

**La eficacia del testamento mancomunado y
la actuación judicial del ejecutor testamentario
en Derecho Internacional Privado
(Dos cuestiones a propósito de la STS 602/2010,
de 8 de Octubre)**

RAMÓN SANTIAGO PAZ LAMELA

*Investigador del área de Derecho Internacional Privado
Universidade da Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

602/2010.- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil,
Sentencia de 8 de Octubre de 2010.
Ponente : Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Sucesión hereditaria internacional. Testamento mancomunado, revocabilidad testamentaria y orden público. Ejecución y administración de la herencia sometida a Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 9.1; 12.3 ; 669; 733 ; 737; 739 Cc. - 13.1 LEC 1/2000

Jurisprudencia relacionada: Tribunal Supremo (Sala Primera), sentencia de 23 de diciembre de 2005; Tribunal Supremo (Sala Primera), sentencia de 20 de febrero de 2006; AP Palma de Mallorca, sentencia nº 509/2006 de 24 de noviembre.

[...]. El planteamiento de la litis que se somete en esta Sala en virtud de los recursos interpuestos contiene una cuestión fáctica y una cuestión jurídica, en la que ambas partes están conformes, siendo objeto de aquéllos otras cuestiones que inciden en las anteriores.

La cuestión de hecho parte de que el señor Paulino estuvo casado en primera nupcias de cuyo matrimonio hubo un hijo llamado Ezequiel. Casado en segundas nupcias con la señora Margrit, de cuyo matrimonio no hubo descendencia, otorgan ambos testamento mancomunado el 11 de septiembre de 1987 en Bremerhaven (Alemania) en el que se instituyeron recíprocamente herederos universales (cláusula primera) y dispusieron que a la muerte del supérstite el heredero final sería el mencionado Ezequiel (cláusula segunda) y añadieron (en la cláusula tercera) que las cláusulas anteriores sólo podían ser modificadas o revocadas mancomunadamente y que

tras la muerte de uno de ellos, el supérstite podía modificar el testamento tan sólo en el sentido de que en lugar del heredero final (Ezequiel) podía sustituir a los descendientes de éste.

Fallecida la señora Margrit el 5 de noviembre de 1997, el mencionado cónyuge viudo señor Paulino contrajo terceras nupcias el 14 de diciembre de 2000 con la señora María Virtudes , demandante en la instancia y recurrente ante esta Sala; de este matrimonio tampoco hubo descendencia.

El señor Conrado había hecho uso de aquella posibilidad de modificar el testamento mancomunado y el 19 de febrero 2001, ante notario en Bremerhaven, instituyó como herederos finales a sus nietos, hijos de su hijo Ezequiel , llamados Conrado , Catalina y Ezequiel, demandados en la instancia.

En fecha 5 de julio de 2001 otorgó en España, en Palma de Mallorca, testamento abierto en el que, aparte de otras disposiciones, instituyó heredera universal a su actual esposa, revocando "todos los actos y disposiciones de última voluntad anteriores al presente, otorgados en España (sic) . En fecha 22 de enero de 2002 falleció y su viuda, el 23 de abril del último año, compareció ante el notario de Calviá (Mallorca) y aceptó la herencia.

El Juzgado local de Bremerhaven nombró executor testamentario, el día 3 de abril de 2002 , facultado para hacer valer judicialmente los derechos correspondientes a la herencia del causante, Don. Artemio .

La señora María Virtudes , de soltera María Virtudes , formuló demanda contra los herederos de su esposo fallecido, los hermanos Conrado , Catalina y Ezequiel , nietos de aquél, en la que interesó que se declarara la validez y eficacia del testamento otorgado el 5 de julio de 2002, cuyo texto literal del suplico consta en los anteriores antecedentes de hecho.

