



Roj: **STS 2745/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:2745**

Id Cendoj: **28079110012012100256**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2012**

Nº de Recurso: **619/2009**

Nº de Resolución: **268/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Abril de dos mil doce.

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 619/2009 ante la misma penden de resolución, interpuestos por la representación procesal de D. Borja , aquí representado por la procuradora D.ª María José Arranz de Diego, contra la sentencia de 19 de octubre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 642/2007, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1302/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Justo Requejo Calvo, en nombre y representación de D. Fructuoso .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid dictó sentencia de 18 de junio de 2007 en el juicio ordinario n.º 1302/2005 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Desestimo la demanda formulada por D. Fructuoso contra D. Borja absolviendo al demandado de los pedimentos de la demanda.

»Impongo las costas a la parte actora».

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. El demandante D. Fructuoso pretende la declaración de su mejor derecho genealógico para usar, poseer y disfrutar el título de Conde DIRECCION000 frente a D. Borja , Conde DIRECCION000 .

»Alega:

»- Que es hijo de D.ª Gabriela , hija primogénita de D. Primitivo , Marqués DIRECCION001 , ya fallecido.

»- Que en 1965 su madre solicitó, al habersele cedido el derecho por parte de su padre, la rehabilitación del título de Conde DIRECCION000 , siendo informada favorablemente la rehabilitación por el Consejo de Estado.

»- Que, pendiente solamente el expediente de la sanción del Jefe del Estado, en 1971 la madre del actor accedió a los deseos de su hermano D. Juan Luis y le cedió los derechos sobre el título al ser el único varón de los hermanos, continuando este el expediente de rehabilitación a su favor y ostentando el título de Conde DIRECCION000 desde el 5 de junio de 2002.

»Segundo. Basa el actor su mejor derecho al título que pretende en que la renuncia efectuada por su madre lo fue forzada por el hecho de que en la sucesión de títulos **nobiliarios** se ha aplicado tradicionalmente el principio de masculinidad, contrario al principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución y la jurisprudencia que estima discriminatorio tal principio. Cita la demanda la (entonces) proposición de ley sobre



igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos **nobiliarios**, para fundamentar la tendencia hacia el reconocimiento del principio de igualdad, hoy Ley 33/2006 de 30 de octubre.

»Tercero. La pretensión de la demanda no puede prosperar. Y ello porque, para invocar el mejor derecho al título de Conde DIRECCION000 , renunciado por su madre a favor del padre del demandado, sería preciso atacar la validez de la renuncia efectuada por D.ª Gabriela , trayendo a esta al pleito, lo que no efectúa el actor. El negocio jurídico de la renuncia fue el que motivó que la línea de sucesión pasase a los descendientes del padre del demandado por lo que para recuperar la línea procedente del padre del actor se hace preciso atacar la cesión del título efectuada por la Sra. Gabriela . Lo que no puede es desconocerse es que tal renuncia se efectuó y fue aceptada por el cesionario y ejercitar la pretensión al título obviando la existencia de tal negocio jurídico.

»Pero es que, además de ello, como expone la demanda, la madre del actor solicitó la rehabilitación del título por haberle sido cedidos todos los derechos sobre el mismo por su padre, D. Primitivo . Es por ello que, frente al mejor derecho que invoca el actor, se encontraría el que ostentaría su propia madre, que solo fue traída al juicio en calidad de testigo.

»Finalmente, si bien se ocultó paladinamente en la demanda, el actor no es el primogénito de sus hermanos, sino que tiene una hermana mayor, como reconoció en prueba de interrogatorio, a quien perjudicaría la declaración que se pide en la demanda en base a una interpretación, anterior a la Ley 33/2006, que a ella sería la primera en beneficiar, sin que tampoco haya sido llamada al pleito.

»Por ello, y sin necesidad de examinar la disposición transitoria de la Ley antes citada, a fin de analizar la aplicación de la nueva normativa a los procesos judiciales en curso, se hace preciso desestimar la demanda por carecer de todo fundamento la pretensión del actor quien pretende reivindicar un título renunciado por su madre a favor de tercero, sin atacar la validez de la renuncia, obtener una nueva a su favor y oír sobre ello a su hermana primogénita en cuanto que lo invocado no es sino la realidad social relativa a la igualdad de hombre y mujer en todos los órdenes, hoy reconocida en la sucesión de títulos **nobiliarios** en la Ley 33/2006 de 30 de octubre.

»Cuarto. Al desestimarse la demanda y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 LEC , las costas se imponen a la parte actora».

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, dictó sentencia de 19 de octubre de 2008, en el rollo de apelación n.º 642/2007 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Fructuoso contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid, de fecha 18 de junio de 2007 , que se revoca y en su lugar acordamos:

»Estimar la demanda promovida por el procurador de los Tribunales D. Justo Alberto Requejo Calvo, en nombre y representación de D. Fructuoso contra D. Borja , representado por la procuradora D.ª María José Arranz de Diego, y en consecuencia se declara el mejor y preferente derecho genealógico del demandante a ostentar, poseer, usar y disfrutar el título **nobiliario** de Conde DIRECCION000 frente al demandado, sin hacer expresa imposición de las costas causadas tanto en la primera instancia como en la alzada».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. El presente recurso proviene del juicio ordinaria n.º 1302/05, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid , promovido por D. Fructuoso , contra D. Borja sobre mejor derecho a título **nobiliario**.

»La sentencia desestima la demanda, y frente a ella el demandante recurre en apelación, que articula en ocho motivos:

»1.º Infracción del artículo 218.1 LEC , por incurrir la sentencia en triple incongruencia.

»2.º Infracción del artículo 218.1 y 3 LEC por incurrir la sentencia en falta de exhaustividad.

»3.º Infracción del artículo 207. 3 y 4 LEC , al no respetar el juzgador el efecto de cosa juzgada formal de una resolución adoptada previa mente en el mismo procedimiento.

»4.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso por indebida aplicación del artículo 12.2 LEC , al haber estimado incorrectamente el juzgador en la sentencia la concurrencia de una falta de litisconsorcio pasivo necesario.

»5.º Vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE .



