

Roj: **STS 5543/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:5543**Id Cendoj: **28079110012011100541**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/07/2011**Nº de Recurso: **97/2008**Nº de Resolución: **581/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que con el n.º 97/2008 ante la misma penden de resolución, interpuestos por la representación procesal de D. Jose Antonio , aquí representado por la procuradora D.ª María del Mar Villa Molina, contra la sentencia de 25 de septiembre de 2007, dictada en grado de apelación, rollo n.º 585/2007, por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1064/2006, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Badajoz. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. José Luis Barragués Fernández, en nombre y representación de D. Bernardino .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Badajoz dictó sentencia de 25 de mayo de 2007 en el juicio ordinario n.º 1064/2006 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales Sra. Nieves García, en nombre y representación de D. Bernardino , contra D. Jose Antonio y, en consecuencia, no ha lugar a declarar la nulidad o ineficacia jurídica de cualquier cesión, distribución o documento público que perjudique al actor en relación con el título reclamado, ni a declarar que es el mejor y preferente el derecho del actor, D. Bernardino a ostentar y poseer con sus honores y preeminencias el título **nobiliario** de Marqués de DIRECCION000 , frente al demandado D. Jose Antonio ; todo ello sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas causadas».

SEGUNDO.- En los fundamentos jurídicos de la sentencia se contienen, en síntesis, las siguientes declaraciones:

1. El demandante alega como fundamento de su pretensión de mejor derecho al título de Marqués de DIRECCION000 , frente a su primo, por ser el mayor de los dos, y ser su madre, a su vez, mayor que su tío, que el título es de los llamados de sucesión regular y se rige por los principios de primogenitura y representación, ya que todos ellos, como la anterior poseedora del título, provienen del mismo tronco común.

2. El demandante considera que, tras la Constitución y la Convención de Nueva Cork sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, y tras la ley 33/2006, de 30 de octubre , sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos **nobiliarios**, el principio de preferencia del hombre ha desaparecido, y por encontrarse la situación que se somete a litigio dentro del ámbito de aplicación de la Ley 33/2006 , debe entenderse que es el demandante el que ostenta mejor derecho a uso y disfrute del título **nobiliario**.



3. La sucesión de un título **nobiliario** se rige por lo dispuesto en la carta de concesión y en caso de no establecerse una forma específica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que ha de seguirse el orden regular tradicionalmente seguido en la materia, a tenor de lo preceptuado en la Partidas, Ley Segunda, Título XV, Partida 2.ª, artículo 13 de la Ley 27 de septiembre de 1820 , el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 , en cuanto remite al artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 .

4. La Constitución Española, en su artículo 14 , no debe proyectarse en la sucesión de títulos **nobiliarios**, que por propia naturaleza son distinciones o privilegios de mero contenido honorífico que jamás pueden equivaler a un derecho fundamental. Tampoco le afecta la Convención de Nueva York, en cuya disposición derogatoria no contempla los derechos honoríficos de carácter **nobiliario**. Conforme a la STC de 3 de julio de 1997 el criterio de sucesión que en los títulos **nobiliarios** da preferencia al varón sobre la mujer no es inconstitucional.

5. La Ley 33/2006 , no puede entenderse interpretativa de la Convención de Nueva York y con ello enlazar los efectos de vigencia temporal, y no puede aplicarse al presente caso pues son solo dos personas varones las que discuten el título, por lo que no existe ninguna discriminación entre vivos, ya que al tiempo del fallecimiento de la última poseedora del título, los primos de ésta -la madre del actor y el padre del demandado- ya habían fallecido, y con independencia de que la madre del actor fuera mayor que el padre del demandado, es al demandado al que le corresponde el título, al regir el derecho de representación por tratarse, como ambas partes sostienen, de un título regido por el orden regular de sucesión.

6. No procede hacer expresa declaración sobre costas, dadas dudas de aplicación de la Ley 33/2006 , sobre la que no existe jurisprudencia.

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, dictó sentencia de 25 de septiembre de 2007, en el rollo de apelación n.º 585/2007 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Estimando el recurso de apelación planteado por D. Bernardino , contra la sentencia dictada en los autos n.º 1064/06 del Juzgado de 1.ª Instancia de Badajoz n. 5, debemos declarar y declaramos haber lugar a él para revocar la sentencia dictada en la instancia y en su lugar declarar el mejor derecho del demandante apelante al uso y disfrute de del título **nobiliario** de Marqués de DIRECCION000 , imponiendo las costas de la primera instancia al vencido y no haciendo expresa imposición de las costas de esta alzada al apelante».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. Por virtud del recurso de apelación se transfiere al órgano superior la plena jurisdicción para volver a conocer del asunto planteado en la primera instancia. Pero esta transferencia no se produce de modo absoluto e incondicionado. Dispone la ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 456.1 , que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, tras nuevo examen de las actuaciones llevadas cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta ley, se practicara ante el tribunal de apelación". Según esta disposición legal, la revisión que implica el recurso de apelación permite al Tribunal de la alzada conocer todas las cuestiones planteadas en el pleito, salvo aquellas que expresamente haya sido excluida por la recurrente. También implica que el Tribunal no puede entrar a conocer sobre aquellos pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia que hayan sido consentidos por el litigante al que perjudican, que voluntariamente los ha excluido de la revisión en las alzada, debiendo por ello ser tenido por firmes y con autoridad de cosa juzgada (artículo 408 LEC). Y también implica, confirmando así el principio que prohíbe la *reformatio in peius* , que los pronunciamientos de la sentencia dictada en la apelación no puedan agravar la situación que para el apelante resulta de la sentencia dictada en primera instancia; salvo que la parte contraria, adherida al recurso, lo hubiere solicitado expresamente.

»Segundo. En relación con lo antes expuesto, conforme dispone el artículo 465.4 de la LEC , la sentencia que dicte en la alzada deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, y en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461 LEC , en su caso, sin que pueda perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de la desestimación que se haga de la impugnación de la resolución formulada por el inicialmente apelado.

»Tercero. La recurrente pretende la revocación de la sentencia impugnada y que se dicte otra en la que se estime la demanda.

»En esencia, alega en favor de tal pretensión que, en el caso de los ocupa, tenemos que la madre del actor es mayor que el padre del demandado y ambos fallecieron antes que el causante, situación que reconoce la



sentencia de instancia, la cual, contradiciendo su propio argumento, termina afirmando que precisamente por derecho de representación tiene mejor derecho el demandado.

»Cuarto. La cuestión suscitada, siguiendo la tesis que mantienen tanto la sentencia como la apelante, que a juicio de este tribunal es acertada, debe resolverse aplicando lo preceptuado por el Código Civil respecto del derecho de representación de los parientes de una persona para suceder de en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar. Ello es así dado que los respectivos progenitores de los litigantes habían fallecido antes de que se produjese el óbito de la anterior poseedora del título **nobiliario** en litigio y ninguno de ellos, por tanto, llegó a heredar, con lo que su derecho, frustrado por el fallecimiento previa a la sucesión, solo es medio indicativo en la determinación de la base concreta del derecho que corresponde a los representados con relación a aquel a quien se hereda. En definitiva lo que se precisa aclarar es a cual de los parientes fallecidos le habría correspondido suceder al causante, pues una vez ello determinado se tendría claro a quien correspondía el título **nobiliario** por derecho de representación, dado que, como dispone el artículo 926 del Código Civil, siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante no heredaran más de lo que heredaría su representado, si viviera.

