

2 de junio de 1967.

FUNDACION DE UN MAYORAZGO Y CONCESION DE UN TITULO NOBILIARIO

- Fundación de un mayorazgo y concesión de un título nobiliario.
- Distinción.
- Sucesión en uno y en otro.
- Interpretación de los testamentos.

- Sucesión en los títulos nobiliarios.
- Sucesión regular y sucesión irregular.
- Orden de suceder establecido expresamente en la Real Cédula de concesión de la dignidad nobiliaria.
- Condición de contraer matrimonio con varón de determinadas circunstancias.
- Su carácter.
- Interpretación progresiva, atendidas las circunstancias y los criterios sociales.
- Respeto a la dignidad y a la libertad.
- Condiciones ilícitas.
- Coacción injustificada de la voluntad.
- Condición contraria a las leyes.

- La doctrina de la posesión civilísima.

- Ley XLI de las Toro.

El Ministerio Fiscal, al emitir su informe -preceptiva su intervención por razón de la materia-, dijo que éste era el recurso de casación mejor construido de todos los que había conocido.

La grandeza del jurista estriba, si bien muchas veces no se reconozca, en el apasionado desinterés con que se entrega al desentrañar los preceptos que conducen al triunfo de la justicia, aunque el esfuerzo por el realizado, con pura objetividad intelectual, vaya a beneficiar a persona que humanamente no lo merezca.

RECURSO DE CASACION

SOBRE MEJOR DERECHO A TITULOS NOBILIARIOS

A LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Don Félix Gómez de Merodio y Engelmo, Procurador de los Tribunales y de la Excma. Sra. D.^a Angela María Téllez-Girón y Duque de Estrada, Duquesa de Osuna y Condesa de Ureña (asistida de su esposo), quien actúa por si y como representante de su hija menor de edad D.^a Angela Maria de Solís Beaumont y Téllez-Girón, Marquesa de Peñafiel, según tengo acreditado en los autos de recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de doctrina legal, interpuesto contra la sentencia que, con fecha 27 de junio de 1966, dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid en autos de juicio declarativo de mayor cuantía, en grado de apelación, sobre mejor derecho a poseer las dignidades nobiliarias Condado de Ureña, Ducado de Osuna y Marquesado de Peñafiel, seguidos contra mi poderdante y su hija antes designada, por D. Francisco de Borja Soto y Martorell; representación que, a mayor abundamiento, acredito nuevamente mediante aportación de escritura notarial de poder general para pleitos, para su inserción en autos por copia testimoniada con devolución del original; ante la Sala reitero mi comparecencia y, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que dentro del plazo de veinte días señalado al efecto por sentencia de esa Sala de fecha 15 de abril de 1967, notificada el día 9 de mayo de 1967, por la que se desestimó el recurso por quebrantamiento de forma interpuesto por esta parte, formalizo por medio del presente escrito el recurso de casación por infracción de ley y de doctrina, de conformidad con los antecedentes y motivos que a continuación se articulan.

ANTECEDENTES

I

La disputa del mejor derecho a los títulos de Duque de Osuna, Conde de Ureña y Marques de Peñafiel, se produce en estos términos:

El actor, D. Francisco de Borja Soto y Martorell, y las demandadas, D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Duque de Estrada y D.^a Angela Maria de Solís-Beaumont y Téllez-Girón, tienen como *tronco común*, más próximo, a D. *Francisco de Borja Téllez-Girón y Fernández de Velasco*, descendiente por línea de varón del fundador.

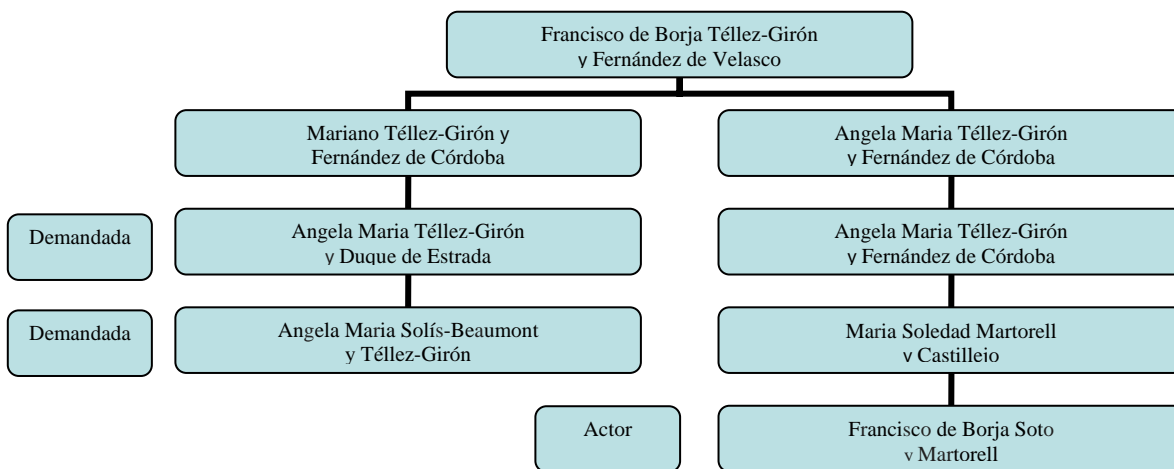
De los hijos que dejó D. Francisco de Borja Téllez-Girón y Fernández de Velasco sólo interesa hacer mención, a los efectos del presente recurso, de dos varones y una hembra:

1. D. Luis Téllez-Girón y Fernández de Córdoba.
2. D. Mariano Téllez-Girón y Fernández de Córdoba.
3. D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Fernández de Córdoba.

D. Luis (1) muere sin descendencia, y en los títulos de Osuna y Ureña le sucede su hermano D. Mariano (2). Esta rama de varón se continua con su hija D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Duque de Estrada, pues D. Mariano no dejó hijos varones; ostenta los títulos de Osuna y Ureña. Y es madre de la *otra demandada*, D.^a Angela Maria de Solís-Beaumont y Téllez-Girón, que ostenta el título de Marquesa de Peñafiel por sucesión de D. Carlos Roca de Togados y Tordesillas.

D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Fernández de Córdoba (3), hija de D. Francisco de Borja Téllez-Girón y Fernández de Velasco, casa con D. Ricardo Martorell y Fivaller (que no es un Téllez-Girón); de este matrimonio nace D. Francisco de Borja Martorell y Téllez-Girón. Del matrimonio de éste con D.^a Maria Dolores Castillejo y Wall nacen tres hembras; una de éstas, D.^a Maria de la Soledad Martorell y Castillejo (que lleva el apellido Téllez-Girón en tercer lugar), contrae matrimonio con D. Juan Pedro Soto Domecq (que no es un Téllez-Girón), de cuya unión nace D. Francisco de Borja Soto y Martorell, actor en este pleito.

Lo que podemos expresar de la siguiente forma:



En resumen: la *demandada*, D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Duque de Estrada, es sucesora directa (como única hembra) del *ultimo varón descendiente por línea de varón del fundador*. Mientras que el *actor*, D. Francisco de Borja Soto y Martorell, descende, *por línea de mujer, del penúltimo varón descendiente por línea de varón*, pero descende *a través de una hembra* (la bisabuela D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Fernández de Córdoba), de un varón (el abuelo D. Francisco de Borja Martorell y Téllez-Girón), de *otra hembra* (la madre D.^a Maria de la Soledad Martorell y Castillejo).

(Véase el árbol descrito más arriba en que es tronco D. Francisco de Borja Téllez-Girón y Fernández de Velasco.)

La demandada es primer eslabón femenino de una cadena que afemina la línea por falta de descendencia masculina.

El actor es bisnieto, cuarto eslabón de una cadena, *posterior*, que afeminó la línea dos veces (primero y tercer eslabón).

El actor, D. Francisco de Borja 1) de Soto, 2) Martorell, 3) Domecq, 4) Castillejo, 5) González de Aguilar, y 6) Téllez-Girón, que lleva el apellido *Téllez-Girón en sexto lugar*, pretende mejor derecho que la demandada, que los lleva en primer lugar.

II

El Rey Felipe II, por Real Carta, fechada el día 5 de febrero de 1562, crea el *Ducado de Osuna* en favor de D. Pedro Girón (documento número 5 de los presentados con la demanda), en estos términos:

«... tenemos por bien y es nuestra merced y voluntad, que ahora, y de aquí en adelante, os podáis llamar o intitular, e os llamades o intitulades, y os hacemos e intitulamos Duque de *la dicha Villa de Osuna*.»

En esta Real Carta, aunque hay una alusión a la propiedad de la villa («por hacer bien y merced a vos, Don Pedro Girón, Conde de Ureña, cuya diz que es la Villa de Osuna...»), no se hace referencia alguna ni al Mayorazgo de Osuna -que había sido fundado en 1523- ni al orden de suceder en el título que se crea.

En la Real Carta de concesión del título de *Marques de Peñafiel* -de 1 de octubre de 1568- (documento número 17 de los presentados con la demanda), ocurre lo propio:

«... es nuestra merced y voluntad que vos el dicho Don Juan Téllez-Girón os podéis llamar o intitular o vos llaméis o intituléis, y vos hacemos e intitulamos, Marques de la Villa de Peñafiel, que diz que es del dicho Duque, vuestro padre.»

En las regias concesiones de los títulos nobiliarios de Osuna y Peñafiel no se establece, pues, un orden de suceder, ni hay incorporación del título al mayorazgo.

En cuanto al *título de Condado de Ureña* hemos de decir que el hecho de que la *villa* de Ureña, con sus fortalezas, etc., fuera incluido en el Mayorazgo de Osuna (es decir, en el de 1523) no significa que a dicho Mayorazgo se incorporase el *título de Conde* de Ureña, al igual que se ha razonado respecto de los títulos de Duque de Osuna y Marques de Peñafiel.

Sostenemos, pues, que a falta de un orden específico de sucesión, que no se manifiesta en las concesiones de los títulos de Conde de Ureña, Ducado de Osuna y Marquesado de Peñafiel, deben regirse por el orden de suceder *regular*.

III

El planteamiento del pleito por el actor parte del supuesto falso de que los títulos nobiliarios a que se contrae su pretensión de mejor derecho están sujetos al orden y condiciones de sucesión establecidos para el mayorazgo otorgado en Osuna, cuya fundación es *anterior* a la concesión de *los títulos* de Duque de Osuna y Marques de Peñafiel, y es posterior a la de Conde de Ureña, a pesar de lo cual no se cita este título nobiliario en la incorporación de la villa de Ureña al mayorazgo.

Aun cuando la parte demandada, hoy recurrente, no comparte esta tesis, se considera indispensable reseñar el orden y condiciones de sucesión en aquel mayorazgo, porque aunque se admitiera hipotéticamente su aplicabilidad a la sucesión de los títulos nobiliarios, el actor también carecería de mejor derecho sobre el de la demandada.

