



Roj: **STS 1625/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1625**

Id Cendoj: **28079110012018100262**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **1071/2017**

Nº de Resolución: **266/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17263/2016,**
STS 1625/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 266/2018

Fecha de sentencia: 09/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1071/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1071/2017

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. 266/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 23 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, en el rollo de apelación 1548/2015, dimanante de los autos de reclamación de filiación paterna 733/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente, la procuradora doña María del Pilar Hidalgo López, en nombre y representación de doña Eulalia .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador don Álvaro de Luis Otero, en nombre y representación de don Modesto .

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.- El procurador D. Álvaro de Luis Otero, en nombre y representación de D. Modesto , interpuso demanda de juicio declarativo especial por la que ejercitó acción de reclamación de filiación extramatrimonial, contra D.^a Eulalia , solicitando se dictase sentencia en los siguientes términos:

«tenga por promovida por promovida por el procurador que suscribe demanda especial de filiación paterna contra doña Eulalia y que previa práctica de la prueba presentada, se dicte sentencia que declare la filiación pretendida, comunicando la resolución judicial firme al Registro Civil y otros Registros públicos que correspondan, a fin de ordenar que tras el nombre de mi representado figure el primer apellido del demandante, realizando cualquier otra rectificación que sea necesaria en el acta de nacimiento; y que al mismo tiempo, que se reconozca la patria potestad, descendientes, o sobre sus herencias, si la determinación de la filiación se verificase contra la oposición del demandado, imponiendo las costas procesales a éste último, con expresa declaración de temeridad y mala fe.»

2.- Por decreto de 11 de julio de 2014, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes.

3.- La procuradora D.^a María del Pilar Hidalgo López, en nombre y representación de D.^a Eulalia , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«Se dicte sentencia a que en Derecho haya lugar, sin imposición de costas para ninguna de las partes.

»Subsidiariamente y para el caso de que se acredite la filiación paterna del demandante, pedimos que la inscripción del orden de los apellidos del menor, en el Registro Civil, sea primero el de la madre (Eulalia) y segundo el del padre (Modesto).»

4.- Por auto de 9 de octubre de 2014, se acordó la realización de la prueba pericial por el Instituto Nacional de Toxicología.

5.- El Juzgado dictó sentencia el 15 de junio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Se estima la demanda por el procurador don Álvaro de Luis Otero, en nombre y representación de D. Modesto frente a D.^a Eulalia y se declara que el menor Vicente es hijo biológico de don Modesto , con todos los efectos legales inherentes a esta declaración debiéndose proceder a la rectificación de la inscripción correspondiente en el Registro Civil una vez sea firme la sentencia haciendo constar como primer apellido del menor el primero de su padre, " Modesto " y como segundo, el primero de su madre " Eulalia ". Se condena a la parte demandada al pago de las costas.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.^a Eulalia , correspondiendo conocer de él a la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 23 de diciembre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso formulado por la representación procesal de doña Eulalia , contra la Sentencia dictada en fecha 15 de junio de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid , en autos de



reclamación de la filiación de hijo no matrimonial, seguidos bajo el nº 733/2014 entre dicha litigante, el Ministerio Fiscal, y don Modesto , debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada íntegramente.»

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

1.- Contra la anterior resolución, la representación procesal de D.^a Eulalia , interpuso recurso de casación por interés casacional, con base en un motivo único, por infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo en supuestos idénticos al presente caso (sentencias 76/2015, de 17 de febrero ; 659/2016, de 10 de noviembre).

2.- La sala dictó auto el 11 de octubre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Eulalia , contra la sentencia dictada, con fecha 23 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, en el rollo de apelación 1548/2015 , dimanante de los autos de reclamación de filiación paterna 733/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días para que la parte recurrida personada y el Ministerio Fiscal puedan formalizar su oposición, encontrándose las actuaciones a su disposición en Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe de 22 de enero de 2018, interesó la estimación del presente recurso.