»En la exposición de motivos de la ley de igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de títulos **nobiliarios**, Ley 33/06, se señala que la plena igualdad del hombre la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales se reconoció en la Convención para la eliminación de toda las formas de discriminación contra la mujer, celebrada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España en 1984. Y también dice que el principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando estas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de nuestro pasado histórico. Es justo que la presente reconozca que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquel que sus antepasados que por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey.

»Es, en consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley cuando debe entenderse que el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las grandezas de España y títulos **nobiliarios**, sin que puedan preferirse a la personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos (artículo 1).

»Haciendo recopilación de hechos y fechas queda fijado que antes del 29 de julio del 2002 se había producido el fallecimiento de los progenitores de los hoy litigantes, el 29 de julio del 2002 falleció la anterior poseedora del título **nobiliario**, el 8 de enero del 2004 tuvo entrada en el Ministerio de Justicia el escrito de D. Bernardino interesando para sí la sucesión al título de Marqués de DIRECCION000, el 27 de julio del 2006, en el expediente administrativo se dispuso la sucesión en el título, sin perjuicio de terceros de mejor derecho, a favor de D. Jose Antonio, el 17 de noviembre del 2006 se presentó demandada que dio lugar al procedimiento judicial que ahora se encuentra en tramite, y por ultimo, la antes referida ley de igualdad entró en vigor a los veinte días de su publicación el 31 de octubre del 2006. La Disposición Transitoria de la Ley de Igualdad dispone en su punto 3 que "la presente ley se aplicara a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos **nobiliarios** que el día 27 de julio del 2005 estuvieron pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional". Precisamente este es el caso ante el que nos encontramos: el expediente administrativo se inició el 8 de enero del 2004 y se concluyó el 27 de julio del 2006, iniciándose entonces la vía judicial que continua abierta, encontrándose por ello plenamente inmerso en el supuesto de expediente pendiente de resolución el día 27 de julio del 2005. Quiere ello decir que este expediente se encuentra entre los contemplados por la Ley como sometidos a su vigencia y consecuentemente debe ello tenerse presente a efectos de valorar correctamente los efectos que ello produce en cuanto al derecho de representación que corresponde a los hoy litigantes respecto de sus mayores. Entonces, aplicando los criterios de igualdad que impone la vigente Ley, nos encontramos con que la madre del actor y el padre del demandado se encontraban situados en plano de igualdad en el derecho a suceder en la posesión del título litigioso. A partir de esta igualdad es tan solo el derecho de primogenitura el que debe primar para favorecer a uno u otro aspirante. Siendo así que la fecha de nacimiento de la madre del actor fue anterior a la del padre del demandado, es evidente que el mejor derecho sucesorio corresponde a la madre del actor. Consecuencia de ello es que el derecho la representación sucesoria corresponda al demandante y, consecuentemente, que deba estimarse su pretensión.

»Quinto.- En materia de costas rige para el recurrente principio del vencimiento objetivo (artículos 394 y 398 de la LEC), igual que sucede en la primera instancia respecto de ambas partes».

QUINTO.- En el escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y casación presentado por la representación procesal de D. Jose Antonio se formulan los siguientes motivos:

I. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Motivo primero. «Vulneración de derechos fundamentales, indefensión.



»Por infracción por parte de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz de lo prevenido en la DT única, apartado 3, último párrafo, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre ».

Se fundamenta este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

1. La Audiencia Provincial no ha dado cumplimiento al requisito imperativo establecido en la DT única, apartado 3, último párrafo LITN, ya que, al considerar que era de aplicación la LITN, debió dar el trámite de audiencia previsto en dicha norma.
2. Esta omisión constituye una infracción de las normas esenciales del juicio, produce indefensión y vulnera el derecho fundamental de tutela efectiva.
3. Debe declararse la nulidad de la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones al momento procesal previsto en la ley.

Motivo segundo. «Infracción procesal.

»Por entender que el fallo de la sentencia infringe lo contenido en el artículo 209.4 LEC (norma procesal reguladora de la sentencia) en su relación con el artículo 218 LEC ».

Se fundamenta este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

1. Se transcriben los artículos 209.4 y 218 LEC .
2. En otrosí digo -tanto en primera instancia como en el escrito de oposición al recurso de apelación- se solicitó, para el caso de que se considerara que la LITN era aplicable al litigio, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de la DT única, apartado 3, LITN.
3. Esta solicitud no fue atendida por la Audiencia Provincial en la sentencia que resolvió el recurso de apelación.
4. Esta parte solicitó la aclaración de la sentencia y el 9 de noviembre de 2007 no se hizo pronunciamiento alguno.
5. Se ha producido incongruencia por omisión de pronunciamiento.
6. El silencio de la Audiencia Provincial contradice la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.
7. La postura de la Audiencia Provincial al negar una respuesta y además condenar en costas al recurrente no tiene justificación y es impropio de un Estado de Derecho.

Motivo tercero. «Infracción de lo contenido en el artículo 394 LEC ».

Se fundamenta este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

La condena al pago de las costas de al primera instancia es injusta y desproporcionada, ya que la LITN no estaba en vigor al iniciarse el proceso, no existe jurisprudencia sobre ella y hay serias dudas de que sea aplicable a este litigio.

Termina la parte recurrente sus alegaciones relativas al recurso extraordinario por infracción procesal solicitando a la Sala que «dicte resolución por la que anulando la sentencia que se recurre, retrotraiga las actuaciones al momento procesal oportuno para proceder a formular las alegaciones previstas en la DT única, apartado 3, último párrafo de la Ley 33/2006, de 30 de octubre ».

Para el caso de no acogerse esta petición, la parte recurrente solita a la Sala que «dicte resolución por la que en aplicación de lo prevenido en el artículo 394 LEC y apreciando las dudas de Derecho presentes en el caso, absuelva a esta partes de la condena en costas dictaminada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz».

II. Recurso de casación.

Motivo primero. «Interés casacional al aplicar la [Sección] Segunda de la Audiencia Provincial normas que no llevan cinco años en vigor (en este caso concreto la Ley 33/2006, de 30 de octubre, con vigencia desde el 21 de noviembre de 2006) y sobre la que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a anteriores de igual o similar contenido».

Se fundamenta este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

1. Al tiempo de interposición de este recurso el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre la aplicación de la LITN y se encuentra pendiente ante el Tribunal Constitucional una cuestión de constitucionalidad planteada en relación con la DT única, apartado 3, LITN.



2. La LITN tiene dos finalidades: igualar al hombre y a la mujer en la sucesión de mercedes nobiliarias, y, como es público y notorio, favorecer ciertas sucesiones. Para esta segunda finalidad de la Ley era necesaria la DT única, apartado 3 LITN que aplica una retroacción de grado máximo que modifica el tradicional día inicial de la delación de la herencia nobiliaria, según la Ley 45 de Toro, sin que existan exigencias cualificadas de interés general.

3. Una primera opción de resolución del proceso sería que la LITN no pretende crear derechos a los ya fallecidos, como sería el caso del litigio. En el proceso, el derecho se pretende entre dos hombres a los que no debe aplicarse la LITN, como lo entendió el Juzgado de Primera Instancia.

