



Roj: **STS 4165/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4165**

Id Cendoj: **28079110012017100612**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **2211/2016**

Nº de Resolución: **638/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 638/2017

Fecha de sentencia: 23/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2211/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 2211/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 638/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

Dª. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de noviembre de 2017.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2015 por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 1061/2014, dimanante de los autos de juicio verbal especial de filiación nº 335/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Móstoles.

- Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D.^a Delfina , representada por la procuradora D.^a Rosa María García Bordón, bajo la dirección letrada de D. Antonio Arias Fernández.

- Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida D. Franco , representado por el procurador D.^a Isabel Alfonso Rodríguez, bajo la dirección letrada de D.^a Raquel Pérez Gutierrez.

-Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Yolanda Rodríguez Tapia, en nombre y representación de D.^a Delfina , respecto de la menor Mariana , presentó demanda de juicio verbal especial de filiación contra D. Franco , cuyo suplico es como sigue:

«Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, y teniéndome por parte en la representación de Doña Delfina , quien actúa por sí y como representante legal de su hija menor de edad Mariana , tenga por formulada DEMANDA DE JUICIO VERBAL EN RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN PATERNA NO MATRIMONIAL de dicho menor, contra D. Franco , y con citación del Ministerio Fiscal, y, seguido el juicio por sus trámites legales, dicte sentencia en su día por la que:

»A) Declare que don Franco es el padre biológico de

la menor Mariana .

»B) Declare que los apellidos de la niña son Apolonia .

»C/Ordene la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de

nacimiento del menor Mariana , que figura inscrito en el Registro Civil

de La Línea de la Concepción, Tomo NUM000 , página NUM001 en el sentido de que:

»C1. Se haga constar que el padre de dicha menor es don Franco , hijo de Jose Francisco y de Gabriela , nacido en Guadalajara, el día NUM002 de 1970, de estado divorciado, nacionalidad española y domicilio en Móstoles, CALLE000 NUM003 NUM004 .

»C2. Se haga constar que el primer apellido de la niña Mariana es Apolonia .

»D) Con expresa imposición de costas al demandado, don Franco , si se opusiera a esta demanda.»

2.- Por providencia de 20 de marzo de 2013 se admitió a trámite la demanda y se acordó dar traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora D.^a Marta Lucas Cedillo, en nombre y representación de D. Franco contestó a la demanda formulada de contrario suplicando al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos que se acompañan, se sirva admitirlo, y por hechas las manifestaciones que en el mismo se contienen, se sirva tener por personado y parte en nombre de DON Franco al Procurador que encabeza y firma la presente contestación a la demanda, mediante acreditación apud acta que realizaremos cuando seamos citados para ello por ese Juzgado, se entiendan con el mismo todas las diligencias derivadas del procedimiento, y tenga por contestada en tiempo y forma la demanda de DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA NO MATRIMONIAL presentada de contrario, y en su día previa la tramitación legal oportuna, mostrando nuestra conformidad con someternos voluntariamente en caso de ser admitido por ese Juzgado la prueba pericial médico legal solicitada de contrario, se dicte Sentencia, por la que, de conformidad con el resultado de la misma se estimen los puntos A, B y C del Suplico de la demanda, o se desestimen íntegramente, sin ningún tipo de condena en costas para mi mandante dado que no se opone a la presente demanda.»

4.- El Juzgado dictó sentencia el 19 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva dice:

«Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de Delfina frente a Franco declarando que Franco es el padre biológico de la menor Mariana . Los apellidos de la niña serán Dulce .

»Procede la rectificación en el Registro Civil de la inscripción del nacimiento de la menor Mariana , que figura inscrita en el Registro Civil de la Línea de la Concepción, tomo NUM000 , página NUM001 y se haga constar que el padre de dicha menor es Franco , hijo de Jose Francisco y Gabriela , nacido en Guadalajara, el día NUM002 de 1970, de estado divorciado, nacionalidad española y domicilio en Móstoles CALLE000 NUM003 NUM004 . Siendo el primer apellido de la niña Dulce .»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Franco , correspondiendo su conocimiento a la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 3 de junio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que, ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Franco , representado por el Procurador D. Alejandro Buiza Medina y e; interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 19 de Febrero de 2014, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Móstoles . en autos de Filiación número 335/13. debemos REVOCAR y REVOCAMOS la expresada resolución en el único sentido de que los apellidos de la niña serán Apolonia y que el primer apellido es María Virtudes ; todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de. las costas de la alzada.