4.- La parte recurrida no presentó ante esta sala su oposición al recurso formulado de contrario, acordándose su señalamiento para el día 24 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

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

1.- Con fecha 15 de junio de 2015 por el Juzgado de Primera instancia nº 19 de los de Madrid se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se estima la demanda por el procurador don Alvaro de Luis Otero, en nombre y representación de Don Modesto frente a Doña Eulalia y se declara que el menor Vicente es hijo biológico de don Modesto , con todos los efectos legales inherentes a este declaración debiéndose proceder a la rectificación de la inscripción correspondiente en el Registro Civil una vez sea firme la sentencia haciendo constar como primer apellido del menor el primero de su padre, " Modesto " y como segundo, el primero de su madre " Eulalia ".

2.- La representación procesal de D.^a Eulalia interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, pero impugnó únicamente el orden de los apellidos fijados en ella, alegando como motivos del recurso: infracción de la jurisprudencia aplicable, STS de 17-2-2015 , y 7-10-2013 , del TC; y de los artículos 14 , 18 , 39 de la CE , por no respetar los derechos del menor a su nombre, personalidad, su propia imagen.

3.- Correspondió conocer del recurso a la sección vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 23 de diciembre de 2016 en el sentido de desestimar el recurso interpuesto.

La Audiencia motiva ordenadamente su decisión en los siguientes términos:

(i) Reconoce que viene interpretando el conjunto normativo y la jurisprudencia sobre el orden de los apellidos bajo el interés superior del menor.

(ii) Que es conocedora de la jurisprudencia de la sala, pero que concurren circunstancias excepcionales para que tenga lugar el cambio en el orden de los apellidos.

(iii) Tales circunstancias literalmente son: Del análisis de la prueba practicada resulta acreditado, que el hijo menor Vicente nació el NUM000 de 2013, al tiempo de la sentencia de instancia solo tenía 2 años, y 5 meses; que con fecha 10-2-2014 , antes de tener un año el menor, don Modesto presentó demanda para que se le fijara un régimen de visitas con el menor, por no permitírsele la madre, que le fue denegado por no figurar inscrito como hijo suyo; presentando con carácter inmediato el 5 de junio de 2014, la demanda de reclamación de filiación paterna extramatrimonial; la madre en la contestación a la demanda afirma "que puede no ser el verdadero padre de su hijo"; no planteo reconvencción al solicitar mantener el orden de los apellidos, siendo necesario la práctica de la prueba biológica ante la negativa de la madre; con fecha 15 de junio de 2015, se dicta la sentencia objeto de la presente recurso de apelación, que considera que el padre ha realizado todos los actos tendentes a que se le reconociera como hijo suyo; en el bautizo del menor celebrado el 21 de junio de



2014, (un año antes de la sentencia y meses después de la demanda), ya figura el menor con el primer apellido del padre; es la madre quien ha interpuesto el presente recurso.

(iv) Destaca para reforzar sus argumentos que el padre no se ha desentendido del menor (como en el supuesto de la STS de 17-2-2015); ha puesto los medios a su alcance para obtener el reconocimiento de la filiación de Vicente, pese a la oposición de la madre; que incluso en la actualidad, ya figura en documentos con el primer apellido del padre, es por lo que debe confirmarse la sentencia dictada en la instancia en cuanto al orden de los apellidos, figurando el primero del padre, considerando que con ello en este supuesto, se protege el interés del menor y ello, aunque haya utilizado durante escasamente dos años, el apellido de la madre, habiéndose retrasado esta situación por la oposición de la madre a su reconocimiento y el presente recurso.

4.- La representación procesal de la Sra. Eulalia interpone recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2 3º de la LEC.

Se estructura en un motivo único por infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo en supuestos idénticos al presente caso (sentencias 76/2015, de 17 de febrero; 659/2016, de 10 de noviembre).

