



Roj: **STS 568/2018 - ECLI:ES:TS:2018:568**

Id Cendoj: **28079110012018100092**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2018**

Nº de Recurso: **1047/2017**

Nº de Resolución: **93/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 2067/2016,**  
**AAAP PO 41/2016,**  
**STS 568/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 93/2018**

Fecha de sentencia: 20/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1047/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª.

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1047/2017

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. 93/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana



D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 20 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada, con fecha 14 de octubre de 2016, aclarada por auto de 9 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 226/2016, dimanante del juicio verbal de filiación n.º 117/2014 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Vigo.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Herminia, asistido de la letrada María Lourdes García Fernández López.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la procuradora D.<sup>a</sup> Irene Aranda Varela, en nombre y representación de D. Edemiro.

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 de los tribunales D. José Vicente Gil Tránchez, en nombre y representación de D. Edemiro, formuló demanda de juicio verbal ejercitando acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial referente a la menor Palmira, contra D.<sup>a</sup> Herminia, suplicando al Juzgado:

«Que, habiendo por recibido este escrito de demanda junto con el poder, documentos y copias que se acompañan, y por presentados principios de prueba de los hechos en que se funda, se admita, y tenga por comparecido y parte en la representación que ostento al procurador que suscribe en nombre de D. Edemiro, teniendo por interpuesta demanda de juicio verbal de reclamación de filiación extramatrimonial contra Da Herminia y contra Palmira, y una vez seguido el procedimiento por todos sus trámites, con intervención del MINISTERIO FISCAL, y tras la práctica de todas las pruebas que se admitan tendentes a que prevalezca la realidad biológica sobre la filiación formal, incluida la pericial biológica, por el tribunal se dicte sentencia por la que se declare:

»1.- Que la menor Palmira es hija no matrimonial de mi representado D. Edemiro.

»2.- En consecuencia, se declare que los apellidos de la menor hija del demandante y la Demandada serán "Edemiro Herminia", practicando la inscripción "marginal de determinación de filiación paterna no matrimonial expresando el orden de apellidos que deberán ser como paterno " Edemiro " y como materno " Herminia ".

»3.- Se practique la oportuna inscripción registral de la filiación, y todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento a la parte demandada.

»4.- Se establezca el siguiente régimen de visitas de la menor con su padre, que atendiendo a las circunstancias concurrentes en el padre, será:

»-Diez (10) días seguidos cada mes, con pernocta, debiendo notificar el señor Edemiro a la madre de la menor con veinte días al menos de antelación el día concreto en que al mes siguiente iniciará el período de estancia con la menor. El progenitor recogerá y reintegrará a la menor en el domicilio materno.

»- A partir de que la menor alcance la edad de dieciocho (18) meses el progenitor podrá estar y tener en su compañía a la menor la mitad de los periodos de vacaciones de verano -un mes-; Navidad y Semana Santa.

»Y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiere.»

2.- Por decreto de 23 de julio de 2014, se admitió a tramite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Dolores Bravo Cores, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Herminia, contestó a la demanda interpuesta de contrario y formuló demanda reconvenzional.

El suplico de la contestación es como sigue:

« Que habiendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo, teniéndonos por allanados en cuanto a la reclamación de paternidad del actor por cuanto se corresponde con la verdad biológica y la adopción de las medidas cautelares y de protección de la menor Palmira siguientes:

- »1.- Se otorgue el cuidado y custodia de la menor Palmira a su madre Dña Herminia .
- »2.- Se fije como domicilio en el que habrán de residir madre e hija el sito en AVENIDA000 NUM000 - NUM001 de esta ciudad de Vigo.
- »3.- Se señale la obligación del Sr. Edemiro de contribuir a los alimentos de su hija Palmira en la suma de 1.200 ? mensuales, Dicha cantidad deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la Sra. Herminia .
- »Dicha cantidad será revisable anualmente de conformidad con las variaciones que anualmente experimente el IPC que fija en INE u organismo que puede sustituirle.
- »4.- De ser del interés del Sr. Edemiro se fije al padre un régimen de visitas consistente en dos horas diarias en los días que el mismo viaje a la ciudad de Vigo y en tanto la menor no acuda a un centro de estudios o guardería infantil.
- »Las referidas visitas deberán llevarse a cabo e a través del punto de encuentro y a presencia de Dña. Herminia o bien con ésta en las intermediaciones a fin de no interrumpir la alimentación materna.
- »5.- Se prohíba al Sr. Edemiro sacar a Palmira del territorio nacional, o viajar con la menor fuera de Vigo sin previa autorización de mi representada.
- »6.- Se señale que los apellidos que la menor deberá llevar en el futuro sean Herminia Edemiro .
- »7.- Se impongan las costas a la actora si se opusiera.»

En el suplico de la demanda reconvencional solicita:

- »1.- Se otorgue el cuidado y custodia de la menor Palmira a su madre Dña. Herminia .
- »2.- Se fije como domicilio en el que habrán de residir madre e hija el sito en AVENIDA000 NUM000 - NUM001 de esta ciudad de Vigo.
- »3.- Se señale la obligación del Sr. Edemiro de contribuir a los alimentos de su hija Palmira en la suma de 1.200 ? mensuales, Dicha cantidad deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la Sra. Herminia .

Dicha cantidad será revisable anualmente de conformidad con las variaciones que anualmente experimente el IPC que fija en INE u organismo que puede sustituirle.

- »4.- De ser del interés del Sr. Edemiro se fije al padre un régimen de visitas consistente en dos horas diarias en los días que el mismo viaje a la ciudad de Vigo y en tanto la menor no acuda a un centro de estudios o guardería infantil.
- »Las referidas visitas deberán llevarse a cabo e a través del punto de encuentro y a presencia de Dña. Herminia o bien con ésta en las intermediaciones a fin de no interrumpir la alimentación materna .
- »5.- Se prohíba al Sr. Edemiro sacar a Palmira del territorio nacional, o viajar con la menor fuera de Vigo sin previa autorización de mi representada.
- »6.- Se señale que los apellidos que la menor deberá llevar en el futuro sean Herminia Edemiro .»