Se personó el mencionado executor testamentario de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en calidad de demandado que, a su vez, formuló reconvencción interesando que se declare la nulidad del testamento de 5 de julio de 2001, así como de la aceptación de la herencia y otros pronunciamientos que, desestimados en la instancia, no han sido objeto de recurso ante esta Sala. Los inicialmente demandados, herederos del causante, se personaron en autos y alegaron su falta de legitimación pasiva ya que la herencia está sometida a ejecución testamentaria, lo que les impide llevar a cabo cualquier labor de administración o defensa de la herencia que debe ser llevada a cabo por el executor testamentario; asimismo, negaron los hechos de la demanda e interesaron la desestimación íntegra de la misma.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción en el único sentido de declarar la nulidad del testamento de 5 de julio de 2001 y de la aceptación de la herencia contemplada en el mismo. Fue confirmada por la Audiencia Provincial, Sección 5ª, de Palma de Mallorca, en sentencia de 24 de noviembre de 2006, con la única salvedad de imponer las costas de ambas instancias a la demandante.

Esta ha formulado contra la anterior sentencia recurso por infracción procesal en un solo motivo y de casación en dos motivos, en la que insiste en su posición mantenida en la instancia, de no aplicar el derecho alemán al caso presente. La quaestio iuris del presente caso se concreta pues, en la validez del testamento otorgado el 5 de julio de 2001, tras el testamento mancomunado de 1 de septiembre de 1987 y de la subsiguiente aceptación de la herencia.

Son precisas unas consideraciones previas antes de entrar en el análisis de los motivos de los recursos. Ante todo, hay que partir de la norma de derecho internacional sita en el artículo 9.1 del Código Civil que dispone que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley rige, entre otros extremos, la sucesión por causa de muerte, norma a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 2004. En consecuencia, al presente caso es aplicable el Derecho alemán, ya que de tal nacionalidad es el causante de la herencia cuyos testamentos se discuten y deben aplicarse al B.G.B. (Bürgerliches Gesetzbuch =Código Civil) que contempla el testamento mancomunado en los § 2265 a 2273, el primero de los cuales dispone que un testamento mancomunados solo puede ser otorgado por cónyuges. El § 2269 contempla la institución recíproca en el testamento mancomunado, caso presente, y dispone en el apartado primero que si los cónyuges han establecido en un testamento mancomunado, por el que se instituyen recíprocamente herederos, que al fallecer el superviviente el caudal relicto de ambos debe corresponder a un tercero, en caso de duda, se entiende que el tercero está instituido heredero de todo causal relicto del cónyuge que fallece en último lugar .

Y el § 2271 se refiere a la revocación del mismo, disponiendo, entre otros extremos, que no interesan aquí, que el derecho a revocar se extingue con la muerte del otro cónyuge.

El testamento mancomunado, no admitido en el Código Civil español (artículo 669 : no podrán testar dos o más personas mancomunadamente....) aunque sí en derechos propios de algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Aragón y Navarra) se produce cuando las personas, necesariamente cónyuges en el B.G.B. testan en común, en un solo documento público o en un documento privado, como testamento ológrafo. Muy discutida su conveniencia, ha sido admitido en el derecho alemán desde la época medieval y se ha mantenido en el B.G.B.

En éste, es trascendente el efecto vincular del testamento mancomunado en las disposiciones recíprocas, que excluye la revocación unilateral y, tras la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente sólo puede revocarlo si renuncia a lo que le había atribuido el premuerto. En el caso presente, consta que el esposo aceptó expresamente la herencia causada por su cónyuge premuerto, la señora Margrit. Por tanto, el cónyuge supérstite quedó limitado en su libertad de testar, ya que no son válidas las disposiciones que hubiera adoptado en contra del testamento mancomunado anterior. Y si contraviene o traspasa tal limitación el § 134 dispone que un negocio jurídico contrario a una prohibición legal es nulo.

[...]

