, la presa en consideració del qual s'imposa a l'interpret. Si tenim en compte l'època, la solució no era del tot dolenta. L'expressió *tradició jurídica catalana* es va conservar en la reforma de la Compilació de l'any 1984 i se li va afegir una nova funció: a més de com a interpretació, la tradició jurídica catalana servia com a criteri d'integració del dret civil de Catalunya.

En definitiva, el concepte de *tradició jurídica catalana*, tot i ser restrictiu, va tenir, i té encara, una doble virtualitat:

1. Va atorgar, de manera insospitada, un paper fonamental al dret anterior. Això ha fet que molts estudis sobre el dret vigent s'hagin basat en l'estudi del dret històric, cosa que ha creat una base conceptual sòlida. Els llibres que presentem avui en són un exemple.

2. Però l'existència i el reconeixement extern d'una tradició pròpia tenen un segon paper, una altra virtualitat fonamental: *la justificació d'una nova tradició*, cosa que precisarem després.

Què és una tradició jurídica?<sup>1</sup>

Inicialment, podem definir la tradició jurídica com un conjunt de coneixements i d'experiència jurídics que tenen una base comuna. Aquesta base comuna pot ser de molts tipus; per exemple:

1. Algunes de les idees al voltant del concepte de *tradició jurídica* que veurem a continuació han estat el resultat de la reelaboració i l'adaptació al nostre cas d'algunes de les construccions que trobem en l'excel·lent llibre de H. Patrick GLENN, *Legal traditions of the world. Sustainable diversity in law*, Oxford University Press, 2000.

- una institució: el dret canònic
- una activitat: el dret marítim
- una organització política: el *ius municipale*
- un cabal o patrimoni cultural jurídic: el *ius commune*

Evidentment, entre aquests diferents suports d'una tradició no s'exclouen ni les interaccions ni les influències recíproques.

Però el concepte mateix de *tradició* requereix també una *identitat*, una *consciència de l'existència* de la tradició per part dels individus que la sustenten. La identitat pot sorgir espontàniament, però en moltes ocasions pot ser induïda: *interessa tenir una tradició o mantenir una tradició ja existent?* En definitiva, la creació d'una identitat seria una funció instrumental i, fins i tot, de supervivència de la tradició mateixa.

Aquesta identitat *no ha d'excloure ni el dissens intern ni la contrastació externa o permeabilitat* dels coneixements i l'experiència que formen la tradició; una cosa és que la tradició aparegui com l'opció més correcta, com allò que és bo, i una altra molt diferent és caure en el fonamentalisme. Es tracta, per tant, d'una qüestió de *supervivència i desenvolupament de la tradició mateixa*.

*Dissens, contrastació, permeabilitat, supervivència i desenvolupament* són conceptes que justifiquen l'*estudi del passat*, la «captura» del passat, per a permetre l'«extensió del passat cap al present», per tal d'*establir les bases d'una nova tradició jurídica*.

En els llibres que avui presentem tenim una mostra excel·lent de l'estudi de la nostra tradició jurídica antiga. No podia ser d'una altra manera si tenim en compte que la doctora Esther Arroyo i el doctor Joan Marsal s'han format a l'«escola» del doctor Ferran Badosa, que ha considerat sempre fonamental la utilització de l'element històric com a argument de discussió i justificació del dret civil vigent.

Cal destacar que, si bé el denominador comú és el mateix —la utilització exhaustiva de la tradició jurídica anterior—, la configuració metodològica és radicalment diferent. Això indica una flexibilitat en la dialèctica de l'argumentació que és altament indicativa de la bondat del sistema, el qual és capaç d'adaptar-se a les necessitats i peculiaritats de cada tema objecte d'investigació.

Vegem els dos supòsits:

a) En l'obra de la doctora Arroyo, l'estudi dels materials històrics s'ordena segons un criteri estrictament lineal: partint dels glossadors podem seguir l'evolució de les diferents curateles fins a arribar al Codi de successions vigent. Del seu tractament podem destacar que:

1. És absolutament exhaustiu i emmarca la tradició catalana en tot l'entramat de tradicions jurídiques i culturals europees. Així, a més de glossadors i

comentaristes, s'examinen, entre d'altres, la doctrina dels juristes francesos de l'escola culta, els diferents drets nacionals de l'edat moderna o la pandectística.