4. Una segunda opción de resolución del proceso sería entender que es aplicable la LITN en lo que prevé en la DT única, 1, de manera que las transmisiones ya acaecidas no se ven afectadas por la LITN. El legislador ha querido excluir la operatividad del nuevo mejor derecho de las primogénitas, se ha pretendido igualar el derecho entre vivos, no entre muertos. La excepción de la DT única, apartado 3, LITN no es invocar el mejor derecho sobrevenido, pues quedaría vacío de contenido el apartado 1.

5. Una tercera opción de resolución del proceso es la seguida por la sentencia recurrida, equivocada a juicio del recurrente, porque infringe el artículo 9.3 CE.

6. Conforme la STC 126/1997 las sucesiones nobiliarias quedan extramuros del principio constitucional de igualdad. La decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU implica que las sucesiones nobiliarias también caen fuera del ámbito de la Convención.

7. La STC 126/1997, que vincula a los Tribunales en tanto no modifique su doctrina el TC, permite sostener la no aplicación a las sucesiones nobiliarias del principio de igualdad, pues la transmisión nobiliaria queda amparada por el derecho constitucional a la herencia, comprendido en la garantía constitucional de irretroactividad.

8. Por aplicación del principio de seguridad jurídica el legislador tiene limitadas sus posibilidades constitucionales de introducir cláusulas de irretroactividad. Se citan las SSTC 173/1996, de 31 de octubre, 126/1987, 150/1990, 182/1997, de 28 de octubre, 197/1992, de 19 de noviembre, 234/2001, de 13 de diciembre, 227/1989, de 29 de noviembre.

9. La DT única, apartado 3. LITN contiene un ejemplo de retroactividad auténtica o plena, que solo se justifica por exigencias cualificadas de interés general, que no existen.

10. El criterio de primogenitura es tan discriminatorio como el principio de varonía.

11. La DT única, apartado 3. LITN es un ejemplo de arbitrariedad del legislador. Cita las SSTC 96/2002, de 25 de abril, 242/2004, de 16 de diciembre, 47/2005, de 3 de marzo. En esta norma hay privilegio e irracionalidad. Selecciona arbitrariamente a una clase de privilegiados para darles un trato de favor. Cita la STC 4/1988.

12. Se trata de pleitos montados artificialmente para privar de títulos **nobiliarios** a sus poseedores legítimos. La LITN ha efectuado una selección artificial de beneficiados y un grupo de perjudicados.

Motivo segundo. «Infracción por inaplicación de la Ley 45 de Toro de plena vigencia en materia nobiliaria (STC 22 de mayo de 1982 y STC 3 de julio de 1997) y en su relación con la DT única, apartado 1, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre ».

Se fundamenta este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

1. La sucesión nobiliaria se produce en el momento de la muerte del anterior poseedor. La concesión de la Real Carta de Sucesión no es un trámite constitutivo del derecho. Así deriva de la Ley 45 de Toro.

2. La aplicación de la Ley 45 de Toro con la DT única, apartado 1. LITN lleva a la conclusión de que el recurrente es poseedor civilísimo de la merced, al haber aceptado la herencia mediante la solicitud administrativa del título, y realizada la liquidación de impuestos por la sucesión, la sucesión está perfeccionada y acaecida.

3. Se citan las SSTC de 17 de diciembre de 2002, 12 de marzo de 1955, 4 de julio de 1955, 19 de diciembre de 1957, 9 de junio de 1964, 22 de febrero de 1972, que recogen lo previsto en la Ley 45 de Toro.

Motivo tercero. «Infracción por inaplicación subsidiaria o complementaria del artículo 657 del Código Civil en relación con los artículos 758, 784 y 989 del mismo cuerpo legal y la Ley 45 de Toro ».

Se fundamenta este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

1. Lo dispuesto en la Ley 45 de Toro está en plena armonía con lo dispuesto en el artículo 657 CC en relación con los artículos 758, 784 y 989 CC.

2. Esta parte es consciente de que el CC no es de aplicación a las sucesiones nobiliarias, por lo que su cita se limita a poner de relieve la concordancia con la Ley 45 de Toro.



Motivo cuarto. «Infracción por parte de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso y en concreto lo prevenido en la DT única, apartado 3, último inciso de la Ley 33/2006, de 30 de octubre ».

Se fundamenta este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

No se ha dado cumplimiento a lo establecido en la DT única, apartado 3, último párrafo, sobre audiencia de las partes, por lo que se han vulnerado las normas aplicables para resolver una cuestión objeto del proceso.

[Se reiteran las alegaciones efectuadas en el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal].

Motivo quinto. «En cuanto al artículo 218 LEC, en relación con nuestra solicitud realizada en primera instancia y reiterada ante la Sección Segunda de la Audiencia, de planteamiento de Cuestión de inconstitucionalidad».

Se fundamenta este motivo, en lo sustancial, en las mismas alegaciones efectuadas en el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

Motivo sexto. «Infracción por parte de la Audiencia Provincial de lo contenido en el artículo 394 LEC ».

Se fundamenta este motivo, en resumen, en las siguientes alegaciones:

Se fundamenta este motivo, en lo sustancial, en las mismas alegaciones efectuadas en el motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurrente plantea una «consideración final sobre costas» en la que alega que, al margen de los fundamentos jurídicos del recurso, su resolución dependerá en gran parte de la interpretación de la LITN que realice el Real Decreto que la desarrolle, o de la declaración sobre su constitucionalidad que realice el Tribunal Constitucional, por lo que se solicita que se exima al recurrente de las costas de primera instancia a que ha sido condenado por la sentencia recurrida y de las costas de casación.

Termina el recurrente solicitando a la Sala que «dicte sentencia por la que declare haber lugar a la casación y case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, confirme en todos sus términos la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado desestimatoria de la demanda interpuesta por D. Bernardino ».

En otrosí digo se solicita que, para el caso de que la sala considere aplicable al proceso la LITN, se dicte auto, previos los trámites del artículo 35.2 LOTC, planteando cuestión de inconstitucionalidad sobre la DT única, apartado 3 . LITN, por violar el artículo 9.3 CE , en relación con el artículo 33.1 CE .

SEXTO.- Por auto de 30 de junio de 2009 se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de D. Bernardino se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

I. Oposición al recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Al motivo primero.

No hay indefensión porque la LITN entró en vigor cuando pendía el proceso en primera instancia, por lo que al único que podría perjudicar al falta del trámite de la DT única, apartado 3, último inciso, LITN, es a la parte recurrida a la que favorecía la LITN.

No hay indefensión porque las partes han podido discutir desde la demanda y la contestación la aplicación de la LITN, pues se alegó en la demanda y cuando se contestó la demanda la LITN ya estaba en vigor.

El trámite debió hacerse en la primera instancia y el recurrente no recurrió la decisión del Juzgado de no otorgar el trámite.

2. Al motivo segundo.

La solicitud de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no forma parte de las pretensiones de las partes, ni de la sentencia y, cuando no hay duda de la constitucionalidad, puede resolverse por silencio, sin que se vea afectado el derecho de tutela efectiva. Cita los AATC 275/1983, de 8 de junio de 1983 , 767/1986, de 8 de octubre de 1986 .