- »6.º Error en la interpretación de la prueba.
- »7.º Infracción de la doctrina del TS según la cual en las demandas en ejercicio de acción declarativa de mejor derecho genealógico, el actor no está obligado a pedir declaración de nulidad de las transmisiones de la merced anteriores a la del demandado.
- »8.º Infracción del artículo 1 en relación con la DT única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos **nobiliarios**.
- »Recurso al que se opone el demandado, que alega básicamente:
- »- Que el litisconsorcio pasivo necesario se puede y debe apreciar de oficio por los tribunales, además la falta de impugnación de la renuncia por la madre del actor, no fue planteada en la audiencia previa, ni fue por tanto resuelta por la juzgadora. La llamada al pleito de la madre del demandante no se basa en su preferente derecho genealógico, sino en que este debía impugnar la renuncia hecha por la madre a favor de su hermano (que es cierto que no es una cesión de derechos propiamente).
 - »- Que efectivamente las cesiones de títulos hechas por los ascendientes no vinculan a los descendientes ni pueden perjudicar sus derechos.
 - »- Una distribución de títulos sí crea una nueva cabeza de línea.
 - »- La disposición transitoria única de la Ley 33/2006 no afecta a este caso, solo se refiere a expedientes, no a pleitos ante la jurisdicción civil.
- »Segundo. Como antecedentes cabe poner de manifiesto los siguientes:
- »- El título Conde DIRECCION000 fue concedido por D. Carlos de Austria, más tarde, Carlos VI, Emperador, el 24 de febrero de 1719 a D. Norberto, noble del Reino de Valencia. Fue solicitada en 1929 su rehabilitación por D.ª Marí Juana, pendiente de la sanción real al caer la monarquía el 14 de abril de 1931.
 - »- Fallecida D.ª Marí Juana, sin descendencia, pidió la continuación de dicha rehabilitación su sobrino D. Primitivo, Marqués DIRECCION001, como hijo primogénito de su hermano.
 - »- En escritura pública de fecha 16 de febrero de 1965, el referido D. Primitivo renuncia a favor de su hija, Gabriela, cuantos derechos puedan corresponder al mismo en relación con el título de "Conde DIRECCION000", cuya concesión se encuentra en tramitación en el Ministerio de Justicia. D.ª Gabriela el 8 de abril de 1965 solicitó que se le tuviera por personada en el expediente de rehabilitación del título indicado, en sustitución de su padre D. Primitivo, solicitando se expida a su favor Carta de rehabilitación en el título de Conde DIRECCION000.
 - »- En escritura pública de 20 de octubre de 1971, D.ª Gabriela (nacida el 5 de enero de 1932, documento al folio 206) renuncia a favor de su hermano, D. Juan Luis (nacido el 14 de junio de 1946, documento al folio 406), que lo acepta, a cuantos derechos puedan corresponder a la misma en relación con el título de "Conde DIRECCION000", cuya concesión se encuentra pendiente de sanción por el Jefe del Estado.
 - »- En acta notarial de 1 de febrero de 2002, D. Juan Luis, como poseedor de varios títulos, procede a distribuirlos entre sus dos hijos, reservando al primogénito D. Primitivo el título principal de la casa (Marquesado DIRECCION001) y distribuyendo a D. Borja, segundogénito, el Condado DIRECCION000, que acepta.
 - »- El 10 de junio de 2002, se expide Real Carta de Sucesión a favor de D. Borja, "sin perjuicio de tercero de mejor derecho", en el título Conde DIRECCION000, asignado en distribución efectuada por su padre D. Juan Luis.
 - »- El apelante D. Fructuoso tiene una hermana de más edad llamada D.ª Eugenia Cecilia.
- »Tercero. Como ya dijera la sentencia del TS de 10 de marzo de 2004, n.º 173/2004, los títulos **nobiliarios** no suponen privilegio alguno en nuestra sociedad y no atribuyen derechos o ventajas, sino tan solo el derecho de poder "usar" el título, o, con palabra del Tribunal Constitucional en su sentencia de su Sala 2.ª 27/1982, de 24 de mayo, en recurso de amparo 6/1982, el contenido del título **nobiliario** "se agota en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros de modo semejante de lo que sucede con el derecho al nombre". La Constitución Española de 1978, si bien no menciona tales títulos **nobiliarios**, no solo no prohibió los antiguos, sino tampoco vedó *ad futurum* la concesión de otros.
- »Por su parte la SAP de Santa Cruz de 15 de mayo de 1999 dice: "Al respecto debe señalarse que conforme a tenor de lo preceptuado en las Partidas, Ley segunda, Título XV, Partida 24, artículo 13 de la Ley 11 octubre 1820, el artículo 5 del Decreto 4 junio 1948, en cuanto se remite al artículo 1 de la Ley 4 mayo 1948, para la sucesión de los títulos **nobiliarios** (títulos meramente honoríficos y que se mantienen en nuestro ordenamiento

solo con la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico a que se debe su otorgamiento) habrá de estarse a lo dispuesto en su concesión o, en su defecto, a lo que tradicionalmente se haya seguido en esta materia, habiendo sido la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la que ha configurado, a la luz del crisol del derecho histórico el orden regular de la transmisión *post mortem* de los títulos **nobiliarios**, ciertamente "con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación", pero no como criterios exclusivos sino conjugados con otros criterios preferenciales:

»- En primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes y el de estos a los colaterales.

»- En segundo lugar, la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores.

»- En tercer lugar, el más próximo en grado prefiere y excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea (y salvando siempre el derecho de representación).

»- En cuarto lugar, en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer.

»- En quinto lugar, en igualdad de línea, grado y sexo, el de más edad prefiere y excluye al menor.

»Así pues, ni la proximidad de grado, ni la preferencia de sexo, ni la mayor edad, operan más que cuando se trata de parientes consanguíneos de una misma línea, ya que si pertenecen a líneas distintas, la anterior prefiere y excluye a cada una de las posteriores" (SSTS de 20 de junio de 1987 y 8 de abril de 1972 ; STC 126/1997 de 3-7-1997).

»En cuanto a las Cartas de Sucesión razona que no son mas que la autorización administrativa para el uso efectivo de un título **nobiliario** que, como ha señalado la jurisprudencia, no tienen más virtualidad que las de una cedula posesoria, con reserva de propiedad a favor del prellamado y de ahí que se expidan siempre "sin perjuicio de tercero" (SSTS de 4 de junio de 1963 y 21 de mayo de 1964 (...). Vacante, pues un título y sin necesidad de ningún acto de posesión se traspasa esa -la natural y la Civil- al grado siguiente según la Ley sucesoria, aunque otro haya tomado posesión del título sea en vida del tenedor o a su muerte, posesión civilísima que ampara y protege a quien ostenta el mejor derecho genealógico, al margen del efectivo uso y disfrute del título, transmitiéndose aquella automáticamente o *ipso iure* al legítimamente prellamado y de ahí que, quien posee un título sin tener a la vez referido mejor derecho, solo lo tiene en precario y puede ser reivindicado por aquel en quien concurre mejor derecho genealógico y, tercero, que la ley primordial que rige la sucesión de los títulos **nobiliarios** es su carta de creación o título de concesión (crf. SAP Madrid de 3 de mayo de 1995).

»No obstante y como se verá en su momento el principio de masculinidad o preferencia del varón sobre la mujer ha sido derogado por la ley 33/2006 de 30 de octubre.

»Cuarto. Se rechazan los motivos 1.º, 2.º, 3.º y 5.º del recurso.

»No se aprecia incongruencia ni falta de exhaustividad en la sentencia, por lo que no se considera infringido el artículo 218 de la LEC (motivos 1.º y 2.º).

»Se argumenta por el apelante que dicha resolución incurre en incongruencia al fundar su decisión sobre razonamiento no planteado por las partes, esto es aprecia la concurrencia de defecto legal en el modo de proponer la demanda (al no atacar la cesión que hizo la madre del actor a favor de D. Juan Luis), que no fue alegada por el demandado, y en la falta de litisconsorcio pasivo necesario (al no haber llamado al pleito a la madre y hermana del actor) que sí fue alegada de contrario pero de forma extemporánea al hacerlo en el acto de la audiencia previa. Se ha cambiado en la sentencia la *causa petendi* al alterar de oficio los fundamentos de derecho alegados por las partes. En cuanto a falta de exhaustividad se alega la ley 33/2006, de 30 de octubre, DT y la sentencia no la analiza por entender que no es necesario.

»Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente formal, la sentencia no menciona ni acoge expresamente la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, y en cuanto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario es cierto que se alegó por primera vez en la audiencia previa, y el juzgador acordó -con acertado criterio- continuar con dicho acto, al no existir impedimento; sin perjuicio -debe entenderse- de la decisión que se adoptará en sentencia, que como se verá en los razonamientos siguientes no comparte este Tribunal, teniendo no obstante en cuenta que tal excepción puede apreciarse de oficio.

»Sobre la congruencia de las sentencias, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que se resume en la sentencia de 4 de marzo de 2000 y a la que se refiere la STS, Sala 1.ª, de 26 de julio de 2006 , que el deber de congruencia que pesa sobre las sentencias se resume en la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existiendo allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensión procesal, no está sustancialmente alterada, y entendiéndose por pretensiones



procesales las deducidas en los suplicos de los escritos rectores del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos, debiéndose distinguir las verdaderas pretensiones de aquellas peticiones que constituyen simples presupuestos o antecedentes de estas. La incongruencia, como recuerda la mencionada sentencia de 4 de marzo de 2000, no debe ser confundida con la falta de motivación, pues aun cuando la segunda puede determinar la primera, la incongruencia omisiva exige la falta de respuesta sobre algún punto esencial o cuestión sustancial del pleito; aparte de que, como también precisa aquella sentencia, no es dable confundir una falta de motivación o una motivación insuficiente con una motivación parca o sucinta, pero bastante para entender que se ha dado justificación o explicación jurídica a la respuesta judicial. Debe añadirse a lo anterior que no se incurre en incongruencia por no contestar a todas y cada una de las afirmaciones o razonamientos jurídicos expuestos en los escritos procesales, pues el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando se resuelven genéricamente las pretensiones de las partes, aunque no haya pronunciamiento concreto sobre las alegaciones expuestas - sentencias de 19 de febrero, 12 de mayo de 1998, 28 de noviembre de 1998 y 4 de marzo de 2000 -, como recuerda la sentencia de 3 de junio de 1999, que cita las sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1990 y de 14 de enero de 1991, desde el punto de vista de tutela judicial el deber de congruencia consiste en el derecho a obtener una respuesta motivada y fundada en Derecho no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda resultar discutible o quepa disentir de ella. Y, en fin, no puede olvidarse que las sentencias absolutorias por regla general no pueden ser incongruentes, en la medida en que resuelven todas las cuestiones planteadas, salvo en los casos en que la desestimación se funde en una excepción no alegada ni apreciable de oficio o se haya alterado la causa de pedir. Sentencias de 28 de abril de 2005, de 22 de septiembre de 2005 y 6 de abril de 2004, entre las más recientes.