2. És especialment interessant el tractament de la tradició jurídica recent, especialment la tradició republicana, amb el Projecte de llei de tutela i curatela de 18 de juliol de 1934, i el seu entroncament amb el dret vigent. També podem destacar la minuciositat amb què s'exposen els avatars del procés compilador; minuciositat no exempta, de vegades, de l'anècdota que converteix la normalment severa lectura jurídica en una autèntica delícia (vegeu, per exemple, la pàgina 228, on es transcriu un material pseudoamagat: una entrevista a Porcioles publicada a la revista *L'Avenç*).

b) En el cas de l'obra del doctor Marsal, la utilització dels materials històrics s'ordena segons un criteri «temàtic». És a dir, cada punt de la investigació gaudeix del seu propi tractament del dret històric, tractament que pot estar relacionat, o no, amb el que es faci en altres punts o aspectes relacionats amb el testament.

Aquest tractament «atomitzat» dels materials prelegislatius sembla convenient si tenim en compte que el testament és una institució en la qual conflueix bona part del dret de successions; això fa que una presentació merament lineal dels materials històrics hagués resultat, en aquest cas, inintel·ligible.

D'altra banda, els materials utilitzats en cadascun dels temes no són homogenis, perquè no cal que ho siguin. És a dir, cada tema s'examina des de l'òptica que més bé li escau. En aquest sentit, de vegades resulta imprescindible recórrer al *ius commune* i a la seva evolució; de vegades, en canvi —i aquest és un dels punts interessants de la metodologia emprada—, cal fer una incidència especial en les parts més oblidades de la nostra tradició jurídica, especialment en la tradició notarial, que va tenir una importància decisiva en la conservació i «modernització» del dret civil català durant la seva època més fosca (segles XVIII i XIX). En aquest sentit, el doctor Marsal examina amb total minuciositat teòriques de notaria, formularis, revistes gairebé desconegudes i altres documents que donen un interès afegit a la lectura del seu treball.

## 2. EL CAMÍ CAP A UNA NOVA TRADICIÓ JURÍDICA CATALANA

Una tradició jurídica no ha de ser necessàriament estable o immutable. Necessita, al contrari, una dosi de canvi i de racionalitat que impedeixi a la tradició caure no solament en l'immobilisme, sinó també en la inèrcia i la rutina. En aquest sentit, la tradició esdevé fecunda i creativa; *esdevé una font de legitimitat del canvi*, legitimant idees que, per si soles, no tindrien ressò. Podríem dir

que el passat es mobilitza per a inventar el futur. En definitiva, la tradició jurídica antiga és alhora cohesiva i disruptiva.

La nova tradició es crea a partir de l'antiga, però és més fràgil. És per això que la subsistència del nou sistema de coneixements, d'informació i d'experiència jurídiques dependrà del suport més o menys fort que rebí.

En el cas del dret civil de Catalunya, el suport a la tradició antiga ha estat entusiasta en aparença, però, en moltes ocasions, mesquí en la pràctica. Moltes vegades, la defensa del nostre dret civil s'ha limitat al foc d'encenalls d'unes quantes institucions emblemàtiques (la rescissió per lesió, la llegítima curta o el règim de separació) per a prescindir, en canvi, lamentablement, d'altres figures (com ara la penyora). El suport a la nova tradició —la que serà una tradició codificada— haurà de ser més important per part de tots els qui, des de diferents àmbits, hi entrarem en contacte. L'existència d'un text únic que reculli el més important del nostre dret civil hauria de fomentar la seva pròpia difusió: si l'accés a la informació és senzill i planer, la difusió del missatge ha de resultar molt més fàcil. El missatge, però, ha de ser clar, convincent i verdader; no val la publicitat enganyosa. És a dir, el Codi haurà de ser un bon codi; no serveixen les mitges tintes.

Com podem obtenir un bon codi?

Hi ha molts elements, sens dubte, començant per l'element finalista, per donar bones solucions als problemes jurídics plantejats. Però, més tècnicament —i amb això tornem als llibres que avui presentem—, un bon codi ha de tenir una arquitectura sòlida, basada en unes bones parets mestres que tinguin el seu fonament, si és possible, en la tradició antiga. Un bon codi ha de partir de la captura i l'elaboració dels conceptes generals que el sustenten.

Tornem aquí a fer referència als llibres de la doctora Arroyo i el doctor Marsal. Són investigacions sobre el dret de successions, és a dir, sobre l'àmbit de la matèria civil que, ara per ara, a Catalunya té el tractament tècnic jurídic més desenvolupat. El Codi de successions és, en aquest sentit, una autèntica «reserva de conceptes» que poden servir per a bastir el futur codi civil. Per exemple, resseguint el Codi de successions trobarem referències suficients per a bastir una teoria general de la possessió que serveixi de base ferma per al tractament d'aquesta matèria en el futur codi civil; la tradició antiga entronca, per tant, amb la nova.