**4.-** El Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Vigo, dictó Auto el 20 de octubre de 2014 , denegando la adopción de medidas cautelares y la reconvención.

Por auto de 2 de diciembre de 2015, se acordó la inhibición del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Vigo a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer, que fue aceptada por decreto de 23 de enero de 2015.

**5.-** Recibido el pleito a prueba, se practicaron la pruebas admitidas, ratificándose las partes en sus alegaciones iniciales. Oído el Ministerio Fiscal se declararon los autos conclusos para sentencia.

**6.-** El Juzgado de violencia sobre la mujer nº 1 de Vigo, dictó sentencia el 16 de octubre de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Gil Tranchez en nombre y representación de Don Edemiro , asistido por la Letrada Sra. Carceller Carceller, contra Doña. Herminia



representada por la Procuradora Sra. Bravo Cores y asistida por la Letrada Sra. López Fernández, debo declarar y declaro a D. Edemiro padre de la menor Palmira , con la obligación de pagar en concepto de alimentos los cinco primeros días, de cada mes la cantidad de 400 euros en la cuenta que a tal efecto designe la madre, cantidad revisable Anualmente según la variación que experimente el I.P.C.

»Se establece la patria potestad compartida y el régimen de visitas para el padre de la menor siguiente: durante los seis meses siguientes a la notificación de la presente resolución la niña podrá estar en compañía de su padre dos horas, desde las 11 horas) hasta las 13 horas, en el lugar de su residencia en Vigo; durante los seis siguientes la niña podrá permanecer con el padre además de 11 a 13 horas de la mañana, otras dos horas más por la tarde desde las 18 a las 20 horas, con el fin de respetar el horario de descanso y baño de la niña; Asimismo desde que la niña cumpla dos años, podrá pernoctar fines de semana que coincidan en tal periodo de disfrute con el padre. Desde que cumpla los tres años, podrá pasar la mitad de las vacaciones escolares de verano y navidad con el padre en Suecia o Inglaterra donde el padre se encuentre y las de Semana Santa serán disfrutadas en su integridad por el padre. A estos efectos el padre comunicará a la Sra. Herminia con una antelación mínima de una semana el período de disfrute correspondiente y las entregas y recogidas de la niña lo serán en el domicilio materno. Si no hubiera conformidad en el periodo de disfrute de las vacaciones elegirá el padre los años pares y la madre los impares.

»Una vez sea firme la presente, procedase a su inscripción en el Registro Civil a fin de que se inscriba en el marginal de su nacimiento, que tras el nombre de la hija menor figure el primer apellido, del padre Edemiro y seguidamente como segundo apellido, el primer apellido de la madre Herminia y se añada el nombre del padre y demás circunstancias personales en el marginal del acta de nacimiento de la menor, sin declaración expresa en cuanto a las costas causadas.

»Líbrense exhorto al Registro Civil de Vigo, una vez sea firme la presente resolución para que se anoten las modificaciones registrales contenidas en el fallo de esta resolución.»

#### **SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.**

1.- Contra la anterior resolución, la representación procesal de D. Edemiro , así como la representación procesal de D.<sup>a</sup> Herminia , interpusieron sendos recursos de apelación, correspondiendo su resolución a la Sección 6<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó sentencia el 14 de octubre de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que, al acoger en parte los recursos de apelación interpuestos por don Edemiro , por una parte, y por doña Herminia , por otra, debemos revocar y revocarnos parcialmente la sentencia dictada en autos Filiación 117/14 , del Juzgado de Violencia sobre a Muller nfi 1 de Vigo y, en consecuencia, declaramos:

»1a. Las medidas acordadas son definitivas, no provisionales, siN perjuicio; como es lógico, de eventual modificación futura por alteración sustancial de circunstancias.

»2a. La custodia corresponde a la madre,

»3S. Se mantiene el régimen de visitas establecido en la sentencia recurrida, entendiéndose, además, que se refiere al periodo de diez días de estancias mensuales el padre en España.

»4a. El paso del régimen semestral al otro no se producirá automáticamente sino cuando cada uno so haya cumplido efectivamente.

»5<sup>a</sup>. El régimen de pernocta, y en la forma a establecida en la sentencia, no podrá iniciarse, si no después de consumados los dos semestres de adaptación.

»6a. Las vacaciones de Semana Santa tendrán lugar alternativamente con cada padre, iniciándose la primera siguiente a esta resolución con el padre.

»7<sup>a</sup>. Se mantiene, el régimen vacacional para verano; y Navidades establecido: en la sentencia recurrida, si bien los desplazamientos al extranjero no tendrán lugar sino; a partir de diciembre de 2017, todo ello con las prevenciones que se dice en el tercero de los fundamentos de derecho.

»8<sup>a</sup>. Se mantiene el orden de los apellidos establecido en la sentencia.

»9<sup>a</sup>. La pensión de alimentos será de 700 euros.

»No se hace condena en costas.

»Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

»Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. La interposición se hará ante este Tribunal en el



plazo de veinte días desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, No puede presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

»Al tiempo de la interposición de los citados recursos deberá la parte recurrente acreditar haber constituido el depósito a que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ , sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.»

2.- Por las representaciones procesales de ambas partes, se solicitó la aclaración de la anterior resolución y el 9 de diciembre de 2016, la sala dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

»1º. Los alimentos establecidos a favor de la hija son debidos desde la fecha de interposición de la demanda.

»2e. El pasaporte tarjeta y sanitaria de la menor habrán de serle entregados al padre cuando la hija se traslade con él a otro país en el tiempo que, le corresponda, según la sentencia; ambos documentos serán restituidos a la madre al regreso a España.