»En el presente caso, la sentencia es absolutoria, y como tal, al desestimar íntegramente la demanda, da respuesta a todas las pretensiones ejercitadas (SSTS de 7 de febrero de 2006, 3 de marzo de 2006 y 7 de abril de 2006, como más recientes). Por otro lado en la resolución recurrida se recogen una serie de argumentos, que, al margen de su consistencia en cuanto a la cuestión debatida, constituyen razonamiento suficiente para fundamentar la decisión.

»Como recuerda la STS Sala 1.ª de 13 de julio de 2004 desde otra perspectiva, la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2003, de 27 de octubre, afirmó que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, exige que aquella contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, además, que la motivación contenga una fundamentación en Derecho.

»Sin embargo, como destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 165/1999, de 27 de septiembre, el mencionado derecho no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva, que alcance a todos los aspectos y perspectivas que puedan tener de la cuestión que se decide.

»Antes bien, se consideran suficientemente motivadas las resoluciones judiciales que vengan apoyadas en argumentos que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales en que se basa la decisión (su *ratio decidendi*).

»El motivo 3.º deriva y está íntimamente relacionado con los anteriores, por lo que la desestimación de estos arrastra también la de aquel.

»Tampoco se aprecia la indefensión denunciada en el motivo 5.º, referida, según se dice, a que el demandante no pudo realizar alegaciones respecto a las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de litisconsorcio pasivo necesario. Y ello porque la primera como tal excepción no se menciona en la sentencia, y en cuanto a la otra sí se efectuaron por dicha parte alegaciones, como es de ver en la grabación de la audiencia previa.

»Quinto. En el motivo 4.º se alega infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso por indebida aplicación del artículo 12.2 LEC, al haber estimado incorrectamente el juzgador en la sentencia la concurrencia de una falta de litisconsorcio pasivo necesario. Estrechamente relacionado está el motivo 7.º: infracción de la doctrina del TS según la cual en la demandas en ejercicio de acción declarativa de mejor derecho genealógico, el actor no está obligado a pedir declaración de nulidad de las transmisiones de la merced anteriores a la del demandado (SSTS 22 de marzo de 1978 y 6 de febrero de 1995, entre otras).

»Y en el motivo 6.º se plantea error en la interpretación de la prueba, en concreto respecto a la interpretación que se hace por la sentencia de la escritura de cesión de derechos de la madre a favor del hermano menor de esta, de 20 de octubre de 1971, pues esta no contiene cesión alguna del título Conde DIRECCION000, ya que dicho título había caducado hacía años, y cuando es otorgada por la madre estaba esta tramitando el expediente rehabilitación incoado por ella. El efecto de dicha escritura era el de permitir que D. Juan Luis, padre del demandado, le pudiese sustituir en dicho expediente, pero no hay cesión en los términos del artículo



12 del RD de 27 de mayo de 1912 , 912, por tratarse de título caducado. Tampoco por tanto puede tener el efecto de cambiar la línea sucesoria del título de la madre del demandante a la del padre del demandado. En caso de entender que hubo cesión esta no vincula a los llamados con preferencia al cesionario, que no hubiesen aprobado la misma.

»Entiende el apelante que no se da esa situación litisconsorcial entre el demandado, su madre y hermana, pues reconociendo que estas tienen mejor derecho que el actor al título, no por ello se convierten en litisconsortes pasivas necesarias, porque la sentencia pretendida es que se declarase el mejor derecho del demandante, pero solo frente al demandado, no frente a cualquier tercero (incluidas la madre y la hermana mayor).

»Efectivamente se considera por este tribunal que no es necesaria la presencia en el pleito de la madre y hermana de D. Fructuoso . Consta en los autos que en escritura de fecha 20 de octubre de 1971, D.^a Gabriela , madre del apelante, renuncia a favor de su hermano D. Juan Luis (menor en edad, aunque el único varón de los hermanos), "a cuantos derechos puedan corresponderle en relación con el título de Conde DIRECCION000 ".

»Sin embargo como ya razonó el TS en su sentencia de 21-2-1992 , la renuncia de los progenitores, no es vinculante, ni eficaz, ni limitativa de los derechos, aquí de su hijo D. Fructuoso , en cuanto tercero interesado con legalidad suficientemente apta (artículo 6.2 del CC en relación con el artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912), toda vez que no se produjo renuncia al título en sí, como si se disfrutase y poseyera, sino al derecho potencial o expectativa a obtener y usar la dignidad de referencia. Los ascendientes no vinculan a los descendientes con sus actos de cesión o renuncia, por lo que la intervención procesal de la referida madre "no se presenta como imprescindiblemente necesaria, ya que sus posibles derechos a la dignidad quedan marginados de la presente contienda y la renuncia que llevó a cabo fue a título personal, y no derivada para sus sucesores... por lo que resulta de inoperancia a los fines precisos de la presente relación procesal y en tanto no ejercite sus posibles derechos preferenciales que por ello no puede imposibilitar los que asisten - en el supuesto de nuestro recurso- al recurrente, que en todo caso postula un derecho que no le viene dado por representación, sino que la sucesión del título opera con respecto a su relación directa con el creador del mismo".

»La cesión del derecho a una o varias dignidades nobiliarias, de conformidad con el artículo 12 del RD de 27 de mayo de 1912 , no podrá perjudicar en el suyo a los demás llamados a suceder con preferencia al cesionario, a no ser que hubiera prestado a dicho acto su aprobación expresa, que habrá de consignarse en acta notarial, requisito que aquí no se cumple. Es doctrina jurisprudencial consolidada que el poseedor de una dignidad nobiliaria tiene derecho de uso y disfrute del mismo, pero carece del *ius disponendi* o derecho de disposición sobre el mismo.

»En consecuencia no es necesario llamar como demandadas a la madre ni a la hermana mayor de D. Fructuoso , estando bien constituida la relación jurídica procesal entre quien alega tener mejor derecho frente a su poseedor actual, sin que por ello se anule el derecho de la hermana que como primogénita sin duda ostenta frente al apelante, derecho que queda al margen de la presente litis. Por tanto, más que error en la sentencia de la valoración de la escritura de cesión, lo que hay es la aplicación de una consecuencia jurídica errónea, entrando ya en el estudio del último motivo del recurso.

»Sexto. Motivo 8.º Infracción del artículo 1 en relación con la DT única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre , sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos **nobiliarios**.

»Considera el apelante que es aplicable dicha ley al presente caso, retroactivamente, en virtud de la DT única, por lo que debe declararse su mejor derecho frente al del demandado, en virtud del tradicional principio de representación, imperativamente interpretado de acuerdo con el nuevo principio de primogenitura o mayor edad que establece el artículo 1 de la Ley de igualdad referida, dado que "el cabeza de línea de D. Fructuoso , su madre D.^a Gabriela , nació antes que el cabeza de línea del demandado D. Borja , su padre D. Juan Luis , por lo que la línea del primero es preferente, en cuanto que línea mayor, a la menor representada por el demandado".

»Se acoge este motivo del recurso. Establece la disposición transitoria única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre (LITN), ya referida, lo siguiente:

»"En la aplicación de la presente Ley a los títulos **nobiliarios** concedidos antes de su vigencia se observarán las siguientes normas:

»1. Las transmisiones del título ya acaecidas no se reputarán inválidas por el hecho de haberse realizado al amparo de la legislación anterior.

»2. Si se pretendiera la rehabilitación de un título **nobiliar** vacante, se reputarán válidas las transmisiones realizadas conforme a la legislación anterior hasta su último poseedor legal, con respecto del cual y



observando las previsiones de esta Ley, habrá de acreditarse la relación de parentesco por quien solicite la rehabilitación.

»3. No obstante lo previsto por el apartado 1 de esta disposición transitoria, la presente Ley se aplicara a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y mulos **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, en la cual se presentó la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados. La autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso concederá de oficio trámite a las partes personadas a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga de conformidad con la nueva Ley en el plazo común de cinco días.