El ejecutor testamentario de la herencia del causante se personó como demandado ,en defensa de la herencia y de conformidad con el artículo 13.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en fecha 22 de enero de 2004 . De cuya personación y contestación a la demanda y reconvenición se dio traslado a la parte actora, ahora recurrente en este recurso, que presentó escrito el 22 de febrero de 2004 formulando una serie de consideraciones sobre el fondo del asunto, concretamente sobre la enfermedad del causante e interesaba que aclarara su situación legal en el sentido de mantener o no la enfermedad mental del causante. Lo que se proveyó en providencia de fecha 4 de marzo de 2004 y en posterior providencia de 27 de julio de 2004 se requirió al Procurador de la parte demandada para que aportara el poder de representación, lo que hizo efectivamente. La parte actora presentó escrito el 30 de julio del mismo año interesando que se tuviera por precluido el trámite de aclaraciones que se le había pedido al ejecutor testamentario y no se le

tuviera por parte, ni se tuviera por contestada la demanda. En fecha 8 de septiembre del mismo año este demandado ejecutor testamentario presentó escrito de alegaciones, al que se opuso la actora y por autos de 28 del mismo mes y año y de 15 de noviembre desestimando recurso de reposición, se admitió la intervención Don. Artemio , ejecutor testamentario, como parte demandada.

[...]

El recurso de casación que ha formulado la parte actora, Sra. María Virtudes , María Virtudes de soltera, alega la infracción del artículo 12.3 del Código Civil que dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público , en relación con los artículos 737 y 739 del mismo código que proclama la revocabilidad del testamento, en Derecho español naturalmente. A lo largo del desarrollo del motivo insiste una y otra vez en que la revocabilidad del testamento es un principio de orden público que impide la aplicación de una norma de Derecho extranjero que imponga la irrevocabilidad, aunque sea de un testamento mancomunado.

El concepto de orden público en el Derecho internacional privado es un aspecto particular más, entre otros, de la noción general en el ordenamiento español. Cuando el artículo 12.3 del Código Civil impone la excepción del orden público en la remisión al Derecho extranjero, constituye un límite, formulado con carácter absoluto a la aplicación del mismo. Sin embargo, es un concepto indeterminado que engloba el conjunto de valores o principios que inspiran y presiden el ordenamiento nacional, funcionando como pauta para su funcionamiento correcto. Puede considerarse que orden público indica las "condiciones mínimas" a las cuales está subordinada la existencia del ordenamiento jurídico, son las condiciones que operan para la "tutela de la integridad del ordenamiento jurídico". Lo que no es otra cosa que el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad, implica un carácter absolutamente obligatorio e inderogable del mismo y lleva consigo una función excluyente, de impedir que tengan eficacia jurídica y que

puedan integrarse en el ordenamiento normas extranjeras que lo contraríen. Este es el supuesto que contempla el mencionado artículo 12.3 del Código Civil .

Y no es el supuesto de la especialísima norma que impone la irrevocabilidad, cuando se pretende hacer unilateralmente en el testamento mancomunado. Siendo así que el Derecho español, en el de Aragón, Cataluña y Navarra, admite el testamento mancomunado, cuyo irrevocabilidad en determinados casos -esencialmente la revocación por uno solo de los testadores y va insita en su mismo concepto, no es posible que forme parte del orden público. Todo el concepto, por más que sea difuso, del mismo impide que la revocación o irrevocabilidad de un concreto testamento se considere de orden público: ni es un principio que inspira y preside nuestro ordenamiento, ni es una pauta para su funcionamiento concreto, ni es una de las condiciones mínimas a la que está subordinada la existencia de nuestro ordenamiento, ni es una condición que opera para la tutela de la integridad del mismo.

Por ello, se rechaza el motivo, sin que puedan apreciarse unas alegaciones sobre determinados documentos ni la extraña alegación sobre la acreditación del Derecho alemán, que esta Sala bien conoce y que no constan como tal motivo en su preparación, planteamiento y cita de norma supuestamente infringida.

Observaciones:

1. La sentencia ahora tratada plantea una pluralidad de cuestiones que podemos agrupar, fundamentalmente, en torno a dos conjuntos. En primer término, nos encontramos con aquellas cuestiones que versan sobre la admisibilidad, en derecho español, de los testamentos mancomunados, y el reconocimiento de los efectos de dichos testamentos, otorgados conforme a una Ley distinta a la Ley española. En segundo lugar, es preciso hacer referencia a las determinaciones que el Tribunal Supremo adopta en torno a la actuación del ejecutor testamentario, designado en el extranjero, ante los tribunales españoles.