»3º. El padre podrá comunicar con su hija por teléfono y otros medios telemáticos, siempre con respeto a los horarios de escolarización y sueño de la menor. Lo dicho se aplicará también a favor de la madre en relación con los períodos vacacionales que Palmira pase con su padre.

»4º. Se rectifica el apartado 5º de la sentencia que deberá decir: "El régimen de pernocta, y en la forma establecida en la sentencia, no podrá iniciarse sino después de consumado el primer semestre."

»5a. Una vez superados los dos semestres, el régimen de comunicación del padre con Palmira será el siguiente:

»a) Mientras no haya escolarización de la menor, además de las dos horas de la mañana, el padre podrá tener consigo a Palmira de 16 a 20,30 horas. Los lunes y miércoles podrá hacerlo continuamente de 11 a 20,30 horas. La recogida y entrega será en el domicilio materno.

»b) Una vez esté escolarizada la menor, sólo podrá tenerla a partir de la hora de salida del centro -donde él la recogerá- hasta las 20,30 horas que la devolverá al domicilio materno. En estos periodos de diez días cuando la menor haya empezado su escolarización (que será el curso 2017-2018) Palmira podrá pernoctar con el padre los cinco últimos días de su estancia en España, de modo que al recogerla del centro el quinto día se hará cargo de ella hasta el décimo día que la reintegrará al domicilio materno a las 20,30 horas.

»Si la evolución de este régimen no plantea problema ni contraindicación alguna para la niña, una vez se haya mantenido durante cuatro meses, ya escolarizada la menor, podrá establecerse como régimen de permanencia continuada con el padre los diez días mensuales que este permanezca en España para comunicar con su hija.

»La menor será siempre recogida y entregada en el domicilio materno, salvo cuando comience la escolarización, pues entonces la recogida se hace en el centro correspondiente y la entrega en el domicilio materno.

»6ª. En cuanto a los horarios de entrega y recogida en períodos vacacionales en evitación de cambios, tomamos ya como referencia los tiempos de vacaciones escolares en la Comunidad Autónoma (sean las de verano, Navidad o Semana Santa), el padre recogerá a la menor del domicilio materno a las 11 horas del primer día de vacaciones y la restituirá en el mismo lugar a las 20,30 horas de finalización del período correspondiente.

»7a. Durante el período vacacional correspondiente a la madre no rigen las visitas de diez días establecidas a favor del padre. En el mes en que se disfrute de un período vacacional, no se podrán sumar al mismo los diez días fijados para cada mes.»

**TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.**

1.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de D.ª Herminia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación con base en los siguientes motivos:

**Recurso extraordinario por infracción procesal:** se basa en lo dispuesto en el art. 469.1.4 de la ley de enjuiciamiento civil al entender vulnerado el art. 24 de la constitución española a una tutela judicial efectiva.

**Recurso de casación:** se formula al amparo de lo establecido en el art. 477.2-3º, la existencia de interés casacional se constata por vulneración del «principio del interés superior del menor» recogido en el art. 39 de la declaración de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, vulneración del art. 18.1 de la ce en relación al derecho a la propia imagen, vulneración del art. 14 de lo 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, vulneración de art. 1 y 3 en relación a los principios informadores de la ley 20/2011 e infracción de lo dispuesto en el 109 del CC y art. 59.3 de la Ley de Registro





Civil y oposición a la doctrina del tribunal supremo en sentencias de fechas 17 de febrero de 2015 ; 12 de noviembre de 2015 ; 1 de febrero de 2016 y 10 de noviembre de 2016 ente otras.»

2.- La sala dictó auto el veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«1º) Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario pro infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Herminia contra la sentencia dictada, con fecha 14 de octubre de 2016 , aclarada por auto de 9 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación nº 226/2016 , dimanante del juicio verbal de filiación n.º 117/2014 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Vigo.

»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice 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 de 8 de noviembre de 2017, ratificándose en su informe de 5 de octubre de 2017, solicitaba la estimación del recurso de casación.

4.- La parte recurrida presentó escrito en inglés con fecha de entrada 24 de noviembre de 2017, que se hizo constar mediante diligencia de fecha 29 de noviembre de 2017.

5.- Por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Herminia se presentó escrito ante esta sala alegando, que el documento presentado en inglés por la representación procesal de D. Edemiro , debía ser traducido al castellano, así como que no constaba firmado ni por letrado, ni por procurador.

6.- Está sala dictó sendas providencia de fecha 16 y 18 de enero, a fin de que se llevara a cabo la subsanación de lo solicitado por la parte recurrente.

7.- Llegado el día de la Deliberación sin que la parte aportase lo solicitado, se llevó a cabo la votación y fallo del recurso, el 7 de febrero del presente año, según lo acordado en providencia de 22 de enero de 2018, sin admitir el documento aportado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

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

1.- D. Edemiro interpuso demanda en reclamación del reconocimiento de paternidad de la menor Palmira , dándose tramite a la misma ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. Trece de los de Vigo con el n.º 652/2014 . La demandada D.<sup>a</sup> Herminia contestó a la demanda admitiendo la paternidad del actor y formulando reconvención en el único sentido de que se adoptasen las medidas de protección a la menor previstas en el art. 158 de CC , solicitándose la adopción de medidas cautelares y solicitando la inhibición del Juzgado Núm. Trece a favor del Juzgado de violencia sobre la mujer al seguirse contra el actor Diligencias Previas n.º 183/2014 por malos tratos.

Por el Juzgado de Primera Instancia Núm. Trece de los de Vigo a medio de Auto de fecha 20 de Octubre de 2014 se inadmitieron las medidas cautelares y la reconvención formuladas por la demandada al entender que el Juzgado no era competente para la adopción de las medidas solicitadas en aplicación del art. 158 del CC y ello sin perjuicio de solicitarlas ante el Juzgado correspondiente en aplicación del art. 91 y ss. de la LEC , si bien se entendió la competencia del Juzgado para el conocimiento de la demanda de paternidad.