En uso de autorizaciones regias, D. Juan Téllez-Girón funda un mayorazgo mediante escritura otorgada en Osuna, con fecha 21 de febrero de 1523. El primer llamado es su hijo mayor, D. Pedro Girón, y después de sus días que hereden el mayorazgo los hijos y descendientes varones del dicho su hijo mayor, por línea de los varones. En caso de que D. Pedro Girón muera sin hijos ni descendientes varones legítimos y de legítimo matrimonio nacidos, por línea de varones, *puesto que de él queden hijas y descendientes hembras*, o varones descendientes de ellas, «entonces quiero y mando y es mi voluntad que este dicho mi mayorazgo pase a mi segundo hijo varón D. Rodrigo y a sus hijos y descendientes varones por línea de varón». Fallecido éste sin descendencia (como así sucedió), el mayorazgo irá a D. Juan Téllez Girón, tercer hijo legítimo del fundador, y después al hijo mayor legítimo y descendientes varones por línea de varón del dicho su hijo tercero.

En la cláusula XXVI se prevé que si de los hijos varones y sus descendientes varones por línea de varones no quedase varón alguno (por línea de varones), se da entrada a la hija mayor del primer instituido (D. Pedro Girón) para que a partir de ella se forme otra línea agnaticia rigurosa. Mas luego se añade:

«...y a falta o muerte de los hijos suyos varones o descendientes varones de la hija mayor de dicho D. Pedro Girón, mi hijo, lo hayan y hereden *sus hijas o descendientes de ellas*, por línea de las hembras, precediendo siempre la mayor a la menor, y la línea de las mayores a la línea de las menores, y los varones o su línea que de ellos quedare a las hembras y a su línea de ellas... »

Cláusula XXVII:

«Que cuando este mi mayorazgo, según las condiciones del oviere de venir y viniese a alguna mujer descendiente de los dichos mis hijos, que en tal caso, cuando della hubiere hijo varón o descendiente varón por línea de varones, que aquel preceda a las mujeres en cualquier grado que este siendo legítimo y de legítimo matrimonio nacido, o que a falta de tal varón descendiente de varón por línea de los varones, que venga este mi mayorazgo a las hembras que de ella quedaren.»

La cláusula XXXI sigue diciendo que cuando el mayorazgo, a falta de hijos y descendientes varones, venga a hembra y a sus descendientes de ellas «en la manera que de suso está dicho y declarado», manda que lo puedan haber y heredar las hembras con tal *condición que sean obligadas* a casarse con varón que descienda del fundador por línea femenina; y si no lo hiciera así, pierda la sucesión del mayorazgo y bienes y que

no lo puedan heredar ella o sus descendientes de dicho matrimonio; y en tal caso venga al siguiente en grado que, según esta disposición, los haya de heredar cuando la nieta o descendiente hembra fuere muerta. Y si sucede hembra, el que con ella casare haya de traer las armas y apellidos de Girón «como yo agora las traigo, e sin mezcla alguna, asy en las armas como en el apellydo, y si por ventura no truxeren las dichas armas de la dicha manera, o se llamare o yntitulare, o firmare de otro apellido syno de los Girones como dicho es, que por el mismo hecho syn otra sentencia ni declaración alguna lo aya perdido o no lo pueda tener ni heredar, *así* ellos como ellas, como sus descendientes, puesto que sean varones, y en tal caso mando que aya de venir y venga al siguiente en grado a quien este mi mayorazgo hubiere de venir, como si la tal mi nieta o descendiente hembra no huviere nacido, o fuera muerta sin generación alguna, y el que *así* subcediere en el dicho mi mayorazgo subceda con la dicha condición de traer solas mis armas en un escudo o en más, y no otras, y llamarse de mi apellido, syn otra mescla y segund dicho es, y si no truxere las dichas mis armas solas syn mescla y syn otras, o se llamare de otro linaje o apellydo, sino solo del mío, que por el mismo hecho, sin otra sentencia ni declaración, pierda el dicho mayorazgo él e sus descendientes y venga al siguiente en grado, con la misma condición de traer solas mis armas y llamarse de solo mi apellydo, todo sin mescla, como está dicho. Y por quanto mando que aya de casar la dicha mi nieta, o decendiente hembra con varón que de mí decienda, para haber y heredar este dicho mi mayorazgo, en la manera que dicha es, extiéndase casando con dispensación de nuestro muy Santo Padre, en caso de que de otra manera no pudiera casar, por estar en grado proyvido, porque la dicha condición de casamiento de suso declarada no se pueda dezir torpe ny imposible de derecho, pues, en los casos semejantes, Su Santidad y la Santa Fe Apostolyca, suelen comúnmente dispensar».

Se añade, también, que el varón que descienda por línea femenina sólo puede heredar el mayorazgo con tal condición que no sea hombre que haya de próximo heredar, o haya heredado, casa de mayorazgo donde él, o su padre, o su casa, tengan o hayan tenido título de Duque, o Marques, o Conde, o Almirante, o todo junto, pues, en otro caso, pierde la sucesión en el mayorazgo.

Finalmente, conforme a la voluntad del fundador del mayorazgo de 1523, claramente expresada, gozan de preferente derecho a la sucesión una nieta, hija de hijo varón del fundador, y sus descendientes aunque sean hembras, con respecto a los descendientes varones por línea de varón de las hijas del fundador.

III bis

La demandada, D.^a Angela Maria Téllez-Girón, cuando se interpuso la demanda, por si y por sus causantes -padre y tío carnal- ostentaba la posesión de los títulos de Osuna y Ureña, sin interrupción ni disputa, por un espacio de tiempo superior a cuarenta años. Ya ostentaba esta posesión civilísima continuada cuando contrajo matrimonio en 1946, pues la Real Carta de Sucesión de D.^a Angela Maria es de fecha 29 de enero de 1931, 1ª de su padre, D. Mariano Téllez-Girón y Fernández de Córdoba, lleva fecha de 9 de octubre de 1909, y la de su tío, D. Luis Maria de Constantinopla Téllez-Girón y Fernández de Córdoba, es de 15 de abril de 1902, lo que totaliza, sin necesidad de remontarnos más atrás, un espacio de tiempo de cuarenta y cuatro años de posesión hasta 1946.

IV

Con fecha 16 de noviembre de 1963, D. Francisco de Borja Soto y Martorell, representado por su padre D. Juan Pedro Soto Domecq, promueve juicio declarativo de mayor cuantía contra D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Duque de Estrada, contra su hija menor D.^a Angela Maria de Solís-Beaumont y Téllez-Girón y contra el Ministerio Fiscal, presentando demanda con la siguiente *suplica*:

«Que teniendo por presentado este escrito y documentos que lo acompañan, se le tenga por parte en la representación que comparece, se admita a trámite la demanda ordenando el emplazamiento del Ministerio Fiscal y de las Excmas. Sras. D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Estrada y D.^a Angela María de Solís-Beaumont y Téllez-Girón, y en su día, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se dicte sentencia por la que se declare:

1.º Ser mejor y preferente el derecho de mi representado respecto al de las demandadas para suceder, ostentar, usar, gozar y poseer, con todas sus preeminencias y honores, las dignidades nobiliarias de Duque de Osuna, con Grandeza de España, Conde de Ureña y Marques de Peñafiel, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, con todas sus consecuencias legales, así como al pago de las costas de este juicio.

2.º Subsidiariamente, por si se estimase precisa una declaración de este carácter para llegar al anterior pronunciamiento, suplicamos también que se declare la nulidad de la Real Orden de 29 de enero de 1931, en cuanto reconoció ilegalmente el derecho sucesorio de D.^a Angela María Téllez-Girón y Estrada a los títulos de Duque de Osuna, con Grandeza de España, y Conde de Ureña, y de la disposición que ha efectuado el mismo reconocimiento sobre el Marquesado de Peñafiel en favor de D.^a Angela María de Solís-Beaumont Téllez-Girón, así como cualquier acto de cesión o reconocimiento de derechos sobre este último título que pueda haber mediado entre las dos demandadas, o entre estas y terceras personas, por lo que hace a cualquiera de los tres títulos cuyo mejor derecho pedimos en este pleito.»

Se funda esta demanda en que, conforme al orden de suceder en el mayorazgo, aplicable a los títulos nobiliarios, es mejor el derecho del varón sobre el de las hembras, y en que, aunque así no fuese, entraría en juego la cláusula según la cual la eventual hembra titular del mayorazgo quedaría privada de él definitivamente al casarse con varón que no era descendiente del fundador.

La parte demandada -hoy recurrente- se opuso a la demanda y en la controversia escrita razonó que el actor no era, en su caso, el sucesor con derecho optimo, y se invocó al efecto la Ley XLV de las de Toro, según la interpretación más ortodoxa, como luego se razonará.

Seguido el juicio por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid dicta sentencia en 29 de diciembre de 1964, con el siguiente pronunciamiento:

«FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Julián Zapata Díaz, en nombre del menor D. Francisco de Borja Soto y Martorell, representado

por su padre, el Excmo. Sr. D. Juan Pedro Soto y Domecq, Duque de Almenara, contra la Excmo. Sra. D.^a Angela María Téllez-Girón y Duque de Estrada, asistida de su esposo el Excmo. Sr. D. José Maria de la Torre y Montalvo, por si y además como madre y representante legal de la menor D.^a Angela Maria de Solís-Beaumont y Téllez-Girón y el Ministerio Fiscal, debo de absolver y absuelvo de la misma a los demandados, sin hacer expresa imposición de las costas de este pleito.»

Esta desestimación de la demanda se funda en los siguientes «considerandos»:

« 1. CONSIDERANDO que por el actor en este pleito se solicita que se declare ser mejor y preferente su derecho respecto de las demandadas para suceder, obtener, usar, gozar y poseer, con todas sus preeminencias y honores, las dignidades nobiliarias de Duque de Osuna, con Grandeza de España, Conde de Ureña y Marques de Peñafiel, y subsidiariamente, por si hiciese precisa una declaración de este carácter para llegar al anterior pronunciamiento, se declare la nulidad de la Real Orden de 29 de enero de 1931, en cuanto reconoce ilegalmente el derecho sucesorio de D.^a Angela Maria Téllez-Girón y Estrada a los títulos de Duque de Osuna, con Grandeza de España, y Conde de Ureña, y de la disposición que ha efectuado el mismo reconocimiento sobre el Marquesado de Peñafiel en favor de D.^a Angela María Solís-Beaumont y Téllez-Girón, así como de cualquier otro acto de cesión o reconocimiento de derechos sobre este mismo título que pueda haber mediado entre las dos demandadas o entre estas y terceras personas, por lo que hace a cualquiera de los tres títulos cuyo mejor derecho pide en este pleito, oponiéndose a esta pretensión las demandadas pidiendo se desestime íntegramente la demanda.