2. En relación con el primer grupo de cuestiones, el objeto principal de análisis trata la validez en España de un testamento mancomunado otorgado por un alemán conforme a su ley nacional. Partiendo de la aplicación de la norma de conflicto contenida en el art. 9.1 Cc (y en concreto de las prescripciones del art. 9.8 Cc) para la determinación de la *lex successionis*, resulta de aplicación la Ley alemana para la regulación del conjunto de aspectos sucesorios, correspondiendo al BGB la determinación sobre el caso concreto, admitiendo éste, con carácter general, la validez del testamento mancomunado en los artículos § 2265 a 2273. Llegados a este punto, sin que por parte de ninguno de los intervinientes en la litis se cuestione la determinación del Derecho aplicable, sin embargo, se opone por una de las partes recurrentes la excepción de orden público a la aplicación por los tribunales españoles de los citados preceptos, en tanto que entiende que la irrevocabilidad de las disposiciones testadas mancomunadamente, que se dispone por el Derecho alemán, vulnera el principio general de revocabilidad de las disposiciones por causa de muerte contenido en los arts. 737 y 739 Cc español. En este orden de consideraciones, se alude asimismo a la interdicción de testar mancomunadamente que afecta a los españoles, contemplada en los arts. 669 y 733 Cc, como eventual fundamento de la excepción de orden público internacional en el caso ahora tratado.

Ante dichas cuestiones, resulta del todo oportuno el razonamiento que expone el Tribunal. Ciertamente, la eficacia en el foro del testamento mancomunado no puede ser puesta en entredicho sobre la base de una presunta excepción de orden público. De una parte, si bien puede sostenerse que la revocabilidad de las disposiciones testamentarias es principio de aplicación general en nuestro Derecho común, de otra, no menos cierto es que existen determinados Derechos forales que restringen dicha norma para el caso de los testamentos mancomunados [así por ejemplo, la Ley de Sucesiones aragonesa (arts. 94 ss.), la Ley de Derecho civil de Galicia (arts. 187 ss.), o la Compilación del Derecho Civil y Foral de Navarra (en su « ley 199 »), admiten esta modalidad testamentaria]. La protección de la buena fe y de la seguridad jurídica del testamento, y sus otorgantes, quedaría en entredicho si se permitiese de modo libre la modificación de las disposiciones sucesorias otorgadas de común acuerdo, fallecido uno de los intervinientes en el negocio. Elevar a la categoría de orden público internacional dicho principio general de revocabilidad, entraría en colisión con las propias determinaciones de los Derechos forales aludidos, suponiendo

una extensión injustificada al tráfico privado externo de la aplicación de un precepto que encuentra sobradas excepciones en el propio tráfico jurídico interno e interregional.

3. En estrecha relación con el supuesto planteado se plantearía la hipótesis de que resultare aplicable a la resolución de la *litis* el Derecho material español, en tanto que ley sucesoria de fondo. En tal supuesto, habría de considerarse la virtualidad práctica de aplicar la prohibición de testar mancomunadamente de los arts. 669 y 733 Cc., en la medida en que España es parte del Convenio de la Haya de 1961 en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Dichos artículos extienden la prohibición de testar mancomunadamente, sobre la base de la nacionalidad española del causante, a los supuestos en que el testamento fuese otorgado en el extranjero, bajo las previsiones de la *lex loci celebrationis* de modo que, según dicta el art. 733 Cc, "*No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado*". Empero, el citado Convenio, sin prejuzgar la naturaleza propia de las restricciones, dispone en su art. 5 "*a los efectos del presente Convenio, las normas legales que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieran a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma*". Si la interdicción de testar mancomunadamente tiene que ver con una restricción de capacidad personal, o se trata de una cuestión de forma, es irrelevante a los efectos de la aplicación de las prescripciones del Convenio, de modo que incluso en el supuesto de que la *lex successionis* fuese el Derecho español, desde este punto de vista, no cabría la posibilidad de limitar los efectos del testamento mancomunado ahora enjuiciado. De esta suerte, las dicciones de los artículos 669 y 733 Cc se circunscribirían en su aplicación a cuestiones puramente internas, careciendo de sentido sostener una aplicación a situaciones privadas internacionales sobre la base de un presunto carácter de orden público. (Sobre los aspectos de Derecho civil en relación con la cuestión, *vid.* N.A. López Suárez, "Consideraciones sobre el testamento mancomunado en el Derecho alemán y su reflejo en los Derechos civiles autonómicos", *RDP*, mayo-junio, 2011, pp. 41-62). En cualquier caso, sería cuestionable la aplicación de las prescripciones convencionales a supuestos de falsa internacionalidad, dónde el único elemento extranjero de la relación deviene de un desplazamiento temporal del testador.