Por Auto de fecha 2 de Diciembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia Núm. Trece se acordó la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer y la remisión de las actuaciones.

2.- Una vez aceptada la inhibición por el Juzgado de Violencia de la Mujer nº 1 de Vigo, admitió la demanda, que dio lugar al procedimiento nº 117/2014.

3.- El 16 de octubre de 2015 el Juzgado dictó sentencia por la que estimó parcialmente la demanda.

Declaró que el actor es padre de la menor Palmira con la obligación de pagar en concepto de alimentos los cinco primeros días de cada mes la cantidad de 400 €. Se establece la patria potestad compartida y un régimen de visitas para el padre de la menor progresivo consistente en que: « durante los seis meses siguientes a la notificación de la presente resolución la niña podrá estar en compañía de su padre dos horas, desde las 11 horas y hasta las 13 horas, en su lugar de residencia en Vigo; durante los seis meses siguientes la niña podrá permanecer con el padre además de 11 a 13 horas de la mañana, otras dos horas más por la tarde desde las 18 a



*las 20 horas, con el fin de respetar el horario de descanso y baño de la niña; asimismo desde que la niña cumpla dos años, podrá pernoctar los fines de semana que coincidan en tal periodo de disfrute con el padre. Desde que cumpla tres años, podrá pasar la mitad de las vacaciones escolares de verano y navidad con el padre en Suecia o Inglaterra donde el padre se encuentre y las de Semana Santa serán disfrutadas en su integridad por el padre.»*

Así mismo ordenó que, una vez fuese firme la sentencia, se procediese a su inscripción en el Registro Civil a fin de que se inscriba en el marginal del nacimiento de la menor que figure como primer apellido el del padre, Edemiro , y como segundo apellido el de la madre, Herminia .

**4.-** Contra la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de violencia sobre la Mujer de Vigo de fecha 16 de Octubre de 2015 se formuló por ambas representaciones recurso de apelación, dictándose sentencia de fecha 14 de Octubre de 2016 y cuyo fallo establece:

*«Que, al acoger en parte los recursos de apelación interpuestos por D. Edemiro por una parte y por Dña. Herminia , por otra, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada en Autos de filiación 117/2014 del Juzgado de violencia sobre la mujer Núm. 1 de Vigo y en consecuencia declaramos:*

*»1º.- Las medidas acordadas son definitivas, no provisionales, sin perjuicio, como es lógico, de eventual modificación futura por alteración sustancial de circunstancias.*

*»2º.- La custodia corresponde a la madre.*

*»3º.- Se mantiene el régimen de visitas establecido en la sentencia recurrida, entendiéndose, además, que se refiere al periodo de diez días de estancias mensuales del padre en España.*

*»4º.- El paso del régimen semestral al otro no se producirá automáticamente sino cuando cada uno se haya cumplido efectivamente.*

*»5º.- El régimen de pernocta y en la forma establecida en la sentencia, no podrá iniciarse sino después de consumados los dos semestres de adaptación.*

*»6º.- Las vacaciones de Semana Santa tendrán lugar alternativamente con cada padre, iniciándose la primera siguiente a esta resolución con el padre.*

*»7º.- Se mantiene el régimen vacacional para verano y navidades establecido en la sentencia recurrida, si bien los desplazamientos al extranjero no tendrán lugar sino a partir de diciembre de 2017, todo ello con las prevenciones que se dicen en el tercero de los fundamentos de derecho.*

*»8º.- Se mantiene el orden de apellidos establecido en la sentencia.*

*»9º.- La pensión de alimentos será de 700 ?.»*

**5.-** En lo aquí relevante, que son los apellidos con los que debe aparecer inscrita la menor, la sentencia de la Audiencia afirma, para dar respuesta a la impugnación de la demandada, lo siguiente:

*«Cita el art. 49 de la Ley de Registro Civil , en su último párrafo que remite la resolución del desacuerdo sobre el orden de los apellidos al Encargado que lo hará según el interés del menor. Solicita que se mantengan los apellidos de la madre y, subsidiariamente que el apellido del padre vaya en segundo lugar. Por de pronto, la exclusión del apellido del padre no es viable. El CC lo prevé en los casos del art, 111 y ninguna de las previsiones allí contenidas se da en este caso.*

*»Pero tampoco hay motivos para excluir el apellido paterno del primer lugar. Se mantiene el orden de apellidos establecido en la sentencia recurrida, pues ante la falta de acuerdo entre ambos progenitores hemos de estar a lo que disponen los arts. 109 del CG y 4.9 del Reglamento del Registro Civil . Las razones invocadas por la recurrente carecen de virtualidad, pues en modo alguno puede pensarse que el orden establecido en la sentencia sea contrario al interés, máxime si se tiene en cuenta que la menor tenía 20 meses al tiempo de la sentencia, lo que implica que el uso de los apellidos de la madre se ha mantenido por escaso tiempo de forma que ningún perjuicio o trastorno causa en un menor; sin proyección social de su vida. Por otra parte, nos parecen artificiosos los temores de la madre que alega que las «connotaciones de banca internacional» del apellido Edemiro le producen intranquilidad por los posibles efectos negativos que pueda suponer para la menor (el apellido paterno no os originario, sino derivado de una petición de cambio).»*

**6.-** Ambas representaciones formularon igualmente recurso de aclaración y complemento de la referida sentencia, dictándose Auto en fecha 9 de Diciembre de 2016 , por el que se acuerda:

*«1º.- Los alimentos establecidos a favor de la hija son debidos desde la fecha de interposición de la demanda.*

»2º.- El pasaporte y tarjeta sanitaria de la menor habrán de serle entregados al padre cuando la hija se traslade con el a otro país en el tiempo que le corresponda, según la sentencia; ambos documentos serán restituidos a la madre al regreso a España.