2. CONSIDERANDO que el actor fundamenta su pretensión de mejor y preferente derecho respecto de los títulos dichos en los siguientes hechos: 1.º Que los tres títulos cuya declaración de mejor derecho se solicita se rigen por el mayorazgo fundado en escritura de 21 de febrero de 1523 por D. Juan Téllez-Girón con autorización regia dada en 1510 por la Reina D.^a Juana, y otra, de aprobación y confirmación de la anterior, de la misma Reina, de 1520, quedando fundado el mayorazgo de Osuna definitivamente, el cual habría de comprender los bienes del supuesto antiguo mayorazgo “que heredastes del Maestre D. Pedro Girón, vuestro padre, como de los que vos hubisteis”. 2.º El día 5 de febrero de 1562, Felipe II otorga a D. Pedro Girón el título de Duque de Osuna, quedando de esta manera unida la titularidad de la villa de Osuna, que se regia por el mayorazgo antes dicho. 3.º El día 1 de octubre de 1568, el citado Rey Felipe II otorga a D. Juan Téllez-Girón, hijo de D. Pedro Girón, Duque de Osuna, la concesión del título de Marques de Peñafiel, como primogénito de la Casa de Osuna, con lo que se produjo una adscripción del título a la Villa, incorporada expresamente al mayorazgo de 1523 y, además, una presunción de destino del título en favor de los primogénitos de la Casa de Osuna, efectos los dos que se han guardado de un modo efectivo en toda la historia de la Casa, incluso por la propia demandada principal, que ha transmitido por eso el título a su hija mayor. 4.º Que los llamamientos contenidos en este mayorazgo son inequívocamente irregulares, en cuanto que establece un orden sucesorio específico, perfectamente singularizado respecto al orden sucesorio tradicional de la Corona. 5.º Que en ese orden sucesorio irregular se proclama categóricamente la preferencia del varón descendiente del varón sobre la hembra, según la tradición de la Casa establecido por el primitivo mayorazgo de 1466, según la expresa intención de la autorización regia de 1510, confirmada por la de 1520, y según las cláusulas de la escritura. 6.º Que así se ha observado religiosamente en los

varios siglos de mantenimiento de la Casa y así está sancionado por varias sentencias firmes del Consejo de Castilla y del Tribunal Supremo, e incluso lo aceptó la propia demandada principal en cuanto al título de Osuna, que deja de pedir (por su representante legal), con vencimiento de los plazos legales, al fallecimiento de su padre.

3. CONSIDERANDO que la primera cuestión a resolver en esta litis es la de determinar el orden de suceder en los tres títulos de Osuna, Ureña y Peñafiel, si esta se ha de regir por las normas contenidas en el mayorazgo de 1523 o por no estar incluidos en el mismo se han de regir por el señalado por la Real Cedula de concesión o, en su defecto, por las normas establecidas por la sucesión a la Corona; respecto al Condado de Ureña existe acuerdo entre las partes de que este Condado existía en la fecha de constitución del mayorazgo -21 de febrero de 1523-, por lo que ha de regirse su sucesión por las normas en el mismo establecidas; respecto de los títulos de Duque de Osuna y Marques de Peñafiel no existe esta unanimidad de criterio, y el actor sostiene el primero de los apuntados de que estos títulos siguen para su sucesión el orden dispuesto en la escritura de constitución del mayorazgo de 1523, fundándolo en que estos dos títulos fueron agregados desde su concesión al mayorazgo de 1523, ya que recaen sobre dos villas de *señorío* a él incorporados de una manera expresa, lo cual se hace constar, también, expresamente por el Rey en las Reales Cédulas de concesión (folios 57, 58, 59 y 207) y del hecho de que siempre que se ha litigado por el mayorazgo se ha incluido a dichos títulos entre los agregados al mismo, afectándole las sentencias pronunciadas en los mismos, lo que basta para saldar el tema, citando en apoyo de esta tesis la demanda de D.^a María Dominga Téllez-Girón (folio 69, vuelto), la contestación de D. José Téllez-Girón (folio 72), la sentencia del Consejo de Castilla de 1720 (folio 101), de otra demanda del Duque de Frías en 1816 (folio 103) y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1840 (folio 155); de la prueba practicada, apreciada en su conjunto, aparece probado: 1.º Que en virtud de dos facultades regias citadas anteriormente, D. Juan Téllez-Girón, segundo Conde de Ureña, fundó definitivamente el mayorazgo, tantas veces citado, en escritura de 21 de febrero de 1923 (folio 23). 2.º Que el día 5 de febrero de 1562, Felipe II otorgó a D. Pedro Girón, V Conde de Ureña, el título de Duque de Osuna (folio 57). 3.º Que el mismo Felipe II, el día 1 de octubre de 1968 concedió el título de Marques de Peñafiel a D. Juan Téllez-Girón, en vida de su padre, D. Pedro Girón, V Conde de Ureña y I Duque de Osuna, es decir, primero se fundó el mayorazgo y con posterioridad se concedieron estos dos títulos; ahora bien, lo que no aparece probado es la agregación de estos dos títulos al mayorazgo, pues ni aparece de las Reales Cartas de concesión ni se alega ninguna escritura de agregación, ni otro acto jurídico en que así se haga, pues no puede tener el valor de prueba de la agregación la demanda de tenuta de D.^a Maria Dominga Téllez-Girón, ni la contestación a ella de D. José Téllez-Girón, ni la sentencia del Consejo de Castilla de 1720 y la del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1840, pues aunque en ellas se pronuncian sobre el mayorazgo de Osuna, Ureña y Peñafiel, villas que forman parte del mayorazgo, en ellas nada se dice de la incorporación o agregación de los títulos al mayorazgo, por lo que no probándose esta incorporación o agregación, hemos de estimar la tesis de la demandada de que el orden de suceder en el título de Duque de Osuna y Marques de Peñafiel es el señalado en la Real Cédula de concesión, y si ésta nada dispusiera, por las normas establecidas para la sucesión a la Corona, así lo establece el artículo 4.º del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, al decir que el orden de suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios ha de estarse a lo dispuesto en la Real concesión y, en su defecto, a lo establecido para la sucesión a la Corona, y este criterio es el seguido en el Decreto de 4 de junio de 1948, que desarrolla la Ley de 4 de mayo del mismo año, al

establecer en el artículo 5.º que el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia, el cual, según reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo, es el establecido en las leyes de Partidas, Partida Segunda, título quince, Ley segunda y la Ley cuarenta de Toro, incorporada a la Novísima Recopilación, como Ley quinta, Título dieciocho, Libro décimo, conforme a lo establecido entre los preceptos y la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1955, cuando otra cosa no se disponga en la concesión del título o grandeza, la sucesión en el mismo grado, el varón a la hembra, en el mismo sexo, el mayor al menor, debiendo ser todos los parentescos consanguíneos, por todo lo cual y aplicando estas normas legales y doctrina jurisprudencial hemos de estimar ser de mejor y preferente el derecho de las demandadas para obtener, suceder, usar, gozar y poseer las dignidades de Duque de Osuna, con Grandeza de España, y Marques de Peñafiel.

4. CONSIDERANDO que en el orden de suceder en el mayorazgo fundado definitivamente por D. Juan Téllez-Girón en escritura de 21 de febrero de 1523, al cual está vinculado desde su fundación el título de Conde de Ureña, es el establecido en las cláusulas fundacionales XXII y siguientes (folio 34), según ellas dicho orden sucesorio corresponde: 1.º A su hijo mayor D. Pedro (cláusula XXII), después de su hijo mayor que lo hayan y hereden sus hijos o descendientes varones del dicho su hijo mayor, por línea de los varones (cláusula XXIII) y así continúan las sustituciones con preferencia a las líneas de los hijos mayores a la de los menores en la misma línea el grado más próximo al más remoto, y dentro del mismo grado el mayor al menor. 2.º En el caso que el hijo mayor D. Pedro muriese sin dejar hijo ni descendiente varón legitime por línea de los varones, pasará a su segundo hijo varón D. Rodrigo, y a sus hijos y descendientes varones por línea de varón en la misma forma, condiciones y términos dichos para el supuesto anterior (cláusula XXIV). 3.º Si este hijo segundo no dejara hijos, ni descendiente varón legítimo, entonces determina vaya su mayorazgo a su tercer hijo D. Juan y a su muerte a su hijo mayor varón y así a sus descendientes con tanto que sean varones y descendientes por línea de los varones, en la misma forma, condiciones y términos dichos para los dos supuestos anteriores (cláusula XXV). 4.º Si de estos hijos varones y de sus descendientes, también varones, por línea de los varones legítimos no quedara varón alguno legítimo y de su legítimo matrimonio nacido por línea de los varones entonces es su voluntad que el mayorazgo y bienes en el contenidos lo herede la hija mayor y de legítimo matrimonio nacida de su hijo mayor D. Pedro, y después de la muerte de ella, vaya, por sus hijos y descendientes varones por línea de varones legítimos, procediendo siempre el mayor al menor y la línea de los varones a la línea de las hembras y así vaya, de grado en grado, como y de la manera que dicha es en los hijos y descendientes varones, por línea de los varones de dicho D. Pedro, su hijo mayor, y a falta o muerte de los hijos suyos varones o descendientes varones de la hija mayor de su hijo D. Pedro, la hereden sus hijas y descendientes de ellas, por línea de las hembras, procediendo siempre la mayor a la menor, y la línea de las mayores a la línea de las menores, y los varones, o su línea que de ellos quedare, a las hembras y a la línea de ellas (cláusula XXVII) y así sigue disponiendo para el caso que todos estos falten llamando a la hija segunda legítima de su hijo D. Pedro ... y en el caso de que no queden hijos, ni descendientes de ninguna de las hijas de su hijo mayor, pasara el mayorazgo a la hija de su hijo segundo y si se dieran las mismas circunstancias que en el anterior pasará el mayorazgo a la hija mayor y legítima de su tercer hijo y en su caso seguirán las sustituciones como en los supuestos anteriores, y para el supuesto de que sus tres

hijos no quedare ni hijo, ni hija, ni descendiente alguna, así por línea de varones como en la de las hembras, dispone la cláusula XXXIV que sucede el hijo varón segundo legítimo de su hija mayor D.^a Isabel, etc., y en la cláusula XXX declara que cuando este mayorazgo, según las condiciones de él, viere de venir y viniere alguna mayor descendiente de los dichos mis hijos, que en tal caso, cuando de ella hubiere de hijo varón y descendiente de varón por línea de los varones, que aquel preceda a las mujeres en cualquier grado que esté, siendo legítimo y de legítimo matrimonio nacido. De la prueba practicada aparece probado que las partes tienen como ascendiente común a D. Francisco de Borja Téllez-Girón y Fernández de Velasco, el cual tuvo tres hijos: D. Luis María de Constantinopla, XVIII Conde de Ureña y XIV Duque de Osuna, y murió sin sucesión; D. Mariano, que sucedió a su hermano y fue padre de la demandada D.^a Angela María Téllez-Girón, y D.^a Angela María Téllez-Girón y Fernández de Córdoba, bisabuela del actor, la cual tuvo un hijo, D. Francisco de Borja Martorell y Téllez-Girón, y éste de su legítimo matrimonio con D.^a María Dolores Castillejo y Wall tuvo una hija, D.^a María Soledad Martorell y Castillejo, madre del actor, así queda probado que este varón no desciende por línea de varón a varón, sino que, igual que su abuelo, D. Francisco de Borja Martorell, es varón por línea de hembra, y D.^a Angela María Téllez-Girón -la única de los litigantes que conserva el apellido de los Girones- es hembra que desciende por línea de varón del primer ascendiente común, por lo que es preferente y mejor su derecho sobre el título de Conde de Ureña, e igualmente sobre los otros dos títulos si se hubiera estimado su agregación al mayorazgo, que el del demandante, ya que es la hija mayor del último titular del mayorazgo, y no queda varón alguno que por línea de varón descienda, pues el solicitante, que trae causa de una hermana del padre de la demandada D.^a Angela María Téllez-Girón e hija del primer ascendiente común, es, como ya se ha dicho antes, varón por línea de hembra, sin que por D.^a Angela María haya perdido su efectivo derecho al título al contraer matrimonio en 1946 con quien no era descendiente del fundador, pues la cláusula XXXI de la escritura de 1523 no tiene hoy aplicación al desaparecer los mayorazgos porque, como dicen las demandadas en los fundamentos de Derecho de su escrito de contestación, "a partir de la Ley de 11 de octubre de 1820, de la escritura de constitución del mayorazgo sólo están vigentes las cláusulas que marcan el estricto orden de suceder" y, además, por estar incurso esa condición en el artículo 792 del Código civil.