4. El segundo conjunto de cuestiones, tiene que ver con el análisis del tratamiento que se dispone respecto de la actuación del ejecutor testamentario. La naturaleza jurídica de las disposiciones que regulan la administración/ejecución hereditaria en DIPr. ha sido objeto de debate, desde antiguo, por parte de la doctrina (por todos, *vid.* M. Férid, "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé", *R. des C.*, vol. 142, 1974-II, 99. 71-202). Asimismo, la determinación del conjunto normativo que ha de regular la actuación trasfronteriza de los ejecutores testamentarios, varía profundamente de uno a otro sistema nacional, pudiendo hablarse de la existencia de una gran heterogeneidad jurídica en el ámbito del Derecho material comparado. No obstante, desde una observación

generalista del conjunto de sistemas europeos, es posible diferenciar dos polos opuestos en su configuración. En un extremo se situarían los sistemas jurídicos europeo-continenciales, dónde la ejecución testamentaria se ha vinculado tradicionalmente a la sucesión por causa de muerte, como un aspecto estrictamente material, y cuya regulación queda sometida (con carácter general) a la misma Ley (o Leyes) llamadas, por la norma de conflicto, a regir el fondo de la sucesión. Sin embargo, esta concepción común a los sistemas de origen latino-germánicos, tiene su contrapunto en las normas sobre ejecución testamentaria de los países del *Common Law*. En efecto, tanto en Reino Unido (aunque con ciertas particularidades en el caso de Escocia) como en Irlanda, la ejecución testamentaria ha sido tradicionalmente considerada como una cuestión de procedimiento, desligando ésta de la regulación material de la sucesión, y sometiéndola a las prescripciones de la *lex procesalis fori*. Esta visión procesalista de la ejecución testamentaria en particular, y de la sucesión en general, ocasiona múltiples controversias en la resolución práctica de las labores de ejecución y administración hereditaria, cuando en ella se ven implicados dos sistemas jurídicos opuestos. Las consecuencias prácticas de adoptar una u otra alternativa son importantes en lo que concierne al correcto desarrollo del tránsito sucesorio. Sin embargo ahora nos limitaremos a analizar el tratamiento que el Tribunal Supremo parece haber otorgado al ejecutor testamentario de origen Alemán y, en concreto, a la determinación de su legitimación en proceso.

5. En el presente caso, nos encontramos ante un ejecutor de la herencia cuya designación se efectúa en virtud de un testamento otorgado ante notario alemán. Determinada la apertura de la sucesión ante los tribunales españoles, el juzgado local de Bremerhaven (Alemania) nombra ejecutor de la herencia conforme a lo dispuesto en testamento, otorgado por el causante (y su esposa en aquel momento) en la misma localidad. Ante la demanda de la parte actora, persiguiendo la nulidad de las disposiciones *mortis causa* otorgadas en Alemania por efecto de la presunta revocación testamentaria, el citado administrador se persona como parte demandada en defensa de los intereses de la herencia. Acción esta última que está prevista por las prescripciones del BGB, aplicables a la resolución del fondo del asunto. Confirmando los herederos dicha legitimación, en tanto que consideran su propia falta de legitimación pasiva para concurrir como demandados, estimando que ésta corresponde al referido ejecutor. A tal efecto, se opone la actora ahora recurrente, sobre la base de que la aplicación del Derecho alemán a la configuración normativa de las facultades del ejecutor, puede generar grave inseguridad jurídica y, en todo caso, es contraria al orden público español. Finalmente, tanto el tribunal de instancia como la Audiencia Provincial, aceptan la legitimación del ejecutor testamentario, como parte activa y pasiva en el proceso. Pronunciamientos que confirma en última instancia el Tribunal Supremo, sobre la base del art. 13.1 LEC.