»4. Quedan exceptuados de lo previsto en el apartado anterior aquellos expedientes en los que hubiera recaído sentencia firme en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley".

»Pues bien es este caso la demanda se presentó el 27 de octubre de 2005, siéndole por tanto de aplicación la referida Ley 33/2006, que establece en su artículo 1 : "El 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". Y en el artículo 2: "Dejaran de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y de grado o solo de grado en ausencia de preferencia de línea o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer.

»En estos supuestos, los jueces y tribunales integraran el orden sucesorio propio del título aplicando el orden regular de suceder en las mercedes nobiliarias, en el cual, conforme a lo prevenido por el artículo anterior, no se prefiere a las personas por razón de su sexo".

»En su exposición de motivos se recoge "Sin embargo, las normas que regulan la sucesión en los títulos **nobiliarios** proceden de la época histórica en que la nobleza titulada se consolidó como un estamento social privilegiado, y contienen reglas como el principio de masculinidad o preferencia del varón sin duda ajustadas a los valores del antiguo régimen, pero incompatibles con la sociedad actual en la cual las mujeres participan plenamente en la vida política, económica, cultural y social".

»Sobre la aplicación de la Ley mencionada ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, en la reciente sentencia, Sala de lo Civil, de fecha 3 de abril de 2008 (n.º de resolución 251/2008), aportada en el rollo por el apelante, en la que se dice que: "de la exposición de motivos y del contenido de la Ley se infiere la voluntad de legislador de restablecer con la mayor amplitud posible el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en materia de sucesión en los títulos **nobiliarios** respetando, para salvaguardar la seguridad jurídica, las situaciones que pueden estimarse consolidadas con sujeción a para metros razonables. Entre las distintas opciones de que dispone el legislador no se demuestra, con el grado de claridad suficiente para suscitar dudas sobre la constitucionalidad de la LITN, que carezca de razonabilidad considerar como in dice de falta de consolidación de las situaciones la existencia de un estado de incertidumbre o litigiosidad no resuelta, derivada del hecho de que, en la fecha de presentación de la proposición de ley, en que se presume el conocimiento por todos de la iniciativa legislativa, no haya terminado el expediente administrativo o el proceso en el que debe decidirse sobre la sucesión, si no existe todavía cosa juzgada. La diferencia de trato entre unos y otros interesados se muestra, así, como justificada por razones de Derecho transitorio, por lo que no puede existir lesión del principio de igualdad por una Ley que trata, como seguidamente se vera, de proyectar este principio de manera plena "también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas". Y sigue argumentando "La norma citada continua estableciendo que "la autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso" concederá de oficio trámite de alegación a las partes.

»Habiéndose concedido el expresado trámite de alegaciones" trámite cumplido aquí [según providencia de 10 de abril de 2007 (al folio 439 de los autos), "debe decidirse, en consecuencia, si, en aplicación de la mencionada disposición transitoria, resulta aplicable el principio de igualdad de sexos establecido en la nueva Ley".

»"Se argumenta que, según el Tribunal Constitucional, el principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer carece de relación con la igualdad de sexos en la sucesión en los títulos **nobiliarios**. Por ello, según esta tesis, sería arbitrario e injustificado atribuir efectos retroactivos, aun en sentido impropio, a la nueva regulación, pues no existirían razones para fundar la supresión del principio de masculinidad en la trascendencia jurídico-constitucional, que es tanto como decir social y democrática, del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. El Tribunal Constitucional, en efecto, se ha pronunciado en el sentido de que la Partida 2.15.2, que considera como «vigente» (y no solo como elemento normativo relevante según la legislación vigente), «de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 , no es contraria al artículo 14 CE » (STC 126/1997, de 23 de julio , FJ 17).



»Pues bien, este posicionamiento del Tribunal Constitucional no impide al legislador el desarrollo de políticas de igualdad de sexos más allá de lo exigido estrictamente por la CE en línea con la evolución de la sensibilidad social y con lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales. En la exposición de motivos de la LITN se cita la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por España en 1984. Nada permite considerar arbitrario o carente de justificación el propósito del legislador, exteriorizado en la exposición de motivos, de proyectar esta plena igualdad «también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes» y de extender dicha proyección con carácter retroactivo, sin infringir los límites impuestos por la CE, a las situaciones que estima no consolidadas.

»Los argumentos en el sentido de que «los títulos **nobiliarios** se adquieren hoy por vía sucesoria [...] tal y como han sido configurados en el pasado histórico» (STC 126/1997 , FJ 15) aparecen en la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional como argumentos auxiliares subordinados a la conclusión principal de compatibilidad del principio de masculinidad con la CE. Esta Sala, de la misma forma que no puede aceptar que de ellos se desprenda una supuesta petrificación o imposibilidad de modificación del régimen de los títulos **nobiliarios** que hiciera prevalecer la razón histórica sobre el ejercicio soberano del poder legislativo a favor de la igualdad entre los sexos mediante la aplicación del principio de derogación de las leyes anteriores por las posteriores, no puede aceptar tampoco, ni siquiera en el terreno de las dudas racionales que justifican el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad, que en ellos pueda fundarse una supuesta irretroactividad necesaria y absoluta de las normas que ponen fin al principio de masculinidad".

»Se discute por la parte apelada que tal disposición transitoria sea aplicable a los procesos civiles, entendiéndose que solo lo es a los expedientes administrativos. Cuestión resuelta también por la STS de 3 de abril de 2008 ya referida con los siguientes argumentos: "La aplicabilidad de la disposición transitoria al caso examinado parece fuera de dudas, con arreglo a los siguientes razonamientos:

» a) Aunque nada acerca de este punto dice la parte recurrida, pudiera argumentarse que la expresión «expedientes» de la disposición transitoria única, apartado 3, LITN, se refiere sólo a los expedientes administrativos. Esta interpretación no sería aceptable en términos literales ni con arreglo a criterios lógicos y sistemáticos. La propia norma alude expresamente, después de referirse por primera vez a los expedientes, a «la autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso».

»Cabría aún ceñir exclusivamente a la pendencia de un proceso contencioso-administrativo la eficacia retroactiva de la LITN; pero esta posición carecería de sentido lógico de acuerdo con la finalidad de la Ley, puesto que la Sala Tercera del Tribunal Supremo proclama reiteradamente que el Derecho material en la sucesión de títulos **nobiliarios**, en el cual se enmarca la opción por el principio de preferencia o de no discriminación por razón de sexo, es competencia de la jurisdicción civil, pues «el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, viene determinado por el ámbito o campo del Derecho administrativo, no alcanzando, pues, a los supuestos regidos por el derecho material **nobiliario** que según ley es de índole civil y respecto del cual sólo son competentes los tribunales ordinarios civiles» y el control de la jurisdicción contencioso-administrativa «viene referido necesariamente a aquellos aspectos de la actividad administrativa sujeta al Derecho Administrativo, en supuestos de eventuales violaciones de las normas de procedimiento establecidas» (STS, Sala Tercera, de 4 de marzo de 1996).

»Un examen de las sentencias dictadas en los últimos años por la Sala Tercera de este Tribunal pone, efectivamente, de relieve cómo la jurisdicción contencioso-administrativa se limita a conocer de la legalidad de la actuación administrativa en expedientes de sucesión o de rehabilitación cuando se discute la legitimación de las partes, la procedencia de iniciar un expediente o la falta de requisitos o presupuestos que determinan la inadmisibilidad, la finalización, el archivo o sobreseimiento del expediente, pero no los criterios materiales en virtud de los cuales debe decidirse la sucesión. La preferencia por razón de sexo puede plantearse como cuestión de trámite al decidir sobre tales aspectos procedimentales, pero la decisión definitiva sobre la misma no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. La Sala Tercera, además, declara constantemente que «no hay derechos subjetivos a la concesión de las mercedes nobiliarias» (STS, Sala Tercera, de 17 de octubre de 1998), sino que su otorgamiento o reconocimiento constituye una prerrogativa real que se ejercita sin perjuicio de tercero de mejor derecho, salvedad que impone a quien alega la concurrencia de esta circunstancia en su favor la interposición ante el orden jurisdiccional civil de la correspondiente demanda. En fin, la falta de consolidación de la determinación del mejor derecho a ostentar el título que puede predicarse de la pendencia de un expediente administrativo concurre con igual o mayor intensidad cuando la incertidumbre deriva de la pendencia de una demanda civil sobre reclamación del mejor derecho a suceder.