Se cita el ATC 389/2008, de 17 de diciembre de 2008 , que acordó no admitir la cuestión de inconstitucionalita sobre la DT única, apartado 3, LITN, promovida por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

3. Al motivo tercero.

El planteamiento de los motivos del recurso denota la temeridad del recurrente que solo pretende mantenerse el mayor tiempo posible en la posesión del título.

II. Oposición al recurso de casación.

1. Al motivo primero.

El presente pleito se interpuso antes de la entrada en vigor de la LITN.

a) Aunque en el momento de interponerse el recurso de casación no había jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la LITN, con posterioridad se ha dictado la STS, de Pleno, de 3 de abril de 2008, cuya doctrina es de aplicación al presente.

b) El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la DT única, apartado 3, LITN en el ATC 389/2008, de 17 de diciembre de 2008.

c) La STC de 3 de julio de 1997 nunca proclamó la preferencia del varón, solo declaró que el principio de igualdad tenía su proyección en los derechos fundamentales, de los que no formaban parte los títulos **nobiliarios**.

d) Las alegaciones que hace el recurrente en relación con el Comité de Derechos Humanos deben decaer dado que parte de una premisa errónea, pues confunde el comité de Derechos Humanos con el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer.

e) Los títulos **nobiliarios** no forman parte de la herencia.

f) La LITN no se ha hecho para favorecer solo ciertas sucesiones, sino que favorece a todas las mujeres del entorno **nobiliario**.

g) No es cierto que la LITN no sea aplicable por dirimirse el título entre dos hombres. El recurrido representa a su madre, nacida antes que el padre del recurrente.

2. Al motivo segundo.

La Ley 45 de Toro contempla la posesión civilísima, pero el recurrente no puede atribuírsela porque es precisamente lo que se discute en este proceso. El demandado no es el poseedor civilísimo sino el mero poseedor administrativo, por eso su carta de sucesión lo es in perjuicio de tercero.

3. Al motivo tercero.

El motivo es inconsistente. La STC 126/1997, de 3 de julio declaró que no son aplicables a este singular bien incorporal las normas con proyección general que regulan la sucesión por causa de muerte.

4. Al cuarto motivo.

Constituye reiteración de un motivo ya articulado en el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que se reiteran las alegaciones ya formuladas.

5. Al motivo quinto.

Constituye reiteración de un motivo ya articulado en el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que se reiteran las alegaciones ya formuladas.

6. Al motivo sexto.

Constituye reiteración de un motivo ya articulado en el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que se reiteran las alegaciones ya formuladas.

Termina la parte recurrida solicitando a la Sala que «se confirme íntegramente los pronunciamientos contenidos en la sentencia n.º 326/2007 de la Ilma. Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de septiembre, desestimando los recursos contra la misma interpuestos y condenando al demandado en costas».

OCTAVO.- La representación procesal de D. Bernardino presentó escrito ante esta Sala, el 5 de febrero de 2009, con el que aportó copia del BOE de 24 de enero de 2009, en el que se publicó el ATC 389/2008, de 17 de diciembre, por el que no se admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, en relación con al DT única, apartado 3, LITN y solicitó su incorporación a las actuaciones al amparo del artículo 271.2 LEC.

Dado traslado a la parte recurrente, la representación procesal de D. Jose Antonio, presentó escrito en el que alegó, en síntesis, que:

1. El auto del Tribunal Constitucional no prejuzga el resultado de ese pleito.

2. Las causas por las que no ha sido admitida la cuestión de inconstitucionalidad no obedecen a un análisis riguroso de la cuestión de fondo, sino a defectos de forma.
3. LA LITN se elaboró con conciencia de estar cometiendo una arbitrariedad.
4. El auto del Tribunal Constitucional no cierra definitivamente la posibilidad de que la LITN sea sometida a una cuestión de inconstitucionalidad.
5. Esta parte conoce la STS de 3 de abril de 2008 pero es posible una flexibilidad que no produzca una petrificación doctrinal.
6. La presentación de la demanda es contraria a las exigencias de la ética y la buena fe. Hay fraude de ley.
- 7 [Se reiteran brevemente algunas de las alegaciones ya efectuadas en el escrito de interposición de los recursos].

Termina solicitando que se tengan por hechas las manifestaciones efectuadas se dé la oportuna tramitación al recurso.

NOVENO.- En el rollo de apelación 585/2007, del que dimanen los recursos, constan, solo en lo que interesa para esta sentencia, las siguientes actuaciones:

1. Petición de aclaración de la sentencia de segunda instancia, formulada por el demandado, hoy recurrente, en la que solicitó que la Audiencia Provincial se pronunciara sobre la petición, efectuada en el escrito de oposición al recurso de apelación, sobre planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la DT única, apartado 3, LITN.
2. Auto de 9 de noviembre de 2007, por el que se deniega la solicitud de aclaración de la sentencia de segunda instancia. En este auto se declaró: (i) la cuestión a la que se contrae la aclaración no es materia de una petición de aclaración, (ii) la cuestión sería materia de una petición de complemento, (iii) no se ha solicitado complemento sino aclaración, (iv) el solicitante de aclaración es el apelado por lo que la cuestión no veía oportunamente deducida como lo habría sido si hubiera sido recurrente, no consta planteada frente a las pretensiones del recurrente y además se suscitó con carácter condicional, (v) no se ha justificado que esa cuestión hubiera sido sustanciada en el proceso, (vi) la sentencia de apelación solo debe pronunciarse sobre cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición e impugnación, y (vii) la sentencia no contiene ninguna omisión que deba ser subsanada.

DÉCIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 12 de julio de 2011, en que tuvo lugar.

UNDECIMO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

AATS, autos del Tribunal Constitucional

ATC, auto del Tribunal Constitucional.

CE, Constitución Española.

DF, disposición final.

DT, disposición transitoria.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LEC 1881, Ley 1881, Real Decreto de 3 de febrero de 1881 , de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

LITN, Ley 33/2006, de 30 de octubre , sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos **nobiliarios**.

LOPJ, Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

RC, recurso de casación.

RCIP, recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

RIP, recurso extraordinario por infracción procesal.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera si no se indica otra cosa).



Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El demandante, D. Bernardino , interpuso demanda contra D. Jose Antonio , y solicitó la declaración del mejor y preferente derecho genealógico a usar, poseer y disfrutar el título **nobiliario** de Marqués de DIRECCION000 . La demanda se presentó el 17 de noviembre de 2006.

2. En la demanda se alegó que: (i) la última poseedora del título, D.^a Esmeralda , había fallecido sin descendencia y fue pariente colateral, en igual grado, de la madre del demandante y del padre del demandado, (ii) la madre del demandante y el padre del demandado fallecieron antes de que falleciera la última poseedora del título, (iii) la madre del demandante y el padre del demandado fueron hermanos, siendo la madre del demandante la primogénita, (iv) el título sigue el orden regular de sucesión, (v) el demandado ha obtenido el reconocimiento del mejor derecho al título, en vía administrativa, por aplicación del principio de varonía, en agosto de 2006, (vi) no es aplicable el principio de varonía ya que viola la CE, los tratados internacionales sobre igualdad del hombre y la mujer, (vii) la LITN, ya publicada aunque no en vigor en el momento de presentarse la demanda, debe servir de criterio interpretativo, (viii) es aplicable la LITN porque la demanda se ha presentado antes de la entrada en vigor y el expediente administrativo por el que se otorgó el título al demandado se encontraba pendiente en la fecha a la que se retrotraen los efectos de la LITN, (ix) el título corresponde al demandante por aplicación de los principios de progenitura y representación, pues con la muerte de la última poseedora, sin descendencia, el título debía pasar a la madre del demandante, que era la pariente colateral de mayor edad, y al haber fallecido esta, por derecho de representación, ha de pasar al demandante, y (x) el demandante y el demandado son parientes colaterales de igual grado de la última poseedora del título, siendo el demandante de mayor edad del demandado.