Aquestes afirmacions són perfectament aplicables als llibres que presentem, en els quals es parteix de l'estudi d'institucions concretes, però on trobem també una sèrie d'idees o de conceptes «transversals», és a dir, que són potencialment aplicables a una pluralitat de situacions i figures jurídiques aparentment heterogènies. Precisem això en relació amb cadascuna de les obres.

### 3. EL LLIBRE DE LA DOCTORA ESTHER ARROYO SOBRE L'ESTATUT JURÍDIC DEL CURADOR EN EL CODI DE SUCCESSIONS

La figura del curador no ha estat mai especialment clara en el dret successori de Catalunya, ni pel contingut de les seves funcions ni pels pressupòsits de la seva existència. Vegem-ne un exemple: mentre que l'article 99.2 de la Compilació de dret civil de Catalunya preveia un curador de l'herència jacent, el seu homòleg en el CS (art. 8.2) el transforma en un administrador. Ens trobem, per tant, davant d'una administració —abans curatela— sense curatela. En canvi, en l'article 148.4 CS trobem una curatela que inclou l'administració.

La doctora Arroyo resol molt bé i imaginativament aquesta paradoxa —o, més aviat, aquest trencaclosques— sistematitzant els supòsits de la manera següent:

a) Existeix administració sense curatela en tots els casos en què el titular dels béns o de l'expectativa successòria és una persona certa, concreta i determinada que pot prendre possessió dels béns de l'herència i pot administrar-los per si mateixa (art. 8.1 i 154.3 CS).

b) La curatela, en canvi, fa referència a la protecció dels interessos o les expectatives patrimonials de caràcter successori de persones que no poden defensar aquests interessos o aquestes expectatives; és el cas dels no-concebuts o de les persones genèricament instituïdes (art. 143.3, 148.3, 225.2 i 226.1 CS).

En aquests supòsits ens trobem amb una situació interina de «vinculació» que crea un interès. Es tracta d'una situació interina que només esdevindrà definitiva quan siguin determinats els titulars dels drets futurs. Aquesta etapa de transitorietat és protegida, en l'ordenament català, mitjançant la curatela. Aleshores, depenent de la situació que provoqui la creació de l'interès, el contingut de la curatela pot ser:

a) El control sobre l'administració del titular actual dels béns; és el cas de l'hereu fiduciari (art. 226.1 CS).

b) La facultat d'administració directa dels béns quan no hi hagi titular actual; és el cas del curador en la institució d'hereu per fiduciari (art. 148.4 CS).

A partir d'aquest plantejament, la doctora Arroyo considera la possibilitat d'aplicar el concepte de *curatela* a altres figures dins del CS mateix. És *una primera expansivitat de la figura, o transversalitat, diguem-li aplicació analògica*. Per exemple, al cas dels articles 46, 47 i 149 CS.

Fins aquí hem perfilat una primera utilitat de l'obra de la doctora Arroyo: delimitar i deixar clara una institució concreta, un concepte, *dins d'un text legal*. A partir d'aquí l'autora va, però, més enllà i s'atreveix a donar contingut a uns conceptes o unes categories més generals: les de funció i càrrec.

a) La *funció* és la finalitat que compleix una institució. En el cas del curador, la seva funció és la representació i la defensa dels interessos de determinades persones cridades a la successió; eventualment, hi podem trobar un contingut complementari d'administració i de disposició dels béns de l'herència. En aquest sentit, trobem la funció de curador en aquells supòsits en què la llei preveu la mateixa finalitat però no utilitza el terme *curador* per a designar la persona que ha de cobrir aquesta finalitat.

b) La funció, però, no és el mateix que el *càrrec*. Només trobem el càrrec de curador quan és el testador mateix qui ha de designar la persona que ha de desenvolupar la funció de protecció dels interessos dels futurs hereus. En aquests casos, el causant crea un càrrec i desplaça les persones que la llei crida, en principi, per a exercir aquella funció: per exemple, el cònjuge vidu elector, en l'article 148.4 CS.

