



AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2

Avda Pedro San Martin S/N
Santander
Teléfono: 942357123
Fax.: 942357142
Modelo: AP004
Filiación 0000439/2013 - 00

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000627/2015**
NIG: 3908041120130000423
Resolución: Sentencia 000110/2016

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de San Vicente de la Barquera

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante		DIANA CORDERO GONZÁLEZ
Apelado		ANA MARÍA DIAZ MURÍAS

SENTENCIA nº 000110/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL CANTABRIA	
OFICINA NOTIFICACIONES A PROCURADORES	
FECHA ENTRADA	FECHA LIMITE
28 MAR 2016	30 MAR 2016
SECRETARÍA	

Ilmo. Sr. Presidente:

Don José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Javier de la Hoz de la Escalera

Dña Milagros Martínez Jonda.

=====

de Santander a veintidos de febrero de
dos mil dieciseis.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección
Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes
Autos de Filiación número 439 de 2013, (Rollo de Sala número 627
de 2015), procedentes del Juzgado de Primera Instancia número
Uno de los de San Vicente de la Barquera, seguidos a instancia de
D. [redacted] contra Dª. [redacted]
[redacted], con intervención del Ministerio Fiscal.



En esta segunda instancia ha sido parte apelante D^a. [redacted], representado por la Procuradora Sra. Cordero González y asistido por el Letrado Sr. Díez Peña; y parte apelada D. D. [redacted], representado por la Procuradora Sra. Díez Murias y asistido por el Letrado Sr. Ortiz de Urbina. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Es ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrado D^a. Milagros Martínez Rionda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de San Vicente de la Barquera y en los autos ya referenciados, se dictó Sentencia con fecha 24 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"FALLO: SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora, Doña Magdalena Díez, en nombre y representación de Don [redacted], contra Doña [redacted], y, en consecuencia: - Se declara que [redacted] es hijo biológico de Don [redacted] - Se proceda a la rectificación, en cuantos registros públicos y privados sean necesarios y se deriven de tal declaración, en el sentido de que aparezca como progenitor paterno de [redacted], Don [redacted]. - Se ordena la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento del menor, [redacted], que figura inscrito en el Registro Civil Central, Sección 1^a, Tomo 51206, página 287, en el sentido de que: 1.- "Se haga constar que el padre de dicho menor es Don [redacted], hijo de [redacted] y [redacted], nacido en República Dominicana, el día 11 de noviembre de 1972, de estado*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

civil soltero, nacionalidad dominicana. 2.- "Se haga constar que el primer apellido del niño _____, es _____. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

De dicha resolución se dictó Auto de Aclaración con fecha 28 de septiembre de 2015 del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA: Acuerdo la rectificación de la Sentencia dictada con fecha 24 de septiembre de 2015 en el presente procedimiento, en el sentido de que en el Fallo de la misma, donde dice" doña _____", debe decir, "doña _____".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia, la representación de la parte demandada interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; y tramitado el mismo, se remitieron las actuaciones a la Iltrma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido por turno de reparto a esta Sección Segunda, donde se ha deliberado y fallado el recurso el día señalado, quedando pendiente de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La cuestión sometida a la consideración de este tribunal de apelación ha de examinarse a la luz de la normativa aplicable a la filiación reconocida, que no es otra que la legislación española, de acuerdo con las disposiciones de derecho internacional privado contenidas en el art. 9 del CC español, antes y después de



la reforma introducida por la Ley 26/2.015 de 28 de julio, por tener el menor la residencia habitual en España y por ser la legislación española la correspondiente a la nacionalidad del menor, al ser hijo de madre española (art. 17 del CC), figurando su nacimiento inscrito en el Registro Civil Central (folio 19), y por quedar excluido del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1.996 -art. 4 a)- el establecimiento y la impugnación de la filiación.

Siendo esto así, y constando la certificación del matrimonio válidamente celebrado entre los progenitores en la República Dominicana en fecha treinta de marzo del 2.009 (al folio 51), resulta de aplicación la presunción legal de paternidad matrimonial del art. 116 del CC, en el que se establece que "se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges", puesto que el nacimiento del menor tuvo lugar en fecha siete de julio del 2.009, mientras que el dictado de la sentencia de divorcio se produce en fecha 1 de julio del 2.009 (folio 14).