3. En la contestación se alegó que: (i) las normas de tratados internacionales sobre igualdad de derechos no son aplicables a la sucesión de títulos **nobiliarios**, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, (ii) la retroactividad de la LITN no es aplicable a los juicios declarativos ordinarios sino a los expedientes administrativos, (iii) lo que pretende la LITN es proteger las transmisiones ya acaecidas, como es el caso, pues cuando la LITN fue promulgada la transmisión del título al demandado ya se había producido y es una situación agotada, (iv) la sucesión del título solo se abre una vez, con la muerte del primer concesionario, y el régimen jurídico aplicable es el vigente en ese momento, y (v) se solicitó el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con la DT única, apartado 3 LITN.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Declaró: (i) es un supuesto de sucesión de título **nobiliario** en el orden regular, (ii) el artículo 14 CE no debe proyectarse a la sucesión de títulos **nobiliarios** que tienen un contenido honorífico pero no equivalen a un derecho fundamental y no se ven afectados por la Convención de Nueva Cork, (iii) conforme ha declarado el TC no es inconstitucional la preferencia del varón sobre la mujer, (iv) la LITN no puede entenderse como norma interpretativa y con ello otorgarle efectos de vigencia temporal, (v) la LITN no es aplicable pues el litigio se da entre dos varones por lo que no puede hablarse de discriminación.

5. El demandante interpuso recurso de apelación.

6. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación y estimó la demanda. Declaró (i) es aplicable al proceso la LITN, dado que el 27 de julio de 2005 , fecha a la que se retrotraen los efectos de la LITN, estaba pendiente de resolución el expediente administrativo, que concluyó en julio de 2006, y se abrió entonces este juicio civil, (ii) debe regir solo el principio de primogenitura por lo que, siendo de mayor edad la madre del demandante, el mejor derecho sucesorio le correspondía a ella y, en virtud del derecho de representación, le corresponde al demandante, (iii) se imponen al demandado las cotas de la primera instancia.

7. El demandado solicitó la aclaración de la sentencia porque no se había pronunciado sobre la petición de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de la DT única, apartado 3 LITN.

8. La Audiencia Provincial dictó auto en el que denegó la aclaración. En el auto se declaró: (i) la cuestión no es materia de una petición de aclaración, la cuestión sería materia de una petición de complemento y no se ha solicitado complemento sino aclaración, (ii) el solicitante de aclaración es el apelado por lo que la cuestión no venía oportunamente deducida como lo habría sido si hubiera sido recurrente, (iii) no consta planteada frente a las pretensiones del recurrente y además se suscitó con carácter condicional, (iv) no se ha justificado que esa cuestión hubiera sido sustanciada en el proceso, (v) la sentencia de apelación solo debe pronunciarse sobre cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición e impugnación, y (vi) la sentencia no contiene ninguna omisión que deba ser subsanada.



9. Contra la sentencia dictada en segunda instancia se han interpuesto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por la representación procesal del demandado, que han sido admitidos.

I. Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Solicitud de aportación de documento .

La parte recurrida ha solicitado, al amparo del artículo 271,2 LEC , la incorporación a las actuaciones del documento consistente en copia del ATC 389/2008, de 17 de diciembre , por el que no se admite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, en relación con al DT única, apartado 3, LITN. El recurrente no se ha opuesto a su aportación y ha efectuado alegaciones relativas a la relevancia de dicha resolución.

El artículo 5 de la LOPJ establece el carácter vinculante de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, por lo que con independencia de que se aporte por una de las partes, esta Sala debe tener en consideración el ATC 389/200, de 17 de diciembre, si su doctrina resulta ser de relevancia para la resolución del litigio, cuestión que se examinará al resolver sobre los motivos alegados.

TERCERO.- Enunciación del motivo primero .

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Vulneración de derechos fundamentales, indefensión.

»Por infracción por parte de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz de lo prevenido en la DT única, apartado 3, último párrafo LITN».

Se alega, en síntesis, que la Audiencia Provincial no ha dado cumplimiento al requisito imperativo establecido en la DT única, apartado 3, último párrafo LITN, ya que debió dar a las partes el trámite de audiencia previsto en dicha norma antes de declarar en sentencia que era de aplicación al caso la LITN, por lo que se han infringido las normas esenciales del juicio, se ha provocado indefensión al recurrente y se ha vulnerado su derecho fundamental de tutela efectiva.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Inexistencia de indefensión.

A) La infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso solo pueden constituir motivo de un recurso extraordinario por infracción procesal cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, según impone el artículo 469.1.3 .º LEC (SSTS de 30 de septiembre de 2009 , RC n.º 846 / 2004, 13 de enero de 2010, RC n.º 2668/2004).

Por indefensión debe entenderse la privación efectiva o material de medios de defensa suficiente para lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva. No es suficiente que se haya producido una infracción formal de normas procesales si la parte no justifica que la expresada infracción ha llevado consigo una indefensión material (SSTC 85/2003, de 8 de mayo , 145/2003, de 14 de julio . STS de 22 de febrero de 2006, RC n.º 2355/1999 ; 27 de febrero de 2007, RC n.º 1296/2000 , 14 de diciembre de 2007, RC n.º 4824/2000 , 7 de enero de 2008, RC n.º 4799/2000).

B) En la demanda, presentada después de publicada la LITN pero antes de su entrada en vigor, se planteó la procedencia de aplicar la LITN al litigio en virtud de la DT única, apartado 3 LITN, y en la contestación a la demanda, presentada cuando ya estaba vigente la LITN, el recurrente se opuso a la aplicación de la LITN y expuso las razones en las que se fundamentaba su oposición. En consecuencia, no se ha producido indefensión para el recurrente que desde el inicio del procedimiento alegó cuanto estimó conveniente sobre la incidencia de la LITN en la controversia, puesto que la posible aplicación de la LITN no fue una tema que se incorporara al litigio con motivo de su entrada en vigor, sino que formó parte desde la demanda del objeto del proceso.

C) El trámite contemplado en la DT única, apartado 3, último inciso LITN va dirigido a respetar el principio de audiencia de las partes por lo que no resultará necesario cuando -como es el caso- las partes han tenido la oportunidad de alegar -y así lo han hecho- cuanto han considerado necesario sobre la aplicación de la nueva ley en la demanda y en la contestación. El Juzgado y la Audiencia Provincial no incurrieron en infracción procesal, ya que la concesión del trámite de audiencia hubiera supuesto una reiteración innecesaria de las alegaciones efectuadas en la demanda y en la contestación.

QUINTO.- Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:



«Infracción procesal.

»Por entender que el fallo de la sentencia infringe lo contenido en el artículo 209.4 LEC (norma procesal reguladora de la sentencia) en su relación con el artículo 218 LEC ».