Veiem, per tant, que si la funció és sempre necessària (ho diu la llei!), el càrrec és sempre d'existència i de titularitat voluntàries: la seva creació és discrecional del causant i la seva acceptació no constitueix un deure de la persona designada. A partir d'aquestes premisses, la doctora Arroyo preveu i sistematitza una sèrie de criteris identificadors que ens podrien arribar a descriure què és un *càrrec de dret privat*.

Hem parlat d'administrador, de curador, de funció i de càrrec, tot centrant-nos en el tema del llibre i en l'àmbit del dret de successions. L'aportació, però, d'aquesta investigació pot anar més enllà, perquè dona una base teòrica important per a extrapolar aquests conceptes a altres àmbits del dret privat i donar peu al legislador català per a preveure, com a element important del futur codi, una regulació general de la funció d'administració de béns i una definició general del càrrec d'administrador, com ja fa algun dels codis civils més recents.

#### 4. EL LLIBRE DEL DOCTOR JOAN MARSAL SOBRE EL TESTAMENT

En l'obra del doctor Marsal no trobem, en canvi, un «gran tema» que sigui extrapolable a la totalitat del nostre dret civil i que ens pugui servir per a crear una nova gran categoria que resulti útil i d'interès. L'obra té, evidentment, altres virtuts que la fan especialment útil amb vista al repte d'una bona codificació del nostre dret civil.

En efecte, el llibre del doctor Marsal tracta del testament, i aquesta és una figura que podem qualificar de *calaix de sastre* que té relació, i que recull, bona part dels temes, i dels problemes, del dret de successions. Per exemple, en aquesta obra trobem un tractament exhaustiu de les formalitats exigides en l'a-

torgament de les diferents modalitats de testament, però també s'hi estudia la institució de l'hereu i a partir d'aquí es fa referència als principis successoris.

El que acabo d'esmentar es pot considerar, *a priori*, una dificultat, però és alhora la base d'un dels punts forts del llibre. En efecte, el seu autor tracta la multiplicitat de temes que es generen a partir del testament basant-se en —i, de vegades, refent— una sèrie de conceptes generals que resulten essencials en la dogmàtica jurídica i que ara es formulen, o es reformulen, des del dret civil de Catalunya. En citaré tan sols uns exemples:

- la declaració de voluntat (testamentària i de testar)
- el concepte de *negoci unilateral*
- el concepte de *negoci per causa de mort*
- el de negoci de *darrera voluntat*
- el concepte d'*administració*, amb referència especial al paper dels marmessors.

Aquesta solidesa conceptual que trobem en l'obra del doctor Marsal, i que resulta especialment útil per a consolidar el patrimoni jurídic de la nostra nova tradició, permet a l'autor, a més a més, fer aportacions importants i innovadores al patrimoni esmentat.

En aquest sentit, podem destacar que el doctor Marsal proposa una *nova definició del testament en el dret civil de Catalunya* com a negoci *mortis causa* de darrera voluntat, apte per a regular la destinació completa de les relacions jurídiques del causant que no s'extingeixen com a conseqüència de la seva mort. El doctor Marsal abandona així la configuració habitual del testament com a negoci en el qual necessàriament cal instituir un hereu, regla, però, que admetria algunes excepcions, per passar a admetre *tres classes de testament amb plena equivalència jurídica*.

El testador gaudeix així de tres possibilitats per a organitzar la destinació de la seva herència, dues amb caràcter successori i una amb caràcter liquidatori:

1. Mitjançant la successió a títol universal. En aquest cas, ha d'atorgar un testament successori en el qual institueixi un hereu (art. 102 CS).
2. Mitjançant la distribució de tota l'herència en llegats. En aquest cas, ha d'atorgar un testament successori en el qual nomeni un marmessor de lliurament del romanent (art. 315.2 i 316.2 CS).
3. El testador pot, però, voler impedir la seva successió. En aquest cas, ha d'atorgar un testament liquidatori en el qual nomeni un marmessor universal de realització dinerària de l'herència (art. 315.2 i 316.2 CS).



En aquesta configuració, quin sentit té la subsistència del testament sense institució d'hereu que poden atorgar les persones sotmeses al dret local de Tortosa? Aquí el doctor Marsal fa també una aportació interessant i assenyala, a partir d'una interpretació acurada de l'article 271.4 CS, que, en l'actualitat, l'especialitat del dret local de Tortosa consisteix a distribuir tota l'herència en llegats sense haver de nomenar un marmessor universal de lliurament del romanent de béns.

**Pedro del Pozo Carrascosa**  
*Catedràtic de Dret Civil*  
*Universitat Rovira i Virgili*