»Siendo estimatorio el recurso, procedase a la devolución del depósito al consignante, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Contra la anterior sentencia de fecha 3 de junio de 2015 , interpuso recurso de casación la representación procesal de D.^a Delfina , con base en los siguientes motivos:

Primer Motivo.- Alegamos como motivo de casación la Infracción del artículo 39 de nuestra Constitución , en relación con la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España a el día 30 de noviembre de 1990 y la carta Europea de los Derechos del Niño.

Segundo Motivo.- Entendemos que ya solo, siguiendo las Sentencias del Tribunal Supremo en cuanto a los actos propios de 6 de septiembre de 2002 , de 21 de mayo de 1992 , de 12 de marzo de 2008 , 10 de mayo de 2005 , y la de 17 de febrero de 2015 .

Tercer Motivo.- Infracción de la Doctrina Jurisprudencia establecida por la reciente Sentencia de Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 .

2.- La sala dictó auto el 15 de marzo de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«1º .- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Delfina , contra la sentencia de fecha 3 de junio de 2015, dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.^a), en el rollo de apelación n.º 1061/2014 , dimanante del juicio verbal de filiación n.º 335/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles.

»2º.- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.»

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe, se muestra conforme con los tres motivos del recurso, interesando se case la sentencia.

4.- La representación procesal de D. Franco formuló escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 15 de noviembre en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Delfina formuló el 27 de febrero de 2013 demanda de filiación no matrimonial respecto de la menor Mariana , frente a don Franco .

En el suplico de la demanda solicitó:

B) Se declare que los apellidos de la niña son Apolonia .

C) 2) Se haga constar el primer apellido de la niña Mariana es María Virtudes .

2.- El demandado mostró su conformidad a someterse voluntariamente a la prueba pericial biológica, caso de ser admitida, y si el resultado fuese favorable a su paternidad no se oponía a la demanda y solicitaba que se estimasen los puntos A, B y C del suplico de la misma.

3.- El 18 de febrero de 2014 se celebró la vista del juicio verbal y en ella la parte actora, a través de su letrado, pues no asistió a la vista, sin exponer ninguna motivación, solicitó que la menor tuviese como primer apellido el materno y como segundo el paterno, petición a la que se opuso la parte demandada por considerarla extemporánea.

4.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y, sin motivación alguna decidió en la parte dispositiva de aquella que los apellidos de la misma fuesen Dulce .

5.- La representación procesal del demandado interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, y solicitó la revocación y que se declare que los apellidos de la menor son Apolonia y que el primer apellido es María Virtudes , ya que no existía discrepancia en la demanda y contestación sobre este punto.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso e interesó la revocación de la sentencia en los términos solicitados por el demandado.

6.- Correspondió conocer del recurso a la sección vigesimocuarta de la Audiencia Provincial Civil de Madrid que dictó sentencia el 3 de junio de 2015 por la que estimó el recurso.

En su motivación hace las siguientes consideraciones:

(i) La sentencia de primera instancia no contiene motivación alguna sobre el extremo objeto del recurso.

(ii) La petición de la demandante sobre los apellidos fue extemporánea, pues en la demanda solicitó que los apellidos fueran Apolonia , en el punto B del suplico y en el C2, y es en la vista de 18 de febrero de 2014 cuando solicita que el primer apellido sea el materno y el segundo el paterno.

(iii) Lo decidido por la sentencia de primera instancia no se ajusta a la legalidad vigente, que es el artículo 194 del reglamento del registro civil, con relación a los artículos 109 CC y 196 del citado reglamento, pues salvo el acuerdo entre los progenitores, debe establecerse el apellido paterno como primero y el materno como segundo, sin perjuicio de que al alcanzar el hijo la mayoría de edad pueda solicitar que se altere el orden de los apellidos.

7.- La parte actora formuló recurso de casación contra la anterior sentencia, por razón de interés casacional al amparo del artículo 477.2 .3 LEC , que articuló y enunció en tres motivos:

Primer Motivo.- Alegamos como motivo de casación la Infracción del artículo 39 de nuestra Constitución , en relación con la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990 y la carta Europea de los Derechos del Niño.

La menor, Mariana , y se la conoce por Sacramento , va al colegio y así se la conoce e identifica, el cambiarle el apellido primero, Dulce por el de María Virtudes supone una alteración puede ocasionar un grave perjuicio a la menor y entendemos que manteniendo el apellido de la madre, Dulce , apellido no común, pues en la actualidad se le conoce por Sacramento se evitaría eses perjuicio.

Cita en apoyo de la doctrina infringida la sentencia de esta sala 76/2015, de 17 de febrero .