Se alega, en síntesis, que en otrosí digo del escrito de oposición al recurso de apelación se solicitó, para el caso de que se considerara que la LITN era aplicable al litigio, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la DT única, apartado 3 LITN, y esta solicitud no fue atendida en la sentencia que resolvió el recurso de apelación ni en el auto de aclaración de sentencia dictado a instancia del recurrente, por lo que hay incongruencia por omisión de pronunciamiento y este silencio contradice la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- Congruencia y motivación.

A) La congruencia a que se refiere el artículo 218 LEC -que, en su modalidad llamada omisiva tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE - exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente. No hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita y la respuesta judicial solo es incongruente por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución (SSTS de 1 de abril de 2008, recurso 222/2001 , 12 de marzo de 2008, RC n.º 180/2001 , 17 de septiembre de 2008, RC n.º 4002/2001).

La sentencia recurrida no incurre en incongruencia omisiva por los siguientes razonamientos:

1. En la sentencia impugnada se declara que la LITN es de aplicación al proceso y se estima el recurso de apelación -y con ello la demanda- con fundamento en la LITN, por lo que, de forma implícita, debe entenderse que la Audiencia Provincial no considera procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

2. El recurrente, en el auto por el que se deniega su solicitud de aclaración de la sentencia, ha obtenido respuesta a la petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, aunque sea en sentido negativo porque la Audiencia Provincial haya considerado que no constituía una pretensión sobre la que debiera pronunciarse la sentencia.

B) La última razón expuesta determina también que deba desestimarse la alegación de defectos de motivación, pues en el auto por el que se deniega la aclaración se exponen las razones por las que se ha considerado que la sentencia no debía pronunciarse sobre la petición de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, o lo que es lo mismo, contiene los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y excluyen la arbitrariedad (SSTC 221/2001, de 31 de octubre , 55/2003, de 24 de marzo , 325/2005, de 12 de diciembre , 61/2008, de 26 de mayo).

C) No hay infracción del artículo 209.4 LEC ya que, según ha declarado el Tribunal Constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento del juez ordinario para resolver las dudas que le suscite la eventual disconformidad a la CE de una norma con rango de ley, de manera que la parte puede proponer que se plantee la cuestión pero esto no obliga al juez que es libre para decidir, ya que la petición de que se suscite cuestión de inconstitucionalidad no es fundamento de ninguna pretensión a la que el juez haya de proveer, por lo que puede responderla por el silencio, sin que de ello se derive lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución garantiza (AATS 275/1983, de 8 de junio de 1983 , 398/208, de 17 de diciembre de 2008).

SÉPTIMO.- Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de lo contenido en el artículo 394 LEC ».

Se alega, en síntesis, que la condena del recurrente al pago de las costas de la primera instancia, que se establece en la sentencia impugnada, es injusta y desproporcionada, ya que la LITN no estaba en vigor al iniciarse el proceso, no existía jurisprudencia sobre su aplicación y hay serias dudas de que sea aplicable a este litigio.

El motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- Vulneración de las normas que regulan la imposición de costas.



Esta Sala ha declarado que las normas sobre costas no pueden ser invocadas el recurso extraordinario por infracción procesal (SSTS de 17 de julio de 2008, RC n.º 1937/2005 , 10 de febrero de 2010 , RCIP n.º 1975/2005 , 10 de diciembre de 2010 , RIP n.º 680/2007 , 31 de diciembre de 2010 , RIP n.º 1886/2006 . AATS de 5 de octubre de 2010, RCIP 2131/2009 , 14 de septiembre de 2010, RCIP 1833/2009 , STS de 10 de febrero de 2010, RCIP 1975/2005). A este respecto se ha reiterado que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario y es imprescindible que la vulneración de la norma procesal tenga encaje en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1 LEC , lo que no sucede con las normas relativas a imposición de costas. Esta razón es bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes a la imposición de costas, ni siquiera para el control de la aplicación del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LEC 1881, pues ya era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, en orden a la concurrencia o no de circunstancias excepcionales, temeridad o buena fe (SSTS de 7 de abril de 2006, RC 2804/1999 , 16 de mayo de 2008, RC 530/2001 , 6 de febrero de 2007, RC 941/2000). Corrobora esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación sobre costas, en el artículo 397 LEC , sin mención del recurso extraordinario por infracción procesal, lo que significa que solo se contempla la impugnación en materia de imposición de costas en recurso de apelación.

Tampoco pueden traerse al recurso extraordinario por infracción procesal las cuestiones sobre costas cuando se trata de la apreciación de la existencia de dudas de hecho o de derecho (STS de 10 de diciembre de 2010, RIP n.º 680/2007), salvo que, habiéndose hecho uso de esta facultad en la sentencia impugnada, la apreciación sea arbitraria y no motivada, ya que supondría una mera apariencia de justicia contraria al derecho de tutela efectiva reconocido en el artículo 24 CE .

En consecuencia el motivo incurre en la causa de no-admisión del artículo 473.2,1º, LEC , en relación con el artículo 469.1 LEC , que en este momento procesal es causa de desestimación y que es apreciable de oficio, sin que obste el que en su día se hubiera admitido el motivo habida cuenta el carácter provisorio del auto de admisión respecto de la sentencia definitiva (SSTS de 17 de mayo de 2002 , RC n.º 3882 / 1996, 1 de febrero de 2007 , RC n.º 711 / 2000, 13 de febrero de 2009, RC n.º 2/2001).

NOVENO.- Desestimación del recurso y costas.

La desestimación de los motivos alegados comporta la procedencia de desestimar el recurso de extraordinario por infracción procesal, con imposición al recurrente de las costas del recurso de conformidad con el artículo 398.1 LEC en relación con el artículo 394 LEC .

Según establece la DF 16.ª, 1.ª LEC, desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, procede examinar el recurso de casación.

II. Recurso de casación

DÉCIMO.- Enunciación de los motivos primero, segundo y tercero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Interés casacional al aplicar la Sala Segunda de la Audiencia Provincial normas que no llevan cinco años en vigor (en este caso concreto la LITN, con vigencia desde el 21 de noviembre de 2006) y sobre la que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a anteriores de igual o similar contenido».

Se alega, en síntesis que, la LITN solo es aplicable al proceso en lo que prevé en la DT única, 1, de manera que las transmisiones ya acaecidas, como es la del título reclamado, no se ven afectadas por la DT única, apartado 3 LITN, que no permite invocar un mejor derecho sobrevenido, pues quedaría vacío de contenido el apartado 1 de la DT, que la DT única, apartado 3. LITN contiene un ejemplo de retroactividad auténtica o plena, que solo se justifica por exigencias cualificadas de interés general, que no existen y el criterio de primogenitura es tan discriminatorio como el principio de varonía, que la DT única, apartado 3. LITN es un ejemplo de arbitrariedad del legislador y no puede permitirse la formulación de pleitos montados artificiosamente para privar de títulos **nobiliarios** a sus poseedores legítimos.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción por inaplicación de la Ley 45 de Toro de plena vigencia en materia nobiliaria (STC 22 de mayo de 1982 y STC 3 de julio de 1997) y en su relación con la DT única, apartado 1, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre ».