»3ª.- El padre podrá comunicar con su hija por teléfono y otros medios telemáticos, siempre con respeto a los horarios de escolarización y sueño de la menor. Lo dicho se aplicará también a favor de la madre en relación con los periodos vacacionales que Palmira pase con su padre.

»4º.- Se rectifica el apartado 5º que deberá decir: El régimen de pernocta y en la forma establecida en la sentencia no podrá iniciarse sino después de consumado el primer semestre.

»5º.- Un vez superados los dos semestres, el régimen de comunicación del padre con Palmira será el siguiente:

»a.- Mientras no haya escolarización de la menor, además de las dos horas de la mañana, el padre podrá tener consigo a Palmira de 16 a 20,30 horas. Los Lunes y Miércoles podrá hacerlo continuamente de 11 a 20,30 horas. La recogida y entrega será en el domicilio materno.

»b.- Una vez esté escolarizada la menor solo podrá tenerla a partir de la hora de salida del centro -donde él la recogerá- hasta las 20,30 horas que la devolverá al domicilio materno. En estos periodos de diez días, cuando la menor haya empezado su escolarización (que será el curso 2017-2018). Palmira podrá pernoctar con el padre los cinco últimos días de su estancia en España, de modo que al recogerla del centro el quinto día, se hará cargo de ella hasta el décimo día que la reintegrará al domicilio materno a las 20,30 horas.

»Si la evolución de este régimen -del apartado b- es satisfactoria para la niña una vez se haya mantenido durante cuatro meses, podrá establecerse como régimen de permanencia continuada con el padre los 10 días mensuales que este venga a España para estar con su hija.

»La menor será siempre recogida y entregada en el domicilio materno, salvo cuando comience la escolarización, pues entonces la recogida se hace en el centro correspondiente y la entrega en el domicilio materno.

»6º.- En cuento a los horarios de entrega y recogida en periodos vacacionales en evitación de cambios, se estimarán como referencia los periodos de vacaciones escolares en la comunidad Autónoma, (sean los veranos, navidad o semana Santa) de modo que el padre cuando le corresponda recogerá a la menor del domicilio materno a las 11 horas del primer día de vacaciones y la restituirá en el mismo lugar a las 20,30 horas de finalización del periodo correspondiente.

»7º.- Durante el periodo vacacional correspondiente a la madre no rigen las visitas de 10 días establecidas a favor del padre. El mes en que se disfrute de un periodo vacacional, no se podrá sumar al mismo los 10 días fijados para cada mes».

7.- La parte demandada interpuso contra la anterior sentencia y auto aclaratorio, recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

#### **8.-El recurso extraordinario por infracción procesal contiene el presente encabezamiento:**

Único.- al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4 de la ley de enjuiciamiento civil al entender vulnerado el art. 24 de la constitución española a una tutela judicial efectiva. Al dictar auto de aclaración de la sentencia, por la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra, sección sexta con sede en Vigo se ha procedido a alterar la sentencia dictada en apelación de forma sustancial, contraviniendo así el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales contenida en los arts. 267 de la LOPJ y 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .»

En su desarrollo cuestiona la recurrente si el auto de aclaración y complemento de sentencia de la AP de fecha 9 de diciembre de 2016 supone una modificación sustancial de lo previsto en la sentencia recurrida y a tales efectos mantiene que la Sentencia de fecha 14 de Octubre de 2016 en su fundamento de derecho tercero párrafo 4º, 5º y 6º recoge lo siguiente:

« Sí se impone, en todo caso, un régimen progresivo, que viene aconsejado por la hasta ahora escasa relación del padre con la hija y por la corta edad de ésta, de 21 meses a la fecha de la sentencia de primera instancia. El régimen progresivo es admitido por la madre en la forma que viene establecido en la sentencia. Que el padre fije su residencia en Bayona, no significa que cada vez que se hace cargo de la menor la lleve a dicha población. No hay razón para imponer al padre limitaciones en ese tiempo que tiene consigo a la menor, salvo las que vengan impuestas por razones de horario escolar o de guardería u otras necesidades de la menor.

»Tiene razón la petición de la madre al solicitar que el pase de un periodo a otro no haya de hacerse automáticamente cada vez que se agota el periodo respectivo. Para ello es oportuna la condición que apunta el Ministerio fiscal en su escrito de recurso al advertir que el régimen progresivo no se produzca de modo





automático, para lo cual ambos tramos han de cumplirse de modo efectivo, de forma que no procederá el paso automático de uno a otro si el anterior no se ha desarrollado completamente.

«No vemos razón para retrasar más allá del periodo de LOS DOS SEMESTRES la posibilidad de pernocta, que se llevará a cabo cuando coincida algún fin de semana en el periodo de los 10 días de estancia del padre en España, desde las 10 horas del sábado y hasta las 20 horas del domingo con recogida y entrega en el domicilio materno».

Que en consecuencia con lo manifestado en tal fundamento jurídico en el fallo se recoge:

«5º.- El régimen en de pernocta, y en la forma establecida en la sentencia no podrá iniciarse sino después de consumados los DOS SEMESTRES de adaptación.

Sin embargo en el Auto de aclaración de la sentencia de fecha 9 de Diciembre de 2016 y en el fundamento jurídico primero apartado 4º se señala:

«Procede rectificar el apartado 5º de la sentencia que deberá decir: El régimen de pernocta y en la forma establecida en la sentencia no podrá iniciarse sino después de consumado el primer semestre. «El error es evidente a la vista de lo que se dice en el párrafo sexto del fundamento de derecho tercero».