Segundo Motivo.- Entendemos que ya solo, siguiendo las Sentencias del Tribunal Supremo en cuanto a los actos propios de 6 de septiembre de 2002 , de 21 de mayo de 1992 , de 12 de marzo de 2008 , 10 de mayo de 2005 , y la de 17 de febrero del 2015 , el hecho de que la madre haya tenido que solicitar la demanda de reconocimiento de paternidad y la consiguiente oposición por parte del padre, pues si bien en la contestación a la demanda no se opone formalmente, pero obliga a madre e hija a someterse a la prueba biológica, bien es cierto que:

1.- Niega la convivencia, párrafo tercero del hecho primero de la contestación.

2.- Manifiesta que se sorprendió del embarazo de su compañera.

3.- Que siendo divorciado no había podido tener hijos con su anterior pareja.

4.- Reconoce que ignora cómo se ha desarrollado el nacimiento de la menor



(Hecho tercero de la contestación).

5.- Que no ha tenido ninguna relación con su hija.

Entendemos que la sentencia recurrida infringe la doctrina de los actos propios pues la actitud del padre de la menor, conecedor del embarazo, del nacimiento de la menor, ha sido no reconocerla hasta que ha habido una sentencia que le obliga a ello, no dando ninguna importancia a los apellidos de la pequeña, cuando fue inscrita y ahora cuando repito por sentencia se le obliga a su reconocimiento reclama el cambio de apellidos, actúa con claro abuso del derecho.

Tercer Motivo.- Infracción de la Doctrina Jurisprudencia establecida por la reciente Sentencia de Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 , pues entendemos que se dan todas y cada una de las motivaciones y como muy bien se recoge en el Párrafo Segundo del Fundamento Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 .

8.- La sala dictó auto el 15 de marzo 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y abrir el plazo de 20 días para que las partes recurridas formalizasen por escrito su oposición a aquél.

La parte recurrida presentó escrito de oposición, si bien, como óbice de admisión, alegó que la petición sobre el orden de los apellidos es extra procesal y diferente a lo que no ha generado controversia, produciéndole indefensión, pues no ha podido efectuar alegaciones sobre la misma en el momento de contestar a la demanda.

9.- El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de casación, con cita de la doctrina de la sala (STS de 17 de febrero de 2015), sin que, a su juicio, sea relevante cuando se haya hecho la solicitud, si esta propicia el interés superior de la menor.

SEGUNDO.- Decisión de la sala.

1.- La *ratio decidendi* principal de la sentencia recurrida se ha de convenir que consiste en ser extemporánea la solicitud de la actora en cuanto al orden de los apellidos de la menor, cuya acción de filiación extramatrimonial se ejercita.

Pero no se trataría tanto de su carácter extemporáneo, cuanto que modifica la petición que la actora hizo en la demanda y a la que asintió el demandado cuando contestó a ella.

Por tanto tal petición más que extemporánea fue sorpresiva, pues se hizo en el acto de la vista, en contra de lo ya instado en la demanda, y sin motivar qué circunstancia aconsejaba el cambio, y, de ahí que el recurrido alegue indefensión.

2.- Recientemente decidió el Tribunal Constitucional un caso similar al presente en sentencia de la sala segunda 242/2015, de 30 de noviembre naturalmente dentro del ámbito propio de dicho tribunal, esto es, en un recurso de amparo en el que se denunciaba la vulneración del principio de igualdad:

(i) En la demanda de reclamación de filiación paterna el demandante solicitó expresamente, además del reconocimiento de paternidad de la menor, la inscripción y rectificación correspondiente en el Registro Civil «a fin de ordenar que tras el nombre de la misma figure el primer apellido del padre, realizando cualquier otra rectificación que sea necesaria en el acta de nacimiento».

(ii) La contestación a la demanda se realizó sin oposición a dicha pretensión afirmando literalmente, tanto en el encabezamiento de dicho escrito, como en el suplico, que «venimos a contestar a dicha demanda sin oponernos a la misma».

(iii) Fue posteriormente, en la vista oral, cuando la defensa de la demandante de amparo se opuso al cambio en el orden de los apellidos, solicitando al órgano judicial que se mantuviera en la inscripción registral como primer apellido de la menor el de la madre.

3.- En el caso que enjuiciamos el supuesto, como hemos dicho, es similar y aún más claro, pues es la madre quien ejercita la acción de reclamación de paternidad y la que solicita en su demanda, según se ha recogido, que el primer apellido de la menor sea el del demandado.