Se alega, en síntesis, que la sucesión nobiliaria se produce en el momento de la muerte del anterior poseedor ya que la concesión de la Real Carta de Sucesión no es un trámite constitutivo del derecho y la aplicación



de la Ley 45 de Toro con la DT única, apartado 1 LITN lleva a la conclusión de que el recurrente es poseedor civilísimo de la merced, al haber aceptado la herencia mediante la solicitud administrativa del título por lo que, realizada la liquidación de impuestos por la sucesión, la transmisión del título está perfeccionada y acaecida.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción por inaplicación subsidiaria o complementaria del artículo 657 del Código Civil en relación con los artículos 758, 784 y 989 del mismo cuerpo legal y la Ley 45 de Toro».

Se alega, en síntesis, que lo dispuesto en la Ley 45 de Toro está en plena armonía con lo dispuesto en el artículo 657 CC en relación con los artículos 758, 784 y 989 CC, preceptos que se citan solo porque son concordantes con la Ley 45 de Toro aunque no son de aplicación a las sucesiones nobiliarias.

UNDÉCIMO.- *El principio de propinquidad.*

A) Es doctrina consolidada de esta Sala, con la excepción de la STS 20 de junio de 1987, que la sucesión de un título **nobiliario** entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando estos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de la propinquidad y no por el de la representación (STS de 22 de octubre de 2009, RC n.º 1794/2006). Así, ya la STS 8 de marzo de 1919 reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral siempre que estén en la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendentes. El mismo criterio sustenta la STS de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos **nobiliarios** debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales «sucederá el más propincuo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia» (Ley 2.ª del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra». La STS de 17 de octubre de 1984, después de citar como expresivas de esa misma doctrina las de 8 de marzo de 1919, 5 de julio de 1960, 16 de noviembre de 1961, 5 de octubre de 1962, 4 de junio de 1963, 31 de diciembre de 1965, 29 de noviembre de 1967, 14 de octubre de 1984, declara que «con arreglo a tal principio de propinquidad, tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador, no opera la representación sino la proximidad en el grado, tratándose de línea agnaticia o cognaticia, referida al último poseedor, presupuesto que es suficiente para que el título se transporte a línea secundaria cuando se extinguió o no ha existido la descendencia». Según esta STS constituye doctrina legal la de que «inexistente o extinguida la línea descendente del fundador cesa el principio de representación y será deferida la merced al más propincuo pariente del último poseedor». La STS 13 de octubre de 1993, después de recoger la doctrina jurisprudencial anteriormente dicha, dice lo siguiente: «Como última razón puede añadirse que si la representación se diera en línea colateral, carecería de sentido por innecesaria la misma norma que establece la propinquidad en defecto de descendientes, puesto que en nada variaría el régimen de llamamientos que se resolvería por la preferencia de líneas». Esta doctrina es ratificada también por la SSTS de 16 de noviembre de 1994 y 26 de febrero de 2010, RC n.º 2636/2005

También se ha entendido tradicionalmente que se sucede en el título al llamado fundador (STS de 26 de junio de 1963), por lo que la proximidad de grado debe determinarse en relación con él. Sin embargo, para evitar dificultades de prueba, en ocasiones dicha proximidad se ha fijado respecto al llamado último poseedor legal (STS de 18 de febrero de 1960, 21 de mayo de 1964, 31 de diciembre de 1965, 17 de octubre de 1984, 13 de octubre de 1993), esto es (según la STS de 19 de junio de 1976), aquel poseedor del cual pretendan derivar su derecho a sucederle en el título todos los que litigan y al que, por lo tanto, reconocen el derecho a haberlo ostentado. Se trata de un concepto útil, relativo y propio de cada proceso (STS de 30 de diciembre de 2004, RC n.º 3439/1998).

En la aplicación del principio de propinquidad -o de mayor proximidad-, si ambos litigantes se encuentran situados en el mismo grado de parentesco con el último poseedor legal, es el de mayor edad quien ostenta el derecho a la posesión del título (SSTS 15 de abril de 2005, RC n.º 2371 / 2000, 26 de febrero de 2010, RC n.º 2636/2005).

B) En el recurso, la última poseedora del título falleció sin descendencia y los litigantes son parientes colaterales de la misma, lo que provoca la aplicación del principio de propinquidad respecto de la última poseedora. Ambos litigantes se encuentran situados en el mismo grado de parentesco por lo que el mejor derecho a la posesión del título corresponde al demandante, D. Bernardino, por ser de mayor edad que el demandado, hoy recurrente.

C) La aplicación del principio de propinquidad para la decisión del litigio no supone alteración de los términos de la controversia, ya que el principio *iura novit curia* [el Tribunal conoce el Derecho] permite la Tribunal apoyarse en razones de carácter jurídico distintas a las alegadas por las partes siempre que conduzcan a la decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas (STC, Sala 1ª, 53/2005, de 14 de marzo. SSTS de 15



de julio de 2005, RC n.º 612/1999 , 13 de octubre de 2010 , RCIP n.º 745/2005 , 30 de marzo de 2011 , RCIP n.º 1845/2007).

DUODÉCIMO.- *Aplicación de la disposición transitoria única LITN .*

La sentencia impugnada ha resuelto en virtud del principio de primogenitura y, siendo ambos litigantes varones, ha decidido sobre el mejor derecho al título en función de sus progenitores por lo que ha acudido a la LITN. En consecuencia esta Sala examinará la aplicación de la LITN al proceso, ya que en las dos instancias precedentes la controversia se ha planteado desde la perspectiva de la vigencia -en el orden regular de sucesión que sigue el título- de los principios de primogenitura y representación y se ha discutido la incidencia de la LITN para la decisión del mismo.

A) La aplicación retroactiva de la LITN.

El artículo 1 LITN establece que «[e]l hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos **nobiliarios**, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos».

La DT única, apartado 1, LITN dispone que «[l]as transmisiones del título ya acaecidas no se reputarán inválidas por el hecho de haberse realizado al amparo de la legislación anterior».

La disposición transitoria única, apartado 3, LITN dispone que, no obstante lo dispuesto en el apartado 1 sobre las transmisiones ya acaecidas, la LITN «se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos **nobiliarios** que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha [...]» Esa fecha es la de la presentación de la originaria proposición de la ley en el Congreso de los Diputados.

B) Aplicación de la disposición transitoria única, apartado 3 de la LITN a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil.

La disposición transitoria única, apartado 3, LITN ha sido objeto de estudio en la STS, del Pleno de la Sala, de 3 de abril de 2008, RC n.º 4913/2000 . Esta Sala fijó como doctrina jurisprudencial que «la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre , sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos **nobiliarios** se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos **nobiliarios** y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil». También se declaró en esta sentencia que la DT única, apartado 3 LITN atiende a la circunstancia objetiva de que el proceso esté pendiente de resolución, en la instancia o en vía de recurso, y no ser firme sentencia en el momento de la entrada en vigor de la LITN.

C) Constitucionalidad de la disposición transitoria.

La parte recurrida considera que la DT única, apartado 3, LITN es inconstitucional por contradecir el artículo 9.3 CE y solicita que se promueva por este Tribunal una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Sobre la aplicación retroactiva y la constitucionalidad de la disposición transitoria que nos ocupa es inevitable la remisión a cuanto se dijo en la ya citada STS, del Pleno de la Sala, de 3 de abril de 2008, RC n.º 4913/2000 (FJ cuarto, letra a) del apartado B).