» b) Podría, finalmente, afirmarse que la posibilidad de presentar una demanda civil con muchos años de posterioridad al reconocimiento del título mediante la Real Carta (frente a la existencia de sucesivos plazos



anuales o trienales amplios, aunque más reducidos, para la iniciación de un expediente administrativo a partir del fallecimiento del poseedor del título, antes de que entre en vacancia) abriría una 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.

»Este argumento no puede impedir la aplicación de la disposición transitoria única, en su apartado tercero, a aquellos procesos abiertos antes de la fecha que en la misma se fija o de su entrada en vigor. Para determinar el momento de iniciación del proceso debe tenerse en cuenta la fecha de presentación de la demanda, pues el proceso se inicia a partir de este momento, si después es admitida, como hoy establece expresamente el artículo 410 LEC 2000 ".

»Concluye el TS que "se fija 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".

»Con base en todo ello procede la estimación del recurso, puesto que en aplicación de la Ley 33/2006, queda derogado el principio de la masculinidad en el orden de suceder del título **nobiliario** objeto de este recurso, por lo que, y no afectando al apelante la renuncia hecha por su madre D.^a Gabriela a favor del hermano de esta D. Juan Luis , cabe concluir que la línea de D.^a Gabriela referida ostentaba mejor derecho por ser de más edad que la línea de su hermano, y por tanto procede declarar que D. Fructuoso tiene mejor y preferente derecho genealógico que el demandado D. Borja a ostentar, poseer y disfrutar el título **nobiliario** de Conde DIRECCION000 .

»Séptimo. En cuanto a las costas causadas en la primera instancia, no cabe hacer expresa imposición, porque algunas de las cuestiones planteadas en esta litis presentan serias dudas de derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC .

»En cuanto a las costas originadas en esta alzada, no ha lugar a hacer especial imposición, dada la estimación del recurso de apelación, a tenor de lo que dispone el artículo 398.2 LEC ».

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

I. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Motivo único. «Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC , por infracción del artículo 12.2 de la LEC en relación con la jurisprudencia sobre litisconsorcio pasivo necesario en el caso de que la declaración de mejor derecho genealógico pretendida implique la nulidad de una previa distribución de mercedes nobiliarias, tal como se declara en las SSTs de 25 de abril de 1970 , 8 de mayo de 1989 , 5 de noviembre de 1991 , 16 de abril de 1996 , 4 de abril de 2002 y 31 de mayo de 2004 ».

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

1. El recurrente ostenta hasta ahora el título de Conde DIRECCION000 en virtud de la distribución realizada por su padre.

El acogimiento de la pretensión del mejor derecho del demandante supone, no por estar implícita menos clara, que se niega la validez o eficacia a la distribución, sin haber demandado al otro favorecido por ella, que es el hermano mayor del demandado.

Por este motivo falta el litisconsorcio pasivo necesario, con infracción del artículo 12.2 LEC , que impone demandar a todos aquellos frente a los que deba hacerse efectiva la tutela judicial solicitada.

Se cita y se transcriben en parte las SSTs de 25 de abril de 1970 , 8 de mayo de 1989 , 5 de noviembre de 1991 , 16 de abril de 1996 , 4 de abril de 2002 y 31 de mayo de 2004 , sobre el litisconsorcio pasivo necesario en pleitos sobre declaración del mejor derecho a la posesión de un título **nobiliario**, en los que prosperó la pretensión del demandante que envuelve o implica la ineficacia de una previa distribución, y sobre su apreciación de oficio.

Si se acogiera este motivo y, en consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal, el pronunciamiento de la sentencia que se dicte deberá acordar la anulación de la sentencia impugnada y la reposición de las actuaciones al acto de la audiencia previa para que el actor pueda dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 420.1 LEC , para subsana la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

II. Recurso de casación.



Motivo único. «Al amparo de los apartados 1 y 3 del artículo 477 LEC , por infracción del artículo 13 del real Decreto de 27 de mayo de 1912 , trasunto de los artículo 13 de la Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1820 (también citada por la fecha del Decreto de las Cortes de 27 de diciembre de 1820) y nuncio de la Ley de 17 de junio de 1855, en relación con los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, todo ello en oposición a la jurisprudencia de esta Sala en materia de distribución de títulos **nobiliarios**».

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

1. Al negar validez o eficacia a la distribución de títulos **nobiliarios** efectuada por el padre del demandado, la sentencia recurrida viola lo dispuesto en los preceptos citados en el encabezamiento del motivo y se opone a la jurisprudencia que se mencionará.
2. El interés casacional invocado en el escrito de preparación del recurso fue por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo, pero existe interés casacional por aplicación de norma de vigencia inferior a cinco años, dado que la LITN entró en vigor el 21 de noviembre de 2006.
3. La distribución de títulos **nobiliarios** crea un orden nuevo con alteración de las líneas sucesorias.

Cita al respecto las SSTs de 3 de abril de 1989 , 11 de diciembre de 1995 , 11 de mayo de 2002 , entre otras muchas.

4. El padre del demandado ostentaba la cualidad de poseedor real y efectivo, pues a su favor se había rehabilitado el título aunque fuera sin perjuicio de tercero, y la posesión del título se hallaba robustecida por la cesión que hizo a su favor la madre del demandado, por lo que podía hacer la distribución del título.

5. Dados los efectos propios de la distribución, quien formule una pretensión de mejor derecho frente al beneficiario de un título obtenido por distribución, tiene la carga de ejercitar previa o simultáneamente con su pretensión de mejor derecho, la acción para que se declare nula o ineficaz la distribución.

Cita al respecto las SSTs de 9 de julio de 1965 , 28 de diciembre de 1993 , 15 de diciembre de 1997 .

El juez no puede pasar por alto un negocio jurídico de distribución cuya nulidad nadie ha pretendido.

Esto es lo ocurrido, ya que la sentencia recurrida ha estimado la pretensión de mejor derecho como si nunca hubiera existido la distribución.

6. No cabe utilizar la DT única, apartado 3, LITN para prescindir de la jurisprudencia sobre la distribución de títulos **nobiliarios**.

7. Quien demanda es un varón que pretende ampararse en la LITN aunque tiene una hermana de mayor edad. Quienes pueden invocar a su favor la retroactividad de la LITN son las mujeres desigualmente tratadas y no los hombres.

8. El padre del demandado obtuvo la rehabilitación del título en virtud de la renuncia de la madre del demandante hace treinta y ocho años, no es admisible que en estas condiciones un varón invoque frente a otro varón la LITN.

9. La LITN contiene una regla especial relativa a las rehabilitaciones, de manera que solo puede aplicarse la LITN a las rehabilitaciones que deban decidirse tras la entrada en vigor de la LITN, aunque en este proceso no se discute la rehabilitación que tuvo lugar hace caso cuarenta años.

Termina la parte recurrente solicitando a la Sala que «previos los trámites legales, dicte sentencia por la que:

»1. Declare haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y, en su virtud, anule la sentencia de segunda instancia recurrida y mande reponer las actuaciones al momento de la audiencia previa en la primera instancia, con imposición a la parte demandante y apelante de las costas procesales de ambas instancias.

»2. Subsidiariamente al pronunciamiento por infracción procesal que se acaba de pedir, declare haber lugar al recurso de casación y, por ende, case, anule y deje sin efecto la sentencia recurrida y, en su lugar, confirme en todos sus términos la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid, desestimatoria de la demanda interpuesta por D. Fructuoso , con imposición a la parte demandante y apelante de las costas procesales en ambas instancias».

SEXTO.- Por auto de 6 de abril de 2010 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. Fructuoso se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:



I. Oposición al recurso extraordinario por infracción procesal.

Al motivo único.

A) Alteración de la posición procesal del recurrente y carácter no admisible del recurso extraordinario por infracción procesal, por incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 469.2 LEC .

El recurrente no alegó en la contestación a la demanda ni en la audiencia previa la falta de litisconsorcio en la forma que ahora lo plantea, por lo que el artículo 469.2 LEC le impide alegar esta cuestión, pues no fue denunciada en las instancias.

No se puede alterar drásticamente la posición que la parte adoptó en la contestación a la demanda. Supondría una *mutatio libelli* [modificación de la pretensión].