5. CONSIDERANDO que por todo lo dicho anteriormente no es necesario entrar a resolver la pretensión formulada subsidiariamente por el actor sobre la declaración de nulidad de la Real Orden de 29 de enero de 1931, dado su carácter de subsidiaria y no ser precisa esa declaración al no fundarse la desestimación de la demanda en esta Real Orden.

6. CONSIDERANDO que no es de apreciar temeridad, ni mala fe, en ninguna de las partes a los efectos de imposición de costas.»

V

La representación del actor D. Francisco de Borja Soto y Martorell interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia del Juzgado de primera instancia, para ante la Audiencia Territorial de Madrid, que dicta sentencia revocatoria, en 27 de junio de 1966, en estos términos:

«FALLAMOS que, revocando la sentencia de primera instancia, debemos declarar y declaramos el mejor y preferente derecho de D. Francisco de Borja Soto y Martorell para suceder, ostentar, usar, gozar y poseer con todas sus preeminencias y honores las dignidades nobiliarias de Duque de Osuna, con Grandeza de España, Conde de Ureña y Marques de Peñafiel, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración con todas sus consecuencias legales, y no ha lugar a la petición subsidiaria del demandante, sin hacer expresa condena en las costas de ambas instancias.» Esta resolución de la Sala tiene los siguientes fundamentos:

« 1. CONSIDERANDO que si bien es cierto que la sucesión de los títulos nobiliarios se rige fundamentalmente por la Ley de 4 de mayo de 1948, que restablece la vigencia de las disposiciones anteriores, como la Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820 y Ley cuarenta de Toro, comprendida en la Ley quinta, Título séptimo, Libro quinto, de la Novísima Recopilación, que en síntesis es el sistema seguido para la sucesión de la Corona, con preferencia del varón pero con llamamiento a las hembras a falta de aquel en el mismo grado, todas estas disposiciones exceptúan los casos en que la orden de sucesión o el mayorazgo a que estuvieran adscritos dispusiera otra cosa, lo que constituye otra clase de sucesión que se pudiera llamar irregular y que ha sido reconocida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en múltiples sentencias, entre ellas la última de 28 de marzo de 1966, dictada entre las mismas partes por otros títulos y que en síntesis en este caso consiste en la preferencia del varón más alejado en grado sobre la hembra más próxima.

2. CONSIDERANDO que en 21 de febrero de 1523, D. Juan Téllez-Girón, en uso de autorizaciones concedidas por D.^a Juana la Loca, refrendadas por D. Fernando el Católico la primera y D. Carlos I la segunda, fundó el mayorazgo de Osuna, dictando minuciosamente las normas para la sucesión en el mismo con llamamiento a los hijos y descendientes varones procedentes por línea de varón, con preferencia a todas las hembras cualquiera que fuera el grado en que se encontraran con respecto al poseedor, y describiendo los bienes inmuebles que se incorporaban al mayorazgo, haciendo expresa mención de los derechos de señorío anexos y pertenecientes, por lo que hay que considerar incluido, desde luego, el título de Conde de Ureña, que ya existía por haber sido concedido por el Rey D. Enrique IV en 1409 y que desde la constitución del mayorazgo siguió fielmente la suerte del mismo.

3. CONSIDERANDO que el título de Duque de Osuna fue creado el 5 de febrero de 1562 por el Rey D. Felipe II y en el título se expresa la circunstancia de pertenecer al agraciado la villa de Osuna y lo nombra no sencillamente Duque de Osuna sino Duque de la villa de Osuna, lo que claramente indica la voluntad real de unir el título a la posesión de la villa y por pertenecer ella al mayorazgo la incorporación del título al mismo.

4. CONSIDERANDO que el título de Marques de Peñafiel fue creado por el Rey D. Felipe II en el año 1568 y si bien fue concedido al hijo del entonces Duque de Osuna, lo fue porque "la villa de Peñafiel es de vuestro padre", lo que expresa también su adscripción a la villa y, por tanto, al mayorazgo que la regía aun cuando fuera destinado al heredero del mismo.

5. CONSIDERANDO que desde la creación de estos títulos siempre han seguido unidos al mayorazgo, ya que las cuatro veces que ha entrado en vigor la regla de

preferencia de los varones descendientes de varón sobre las hembras más cercanas en grado hubieran motivado la separación de los títulos del mayorazgo si aquellos hubiesen sido de sucesión regular, pues los hubiera seguido ostentando la hembra desposeída del mayorazgo y los hubiera dejado a sus herederos y en ningún caso hubieran llegado a la posesión de la demandada, habiendo sido sancionadas dos de estas irregularidades de sucesión por sentencias del Consejo de Castilla y del Tribunal Supremo, estas últimas posteriores a la desvinculación en los años 1840, 1844 Y 1845.

6. CONSIDERANDO que el llamamiento a los varones descendientes de varones no tiene excepción, pero a falta de ellos hay dos casos en que se llama a las mujeres, en el primero para nombrar heredero con preferencia a todos los varones descendientes de hembras al hijo de la más próxima en grado y, el segundo, llamando directamente a la mujer, pero imponiéndole la condición de que contraiga matrimonio con varón descendiente del fundador por línea de hembra, ya que se presupone que no los hay por línea de varón, con la penalidad de perder la sucesión del mayorazgo para ella y sus descendientes.

7. CONSIDERANDO que la condición de contraer matrimonio con persona determinada y más si se refiere no a persona, sino a un grupo determinado, no es inmoral ni opuesta a las buenas costumbres y no habiendo sido derogada por ninguna ley es exigible en la actualidad, ya que el artículo 793 del Código civil solamente declara nula la de no contraer matrimonio y el Tribunal Supremo ha declarado válida la de no contraerlo con determinada persona (sentencia de 7 de diciembre de 1899) y no ataca la libertad de la llamada, pues es libre de no cumplir la condición renunciando al mayorazgo que hoy está constituido solamente por el título, y habiendo faltado la demandada a esta condición es claro que ha incurrido en la sanción prevista en la constitución del mayorazgo y carece de derecho para ostentar los títulos litigiosos, así como sus descendientes.

8. CONSIDERANDO que el demandante es varón descendiente por línea femenina del fundador y el más cercano al último poseedor del título, por lo que es evidente su mejor derecho para suceder en los títulos al incumplir la demandada la condición que le hubiera dado derecho a ostentarlos.

9. CONSIDERANDO que los Tribunales en materia de títulos nobiliarios únicamente tienen competencia para declarar el mejor derecho de los solicitantes para ostentar el título, pero no para anular las Órdenes o Decretos que los concedieron a otras personas y que pueden ser revocadas o sustituidas por la Administración Pública en uso de sus facultades respecto a los títulos nobiliarios, por lo cual no procede la petición subsidiaria del demandante.

10. CONSIDERANDO que son improcedentes las alegaciones hechas por la demandada en el acto de la apelación, ya que no habiéndose adherido a la misma no puede atacar la sentencia apelada por haberse conformado con ella sin ir contra los propios actos.

11. CONSIDERANDO que no es de apreciar temeridad en las partes a los efectos de imposición de las costas en ambas instancias.»

VI

Notificada la sentencia de la Audiencia a la representación de las demandadas con fecha 27 de junio de 1966, se interpuso por esta parte recurso de casación por quebrantamiento de forma y se anunció la interposición de recurso de casación por infracción de ley.

Sustanciado el recurso de casación por quebrantamiento de forma, esta Sala dictó sentencia con fecha 15 de abril de 1967 (notificada a esta parte el 9 de mayo de 1967), no dando lugar al mismo; y en la misma sentencia se dispone la entrega de los autos al Procurador que suscribe para que dentro del término de veinte días formalice recurso por infracción de ley o de doctrina legal conforme a los artículos 1.770 y 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que verificamos por medio del presente escrito.

FUNDAMENTOS PROCESALES

I

El recurso de casación que se formaliza por medio de este escrito es procedente por cuanto se impugna mediante el mismo una sentencia definitiva dictada por la Audiencia Territorial de Madrid, en autos de juicio declarativo de mayor cuantía, en grado de apelación, comprendida, por tanto, en el número 1.º del artículo 1.689 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

II

Se presenta este escrito dentro del plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia desestimatoria del recurso de casación por quebrantamiento de forma que también formalizó esta parte, y cuya notificación tuvo lugar el día 9 de mayo de 1967; todo ello de conformidad con el artículo 1.770 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

III

El presente escrito se articula conforme a lo prevenido en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

IV

Se acompaña a este escrito el poder que acredita la representación del que suscribe.

También se acompañan dos copias del recurso: una para la otra parte y otra para el Ministerio Fiscal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.772 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no se acompaña el resguardo de haber hecho el depósito prevenido en el artículo 1.698 porque las sentencias de primera y segunda instancia no son conformes de toda conformidad.

MOTIVOS DE CASACION

MOTIVO PRIMERO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción, por violación, del artículo 1.281 del Código civil.

Al interpretar los negocios jurídicos de concesión de los títulos de Ducado de Osuna y Marquesado de Peñafiel como incorporados al mayorazgo de 1523 -por alusión a la *Villa de...* (Osuna)- se infringe, por violación, el artículo 1.281 del Código civil, porque en el sentido literal de las palabras no hay tal adscripción de los títulos al mayorazgo, ni hay, por consiguiente, referencia a un orden irregular de sucesión.

