

Id Cendoj: 28079110012010100585
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 313/2007
 Nº de Resolución: 602/2010
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DERECHO ALEMAN. TESTAMENTO MANCOMUNADO. Nulidad de testamento posterior, contraviniendo el mancomunado anterior. El testamento mancomunado recíproco entre cónyuges deviene irrevocable a la muerte de uno de ellos; según dispone el B.G.B. aplicable conforme al artículo 9.1 del Código Civil.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Octubre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de la misma ciudad, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador D. Miguel Arbona Serra, en nombre y representación de Dª María Virtudes ; siendo parte recurrida D. Artemio , D. Conrado , Dª Catalina y D. Ezequiel que no han comparecido en esta alzada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador de los Tribunales D. Miguel Arbona Serra, en nombre y representación de Dª María Virtudes , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Conrado , Dª Catalina y D. Ezequiel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando de dictara sentencia, en la que se declare: *1º La plena validez y eficacia del testamento otorgado en fecha 5 de julio de 2002 ante el notario de Palma Don Alberto Ramón Herran Navasa bajo el nº 2959 de su Protocolo, por ser el último otorgado por el causante y circunscribirse a los bienes en España, declarando que el testamento de fecha anterior otorgado en Alemania ha sido revocado en cuanto a los bienes en España y en cualquier caso ser contrario al orden público español. 2º.- Condene a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a los demandados.*

2.- El Procurador D. Gabriel Tomás Gil en nombre y representación Don. Artemio (que presentó escrito solicitando su intervención en el proceso en calidad de demandado), contestó a la demanda formulada de contrario y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *por la que se desestime la demanda con absolución de mi representado y con expresa imposición de las costas procesales causadas a cargo de la parte actora.* Formuló asimismo demanda reconventional que basó en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes al caso, para terminar suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que se declare: *1º.- La nulidad del testamento otorgado por D. Paulino en fecha 5 de julio de 2001, así como de la aceptación de herencia. 2º.- La nulidad del poder general otorgado por D. Paulino en fecha 5 de julio de 2001. 3º.- Que las sumas pertenecientes a D. Paulino a la fecha de su fallecimiento depositados en las cuentas bancarias abiertas en la entidad Banca March nº NUM000 y la nº NUM001 y cualesquiera otras que obren en la citada entidad u otra a nombre del finado, deben integrarse en la masa hereditaria de la herencia yacente administrada por Don. Artemio . 4º.- Que deben reintegrarse a la masa hereditaria d e la herencia yacente administrada por Don. Artemio cuantos bienes y derechos se hayan dispuesto utilizando legítimamente los documentos anulados o el valor de los mismo cuando jurídico o materialmente no sea posible su reintegración. 5º.- Que se condene a la demandada en la presente reconvección a las costas*

causadas. Por otrosí digo que la cuantía del presente procedimiento se fija en 220.273 euros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 252.2ª.

3.- 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 ejecutor testamentario.

4.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 2005, 27 de octubre de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que desestimando la demanda y estimando parcialmente la reconvencción, debo declarar y declaro la nulidad del testamento otorgado por Paulino el 5 de julio de 2001, así como de la aceptación de la herencia. Cada parte pechará con las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes.*

SEGUNDO .- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de ambas partes litigantes, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2006, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Gabriel Tomás Gili, en nombre y representación de don Artemio, don Conrado, doña Catalina y don Ezequiel, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Miguel Arbona Serra, en nombre y representación de doña María Virtudes, contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2005, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Palma, en los autos de juicio ordinario de los que trae causa el presente rollo, debemos resolver y resolvemos: 1º) Revocar parcialmente la sentencia apelada, en el único extremo de imponer a la actora originaria las costas causadas en primera instancia por su demanda, confirmando los restantes pronunciamientos de aquella resolución. 2º) No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas generadas por el recurso de los demandados originarios, e imponer a la actora principal las causadas por su apelación.*

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Miguel Arbona Serra, en nombre y representación de Dª María Virtudes, interpuso recurso de casación y por infracción procesal contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente **UNICO MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL.-** Infracción por inaplicación de los artículos 133, 134 y 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **MOTIVOS DE CASACIÓN: PRIMERO.** - Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se ha producido infracción, por inaplicación de los artículos 12.3 del Código Civil en relación a los artículos 737 y 739 del mismo Código. **SEGUNDO** .- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se ha producido infracción, igualmente y en íntima conexión con todo lo anterior, del artículo 9.3 de la Constitución española referente a la seguridad jurídica.