Cita y transcribe en parte las SSTS de 4 de febrero de 1999 , 31 de diciembre de 1999 .

Con base en las anteriores alegaciones, al amparo del artículo 474 LEC se alega la existencia de una causa de no-admisión del motivo derivada del incumplimiento del artículo 469.2 LEC .

B) Inexistencia de otro afectado que deba ser traído a la litis.

Para el caso de que no se estimen las anteriores alegaciones, sobre el fondo del motivo, se alega que el motivo carece de fundamento, ya que no existe otro afectado por el proceso que debiera haber sido llamado al mismo.

El padre del demandado, era poseedor de dos títulos, el de Marqués DIRECCION001 , que era el principal, y el de Conde DIRECCION000 , que es el litigioso. En el año 2002, reservando el título principal -el de Marqués DIRECCION001 - para su hijo primogénito, el padre del demandado distribuyó al demandado el título de litigioso, por lo que el único beneficiario de la distribución es el propio demandado, y no hay falta de litisconsorcio pasivo necesario.

El primogénito al que se reserva el título principal en la distribución no es un favorecido por la distribución, solo se adelanta la posesión del título principal que por derecho le corresponde, solo están interesados en ella los demás descendientes de quien distribuye, a cuyo favor se hace la distribución de los demás títulos que no son el principal.

En apoyo de las anteriores alegaciones se citan y transcriben en parte las SSTS de 11 de mayo de 2002 , 31 de mayo de 2004 .

II. Oposición al recurso de casación.

Al motivo único.

1. Las alegaciones del motivo plantean una cuestión procesal reconvertida en motivo de casación, que no es viable dado el ámbito del recurso de casación.

2. Las alegaciones del motivo son una ampliación de la pretensión impugnativa fijada en el escrito de preparación, ya que en la preparación no se planteó cuestión alguna relativa a la aplicación de la LITN.

Además de las dos alegaciones anteriores, la oposición al motivo se basa en las siguientes alegaciones:

A) Mutación de la posición jurídica del recurrente.

El motivo introduce una cuestión nueva, ya que no planteó en el litigio la necesidad de anular previamente la distribución efectuada por el padre del demandado.

Sobre la imposibilidad de introducir cuestiones nuevas en el recurso de casación se citan y transcriben en parte las SSTS de 21 de abril de 2003, RC n.º 2743/1997 , 28 de noviembre de 1995, RC n.º 1495/1992 , 7 de junio de 1996, RC n.º 2997/1992 , 30 de marzo de 2001, RC n.º 989/1996 .

B) Superación de la interpretación rigorista de pedir expresa y previamente la nulidad de la distribución.

Al margen de que la cuestión planteada en el motivo es extemporánea y supone la *mutatio libelli* , no debe prosperar, dado que la jurisprudencia más moderna lejos de apreciar la necesidad de pedir previamente la nulidad de la distribución, considera que va implícita en el suplico.

Cita al respecto las SSTS de 28 de diciembre de 1993 y de 15 de diciembre de 1997, RC n.º 29/1994 .

Es coherente este criterio con el que sostiene la jurisprudencia en otros temas, como es el caso de la que sostiene una interpretación flexible del artículo 38 LH , que declara que la petición de cancelación o nulidad del asiento en el Registro de la Propiedad se encuentra implícita en la acción contradictoria de dominio, aunque no se haya solicitado nominal o específicamente la cancelación del asiento.



Cita sobre esta cuestión la STS de 19 de septiembre de 1998, RC n.º 1415/1994 .

C) Interposición del recurso de casación por un motivo añadido y no preparado: impugnación de la aplicación de la LITN.

En el escrito de preparación no se denunció la vulneración de la LITN, por lo que no debió ser admitido el recurso sobre esta cuestión.

Cita al respecto los AATS de 8 de mayo de 2007, RC n.º 2364/2003 , 8 de mayo de 2007, RC n.º 2832/2003 ,

Aunque se desestimara esta alegación, la infracción de la LITN debe ser desestimada, ya que la LITN es aplicable al proceso aunque este se suscite entre dos varones.

Es irrelevante que el demandante tenga una hermana de mayor edad a la que pudiera corresponder el título reclamado, pues este proceso deja intactos los derechos de esta.

La invocación de la regulación de la LITN relativa a la rehabilitación es irrelevante, dado que el proceso no versa sobre una rehabilitación ni sobre un título vacante.

La STS del Pleno de 3 de abril de 2008, RC n.º 4913/2000 contiene una doctrina relativa a la aplicación de la LITN que ha sido aplicada por la sentencia impugnada, que se ha reiterado por el Tribunal Supremo en sentencia posteriores, por lo que la sentencia recurrida es conforme a Derecho.

Termina la parte recurrida solicitando a la Sala que «tenga por [...] alegadas las causas de inadmisión de uno y otro recursos según prevén los artículos 474 y 485 LEC , y tras los trámites preceptivos venda en definitiva en desestimar dichos recursos formulados por la representación procesal de D. Borja , con expresa imposición de las costas causadas por el recurrente».

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 11 de abril de 2012, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

DF, disposición final.

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

RC, recurso de casación.

RCIP, recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

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

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 título de Conde DIRECCION000 fue concedido al primer conde D. Norberto , que tuvo dos hijos, respecto a los que no consta que llegaron a poseer el título.

Una descendiente del primer conde -en sexto grado, por la línea del hijo primogénito- instó la rehabilitación del título y, antes de obtener la rehabilitación, falleció.

Tras fallecer esta, su sobrino D. Primitivo se personó en el expediente de rehabilitación para instar su continuación.

Antes de que concluyera el expediente de rehabilitación, D. Primitivo hizo renuncia a favor de su hija D.^a Gabriela de los derechos que pudieran corresponderle sobre el título pendiente de rehabilitación.

D.^a Gabriela se personó en el expediente de rehabilitación y, antes de que concluyera, hizo renuncia a favor de su hermano menor, D. Juan Luis , de los derechos que pudieran corresponderle sobre el título pendiente de rehabilitación.

D. Juan Luis continuó el expediente de rehabilitación y obtuvo, finalmente, el derecho a usar el título.

Años después, D. Juan Luis distribuyó entre sus dos hijos los títulos que poseía: el principal -ajeno al litigio- lo reservó para el primogénito y el título litigioso se lo adjudicó a su hijo pequeño, D. Borja .

2. D. Fructuoso , hijo de D.^a Gabriela , interpuso demanda para que le fuera reconocido su mejor derecho a la posesión del título, frente al actual poseedor del mismo, D. Borja .



La demanda se presentó el 20 de octubre de 2005.

3. En la demanda se alegó que: (i) el demandante es hijo varón de D.^a Gabriela , quien renunció en escritura pública a los derechos que pudieran corresponderle sobre el título a favor de su hermano menor -D. Juan Luis - mientras se estaba tramitando la rehabilitación del título; (ii) el demandado es hijo varón de D. Juan Luis , a cuyo favor la madre del demandante hizo renuncia de los derechos que pudieran corresponderle a esta sobre el título; (iii) el demandado ostenta el título en virtud de la distribución que hizo su padre; (iv) el mejor derecho del demandante viene determinado por su proximidad en grado, propinquidad, por línea de primogenitura, como descendiente directo del fundador e hijo de la hermana mayor del padre del demandado; (v) la madre del demandante renunció a los derechos sobre el título a favor del padre del demandado por su condición de mujer, para evitar disputas, aunque era la voluntad de su padre, abuelo del demandante, que ella fuera la poseedora del título; (vi) la rehabilitación y la distribución del título lo es sin perjuicio de tercero de mejor derecho; (vii) el principio de varonía es contrario a la CE y a los tratados internacionales; (viii) el legislador tiene el propósito de acabar con la discriminación de la mujer, dado que está pendiente de tramitación en el Congreso de los Diputados la proposición de ley de la LITN.

En el suplico de la demanda se solicitó que se declarara frente al demandado el mejor derecho del demandante al título.

4. En la contestación a la demanda, el demandado alegó que: (i) el principio de varonía está vigente; (ii) el anteproyecto de LITN no puede afectar al proceso; (iii) con la distribución se crean nuevas líneas genealógicas con carácter perpetuo.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Declaró que: (i) para alegar el mejor derecho al título es necesario atacar la validez de la renuncia al título efectuada por la madre del demandante, ya que fue esta renuncia la que provocó que el título pasara al padre del demandado; (ii) frente al mejor derecho del demandante se encontraría el derecho que ostenta su propia madre que renunció al título, que solo ha sido traída al juicio en calidad de testigo; (iii) el demandante ha ocultado que tiene una hermana de mayor edad que él a la que perjudicaría su reclamación, que no ha sido llamada la juicio.