Igualmente y en el apartado 5º párrafo tercero in fine se señala:

«Por ello, en esos periodos de diez días, cuando la menor haya empezado su escolarización (que será el curso 2017-2018). Palmira podrá pernoctar con el padre los cinco últimos días de su estancia en España, de modo que la estancia con el padre será continuada.

»Si la evolución de este régimen no plantea problema ni contraindicación alguna para la niña, una vez se haya mantenido durante cuatro meses ya escolarizada la menor, podrá establecerse como régimen de permanencia continuada con el padre los 100 días mensuales que este permanezca en España para comunicar con su hija».

En consecuencia, la recurrente sostiene que el Auto dictado no se limita a aclarar o complementar la sentencia inicialmente dictada en Apelación, sino bien al contrario supone una modificación sustancial de lo previsto en la misma. Entiende que la sentencia de apelación señala claramente en su fundamentación jurídica que la pernocta se iniciará una vez transcurrido el periodo de los dos semestres y se falla en consecuencia al señalar en el apartado dispositivo 5º: «El régimen de pernocta, y en la forma establecida en la sentencia no podrá iniciarse sino después de consumados los dos semestres de adaptación» y sin que exista ningún error en la redacción del fallo que es consecuente con lo recogido en el fundamento jurídico de la misma.

Por el contrario si se advierte un claro error en la redacción del apartado cuarto de la aclaración y cuando se dice que la sentencia dice «El régimen de pernocta y en la forma establecida en la sentencia, no podrá iniciarse sino después de consumado el primer semestre» error que se transcribe en la parte dispositiva y en su apartado 4º.

Todo ello lleva a la variación sustancial de la sentencia dictada, proscrita por el principio de invariabilidad de las sentencias contenidos en los Arts. 267 de la LOPJ y 214 de la LECivil .

Igualmente la recurrente aprecia modificación sustancial del contenido de la sentencia por el auto de aclaración en cuanto al régimen de pernoctas. Y así la sentencia de segunda instancia en su parte dispositiva y en el apartado 5º señala: «El régimen de pernoctas, y en la forma establecida en la sentencia no podrá iniciarse sino después de consumados los dos semestres de adaptación».

Ahora bien , la sentencia en su fundamento Tercero.- Régimen de visitas.- apartado sexto señala «la posibilidad de pernocta, que se llevará a cabo cuando coincida algún fin de semana en el periodo de los 10 días de estancia del padre en España, desde las 10 horas del sábado y hasta las 20 horas del domingo con recogida y entrega en el domicilio materno» por lo que claramente se está manifestando en el sentido de que las pernoctas se lleven a cabo únicamente durante los fines de semana y excluye la posibilidad de pernocta intersemanal.

Sin embargo el Auto va más allá de lo establecido en la propia sentencia y según la recurrente modifica ésta en lo sustancial cuando establece la posibilidad de pernocta una vez iniciada la escolarización de la niña durante los últimos cinco días de estancia del padre en Vigo y pasado cuatro meses de la posibilidad de pernocta de los 10 días continuados, contradictorio con lo señalado en la sentencia.

Entiende la parte que lo anterior genera de nuevo una modificación sustancial de la sentencia no amparada por la ley.

Precisa que formuló escrito denunciando el error padecido por la Sala en fecha 14 de Diciembre de 2016 , solicitando su modificación en base a la facultada concedida por el Art. 240 de la LOPJ , que fue rechazado por auto de 1 de febrero de 2017, dejando abierta al recurrente la vía del recurso extraordinario por infracción procesal.



**9.-** El recurso de casación se interpone por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º LEC , y contiene el siguiente encabezamiento:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.2-3º, la existencia de interés casacional se constata por vulneración del «principio del interés superior del menor» recogido en el art. 39 de la declaración de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, vulneración del art. 18.1 de la ce en relación al derecho a la propia imagen, vulneración del art. 14 de lo 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, vulneración de art. 1 y 3 en relación a los principios informadores de la ley 20/2011 e infracción de lo dispuesto en el 109 del CC y art. 59.3 de la ley de registro civil y oposición a la doctrina del tribunal supremo en sentencias de fechas 17 de febrero de 2015 ; 12 de noviembre de 2015 ; 1 de febrero de 2016 y 10 de noviembre de 2016 ente otras.

La parte recurrente, en el desarrollo del recurso sostiene que se ha aplicado una redacción del art. 109 CC y un articulado del RRC que no estaba vigente al momento de dictarse ambas sentencias. Alega que con arreglo a la nueva LRC 20/2011, de 21 de julio 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 y que en caso de desacuerdo el encargado acordara el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor, siendo este que se mantenga el primer apellido de la madre, al no existir ninguna circunstancia que aconseje someter a la menor a un cambio de apellidos que en nada le beneficia y que solo podría generarle problemas de identidad. Cita las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero , 11 y 12 de noviembre de 2015 , así como la de 10 de noviembre de 2016 para combatir en casación el pronunciamiento de la sentencia recurrida que fija, declarada la filiación paterna, como primer apellido de la menor el del padre. Entiende la recurrente que el beneficio de la hija menor es mantener como primer apellido el de la madre, sin que exista ninguna circunstancia que aconseje el cambio. Cita la sentencia de la sala 659/2016, de 10 de noviembre, posterior a la de la Audiencia Provincial que dice:

«A partir de las anteriores consideraciones, y dando respuesta conjunta a los motivos del recurso por la estrecha relación que guardan entre sí, como autoriza la doctrina de esta Sala, procede la estimación de los mismos, y por ende del recurso de casación, ya que, habiéndose inscrito el menor con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, no se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento.

»Por tanto, 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».