Que la intención del creador de los títulos de Duque de Osuna y Marques de Peñafiel (o Duque de la *Villa de Osuna* y Marques de la *Villa de Peñafiel*), no fue la de que el orden de suceder fuera el establecido para el mayorazgo (ya existente cuando se otorgaron las Reales Cartas de concesión de los títulos, sin que en ellas se haga alusión alguna a aquél), resulta de los claros términos de la concesión real. Es un hecho negativo, contra el cual sólo cabe prueba en contrario; el *onus probandi* recae sobre el que alega la realidad de la agregación de los títulos al mayorazgo (conforme al artículo 1.214 del Código civil).

Es preciso sentar la premisa de que la *fundación de un mayorazgo* es un negocio jurídico de distinta naturaleza que la *real concesión de un título nobiliario*. El mayorazgo era una institución por la cual el dueño de un patrimonio lo afectaba a un *fin económico* de conservación a través del tiempo, perpetuamente, de modo que no pudiera dividirse ni pudiera disponerse de él en todo ni en parte. Este objetivo económico no se aprecia en la concesión de dignidades nobiliarias, en que se busca la perpetuación de una denominación, en lo que tiene de *honorífica*. Y se otorgaba para premiar virtudes y meritos que, en épocas menos materializadas que la presente, servían para acceder a un rango estamental superior.

La mayorazgo y la dignidad nobiliaria eran, pues, instituciones de distinta naturaleza, porque respondían a necesidades de diversa índole. Por ello, el mayorazgo era un acto de *Derecho patrimonial*, mientras que la concesión de dignidades nobiliarias era un acto de *Derecho personal*. No podemos hablar de actos de Derecho privado y de Derecho público, en una época en que el poder a veces era objeto de propiedad y la propiedad comportaba potestades cuasi soberanas. Pero no puede confundirse el acto de disposición de bienes que es el mayorazgo con el acto de disposición de mercedes honoríficas realizado por el Rey.

La circunstancia de la perpetuidad, aneja a una y otra institución, sólo produce la consecuencia de que el mayorazgo y el título nobiliario hayan de estar sujetos a algún orden de sucesión a través del tiempo. Pero esta ordenación no tiene por que ser forzosamente idéntica.

En principio, pues, las dignidades nobiliarias no están necesariamente unidas a los mayorazgos. Ciertamente que estos sirvieron para que los poseedores de títulos pudieran ostentarlos con lustre y boato. Pero podían estar regidos, en su sucesión, por órdenes distintos.

El hecho de que muy frecuentemente en el mayorazgo se sucediera por el orden regular dispuesto para la sucesión de la Corona determinaba un paralelismo que era efecto de la superposición de dos ordenaciones iguales, pero no de la unicidad de ordenación.

En ocasiones las dignidades nobiliarias eran agregadas, incorporadas, a un mayorazgo. Pero estas agregaciones o incorporaciones en ningún caso se producían automáticamente; habían de ser necesariamente obra de la Ley (por disposición expresa contenida en las Reales Cédulas de concesión de los títulos) o de la voluntad del hombre declarada de forma explícita e indubitada en la escritura fundacional del mayorazgo. (Así resulta también de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1957 y 28 de marzo de 1966.)

De no hacerse de modo expreso la agregación de un título a un mayorazgo, cada una de estas instituciones seguía su peculiar orden de sucesión. Por tanto, cuando la real concesión del título nada decía, el orden sucesorio del mayorazgo era irrelevante para la sucesión del título. Es sabido que el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1943 acomoda el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias a lo dispuesto en el título de concesión, y en su defecto -esto es, cuando nada se establezca en el título de concesión- al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia. Este orden sucesorio tradicional, supletorio o defectivo, es el establecido para la sucesión a la Corona, según las Partidas y según la Constitución de la Monarquía, de 1876, conforme a reiterada y uniforme jurisprudencia.

La escritura de constitución del mayorazgo es de 21 de febrero de 1523. El título de Duque de Osuna fue creado en 5 de febrero de 1562. El título de Marqués de Peñafiel fue creado en 1 de octubre de 1568.

En el mayorazgo de 1523, fundado en virtud de licencia o facultad regia de 13 de diciembre de 1510, en la que solamente se mencionan bienes inmuebles por naturaleza o raíces, nada se dice en especial de bienes muebles ni de las dignidades nobiliarias que ostentaba el fundador. Así, frente a la inclusión expresa de bienes raíces, está la no mención de los muebles ni de las dignidades.

En cuanto a las dignidades nobiliarias, Ducado de Osuna y Marquesado de Peñafiel, resultaba material y jurídicamente imposible que quedaran integradas en el mayorazgo: imposibilidad material, porque estos títulos no fueron creados hasta muchos años después de la fundación del mayorazgo; imposibilidad jurídica, porque no era lícito prever la incorporación de futuras dignidades nobiliarias con origen en un acto graciable del Soberano, extraño totalmente a la voluntad del beneficiado.

Para que pudieran entenderse incorporados los títulos al mayorazgo con posterioridad a la fundación de éste, habría sido preciso acreditar esa pretendida agregación por el único medio de prueba admisible en esta materia: escritura de agregación, precedida de la licencia real necesaria. Como tampoco la hubo en el título de Ureña.

Si contra esta aseveración se replicase que todas las sucesiones de los títulos ahora en cuestión se habían regido -de hecho, a través de los siglos por el orden sucesorio del mayorazgo, habría que decir que no se ha probado que si esas sucesiones hubieran seguido el orden regular de sucesión de la Corona los resultados hubieran sido distintos. Por consiguiente, si atendidas las circunstancias que se dieron en cada caso, tanto daba aplicar una norma como otra (la sucesión regular por no establecer orden diferente las Reales Cartas de concesión, o la irregular del mayorazgo), no está demostrado ni puede ello inferirse racionalmente que se haya producido la incorporación de los títulos al mayorazgo.

Se ha citado de contrario, y se recogen en la sentencia de la Audiencia, ciertos pleitos en los que, aparentemente, podrán deducirse que en la sucesión de estos títulos nobiliarios se ha seguido siempre el orden de sucesión señalado en la creación del mayorazgo. Pero esta referencia ni puede tener la eficacia de «antecedente» o «precedentes», ni la de cosa juzgada, ni la de la doctrina de los actos propios. Para todas estas aplicaciones falta un elemento fundamental: que se tratase de la misma cuestión debatida. Pues bien, en ninguno de esos pleitos *no se trató concretamente de los títulos separados de los bienes*. El que por no discutir los títulos con independencia de los bienes (cuantiosísimos bienes del mayorazgo de Osuna, quizá el más importante económicamente de los que existieron en Castilla) siguiesen los bienes al mayorazgo, no puede considerarse en cuanto a los títulos en si que haya habido «cosa juzgada», o que se haya consentido ese orden de sucesión. Sencillamente, los títulos siguieron la suerte del mayorazgo, quizá por inercia de la época en que los bienes daban lustre a los títulos.

El considerando 5.º de la sentencia recurrida se refiere a sentencias posteriores a las Leyes desvinculadoras; pero olvida que en estos pleitos (sentencia de 5 de mayo de 1840, 24 de octubre de 1844 y 28 de marzo de 1845) el fundamento de las peticiones se centraba en la nulidad del mayorazgo de 1523 y en la vigencia de otra fundación de 1464. Y es curiosa que en ese mismo considerando se diga que no hubiesen llegado los títulos a la actual poseedora o demandada si los títulos hubiesen sido de sucesión regular o separados del mayorazgo. Pues se da la circunstancia de que, aun así, la demandada también hubiera sido la poseedora de los títulos.

En el mismo considerando 5.º parece olvidarse que el *Marquesado de Peñafiel* no siguió la suerte inseparable de Osuna-Ureña, pues por el mismo Árbol que presenta el demandante (y eso que se ha «comido» una generación) se ve hubo un tiempo en que de hecho estuvo separado.

La sentencia de 28 de marzo de 1966, citada en el considerando 1.º de la recurrida, se refiere al Ducado de Escalona-Marquesado de Villena. Es irrelevante para el presente pleito porque las premisas de uno y otro pleito son completamente diferentes, puesto que en aquél se aludía a una clara agregación hecha por documento público del

Ducado de Escalona al ya existente mayorazgo y título unido a él de «Marques de Villena».

En todo caso, si en alguna ocasión -por entender erróneamente que la dignidad nobiliaria estaba unida al mayorazgo- se hubiese aplicado un solo orden de suceder para ambos, esas *sucesiones viciosas* no causan usucapión, pues los derechos subsisten según el orden legítimo, conforme a la doctrina de la posesión civilísima proclamada en la Ley XLV de Toro, como se estudia en el motivo sexto.

Sentadas las anteriores premisas, basta añadir que la designación de «villa» antepuesta al topónimo del título no significa, ni en buena lógica puede significar, incorporación del título al mayorazgo que existiera sobre la «villa», pues era norma usual, aunque no hubiera mayorazgo, anteponer dicha palabra a los títulos.

Prueba de que se trataba de una simple fórmula, mera cláusula de estilo sin significado jurídico alguno, la ofrecen en sus puros términos las propias Reales Cartas de concesión de los títulos. Concretamente, por lo que se refiere al título de concesión del Ducado de Osuna, se designa indistintamente esta dignidad como «*Duque de la Villa de Osuna*» («... os hacemos e intitulos Duque de la Villa de Osuna... ») y como «*Duque de Osuna*» («...que vos ayan y tengan y llamen *Duque de Osuna* ... »).

Otra prueba más de que en las Reales Cartas de concesión no se hace esa pretendida incorporación de los títulos al mayorazgo de 1523 (el cual, repetimos, ni siquiera se menciona ni es aludido en aquéllas), es que el título de Marques de Peñafiel se otorgó a quien no era poseedor del mayorazgo, y que, con el transcurso del tiempo, este título permaneció durante varias generaciones separado.

Por todo ello, la sentencia recurrida, que por la mera alusión a la «villa» de Osuna o de Peñafiel, sin más razones, da por incorporado el Ducado o el Marquesado al mayorazgo, infringe por violación lo dispuesto en el artículo 1.281 del Código civil, que obliga a interpretar los negocios jurídicos, en este caso las Reales Cartas de concesión de los títulos, de conformidad con el sentido literal de sus términos. Y, como consecuencia de la infracción de esa norma interpretativa, se infringe por violación lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, sobre acomodación *estricta* a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al orden de suceder que tradicionalmente se ha seguido en esta materia.

MOTIVO SEGUNDO

Al amparo del numero 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción, por violación, del artículo 675 del Código civil.

Se articula como subsidiario del anterior para el supuesto de que se entendiera que las Reales Cartas de concesión de títulos son actos gratuitos asimilables a testamentos. Se infringiría el artículo 675 del Código civil, según el cual toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.

Por los mismos razonamientos expuestos en el motivo anterior se conculcan las reglas de hermenéutica preceptivamente impuestas en el citado artículo del Código civil, al interpretar la sentencia que en los propios títulos de concesión, por la mera alusión al topónimo «villa», quedaron incorporadas las dignidades nobiliarias Ducado de Osuna y Marquesado de Peñafiel al mayorazgo de 1523.