En esta sentencia se declaró que la posesión de un título **nobiliario** (haciendo abstracción de las consecuencias económico-patrimoniales o de otra índole que hayan podido derivarse de su ejercicio) no constituye un derecho que, por su naturaleza, pueda considerarse incorporado al patrimonio de una persona, en la situación propia de un derecho consolidado o agotado determinante de una relación jurídica consagrada apta para calificarlo como derecho comprendido en la prohibición de retroactividad de las disposiciones que puedan afectarle, establecida por el artículo 9.3 CE . Este criterio resulta coincidente con el sostenido en el ATC 389/2008, de 17 de diciembre , del Pleno, por el que no se admite la cuestión de constitucionalidad 7701/2007, planteada por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

Todo ello permite concluir que la solicitud resulta infundada.

D) Sobre la denuncia de arbitrariedad e infracción del principio de seguridad jurídica, esta Sala reitera lo declarado en las SSTs de 3 de abril de 2008, RC n.º 4913/2000 y 21 de octubre de 2009, RC n.º 1662/2006).

Según ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la incoherencia o falta de justificación de la Ley puede llevar al reconocimiento de la vulneración del principio de arbitrariedad, pero esto solo ocurre en casos extremos en que el precepto legal carece de toda explicación racional (SSTC 239/1992, de 17 de



diciembre , 96/2002, de 25 de abril , 242/2004, de 16 de diciembre , 47/2005, de 3 de marzo). No es este el caso de la DT controvertida, que, según declara la doctrina del Tribunal Constitucional, es el resultado de la ponderación efectuada por el legislador entre los valores de seguridad jurídica e igualdad, ambos de relevancia constitucional, el cual se ha saldado con la atribución de un mayor peso a la igualdad, en cuanto proscribire la discriminación por razón de sexo, y no resulta contraria a los artículos 9.3 y 14 CE . La situación de inseguridad para las situaciones consolidadas, en contra del aparente propósito del legislador e incluso del mandato constitucional de respetar el principio de seguridad jurídica, no puede impedir la aplicación de la norma a aquellos procesos abiertos antes de la fecha que en la misma se fija o de su entrada en vigor.

E) Para agotar la respuesta a las cuestiones planteadas por el recurrente han de hacerse las siguientes precisiones:

1. La invocación de la Ley 45 de Toro -al margen de que sobre la infracción de esta norma no se ha acreditado la existencia de interés casacional- resulta improcedente. La posesión civilísima -en la que esta Sala apoyó el dogma de la no prescripción de los títulos **nobiliarios**, hoy superado (STS de 30 de diciembre de 2004, RC n.º 3439/1998)- significa que el derecho de posesión [*ius possessionis*] de la dignidad nobiliaria se transmite automáticamente al prellamado (sea o no el óptimo) y, por tanto, le otorga un mejor derecho a poseerla frente al poseedor legal, real y efectivo (de peor derecho). La posesión civilísima, por el mero hecho de alegarla o de efectivamente tenerla, no puede por sí sola desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título cuestionado, hasta que la posesión civilísima y su consecuente mejor derecho sea declarada por resolución judicial firme en el proceso contra el que legalmente lo viene ostentando.

El reconocimiento en expediente administrativo del derecho a la posesión del título, sin perjuicio de tercero, no otorga la posesión civilísima si, como es el caso, en un juicio se declara el mejor derecho al título de quien lo reclama frente a quien lo tiene concedido administrativamente.

2. No es necesario examinar las alegaciones efectuadas por el recurrente en el motivo tercero del recurso ya que este no se denuncia la infracción de las normas que se citan, como el recurrente manifiesta.

En consecuencia, esta Sala declara ajustado a Derecho el criterio aplicado por la sentencia impugnada al examinar la incidencia de la LITN en el proceso -desde la perspectiva en que quedó planteada la controversia por las partes-, pues concurre la circunstancia objetiva exigida en la DT única, apartados 3 y 4 LITN, al estar pendiente de resolución en vía de recurso y no ser firme sentencia en el momento de la entrada en vigor de la LITN (SSTS de 15 de octubre de 2009, RC n.º 2249/2003 , 21 de octubre de 2009, RC n.º 1662/2006 , 22 de octubre de 2009, RC n.º 1794/2006 , 7 de junio de 2010, RC n.º 1039/2006).

Ni siquiera en la hipótesis que acepta la Administración al otorgar el título al demandado acudiendo al principio de progenitura, permite la LITN mantener el principio de varonía en que se fundó el reconocimiento administrativo del título.

DECIMOTERCERO.- *Enunciación de los motivos cuarto, quinto y sexto.*

El motivo cuarto e introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción por parte de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso y en concreto lo prevenido en la DT única, apartado 3, último inciso de LITN».

Se reiteran las alegaciones efectuadas en el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal.

El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«[Infracción del] artículo 218 LEC, en relación con nuestra solicitud realizada en primera instancia y reiterada ante la Sección Segunda de la Audiencia, de planteamiento de Cuestión de inconstitucionalidad».

Se reiteran las alegaciones efectuadas en el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

Motivo sexto. «Infracción por parte de la Audiencia Provincial de lo contenido en el artículo 394 LEC ».

Se reiteran las alegaciones efectuadas en el motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.

Los motivos deben ser desestimados.

DECIMOCUARTO.- *Ámbito del recurso de casación.*

Las cuestiones procesales deben examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso casación está limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (SSTS de 10 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003 , 18 de marzo de 2010, RC n.º 1816/2008).



Las infracciones denunciadas en los motivos que ahora se examinan han recibido respuesta al examinar el recurso extraordinario por infracción procesal, dado que son reiteración en el recurso de casación de las infracciones en que se basan los motivos alegados en el recurso extraordinario por infracción procesal, y solo pueden ser planteadas a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

En consecuencia, los motivos incurren en la causa de no-admisión prevista en el artículo 483.2, 2º LEC en relación con el 477.1 LEC, que se convierte en este momento procesal en causa de desestimación apreciable de oficio (STS de 17 de mayo de 2002, RC n.º 3882/1996), sin que obste que estos motivos hayan sido admitidos, dado el carácter provisorio de la admisión pronunciada inicialmente que se halla sujeta a un examen definitivo en la sentencia (SSTS de 15 de febrero y 10 de mayo de 2008 y 19 de mayo de 2009).

DECIMOQUINTO.- Desestimación de recurso y costas.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada.

No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación al concurrir lo previsto en el en el artículo 394.1, último inciso, LEC , aplicable por remisión del artículo 398.1 LEC .

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

FALLAMOS

1. Se desestiman los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Jose Antonio contra la sentencia de 25de septiembre de 2007, dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 585/2007 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Estimando el recurso de apelación planteado por D. Bernardino , contra la sentencia dictada en los autos n.º 1064/06 del Juzgado de 1.ª Instancia de Badajoz n. 5, debemos declarar y declaramos haber lugar a él para revocar la sentencia dictada en la instancia y en su lugar declarar el mejor derecho del demandante apelante al uso y disfrute de del titulo **nobiliario** de Marqués de DIRECCION000 , imponiendo las costas de la primera instancia al vencido y no haciendo expresa imposición de las costas de esta alzada al apelante».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente y no se hace expresa imposición de las costas del recurso de casación.

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. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.