El motivo se formula en cuatro apartados: En el primero la parte recurrente alega interés casacional por vulneración del principio del interés del menor, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo 76/2015 de 17 de febrero; 621/2015 de 12 de noviembre y 659/2016 de 10 de noviembre, en relación con lo establecido en la Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil.

En el apartado segundo alega interés casacional por vulneración del artículo 14 CE, en relación con la LO 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres, artículos 1 y 3 en relación con los principios informadores de la Ley 20/2011, de 21 de julio, que lo aplican, al prescindir de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno, permitiendo que ambos progenitores decidan el mismo o, como en el presente caso, la autoridad judicial.

En el tercero la parte recurrente alega vulneración del artículo 18.1 CE, en cuanto a la interpretación otorgada del derecho a la propia imagen del menor realizada por las sentencias citadas de contraste, a la luz de lo establecido tanto por el Tribunal Constitucional, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el cuarto se alega vulneración de lo establecido en el artículo 39 CE en relación con la Declaración de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y la Carta europea de los derechos del niño.

6.- La sala dictó auto el 11 de octubre de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida no presentó escrito de oposición al recurso.

7.- El Ministerio Fiscal, con cita de la doctrina de la sala, interesa la estimación del recurso.

Afirma que: «A partir de las anteriores consideraciones, en el presente caso resulta que el menor Vicente, nació el día NUM000 de 2013, habiéndose inscrito con el primer apellido de la madre, Doc. 1 de la demanda (F. 10), certificado de Partida de Bautismo (F. 32), y otros de uso social.

»La cuestión al conflicto planteado debe partir en este supuesto, de si el cambio de apellidos le sería beneficioso al menor; de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si ese beneficio no consta, no existe razón para alterar el primer apellido con el que viene identificada la menor y lo cierto es que no se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior de la menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificada desde la inscripción de nacimiento.

»Entendemos que no existen razones para alterar el orden del apellido materno, puesto en el momento del nacimiento y usado socialmente hasta la fecha.»

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- La sentencia recurrida reconoce, con acierto, que la cuestión nuclear es el interés superior del menor, con cita, también acertada, de la doctrina de esta sala.

2.- En efecto, la sala se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero, pudiendo citarse como reciente la 658/2017, de 1 de diciembre.

En la doctrina que declaran se destaca (STS. 15/2016, de 1 de febrero) que lo relevante no es deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil.



3.- Para salir al paso de que solo se justifica el cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad no sea tardía, se dictó sentencia de pleno 659/2016, de 10 de noviembre en la que se puntualiza que «la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor».

A la hora de llevar a cabo los tribunales tal valoración se debe tener en cuenta que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona»

4.- Si atendemos a los razonamientos de la sentencia recurrida se puede predicar una conducta noble y recta del padre en orden a reconocer a su hijo menor y a relacionarse con él, y un cierto reproche a la madre a la hora de no propiciar ese reconocimiento y comunicación, pero esta sala, y de ahí que estime el recurso siguiendo su doctrina, no atisba ningún argumento que justifique cual sea el beneficio del menor con el cambio del orden de los apellidos, si se le suprimiese el primero que viene usando desde la inscripción de su nacimiento.

En supuestos análogos se ha pronunciado la sala en las sentencias 299/2017 de 16 de mayo y 130/2018 de 7 de marzo .

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 de la LEC , no se imponen a la recurrente las costas del recurso, ni se hace expresa condena de las del recurso de apelación.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de doña Eulalia , contra la sentencia dictada, con fecha 23 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, en el rollo de apelación 1548/2015 , dimanante de los autos de reclamación de filiación paterna 733/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid.

2.º- Casar la sentencia recurrida, y con estimación del recurso de apelación interpuesto por D.ª Eulalia contra la sentencia de primera instancia, acordar que el hijo de ambas partes, de nombre Vicente , tenga como primer apellido Eulalia y como segundo Modesto .

3.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso, ni se hace expresa condena de las costas del recurso de apelación.

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

Así se acuerda y firma.