**10.-** El suplico de los recursos literalmente es el siguiente:

«Que habiendo por presentado este escrito se tenga por interpuesto recurso de casación por interés casacional contra la Sentencia dictada por la lima Audiencia Provincial de Pontevedra, sección sexta, de fecha 14 de Octubre de 2016 , en el procedimiento al que el recurso se refiere, por los motivos formulados, se siga por sus trámites y se dicte en su día Sentencia por la que , acogiéndolo, acuerde en consecuencia casar la referida sentencia señalando que los apellidos de la menor Palmira sean Herminia y subsidiariamente Lidia ».

**SEGUNDO.-** La sala dictó auto el 27 de septiembre de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal.

Tras el oportuno traslado, la parte recurrida formuló oposición a sendos recursos, si bien en ambos alegó causas de inadmisibilidad sobre las que decidía la sala al hacerlo sobre ellos.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal, con cita actualizada de la doctrina de la sala, se adhirió al recurso de casación y solicitó su estimación.

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**CUARTO.-** Decisión de la Sala.

**1.-** Los defectos formales que se plantean sobre la admisibilidad del recurso carecen, a tales efectos, de la transcendencia que se le anuda, pues queda clara la denuncia sobre la invariabilidad de las resoluciones judiciales y las dos infracciones que atribuye al auto de aclaración y complemento de la sentencia de la Audiencia.

**2.-** Sobre el contenido y alcance de las resoluciones que aclaran otras resoluciones judiciales previas nos hemos pronunciado en múltiples sentencias (por todas, 201/2009, de 27 de marzo , y 393/2016, de 9 de junio ).



En ellas, hemos indicado que la prohibición de que los tribunales varíen después de firmadas las resoluciones que pronuncian, contenida en los arts. 214.1 LEC y 267.1 LOPJ, constituye pieza capital del sistema, basada en el principio de seguridad jurídica - art. 9.3 CE -.

Como precisa la STC 286/2006, de 9 de octubre, con cita de otras varias, existe una conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva que protege el art. 24.1 CE, que actúa como límite que impide a los tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas, al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos en la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha indicado que el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales no es absoluto, dado que los indicados preceptos de la LEC y la LOPJ regulan un cauce para su aclaración o rectificación. Como destacó la STC 23/1996, de 13 de febrero, la vía de la aclaración es plenamente compatible con el principio de la intangibilidad de las sentencias firmes, al tratarse de un instrumento para garantizar la efectividad del derecho a la tutela judicial, de cuyo contenido no forma parte el beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales que con toda certeza puedan deducirse del propio texto de la sentencia.

Ahora bien, los supuestos que integran el ámbito objetivo de esa posibilidad de aclaración de sentencia son los errores materiales manifiestos y los aritméticos, las omisiones o defectos que fuere necesario remediar para llevarla plenamente a efecto y los conceptos oscuros, susceptibles, respectivamente, de ser rectificadas, subsanados y aclarados. Además, los mismos están sometidos a una rigurosa interpretación restrictiva por su carácter de excepción y, también, por la posibilidad de que el Tribunal actúe de oficio sin audiencia de las partes o a instancia de una de ellas sin audiencia de la otra.

A su vez, las SSTC 357/2006, de 18 de diciembre, y 171/2007, de 23 de julio, establecieron que únicamente son susceptibles de aclaración aquellos extremos que no impliquen un juicio valorativo, o exijan operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni que supongan la resolución de cuestiones discutibles y opinables. Únicamente en el caso de que la corrección material requiera una modificación de lo resuelto, sería admisible una revisión del sentido del fallo de la resolución judicial rectificadas, si se evidencia que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo.

Especialmente ilustrativa resulta la STC 123/2011, de 14 de julio, al establecer que una de las pocas excepciones procesales al principio de intangibilidad de las sentencias viene dada por el recurso de aclaración:

«Por tanto el recurso de aclaración entendido como mecanismo excepcional, no sólo no atenta per se contra el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales y consecuentemente contra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que bien al contrario, sirve para salvaguardar, desde su concreta función reparadora, la doble exigencia de seguridad jurídica y de efectividad de la tutela judicial que "no alcanza a integrar un supuesto derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia" ( STC 59/2001, de 26 de febrero, y jurisprudencia allí citada). Tal y como se afirma en la STC 55/2002, de 11 de marzo, que sintetiza la jurisprudencia constitucional en relación con esta cuestión, «una cabal comprensión del art. 24.1 CE ha de rechazar la absurda conclusión de que extienda su protección a aquello que no fue decidido por el órgano judicial en el seno del proceso».

»Ahora bien, [...] ya ha dicho el Tribunal Constitucional que el recurso de aclaración no puede «alterar los elementos esenciales de la decisión judicial, debiendo limitarse a la función específica reparadora para la que se ha establecido» ( STC 216/2001, de 29 de octubre ).

»Tal función reparadora conduce a que en la regulación de la aclaración contenida en el art. 267 LOPJ coexistan dos regímenes distintos: «de un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro, la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 2)» ( STC 216/2001, de 29 de octubre de 2001 ). En cualquiera de los dos casos se excluye, por definición «el cambio de sentido y espíritu del fallo, toda vez que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras o adicionar lo que falta, debe moverse en el marco interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado» ( STC 55/2002, de 11 de marzo, y jurisprudencia allí citada).

»[...] Puede admitirse que el Auto de aclaración que da respuesta al recurso modifique el fallo, siempre que se pueda verificar que el error material consiste en «un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial» (por todas STC 216/2001, de 29 de octubre ). Dicho de otro modo, y completando el argumento anterior, "la corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la



única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario" (por todas STC 216/2001, de 29 de octubre ), salvo que concurra la excepción a la que ya se ha hecho referencia.

»Así pues el Tribunal Constitucional reconoce que el recurso de aclaración puede comportar excepcionalmente una revisión del sentido del fallo cuando «el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex art. 267 LOPJ , aun variando el fallo» (por todas STC 216/2001, de 29 de octubre )».