Damos aquí por reproducidos en su integridad los argumentos del motivo anterior, con la única salvedad de entenderlos referidos al artículo 675 del Código civil.

MOTIVO TERCERO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El fallo infringe, *por violación*, los siguientes preceptos legales: *el artículo 1.º de la Ley de 4 de mayo de 1948* que restablece las disposiciones que estuvieron vigentes en 14 de abril de 1931, sobre sucesión, rehabilitación y transmisión de grandezas y títulos nobiliarios; *el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1943*: «El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodara, *estrictamente* a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia»; y *el artículo 13 de la Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1820*: «Los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase, que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutaban como anejos a ellas, subsistirán en el mismo pie y seguirán en el *orden de sucesión prescrito* en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia.»

Aunque la lectura de dicho precepto puede sugerir la duda de si la excepción desvinculadora se refiere tan sólo a los títulos y grandezas anejos a los bienes amayorazgados o si comprende también a las dignidades que subsisten independientes de cualquier vinculación, la jurisprudencia ya venía entendiendo que la legislación aplicable para resolver la sucesión a un título nobiliario está contenida en la Ley 1.ª, Título XXVIII de la Partida 2.ª; en la Ley 8.ª, Títulos XXVII de la Partida 4.ª; en las Leyes 1.ª y 2.ª de la Partida 7.ª; en la Ley XLIV de Toro, y Ley 4.ª, Título XVII, Libro X, de la Novísima Recopilación, y en los artículos 54 y 60 de la Constitución de la Monarquía.

Una dilatada jurisprudencia que llega hasta fecha recientísima, distingue la sucesión *regular* (en títulos y mayorazgos) que es la misma de la Corona, y la *irregular*, que es el orden distinto de la Corona, y que se ha establecido en la concesión o en la fundación (el irregular):

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1966 (Aranzadi, número 1.669).

Sentencia de 21 de mayo de 1964 (Aranzadi, número 2.732).

Sentencia de 22 de noviembre de 1963 (Aranzadi, número 4.639).

Podrían citarse muchas sentencias más que sientan la doctrina de que hay que atender, en primer lugar, el orden de suceder establecido expresamente en la Real

Cédula de concesión de la dignidad nobiliaria; y, *en su defecto* (*en su defecto*, es decir, a falta de *orden expreso*) al tradicionalmente seguido en esta materia, que es el orden regular de sucesión de la Corona. Se tiene como norma tradicional en España (según el Código Alfonsino y las Leyes de Toro) el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores, en la misma línea el grado más próximo al más remoto, en el mismo grado el varón a la hembra, en el mismo sexo el mayor al menor y debiendo ser todos los parentescos consanguíneos.

Por último, las normas que se refieren al orden de suceder irregular deben interpretarse *restrictivamente*, pues, según reiterada jurisprudencia, *en caso de duda*, hay que presumir el orden regular de sucesión de la Corona (sentencias de 21 de enero de 1851, 26 de junio de 1852, 11 de mayo de 1853, 31 de mayo de 1863, 28 de enero y 6 de marzo de 1928, 17 de junio de 1930 y 4 de junio de 1963).

Todos estos preceptos legales y la doctrina legal citada han sido infringidos, por violación, en la sentencia recurrida; toda vez que, a pesar de que en las Reales Cartas de concesión del Ducado de Osuna y del Marquesado de Peñafiel no se establece un orden expreso de sucesión, ni se homologa el orden del mayorazgo (que ni siquiera se alude), se ha aplicado -por la Sala de instancia- un orden de suceder irregular, declarando el derecho preferente de un varón, sobrino biznieto del último varón poseedor, sobre el derecho de una hija de éste, que se reputa resuelto por incumplir obligación de casamiento determinado.

MOTIVO CUARTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción por violación del artículo 1.º de la Ley de 4 de mayo de 1948; del artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948; del artículo 13 de la Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820.

Se formula subsidiariamente, para el supuesto de que se entendiera que la sucesión de los tres títulos -Osuna, Peñafiel y Ureña- ha de ajustarse al orden de sucesión irregular de mayorazgo, agnación con la excepción de falta de sucesor varón descendiente por línea de varón, en cuyo caso entra a suceder la hembra.

El fallo infringe, por violación, los mismos preceptos legales y doctrina legal citados como infringidos en el motivo segundo, en cuanto que, aun en el supuesto inadmisibles de que hubiere de aplicarse el orden de suceder irregular del mayorazgo, se aparta de éste.

El artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, al exceptuar de la supresión de mayorazgos, etc., a los títulos nobiliarios, dispone que estos subsistirán en el mismo pie y *seguirán en el orden de sucesión* prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia.

La cláusula XXVI del mayorazgo, a la que no puede negarse un específico valor normativo -siempre en el supuesto en que ahora discurrimos de que fuera aplicable el orden sucesorio irregular de dicha fundación- establece:

«Si de los hijos varones y de sus descendientes varones por línea de varones no quedare varón alguno... en tal caso es mi voluntad que el mayorazgo y bienes en el contenidos lo herede la hija mayor legítima y de legítimo matrimonio nacida de mi hijo...»

Sólo *a falta de hijas de hijas de fundador y descendientes de ellas*, se llama a los *hijos varones de hijas* del fundador. Es decir, conforme al orden sucesorio establecido en el mayorazgo de 1523, agotados los varones agnados, gozan de preferencia las hembras descendientes de varón sobre los varones cognados o por línea de hembra.

En la cláusula XXX se añade:

«Cuando este mi mayorazgo... *viniere a alguna mujer* descendiente de los dichos mis hijos, en tal caso, cuando *de ella* hubiere *hijo varón descendiente* de varón, que aquél preceda a las mujeres en cualquier grado que este...»

Para que opere este llamamiento preferente en favor de un varón, han de cumplirse estos tres requisitos concurrentes:

- a) Que el mayorazgo lo *ostente una mujer*.
- b) Que el varón preferido sea *descendiente* por línea directa de la mujer poseedora o titular del mayorazgo; y
- c) Que dicho varón descendiente lo sea *por línea de varón*.

La primera circunstancia -posesión de los títulos por una mujer- se produce por vez primera en 1931, cuando se otorga la Real Cédula de Sucesión en favor de la actual titular, D.^a Angela María Téllez-Girón y Duque de Estrada.

Los requisitos segundo y tercero no se han producido por carecer de descendencia masculina la que, hasta la fecha, ha sido y es primera y única hembra titular de las dignidades.

No cabe, pues, invocar el mejor derecho o preferencia del actor, en cuanto varón, sin más, frente a la poseedora legítima de los títulos; para que esta pretensión pudiese prosperar sería necesario, conforme al orden de suceder del mayorazgo, que el pretendiente a los títulos, además de ser varón, descendiese por línea directa, y de varón, de la demandada.

Es un hecho notorio, aceptado por ambas partes y recogido en la propia sentencia, que el demandante no desciende de la demandada, por lo que, a tenor de las cláusulas del mayorazgo de 1523 relativas al orden de suceder, que constituyen la ley de la sucesión (siempre en el negado supuesto de que se hubiera producido la incorporación de los títulos al mayorazgo), resulta manifiesto, no sólo el óptimo derecho de las demandadas, sino que el actor carece en absoluto de derecho a ostentar los títulos y seguirá careciendo de él en tanto existe descendencia -masculina o femenina- en la línea cuyo tronco es hoy D.^a Angela María Téllez-Girón y Duque de Estrada.

Y no se diga, como en algún pasaje del escrito de replica de la parte actora, que el demandante ejercita en este pleito un derecho de representación, siendo la representada su bisabuela D.^a Angela María Téllez-Girón y Fernández de Córdoba, pues si hubiera de establecerse la preferencia entre dos hembras, resultaría también obligado, conforme a las normas del mayorazgo, pronunciarse en favor de las demandadas en cuanto hembras más próximas al último poseedor, como hay que medir la proximidad de grado tanto se siga el orden regular como el irregular, conforme tienen declarado, entre otras, las sentencias de 19 de noviembre de 1955 y 4 de noviembre de 1957.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida, es visto que conculca el propio orden sucesorio establecido en el mayorazgo -que entiende aplicable- con violación de los preceptos legales de que se ha hecho merito en el encabezamiento del presente motivo.

MOTIVO QUINTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El fallo infringe, por violación, la norma del artículo 792 del Código civil, según la cual las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes y a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa.

Se cita como infringido este precepto legal del artículo 792 del Código civil en cuanto la sentencia recurrida priva a la demandada D.^a Angela María Téllez-Girón de sus títulos -que ya poseía en cuando al Ducado de Osuna y al Condado de Ureña cuando contrajo su primer matrimonio- por haber faltado a la condición de contraer matrimonio con persona determinada (considerando 7.º).

Antes de razonar como esa condición es imposible, contraria a las leyes o a las buenas costumbres, interesa analizar la estructura jurídica de la confusa cláusula de la fundación del mayorazgo, no sin antes insistir en que este motivo de casación se formula también *subsidiariamente* y para el supuesto de que se entienda que el orden de suceder y condiciones impuestas en el mayorazgo son aplicables a los títulos nobiliarios, a pesar de que hemos demostrado que estos no fueron incorporados a aquél.

Más que de la estructura jurídica de una *cláusula*, se trata de la calificación jurídica de un inciso -un largo y complejo inciso- dentro de una cláusula -la XXXI- de la fundación del mayorazgo (folios 38 vuelto, 39, 39 vuelto y 40 de los autos) que empieza así: «Otrosí, por quanto segund esta mi disposición, mando que este dicho mi mayorazgo y bienes en el contenidos, a falta de mis hijos y descendientes varones por línea de varones...»

De la lectura de este inciso se deduce que si hereda los bienes del mayorazgo una hembra soltera o viuda, se ha de casar con varón que tenga estas cualidades: *a)* que descienda del fundador (por línea femenina) ; *b)* que no sea hombre que esté próximo a heredar o haya heredado casa o mayorazgo con título de duque o marqués o conde o almirante ; *c)* que lleve las armas y apellidos de los Girones.

Y también se deduce que si ya estuviera casada (al tiempo de heredar) con varón en que no concurrieran esas condiciones, carecerá del derecho de suceder en los bienes del mayorazgo.

Tanto en un caso como en el otro, la obligación de casarse con varón de esas condiciones juega como *condición resolutoria* en el primer supuesto (estar ya casada), porque suspende la efectividad del llamamiento, de la preferencia del derecho.

En el primer caso se trata de una condición *potestativa* para el heredero; pero esto no impide que se apliquen las disposiciones sobre institución de heredero y de legado *condicionales*, ya que, en la Sección del Código civil que lleva esa rúbrica está inserto el artículo 795 que, precisamente, se refiere a la condición puramente potestativa impuesta al heredero o legatario. Es decir, que, para el ordenamiento civil del Derecho patrio de Sucesiones, *obligación y condición* impuestas al heredero o legatario se rigen por los mismos preceptos.