SEGUNDO: En el presente caso, la indicada presunción legal obliga a inscribir de oficio al hijo como matrimonial, por tratarse de cuestión de orden público decidida en interés del menor, y no sólo porque dicha presunción no se haya visto desvirtuada por prueba en contrario, sino porque también concurre prueba (interrogatorio del actor, mensajes, fotografías) que corrobora la autenticidad de la filiación paterna de cuyo reconocimiento se trata y la madre, además de haberse negado injustificadamente a la práctica de prueba heredo- bilógica (con las consecuencias previstas en el art. 767.4 de la LEC, nunca ha negado explícitamente la realidad de esta paternidad y la convivencia marital mantenida durante los primeros meses de gestación, limitándose a plantear objeciones de índole estrictamente procesal que, alcanzada esta segunda instancia, han de considerarse manifiestamente superfluas y



definitivamente superadas con una ampliación a la demanda en la que se ejercita acumuladamente la acción de reconocimiento de la filiación paterna matrimonial.

Los anteriores razonamientos han de conducir al íntegro rechazo de una apelación en la que, en última instancia, se insiste en la solicitud de desestimación de la demanda formulada, imponiendo el pago de las costas de ambas instancias a la parte demandada- apelante, ya que el prioritario criterio legal en materia de costas es siempre el del vencimiento objetivo de los arts. 394 y 398 de la LEC, también en el proceso especial que ahora nos ocupa, no concurriendo en el supuesto examinado, por las razones anteriormente expuestas, ninguna duda seria y fundada que autorice su inaplicación.

TERCERO: Por lo que respecta al orden de los apellidos, se trata de cuestión que, pese a estar introducida a debate por primera vez en esta segunda instancia (en la que única pretensión expresamente formalizada es la desestimación de la demanda), ha de ser igualmente acogida, en interés del menor y en el sentido informado por el Ministerio Fiscal.

La inscripción de nacimiento del menor se practicó con una sola filiación, determinando ésta los apellidos, y a consecuencia de un inicio tardío del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de éste, el cambio del orden de los apellidos alcanza al menor en una edad en que, tanto en la vida social como en la escolar, es conocido por el primer apellido en su día determinado.

La Sentencia del TC de 7 de octubre del 2.013 (Nº 167), interpretando el art. 18 de la CE, considera comprometido el derecho a la propia imagen del menor con la alteración sobrevenida de apellidos. La sentencia citada se detiene en hacer ver la notoria relevancia identificativa del primero de los apellidos, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:



1º) En primer lugar, debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse «antes de la inscripción» y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente (cfr. arts. 53 y 55 de la Ley del Registro Civil y 194 del Reglamento del Registro Civil).

2º) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

3º) El menor, en el momento de iniciarse el proceso, estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias, es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

Desde esta perspectiva constitucional, ponderando especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, se ha de mantener el orden de los apellidos.

CUARTO: Incorporando la anterior doctrina constitucional, la STS de fecha 17 de febrero del 2.015 razona: "En términos de estricta legalidad vigente no existe duda respecto de la decisión adoptada por la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil, artículo 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil y artículo 194 del Reglamento de Registro Civil. Así,



en defecto de la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, que es el caso presente, el primer apellido de un español será el del padre y el segundo el de la madre.

La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; la Sala, cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste (SS 29 de marzo de 2011; 1 de abril de 2011; 10 de octubre de 2011; 5 de noviembre de 2012)".

"Descendiendo al supuesto singular que nos ocupa, resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio en cuya Exposición de motivos se afirma que "en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el Artículo VI, relativo a hechos y actos inscribible. "...El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos.

Al acudir a la norma que la exposición motiva se aprecia que el artículo 49 dispone lo que sigue:

« 1.En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación «(...)

» 2.La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.



El Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podría determinar el orden de los apellidos (...) »

Es, pues, el interés superior del menor el que inspira el legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión”.

En consecuencia, ponderando el interés superior del menor y el derecho a su propia identidad, se considera necesario mantener como primer apellido el materno, modificando en este sentido la resolución recurrida.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad el Rey,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Sra. [REDACTED], contra la Sentencia de fecha 24 de septiembre del 2.015 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Vicente de la Barquera, en la que se reconoce la filiación biológica paterna del Sr. [REDACTED] respecto del menor [REDACTED]



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

..., ordenando este Tribunal, en interés del menor, que dicha filiación sea inscrita como filiación paterna matrimonial, figurando como primer apellido el materno inscrito () y como segundo apellido el primero del padre (), confirmando en todo lo demás la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora en ambas instancias.

Contra esta resolución cabe interponer recurso extraordinario de casación y por infracción procesal ante esta Audiencia en el plazo de veinte días.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

COPIA