6. El demandante interpuso recurso de apelación y el demandado se opuso alegando, en lo que ahora interesa, que: (i) en la demanda no se ha impugnado la distribución efectuada por el padre del demandado, por lo que si prosperase la demanda nos encontraríamos con la anulación de un negocio de distribución sin la intervención en el proceso del distribuyente ni de los demás afectados por la distribución; y (ii) el litisconsorcio pasivo necesario es apreciable de oficio.

7. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación y estimó la demanda. Declaró que (i) no es necesaria la presencia en el proceso de la madre del demandante, ya que la renuncia que la madre del demandante hizo no perjudica a sus descendientes; (ii) no es necesaria la presencia en el proceso de la hermana primogénita del demandante, ya que con este juicio no se anula el derecho que como primogénita pueda tener frente al demandante, que queda al margen de este proceso; y (iii) en cuanto al fondo, es aplicable la jurisprudencia sobre los efectos retroactivos de la fijada por el Tribunal Supremo, y debe declararse el mejor derecho del demandante dado que, eliminado el principio de varonía, la madre del demandante, en igualdad de línea y de grado con el padre del demandado, es de mayor edad que el padre del demandado.

8. 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.- *Admisibilidad del recurso: la falta de litisconsorcio pasivo necesario es apreciable de oficio.*

La parte recurrida, en la oposición al recurso extraordinario por infracción procesal, ha alegado, al amparo del artículo 485.II LEC , que el recurso no debió ser admitido, dado que el recurrente denuncia la falta de litisconsorcio pasivo necesario en unos términos que no fueron los planteados en la primera instancia y en la apelación, por lo que no se ha cumplido el requisito previsto en el artículo 469.2 LEC .

Estas alegaciones deben ser desestimadas, con base en los siguientes razonamientos:

La adecuada constitución del proceso judicial exige llamar al juicio a todas las personas que, por no ser escindible la relación jurídica material controvertida (o por disponerlo así la Ley), estén interesadas de manera directa o puedan resultar afectadas de la misma manera por la resolución que se dicte. El litisconsorcio pasivo necesario se traduce en un requisito de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso, pues evita resoluciones que no puedan hacerse efectivas contra los que no fueron llamados a juicio e impide sentencias contradictorias (SSTS de 8 de mayo de 2008, RC n.º 1170/2001 , 4 de noviembre de 2010 , RIPC n.º 422/2007).



La naturaleza de esta institución procesal determina que la falta de litisconsorcio pasivo necesario sea apreciable de oficio. Es una cuestión de orden público que queda fuera del ámbito de rogación de las partes, ya que los tribunales han de cuidar que el litigio se desarrolle con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, pues de no ser así se conculcaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído con vulneración del artículo 24 CE (SSTS de 23 de marzo de 2001 , RC n.º 527 / 1996, 17 de abril de 2008, RC n.º 218/2001).

Atendiendo a esta doctrina, la STS de 25 octubre, RC n.º 387 / 1995, autoriza incluso a plantear la falta de litisconsorcio por primera vez en casación.

En consecuencia, siguiendo el criterio aplicado en la STS de 4 de noviembre de 2010 , RIPC n.º 422 / 2007, al margen del incumplimiento por el recurrente de lo previsto en el artículo 469.2 LEC , debe analizarse la cuestión planteada en el motivo.

TERCERO.- Enunciación del motivo único .

El motivo único se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC , por infracción del artículo 12.2 de la LEC en relación con la jurisprudencia sobre litisconsorcio pasivo necesario en el caso de que la declaración de mejor derecho genealógico pretendida implique la nulidad de una previa distribución de mercedes nobiliarias, tal como se declara en las SSTS de 25 de abril de 1970 , 8 de mayo de 1989 , 5 de noviembre de 1991 , 16 de abril de 1996 , 4 de abril de 2002 y 31 de mayo de 2004 ».

Se alega, en síntesis, que concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, dado que el recurrente ha poseído hasta ahora el título de Conde DIRECCION000 en virtud de la distribución realizada por su padre, por lo que la estimación de la pretensión del mejor derecho a la posesión del título formulada por el demandante implica, aunque de forma implícita, que se niega la validez o eficacia a indicada distribución, lo que exigía demandar al hermano primogénito del recurrente que fue el otro favorecido por la distribución, que no ha sido traído al proceso.

El motivo debe ser estimado.

CUARTO.- El litisconsorcio pasivo necesario en los procesos que afectan a la eficacia de una distribución de títulos nobiliarios.

A) El artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 -cuyo precedente está en la Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820- establece que «[e]l poseedor de dos o más grandezas de España o Títulos del Reino podrá distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos con la aprobación de Su Majestad, reservando el principal para el inmediato sucesor. Esta facultad quedará subordinada a las limitaciones y reglas establecidas expresamente en las condiciones respecto al orden de suceder».

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la distribución de títulos **nobiliarios** tiene, en lo que ahora interesa, las siguientes características:

1. La distribución consiste en la facultad que tiene el poseedor de dos o más títulos que tenga más de un hijo, para distribuirlos - con la aprobación real- entre ellos, reservando el título principal para el sucesor inmediato (STS de 19 de noviembre de 2009, RC n.º 1885/2003). Su principal efecto es la alteración del orden vincular en relación con los títulos no principales que se distribuyan (STS de 31 de mayo de 2004, RC n.º 1995/1998) mediante la creación de nuevas cabezas de línea sucesoria (SSTS de 25 de febrero de 1989 , 11 de mayo de 2002, RC n.º 3741/1996), en las que se ha de seguir el orden regular de sucesión (STS de 31 de mayo de 2004, RC n.º 1995/1998).

2. Es un negocio jurídico de carácter unitario, por lo que cualquier reivindicación judicial que afecte al mismo hace indispensable, como cuestión previa, declarar la nulidad de la distribución, nulidad que, necesariamente, afecta a todos los favorecidos por ella, y de ahí la obligada presencia de estos en el proceso desde su iniciación, en cuanto sus derechos pueden verse afectados por el fallo (STS de 4 de abril de 2002, RC n.º 3136/1996 , 31 de mayo de 2004, RC n.º 1995/1998).

B) La cuestión suscitada en el recurso se plantea en los siguientes términos:

1. En el motivo, el recurrente, demandado que ha venido poseyendo el título **nobiliario**, ha alegado que la pretensión de la demanda -sobre la declaración del mejor derecho del demandante a la posesión del título- lleva implícita la negación de la eficacia de la distribución de títulos efectuada por el padre del recurrente, en cuya virtud el recurrente ostenta la posesión del título reclamado en la demanda, por lo que debió demandarse también al hermano mayor del recurrente -a quien le fue adjudicado en la distribución el título principal, ajeno al proceso, que poseía el padre de ambos-, ya que el reconocimiento del mejor derecho del demandante implica



la nulidad de la distribución. Al no haber sido llamado al proceso el hermano mayor del recurrente hay falta de litisconsorcio pasivo necesario.

2. La parte recurrida se ha opuesto a esta tesis y ha alegado que, cuando la declaración del mejor derecho a la posesión del título implica la nulidad de una distribución, deben ser llamados al proceso todos los beneficiados por la distribución, pero entre los beneficiados no está el descendiente del distribuidor a quien se le reserva por disposición legal el título principal, pues lo que se distribuyen son los títulos no principales, y solo deben ser llamados al proceso aquellos descendientes favorecidos por la distribución de los títulos no principales. En el proceso no hay falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque solo se distribuyó un título no principal que es el título controvertido que ostenta el demandado.

C) Esta Sala declara, siguiendo la doctrina antes citada, que el carácter unitario del negocio de distribución de títulos **nobiliarios** implica que la estimación de la pretensión del mejor derecho al título dirigida frente a quien lo viene poseyendo en virtud de una distribución exige la declaración de ineficacia de la distribución, y, en consecuencia, debe demandarse a todos aquellos que se vieron afectados por la distribución, es decir a quienes ostentan los títulos que el distribuidor adjudicó, aunque solo uno de ellos sea el litigioso.