En nuestro caso, como D.^a Angela María Téllez-Girón era soltera cuando sucedió, por derecho propio directo, en los títulos de Osuna y Ureña, la cuestión se reduce a determinar si, por haber contraído, después, matrimonio con persona en quien conocidamente no recaía la cualidad de descendiente del fundador, ni la de llevar las armas y apellidos de los Girón, incurrió en la *sanción de perdida* del derecho a las dignidades nobiliarias. Adviértase que, para el examen de la licitud y posibilidad de la *condición*, es indiferente que, en el momento de abrirse la sucesión, la hembra sucesora estuviera soltera o casada; pero acaso pueda apreciarse un mayor grado de nulidad de la condición en este supuesto en que la conservación de estos derechos se subordina a la abdicación del derecho de elección de esposo que, como se verá, afecta al derecho de dignidad de la persona humana.

I. La condición u obligación impuesta a la heredera, sobre matrimonio con persona determinada, debe tenerse por *no puesta*, como *condición imposible*.

El Consejo de Estado, en informe de 14 de noviembre de 1930 (transcripción del cual obra en autos), y precisamente con relación a la sucesión en estos títulos nobiliarios, aun sin tener que abordar directamente la cuestión -que entonces no se había planteado en estos términos-, alude a la condición expresada de casar con varón que descienda del fundador, de esta manera:

«... pues no pueden tener valor positivo y con fuerza de obligar, dado que la condición de que contraiga matrimonio se tiene por no puesta.»

En la época en que se fundó el mayorazgo, era *posible* encontrar varios varones en quien concurrieran las condiciones dichas, que a la vez fueran de circunstancias adecuadas (edad, etc.) para la hembra, y entre los que ésta pudiera elegir un marido. Pero, en la época actual, ello es *prácticamente imposible*.

No es posible para la demandada, ahora en el siglo XX, formar una nómina de pretendientes a su matrimonio (más bien sería de «pretendidos» o «pretendibles») con quienes podría contraer, por descender del fundador por línea femenina. No es factible que, después de tanto tiempo, destruidos archivos y documentos, la interesada agotase la

búsqueda hasta comprobar el parentesco; aparte de que sería ridículo el verificar esa investigación para aceptar o rechazar una proposición de matrimonio.

La condición de contraer matrimonio con varón de tan difíciles circunstancias es prácticamente imposible y es asimilable a condición imposible, a los efectos del artículo 792 del Código civil.

El profesor LACRUZBERDEJO, en sus notas a la traducción del *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, a propósito de ese artículo 792 del Código civil, observa que las condiciones ambiguas, cuyo sentido no puede desentrañarse por la interpretación, pueden asimilarse a *imposibles*.

La imposibilidad de que se cumpla una condición así origina la nulidad de la misma: el *tenerla por no puesta*, como se dice en el precepto legal infringido.

II.-La condición matrimonial de que se trata *es contraria a las buenas costumbres*.

No hace falta extenderse en el concepto de «buenas costumbres», recibido por el Derecho civil como correctivo de la voluntad individual, en los negocios jurídicos. Es comúnmente entendido como conjunto de normas y principios que integran el orden ético o moral de una sociedad, en un determinado momento histórico. En el ordenamiento jurídico español, el apartado II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional (texto refundido de las Leyes Fundamentales, de 20 de abril de 1967), proclama lo siguiente:

«II. La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirara su legislación.»

Este orden moral, que prevalece sobre las cláusulas o condiciones que establezcan los particulares en sus relaciones de Derecho privado, tampoco el establezcan los particulares en sus relaciones de Derecho privado, impone el acatamiento a los siguientes principios:

1.º El respeto a la *dignidad* y a la *libertad* de la persona humana, reconociendo que el hombre es portador de valores eternos (artículo 1.º del Fuero de los Españoles).

2.º Los seres humanos tienen derecho a la *libertad* de la elección del propio estado y, por consiguiente, a crear una familia con paridad de derechos entre el hombre y la mujer (Encíclica *Pacem in terris* y textos del Concilio Vaticano II).

La condición de contraer matrimonio con persona en quien concurran las raras circunstancias que se señalan en la fundación del mayorazgo, es posible que entonces, en el siglo XVI, no fuera contraria a las *buenas costumbres*, tal como entonces se entendían por aquella sociedad estamental, en que el matrimonio se utilizaba como instrumento para fines distintos de los que su Divino Fundador le asignó. Tanto la historia como la literatura evidencian que, hasta muy entrado el siglo XIX, en que la revolución política y la industrial alteraron las estructuras sociales, no era infrecuente servirse del matrimonio para la conservación de apellidos, títulos y patrimonios. Para

conseguir esos fines, no repugnaba a la moral al uso el torcer la libertad de elección de alguno de los contrayentes y aun contrariarla explícitamente, mediante «arreglos» y «matrimonios de conveniencia».

Pero estas «costumbres», este estadio de la moral social, ha sido ya sobrepasado. Y, actualmente, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona humana, y especialmente el respeto a algo tan *íntimo* como es el derecho a la elección de cónyuge, no puede en modo alguno cohonestarse con la obligación de contraer un matrimonio determinado y condicionado en cuanto a la persona del otro contrayente.

¿Cómo ha de entenderse que es válida la condición de contraer matrimonio con un pariente en que concurren determinadas condiciones? ¿Es posible que en la segunda mitad del siglo XX, sublimadas las esencias de la persona libre, la elección de esposo haya de quedar reducida en grado tal? ¿Es que el ordenamiento jurídico ha de proteger estos arbitrarios e injustos deseos de quienes los manifestaron a principios del siglo XVI, al amparo de unos supuestos sociales y de una errónea concepción del matrimonio, que hace tiempo está superada? Es la idea misma del Derecho y de la Justicia la que quedaría frustrada si, a pesar del lento pero evidente progreso de la ética social y de su infiltración en las leyes, éstas acogieran con beneplácito la validez de condiciones tan torpes como la que es objeto de comentario. (De estimarse aplicable hoy esta cláusula torpe, lo mismo afectaría a la línea del demandante: la bisabuela casó con Martorell [que no era Téllez-Girón] y la abuela con Soto Domecq [tampoco Téllez-Girón]. Por tanto, por dos veces se incumplió en la línea del actor la condición.)

El profesor LACRUZ BERDEJO, en el libro antes citado, razona que las condiciones ilícitas se consideran tales, no sólo si imponen actos o abstenciones reprobados por la ley o la moral, sino también *si suponen una coacción injustificada de la voluntad del favorecido*, en materia en que se interfieren derechos y atributos de la personalidad. Para apreciar cuándo existe coacción, será preciso ver en cada caso las circunstancias de hecho en que la condición debe verificarse. Y agrega que la condición de no contraer matrimonio con persona de cierta clase o circunstancias será lícita si la libertad de tomar estado queda sólo limitada; mas no si, por los términos objetivos de la prohibición, o por las circunstancias del medio social a que pertenece el heredero o legatario, *la posibilidad de contraer matrimonio se restringe casi totalmente*.

En este comentario, que figura en un libro jurídico impreso en el año 1953, parece prefigurarse una obligación que en el año 1523, cuatro siglos antes, no parecía merecer reprobación, pero que en el último tercio del siglo XX choca violentamente con las ideas de libertad de elección de esposo, dignidad de la persona, promoción social de la mujer y prescripción de los matrimonios de conveniencia.

El considerando 7.º de la sentencia de la Audiencia, con una brevedad impresionante, acepta la validez de la cláusula que impone esa condición de contraer matrimonio con persona en quien concurren determinadas circunstancias. Se dice que tal condición no ataca *la libertad* de la llamada, pues es libre de no cumplir la condición, renunciando al mayorazgo, que hoy está constituido solamente por el título. Es curiosa la manera como se enfoca un valor humano tan esencial como el de la *libertad*.

De esta forma tan simplista, en la sentencia lo que se hace es no resolver la cuestión, sino suprimirla. Si el legislador apreciase el problema de la libertad y de la

coacción (mejor diríamos de la «coerción») de la misma manera que la Sala de instancia, el artículo 792 del Código civil debería ser eliminado de este cuerpo legal. Pues la libertad de aceptar o repudiar la herencia –en cuanto libertad física y moral- no desaparece, en apariencia, en ningún supuesto de condición imposible o contraria a las buenas costumbres. Si el testador instituye heredera a su sobrina con la condición de que continúe en un negocio inmoral, la heredera es claro que es libre de aceptar o repudiar la herencia. Pero resulta que el legislador, atendiendo a un concepto más profundo de la libertad y de la coacción, ha entendido que esa condición debe tenerse *por no puesta* (artículo 792). Y es que lo que el legislador trata de evitar no es una *cesación* física, sino una *presión*, una *constricción psicológica*, atendiendo a la fragilidad del alma humana. Los herederos no son, por lo general, puros espíritus angélicos; y pensando en esta contextura de la persona, la ley, en el conflicto entre la voluntad del testador y la moral, ha decidido que la condición ilícita era ineficaz, se tiene por no puesta. Esto en el Derecho de Sucesiones, porque en el Derecho de Obligaciones ese conflicto lo resuelve declarando la nulidad de la obligación (artículo 1.116).

Siguiendo el razonamiento de la sentencia recurrida podría impugnarse la justicia del artículo 793 del Código civil; porque también el heredero con la condición que allí se contempla -no contraer primero o ulterior matrimonio- es libre de renunciar a la herencia.

A propósito de la alusión que a dicho artículo 793 se hace en el considerando 7.º, es preciso notar que de ese precepto no se deduce que, en punto a casamiento, la condición que en ese artículo se menciona sea la única que deba tenerse por no puesta. Caben otras condiciones relativas al matrimonio, impuestas al heredero, que, por pugnar con la esencia de aquél y con la libertad y el derecho a la intimidad de la persona, deban tenerse por *no puestas*, como comprendidas en el enunciado general del artículo 792. La norma del artículo 793 no es excluyente de otros supuestos de condiciones inválidas.

III.-La condición de contraer matrimonio de que venimos ocupándonos debe tenerse por no puesta, también, por ser *contraria a las leyes*.

En efecto, el artículo XXIII del Concordato entre España y la Santa Sede, de 27 de agosto de 1953, estatuye que el Estado Español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. En el artículo I se afirma que la Religión Católica, Apostólica, Romana, gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden de conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico. Y en el artículo II se reconoce a la Iglesia Católica el carácter de sociedad perfecta y se le garantiza el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual y de su jurisdicción.

No cabe duda que, conforme al Derecho canónico, sólo la Iglesia puede establecer impedimentos para el matrimonio; y, a tenor de los preceptos emanados de ella, no se puede coartar la libre voluntad de los contrayentes, en la celebración y administración del Sacramento del matrimonio. Cuanto se disponga, por los particulares o por el Poder civil, contra esa disciplina sacramental matrimonial, es disposición que contradice a las leyes recibidas con plena eficacia en el ordenamiento civil.