2.- Por Auto de fecha tres de febrero de 2009, se acordó admitir los recursos de casación y por infracción procesal y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- No Habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de septiembre del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-

1.- 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 superviviente 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 superviviente 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 .

2.- 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 reconvención 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 reconvención 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.

3.- 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 superviviente 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*.

SEGUNDO.-

1.- El recurso por infracción procesal contiene un motivo único, en el que denuncia la infracción por inaplicación de los *artículos 133, 134 y 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, normas que establecen que las actuaciones procesales se practicarán en los plazos señalados, el cómputo de los mismos y su improrrogabilidad y la preclusión de los actos procesales no realizados en el plazo oportuno. En el recurso no concreta en qué se funda, dice que la sentencia recurrida está incluida "en los apartados 3 y 4 del número 1 del artículo 469" (*sic*); no concreta, pero añade, literalmente: *Erróneamente, a nuestro juicio, el tribunal "a quo", considera que no ha existido vulneración alguna de normas esenciales del procedimiento ni que se haya producido indefensión alguna a esta parte, pasando de "puntillas" sobre la cuestión, dicho sea con todo respeto*"

Por lo cual, debe entenderse que se acoge al motivo tercero del *artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Lo que expone en el motivo es cierto, pero ni implica nulidad, ni ha dado lugar a indefensión.

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 reconvención 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 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.

De todo este conjunto de incidencias no aparece en modo alguno la concurrencia del motivo tercero del *artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y es impensable la calificación en el motivo segundo o en el motivo cuarto. No existe norma procesal que determine la nulidad. Pero lo que es esencial es que no se ha producido indefensión alguna. Si se hubiera producido a la parte contraria si se hubiera inadmitido su personación. La actora, al evacuar el trámite de la audiencia que prevé el *artículo 13.2, segundo inciso de Ley de Enjuiciamiento Civil*, se refirió más al fondo, la enfermedad mental del causante, que a la intervención del Dr. Artemio, como ejecutor testamentario. El hecho de que más tarde, tras indudables dilaciones, se dictara auto aceptando la condición de parte de aquél, ni quebranta norma esencial alguna, ni causa indefensión. Que presentara escrito de alegaciones con muchísimo retraso, tras la providencia que le requería para ello, no implica indefensión alguna.

2.- En virtud de la preclusión procesal (*artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) se hubiera podido rechazar el escrito del mismo, pero el no hacerlo no da lugar a la estimación del recurso por infracción procesal, ya que no hay indefensión.

Por lo cual, se rechaza este recurso, con la condena en costas que impone el *artículo 388.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

TERCERO.-

1.- 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.

2. - El segundo de los motivos del recurso de casación mantiene que se ha producido infracción del *artículo 9.3* de la Constitución Española en cuanto proclama el principio de seguridad jurídica.

Es un principio de esencial trascendencia, cuya importancia ha destacado el Tribunal Constitucional ya desde la sentencia 133/1989, de 19 de julio y la 165/1999 , de 27 de septiembre lo considera como denominador común de categorías jurídicas. El Tribunal Constitucional ha mantenido que la seguridad jurídica es la suma de una serie de principios que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad, sin que se pueda erigir en un valor absoluto, como añade la sentencia 332/2005, de 15 de diciembre .

No ha infringido esta norma la sentencia de instancia. En el desarrollo del motivo se explican unas supuestas anomalías o deficiencias en el Derecho alemán, pero ello no implica que la sentencia recurrida atente el principio constitucional de seguridad jurídica ni mucho menos atenta a tal principio, de proyección universal, el Derecho alemán. En el desarrollo del motivo se mezclan conceptos, como el de la reserva viudal en Derecho español, o el certificado judicial de heredero en el Derecho alemán, que queda fuera de la cuestión que se plantea en el recurso, ya que nada de ello alcanza al principio constitucional de seguridad jurídica.

3.- De todo lo anterior se desprende la desestimación de los dos motivos del recurso de casación, con la obligada condena en costas que establece el *artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN, interpuestos por la representación procesal de Doña María Virtudes , contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en fecha 24 de noviembre de 2006 .

Segundo .- Se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas causadas.

Tercero .- Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- firmado y rubricado.**- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.