El título principal del distribuidor, que la norma obliga a reservar para el inmediato sucesor, también forma parte de la distribución. La ley no lo excluye del negocio unilateral de distribución, sino que impone al distribuidor un límite a su autonomía de la voluntad al obligarle a que dicho título sea atribuido al inmediato poseedor y no a otro pariente con peor derecho en el orden de suceder. En consecuencia, si la pretensión de la demanda implica la ineficacia de la distribución, también el inmediato sucesor al que se adjudicó por distribución el título principal debe ser llamado al proceso.

Este criterio es el sostenido por la STS de 4 de abril de 2002, RC n.º 3136/1996, en la que se planteó idéntica cuestión a la que ahora se resuelve, en la que la Sala declaró que el carácter unitario de la distribución impide «ignorar que, al censurar esa segunda delación nobiliaria [la atribución del título no principal reclamado en la demanda], se está, en puridad, atacando o cuestionando el acto único de la distribución de que emana el título controvertido».

D) Esta doctrina resulta acorde con la jurisprudencia que declara que para que concurra el litisconsorcio necesario, a tenor del artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso que por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados (SSTS de 4 mayo de 2010, RPC n.º 1211 / 2006, 28 junio de 2006, RC n.º 4059 / 1999), a quienes se extiende los efectos de la cosa juzgada porque están afectados por la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración.

La nulidad del acto de la distribución de títulos implica el restablecimiento del orden de suceder, por lo que, considerada esta situación en abstracto, las eventuales circunstancias personales y legislativas que puedan concurrir en el momento en el que se declara la nulidad de la distribución no permiten afirmar que el beneficiado por el título principal sea ajeno a cualquier contingencia derivada de la nulidad de la distribución, y considerada en concreto, el sucesor inmediato del distribuidor - perjudicado por la distribución, ya que pierde con sus descendientes la preferencia que se le otorga sobre los títulos secundarios el orden vincular- puede tener interés en sostener la eficacia de la distribución, en defensa de la intangibilidad de la posesión de su propio título (STS de 4 de abril de 2002, RC n.º 3136 / 1996), y, además, porque ello lleva implícito la afirmación del mejor derecho del distribuidor, dado que el eventual agotamiento de la línea abierta con la adjudicación del título secundario puede suponer para el inmediato sucesor del distribuidor al que se le reservó el título principal una expectativa de derecho sobre el título secundario.

E) En el proceso, el demandante -ahora parte recurrida- solicitó el mejor derecho al título frente al demandado -ahora recurrente-, quien lo venía ostentando en virtud de la distribución efectuada por su padre. La petición de declaración de mejor derecho a la posesión del título lleva implícita la petición de nulidad de esa distribución, aunque no se haya formulado expresamente en la demanda, según ha declarado esta Sala superando una interpretación rigorista de los términos específicos del suplico de la demanda (SSTS de 27 de marzo de 1985 y 15 de diciembre de 1997, RC n.º 29/1994), por lo que debió ser demandado también el otro favorecido por la distribución, hermano primogénito del demandado, y al no haberse hecho así concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

G) Para agotar el examen de las cuestiones que pueden suscitarse en el litigio en relación con la constitución del litisconsorcio pasivo necesario, a la vista de lo declarado por la sentencia dictada en primera instancia, procede hacer las siguientes precisiones:



1. Para la válida constitución de la relación jurídico-procesal no es necesario llamar al proceso como demandadas a la madre y a la hermana primogénita del demandante, en virtud de los siguientes razonamientos:

i) El padre del demandado obtuvo el título en virtud de una resolución administrativa de rehabilitación del título, cuyo fundamento estuvo en la concurrencia en el padre del demandado de los requisitos necesarios para suceder en la posesión del título, no porque la madre del demandante renunciara al título o cediera el título, dado que estaba vacante. No se discute en la demanda - ni de forma implícita- cuestión alguna relacionada con la renuncia de los posibles derechos sobre el título que hizo la madre del demandante a favor del padre del demandado, durante la tramitación del expediente de rehabilitación, sino el mejor derecho al título de la línea que parte de la madre del demandante por no ser aplicable el principio de varonía.

2. Que la madre del demandante o su hermana primogénita puedan tener mejor derecho que el demandante a la posesión del título no implica que deban ser demandadas. En la demanda se alega el mejor derecho del demandante frente al demandado, por lo que en el proceso no se ve afectado el derecho de quien pueda tener mejor derecho al título que el demandante. Solo tiene carácter absoluto o *erga omnes* [frente a todos] el óptimo sucesor, los demás aspirantes pueden obtener su declaración de mejor derecho con carácter relativo, es decir respeto a quien ostente un derecho de categoría inferior (SSTS de 21 de mayo de 1971 , 22 de marzo de 1978).

QUINTO.- Estimación del recurso y costas.

La estimación del motivo único formulado en el recurso extraordinario por infracción procesal comporta, en aplicación del artículo 476.2.IV LEC , la estimación de este recurso con los siguientes efectos:

1. Debe declararse nula, sin valor ni efecto alguno la sentencia recurrida.

2. Debe declararse la concurrencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y, con revocación de la sentencia dictada en la primera instancia, ordenar su subsanación en los términos previstos en el artículo 420.3 LEC , a cuyo fin procede que se retrotraigan las actuaciones al acto de la audiencia previa, para que por el demandante, en el plazo que le sea otorgado que no podrá ser inferior a diez días, se dirija la demanda frente al litisconsorte, hermano primogénito del demandado, favorecido en la distribución efectuada por el padre de ambos, en los términos que establece el artículo 420.1.II LEC , con el apercibimiento derivado del artículo 420.4 LEC .

3. Para el caso de que se subsane la falta de litisconsorcio pasivo necesario y continúe el proceso, deberá tenerse en cuenta el principio de conservación de los actos procesales ya realizados con respeto, en el ulterior desarrollo del proceso, de las pruebas obrantes en autos, siguiendo el criterio establecido en las SSTS de 20 de enero de 2001, RC n.º 2506/1996 , 26 de febrero de 2004, RC n.º 412/1998 , 2 de octubre de 2006, RC n.º 4472/1999 , 11 de mayo de 2007, RC n.º 2079/2000).

3. No procede hacer expresa imposición de las costas de las instancias, ni de las costas del recurso de extraordinario por infracción procesal de conformidad con el artículo 398.1 LEC en relación con el artículo 394 LEC .

II. Recurso de casación

SEXTO.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal con los efectos que se han declarado comporta que, según establece la DF 16.ª, 1.ª , 6.ª LEC , no deba examinarse el recurso de casación, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas de este recurso (STS de 20 de noviembre de 2011, RIPC n.º 116/2008).

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

FALLAMOS

1. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Borja contra la sentencia de 19 de octubre de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 642/2007 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Fructuoso contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Madrid, de fecha 18 de junio de 2007 , que se revoca y en su lugar acordamos:

»Estimar la demanda promovida por el procurador de los Tribunales D. Justo Alberto Requejo Calvo, en nombre y representación de D. Fructuoso contra D. Borja , representado por la procuradora D.ª María José Arranz



de Diego, y en consecuencia se declara el mejor y preferente derecho genealógico del demandante a ostentar, poseer, usar y disfrutar el título **nobiliario** de Conde DIRECCION000 frente al demandado, sin hacer expresa imposición de las costas causadas tanto en la primera instancia como en la alzada».

2. Se declarar nula, sin valor ni efecto alguno la indicada sentencia.
3. Se declara la concurrencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y, con revocación de la sentencia dictada en la primera instancia, se ordena la reposición de las actuaciones al acto de la audiencia previa del juicio ordinario para su subsanación en los términos previstos en el artículo 420.3 LEC , para que por el demandante, en el plazo que le sea otorgado que no podrá ser inferior a diez días, se dirija la demanda frente al litisconsorte, hermano primogénito del demandado, favorecido en la distribución efectuada por el padre de ambos, en los términos que establece el artículo 420.1.II LEC , con el apercibimiento derivado del artículo 420.4 LEC .
4. Para el caso de que se subsane la falta de litisconsorcio pasivo necesario, deberán respetarse en el ulterior desarrollo del proceso las pruebas obrantes en autos.
5. No procede hacer expresa imposición de las costas de las instancias, ni de las costas del recurso de extraordinario por infracción procesal.

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. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman Garcia Varela. 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.