3.- Si se aplica la anterior doctrina al caso enjuiciado procedería acoger la primera causa de denuncia del exceso del auto de aclaración, pues no cabe hacer mención al primer semestre en atención a que la parte dispositiva de la sentencia menciona dos semestres de adaptación en sintonía con lo razonado en el párrafo sexto del fundamento de derecho tercero.

Por tanto el error es manifiesto, si bien el recurso incurre en este extremo en la falta de efecto útil, toda vez que la estimación en nada afectaría a una situación ya consolidada.

4.- En lo relativo a la segunda denuncia del complemento del auto, atinente a las pernoctas tras la escolarización de la menor, no cabe ser acogida, pues se trata de una especificación de lo decidido sobre ellas. En este caso para el periodo en que comience su escolarización, acorde con las peticiones de la recurrente, que había instado la aclaración, subsanación y complemento de la sentencia de la audiencia.

De todos modos también ha desaparecido el efecto útil del recurso en este extremo, por haberse consumado ya el plazo que se preveía.

5.- Por tanto el motivo, y con independencia de eventuales defectos formales de admisibilidad, debe ser desestimado.

#### **Recurso de casación.**

**QUINTO.-** *Decisión de la sala.*

1.- La parte recurrida construye unas causas de inadmisión totalmente artificiosas por notoria falta de fundamento:

(i) El encabezamiento y el desarrollo del motivo carece de discordancia, al ser, precisamente, la normativa citada la que sirve de sustento a la jurisprudencia de la sala, cuyas sentencias son citadas como de referencia al interés casacional.

Por tanto, ni se mezclan cuestiones heterogéneas ni existe falta de concreción en la vulneración que se denuncia.

El problema jurídico planteado aparece claro y diáfano.

(ii) La recurrente no plantea cuestión nueva ni va contra sus propios actos.

La sentencia recurrida, según se ha recogido, afirma que la madre solicitó que la menor mantuviese los apellidos de ella y, subsidiariamente, que el apellido del padre fuese en segundo lugar.

La misma petición es la que hace en el suplico del presente recurso.

Por tanto, lo mantenido en el recurso de apelación, que mereció la respuesta de la sentencia recurrida, es lo que mantiene en el recurso de casación; por lo que no se entiende que se trate de cuestión nueva ni que la recurrente vaya contra sus propios actos o incurra en *mutatio libelli*. Cuestión distinta es la decisión que merezca de la sala tal petición.

(iii) La parte no hace supuesto de la cuestión, pues los hechos no se ponen en entredicho. Solo se cuestiona la respuesta jurídica que se les ha dado por la audiencia.

(iv) La normativa citada, hubiese entrado en vigor o no, o las circunstancias a tener en cuenta para decidir sobre el orden de los apellidos, son contenido de las sentencias que cita la parte como doctrina jurisprudencial de referencia y, por ende, forma parte del ámbito de decisión sobre el fondo del motivo y no sobre su admisibilidad.





Por tanto, ni la normativa ni las sentencias citadas pueden calificarse de meramente instrumentales, sino demostrativas del conflicto jurídico producido; por lo que el interés casacional aducido no puede considerarse artificioso o inexistente.

2.- Aunque las sentencias de las instancias las desconocen, o al menos no las citan, lo cierto es que la sala, como recoge la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero .

3.- Recientemente así se recogía, como *ratio decidendi*, en la sentencia 658/2017, de 1 de diciembre , que afirma:

En concreto remite a ella la sentencia 621/2015 de 12 de noviembre , siguiendo el discurso lógico de aquella, en los siguientes términos:

«(i) En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil , artículos 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 es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre...».

»(ii) La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que 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 ).

»Así se hacía ver en la sentencia 582/2014, de 27 de octubre , con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte.

»El mayor exponente ha sido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, que ha sufrido una modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues, como afirma su Preámbulo, «[...] transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se ha producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución ».

»(iii) 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 inscribibles [...]» «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».

»Se ha insistido en esa doctrina, con mayor sustento, en las sentencias 621/2015, de 27 de octubre , 15/2016, de 28 de octubre , tras haber entrado en vigor el art. 49 de la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, latiendo en todas ellas como *ratio decidendi* de la cuestión el interés superior del menor que «no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su efectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales».

»Por todo ello ha declarado ( STS 15/2016, de 1 de febrero ) que lo relevante no es el 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 del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar.

»Es cierto que la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la STC, Sala segunda, 167/2013 de 7 de octubre , ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía. Pero, sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha





de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona».

»Para salir al paso de esa posible inducción a error se dictó la 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».

Precisamente por no constar ese beneficio, siempre bajo el interés superior del menor, es por lo que procede la estimación del recurso.»

**4.-** Precisamente es lo que sucede en el supuesto que se enjuicia y, por ende, procede estimar el recurso de casación.

No obstante, se ha de estar a la petición subsidiaria, pues la de mantener solo los apellidos de la madre no puede acogerse por los mismos argumentos que emplea la sentencia recurrida para desestimarla.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC se impone a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario de infracción procesal y no se le imponen las del recurso de casación.

No ha lugar a hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

## 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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Herminia contra la sentencia dictada, con fecha 14 de octubre de 2016, aclarada por auto de 9 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 226/2016, dimanante del juicio verbal de filiación n.º 117/2014 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Vigo.

**2.º-** Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Herminia, contra la ya mencionada sentencia.

**3.º-** Casar la sentencia recurrida en el extremo relativo al orden de los apellidos de la menor, y acordar que el primer apellido de ésta sea el primer apellido de la madre, Herminia, y el segundo apellido el primer apellido del padre, Edemiro, permaneciendo inalterables el resto de los pronunciamientos.

**4.º-** Se impone a la recurrente las costas del recurso de infracción procesal.

**5.º-** No se impone a la recurrente las costas del recurso de casación.

**6.º-** No ha lugar a hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

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.