Éste no se opone a tal pretensión al contestar a la demanda sino que se muestra conforme, pero naturalmente lo condiciona a que la prueba biológica a practicar, que es la más fiable y a la que voluntariamente se somete, sea positiva respecto de su paternidad.

Según se ha expuesto la actora modificó su inicial petición en el acto de la vista del juicio, y lo hizo a través de su letrado, pues ella no compareció, y sin justificar el cambio, como ha comprobado la sala al examinar la grabación de la vista.



4.- El Tribunal Constitucional, en la sentencia antes citada, que aunque referida a la contestación a la demanda (art. 405.1 LEC) puede ser extensiva a la demanda, pues ambos escritos son actos procesales en los que las partes fijaron sus pretensiones, hace mención al efecto preclusivo de los mismos.

Añade que, como es sabido, dicha preclusión no afecta de forma exclusiva y automática a la primera instancia, sino que se proyecta sobre los demás grados jurisdiccionales de los que conozca ese proceso, lo que se hace patente en el recurso de apelación, que se configura como una *revisio prioris instantiae* y no como un *novum iudicium*. También en el recurso de casación, como ha insistido reiteradamente el Tribunal Supremo, al prohibir el planteamiento en el escrito de interposición, de «cuestiones nuevas» no tratadas en la instancia (últimamente entre otras, SSTs 170/2015, de 26 de marzo , y 198/2015 de 17 de abril, de la Sala Primera).

5.- Por tanto la sentencia recurrida se ajusta a derecho cuando argumenta que la petición de la recurrente fue extemporánea, en lo que coincidía el Ministerio Fiscal que se adhirió al recurso de apelación.

La sentencia de primera instancia, con patente vulneración de la obligación de motivar las decisiones judiciales, ordenó en la parte expositiva que el primer apellido de la menor fuese el de la madre, sin expresar los fundamentos de su decisión en el cuerpo de la sentencia.

6.- Es cierto que cuando la Audiencia dictó la sentencia recurrida, el 3 de junio de 2015 , ya había recaído doctrina de la sala respecto a la aplicación de la legislación todavía vigente sobre la materia.

Así se declaró en la sentencia 76/2015 de 17 de febrero , citada por la parte recurrente y por el Ministerio Fiscal, sin que la Audiencia se detenga en ella, a pesar de hallarse publicada.

En este sentido podría entenderse que la sentencia recurrida infringe doctrina de la sala.

No obstante, ello sería fruto de una lectura superficial y ligera de la citada sentencia.

En ella se hace una interpretación correctora del artículo 109 CC y de los artículos 53 y siguientes de la ley de registro civil y artículo 194 del reglamento de registro civil, en atención a lo dispuesto por la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, y más en concreto a su artículo 49, que todavía no había entrado en vigor.

Conforme a tal interpretación correctora se concluyó que es el interés superior del menor el que debe inspirar la decisión sobre el orden de los apellidos «en defecto de acuerdo de los progenitores».

Este inciso conduce a lo extemporáneo del desacuerdo, al cambiar la actora su pretensión de la demanda en la vista del juicio, en los términos ya mencionados.

Por tanto, el interés del menor no ha podido ser vulnerado, por cuanto sólo cabría su examen por el Encargado del Registro Civil o por la sentencia en defecto de acuerdo de los progenitores, y, sin embargo, en los escritos rectores del proceso no existió desacuerdo sobre el orden de los apellidos de la menor sino acuerdo.

Pese a lo extemporáneo de la solicitud, que modifica la inicial, como la Audiencia cita la legislación vigente aplicable al orden de los apellidos de la menor en caso de desacuerdo de los progenitores, podría estar justificado que se abordase tal cuestión.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que ni en la primera instancia ni en el recurso de apelación se ha sometido a debate y contradicción ni la violación del principio de igualdad, ni las circunstancias que justificasen en interés del menor el mantenimiento del primer apellido con el que fue inscrito, con lo que tal interés se encontraría implícito en el acuerdo de los escritos rectores del procedimiento.

Se plantean tales cuestiones por primera vez en el recurso de casación, con evidente indefensión para la parte recurrida, indefensión que ya alegó al interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Podría plantearse, pero no se hace, la posibilidad de revocar el acuerdo inicial por sobrevenir una circunstancia que, en interés del menor, lo justificase.

Por tanto, tampoco cabe examinar el interés del menor a tal fin.

7.- En atención a lo expuesto el recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º Desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de D.ª Delfina , contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2015 por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 1061/2014 , dimanante de los autos de juicio verbal especial de filiación nº 335/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Móstoles.

2.º Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3.º Imponer a la parte recurrente las cosas del recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