Partiendo del hecho de que la ejecución testamentaria, tanto en Derecho material español (así se deduce de la interpretación del art. 9.8 Cc, en tanto que se prescribe una única Ley para regular el conjunto de la sucesión), como en Derecho alemán (aplicable a

la resolución del presente caso), tiene la consideración de cuestión sucesoria de fondo, queda solventado todo eventual conflicto que pudiere concurrir si, como anteriormente se indicó, la ejecución tuviese consideración procedimental en alguno de los sistemas en presencia. En este sentido, debe ser la Ley alemana la encargada de regular las condiciones, nombramiento y facultades y deberes de la actuación del administrador hereditario, y el tribunal español deberá enjuiciar dichas facultades sobre el mismo Derecho. Ahora bien, estando el ejecutor testamentario facultado por la ley sucesoria para personarse en juicio, en defensa de los intereses de la herencia, la parte actora entiende que dicha legitimación es contraria al orden público español, y que la legitimación debe enjuiciarse conforme a la ley española, en tanto que ley procesal del foro. La argumentación del TS en este punto no resulta del todo clara. El tribunal, sin entrar a valorar sobre qué Derecho se fundamenta la legitimación como parte del administrador hereditario, estima su posición como parte en el litigio, sobre la base de la legislación procesal española. Si bien el resultado final es correcto, echamos en falta una fundamentación de mayor profundidad sobre la cuestión, que lejos de ser baladí, tiene una gran trascendencia para la resolución de la *litis*. Cierto es que no debe obviarse el principio general de *lex fori regit procesu*, no obstante (y así lo entiende la AP de Mallorca en la sentencia 509/2006 de 24 de noviembre, ahora objeto de recurso) las cuestiones de legitimación escapan de la regulación procesal del foro, en tanto que se encuentran intrínsecamente vinculadas con el fondo del asunto. De modo que la legitimación del ejecutor testamentario dimana de la su condición como tal, y del reconocimiento que ostenta conforme a la ley sucesoria de fondo (así lo sostuvo el TS en STS de 23 de diciembre de 2005, o en STS de 20 de febrero de 2006 entre otras). Sin embargo, en la decisión que ahora se comenta, no se efectúa un análisis sobre la condición de parte del administrador, refiriéndose el TS únicamente al art. 13 de la LEC para justificar el interés legítimo de éste en comparecer. Con ello, puede inducirse a considerar, erróneamente, que debe ser la legislación procesal española quien decida sobre la existencia o no de legitimación, sin que para ello deba tenerse en cuenta al Derecho alemán.

6. Para concluir, tan sólo nos resta poner de manifiesto el acierto jurisprudencial en torno a la cuestión del testamento mancomunado. No sólo no es una cuestión de orden público, sino que la interdicción a este respecto de los artículos 669 y 733 Cc tiene una virtualidad práctica limitada, y circunscrita a supuestos de tráfico privado interno sometidos a Derecho Común.

De otra parte, entendemos que el supuesto de hecho hubiera sido una buena oportunidad para que el Tribunal procediese a delimitar los diferentes aspectos que engloban a la administración hereditaria en el Derecho internacional privado. Un aspecto clave para la resolución de gran cantidad de controversias que se plantean en el ámbito extra judicial, pasa por clarificar el ámbito normativo de cada Derecho nacional en presencia, y es por ello que cobra gran importancia la labor de la jurisprudencia en este ámbito.