Tan es así que cuando el Poder público ha querido poner trabas al matrimonio de ciertas clases -Diplomáticos, Militares- (Ley de 23 de noviembre de 1940, Reglamento de 15 de julio de 1955 y Ley de 22 de julio de 1961; Ley de 13 de noviembre de 1957, Orden de 27 de diciembre de 1958), ha terminado por suavizar los efectos drásticos de una prohibición que rebasaba su competencia, configurando la licencia y la dispensa en forma tal que la infracción no reviste el carácter de verdadero impedimento.

Esto es así porque dejar a la voluntad de personas ajenas a la Jerarquía eclesiástica las prohibiciones o restricciones en la elección de esposo o esposa es conculcar las leyes canónicas.

Pero, además, la condición que se examina es contraria a las *leyes civiles*, en cuanto que éstas sólo se dictan para tutelar intereses serios y dignos de protección jurídica. No puede atribuirse esa cualidad al supuesto interés que el fundador del mayorazgo tuviera, en el año 1523, en que, cuatro siglos después, una hembra descendiente de él contrajese matrimonio con otro descendiente de él en que concurrieran las circunstancias de llevar los apellidos y armas de Girón y no tener derecho a otro mayorazgo, ducado, etc.

El ordenamiento civil no puede respaldar, con el prestigio de la Justicia y del Derecho y con la eficacia de la garantía de los Tribunales, una declaración de voluntad de un particular tan distante de los fines del orden jurídico, tal cual se entienden en la sociedad actual. El mensaje de las leyes está al servicio de la vida social, pero de la vida social de nuestro tiempo; y resulta contrario a dichas leyes empeñarse en vivificar aquellos elementos de un negocio jurídico que responden a supuestos de la vida colectiva ya caducados.

En resumidas cuentas, aun en el supuesto de que la sucesión en los *títulos* nobiliarios se rigiese por el orden y condiciones de la sucesión en los *bienes* del mayorazgo, siempre resultaría que la demandada ostentaba el mejor derecho a la sucesión y que no procedía privarle de ese derecho por incumplimiento de la condición de casar con varón descendiente del fundador y de determinadas cualidades, pues esa condición debe tenerse por *no puesta*, por ser imposible y contraria a las buenas costumbres y a las leyes. Con ello, la sentencia infringe, por violación, el artículo 792 del Código civil.

A la misma conclusión se llegaría de entender aplicable el artículo 1.116 del Código civil, relativo a nulidad de *obligaciones* que dependan de condiciones imposibles, contrarias a las buenas costumbres y prohibidas por la ley.

MOTIVO SEXTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción por violación por inaplicación de la Ley XLV de las de Toro, que dispone que las cosas que son de mayorazgo, agora sean villas o fortalezas, o de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión se traspase la posesión civil y natural en el siguiente en grado que según la disposición del mayorazgo debiera suceder en él, aunque haya otro tomado

posesión de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto; o el dicho tenedor le haya dado posesión de ellas.

Se invoca como infringido este precepto legal, *subsidiariamente*, en la hipótesis de que fuese aplicable a las sucesiones de los títulos nobiliarios en cuestión el orden de suceder del mayorazgo de Osuna y en el supuesto de que tuviese eficacia y validez la cláusula sobre casamiento de la hembra llamada a la sucesión.

Ese precepto, que acoge la conocida doctrina de la *posesión civilísima*, habría sido infringido en el fallo, porque en éste se atribuye al actor el derecho de ostentar los títulos cuestionados, *con carácter preferente a las demandadas*, pero no porque le corresponda en *derecho absoluto*, es decir, por ser el titular del derecho óptimo. Una ortodoxa interpretación de la Ley XLV de las de Toro, sobre este punto es razonada muy fundadamente en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1964. No es que citemos esta resolución para denunciar infracción de *doctrina legal*, puesto que harían falta dos sentencias concordes; no es que denunciemos una *interpretación errónea* de aquella Ley XLV en la sentencia. Es que resulta incuestionable que el único sentido y alcance de la Ley LXV de Toro son los que la sentencia de 9 de junio de 1964 le atribuye.

Ya es sabido el efecto de la posesión civilísima: al no ser necesaria la toma de posesión material de un derecho, la transferencia de la posesión se verifica *automáticamente*, en virtud del *título* mismo, que en este caso es el título de *heredero*. Ahora bien, ese efecto sólo puede producirse en el que verdaderamente sea heredero, pero no el que tenga derecho *preferente* sobre el poseedor actual.

La institución de la «saisine», y en España sus reflejos en la Ley XLV de Toro, introducen en la doctrina del Derecho común el concepto de *posesión civilísima*, así llamada, según ANTONIO GOMEZ, porque por ministerio del Derecho civil, sin ningún artificio ni intervención de otro acto, es transferida por la sola disposición de la ley, del estatuto o de la costumbre. No fue recogido este concepto en el artículo 440 del Código civil; pero, en definitiva, se llega a la misma conclusión de la transmisión automática de la posesión, en virtud de la regla que atribuye a la aceptación de herencia efectos retroactivos, referidos a la muerte del causante.

Por eso, la *posesión civilísima*, establecida en la Ley XLV de Toro, *sólo opera a favor del heredero y no de cualquier pariente del causante* -«el siguiente en grado que según la disposición del mayorazgo debiera suceder en él»-.

Esta ha sido la interpretación tradicional en España, constantemente reiterada en la doctrina de los clásicos, como MATIENZO, VAZQUEZ, GREGORIO LOPEZ, COVARRUBIAS, CASTILLO DE SOTOMAYOR, LLAMAS Y MOLINA. Por tanto, para ampararse en el remedio posesorio de la Ley XLV de Toro, había que probar previamente *la condición de verdadero y propio sucesor del mayorazgo*, cuestión que debía ser expresamente tratada y discutida, hasta dejar determinado que se era el «verdadero y legítimo sucesor del mayorazgo».

Cuando, según la fundación, los llamamientos, por ser generales, pueden comprender a más de una persona, la posesión civilísima sólo y exclusivamente favorece a aquel de entre todas ellas que *sea precisamente el heredero*, dada la

indivisibilidad del mayorazgo: el que tenga el mejor derecho *absoluto*; pues la posesión civilísima, como posesión real y verdadera, sólo puede reconocerse *en una persona*.

Si existen -como ocurre hoy, en que se trata de vínculos fundados hace siglos- *cientos de posibles sucesores* a los mismos, entre todos ellos sólo puede reconocerse el privilegio de la posesión civilísima, y consiguientemente la imprescriptibilidad a uno solo, que es concretamente el que según las cláusulas del mayorazgo tenga el mejor derecho absoluto.

Las consideraciones que anteceden están basadas en la depurada doctrina que se contiene en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1964. En esa resolución judicial se hace ésta que reputamos *trascendental* declaración para el Derecho nobiliario español:

«Esta interpretación que devuelve a la institución nobiliaria sus *esencias originarias*, perdidas en parte desde el pasado siglo, como consecuencia de influencias extrañas a la misma, es también aconsejada por *los principios de seguridad jurídica* y de economía procesal, pues lo que la Ley XLV de Toro pretende es proteger al heredero único del mayorazgo congruentemente con la sustancia de esta institución, y darle una mayor extensión es salirse de sus cauces naturales, viniendo a postular precisamente *que el poseedor actual sea siempre preferido a quien no exhiba título indubitable de dueño* y de titular formal de derecho, pues aunque los poseedores de los títulos sean meros precaristas, hay que sacar correctamente la conclusión de que su posición sólo puede ceder ante la del propietario, pero en modo alguno ante otros nuevos precaristas. »

Así entendida la Ley XLV de Toro ha sido violada, por inaplicación, en el fallo recurrido, porque en él se prescinde de si el actor es el verdadero y único heredero, propietario con derecho frente al precarista; sin que valga alegar la mera *preferencia* relativa frente al poseedor.

MOTIVO SEPTIMO

Al amparo del numero 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Con el mismo carácter *subsidiario* que el anterior; el fallo infringido por *violación por inaplicación, la Ley XLI de Toro*, en cuanto de sus términos se deduce que el poseedor de un título nobiliario, con más de cuarenta años de posesión, empalmando la suya con la que ostentaren sus causantes, anteriores poseedores, puede suplir de esta manera la alteración o modificación de un mayorazgo, como con todo rigor se razona en los considerandos antepenúltimo y penúltimo de la misma sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1964 (Aranzadi, núm. 3.216).

En el fallo se ha infringido por violación por inaplicación dicha Ley XLI de Toro, en cuanto no se ha tenido en cuenta que la demandada, conforme a ese precepto legal, había usucapido los títulos, ya que ella misma y por sí sola, desde 29 de enero de 1931, fecha de la Real Carta de Sucesión, hasta el 16 de noviembre de 1963, fecha de la presentación de la demanda contraria, llevaba treinta y dos años de posesión, que unidos a los veintidós años que poseyó los títulos su padre, D. Mariano Téllez Girón y Fernández de Córdoba (carta de sucesión de 9 de octubre de 1909) y los siete años de

posesión de su tío D. Luis María de Constantinopla Téllez Girón y Fernández de Córdoba (carta de sucesión de 15 de abril de 1902), totalizan sesenta y un años de posesión ininterrumpida hasta la fecha de presentación de la demanda, sin necesidad de remontarse más atrás.

SUPLICO A LA SALA que, teniendo por presentado este escrito con el poder que se acompaña y sus respectivas copias, se sirva admitirlo; tenerme por comparecido en nombre y representación de la Excm. Sra. D.^a Angela María Téllez Girón y Duque de Estrada, quien actúa por sí (asistida de su esposo, D. José María de Latorre y Montalvo) y como legal representante de su hija menor de edad D.^a Angela María Solís-Beaumont y Téllez-Girón; por formalizado en legal tiempo y forma recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, contra la sentencia dictada en 27 de junio de 1966 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; acordar se sustancie este recurso por los trámites procesales oportunos y, en su día, dictar sentencia por la que, dando lugar al mismo, se case y anule la sentencia recurrida y se dicte otra en cuyos pronunciamientos se acojan y estimen los pedimentos formulados en nuestro escrito de contestación a la demanda, absolviendo de la misma a mis representadas y confirmando la sentencia de primera instancia. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte que se opusiera al presente recurso.

OTROSI DIGO: Primero. Que a los efectos prevenidos en el artículo 1.721 de la Ley de Enjuiciamiento civil solicito se libre y se me expida testimonio acreditativo de la formalización del presente recurso de casación dentro del plazo legal.

SUPLICO A LA SALA se libre y me sea entregado el testimonio de referencia.

OTROSI DIGO: Segundo. Que con este escrito devuelvo los autos de que se me ha dado traslado para la evacuación del trámite.

SUPLICO A LA SALA tenga por hecha la anterior manifestación y por devueltos los autos.

OTROSI DIGO: Tercero. Que siendo general el poder y necesítándolo para otros usos

SUPLICO A LA SALA se sirva acordar su desglose y devolución al que suscribe, previo testimonio en autos.

Madrid, 2 de junio de 1967.