



Roj: **ATS 1567/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1567A**

Id Cendoj: **28079110012019200756**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2019**

Nº de Recurso: **608/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 13/02/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 608/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 10 DE VALENCIA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 608/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Eduardo Baena Ruiz

En Madrid, a 13 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- La representación procesal de doña Lina y D.ª Loreto presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha de 27 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª), en el rollo de apelación n.º 815/2017 , dimanante del juicio de reclamación de paternidad n.º 407/2016 del Juzgado de Primera instancia n.º 4 de DIRECCION000 .

**SEGUNDO** .- Mediante Diligencia de Ordenación se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante este Tribunal por término de treinta días.

**TERCERO** .- Por la procuradora Sra. Martín Cabanillas en nombre y representación de la parte recurrente, se presentó escrito personándose ante esta sala en calidad de parte recurrente. Por el procurador Sr. de Goñi Echeverría en nombre y representación de don Obdulio , se presentó escrito de personación como parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

**CUARTO** .- Por providencia de fecha de 12 de septiembre de 2018 se puso de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

Solicitada por la parte recurrente la suspensión, respecto del trámite de alegaciones a la providencia de fecha 12 de septiembre de 2018 y acordada, se persona en las actuaciones y en su representación, el procurador Sr. Fernández Rodríguez.

**QUINTO** .- Alzada la suspensión, por la representación de la parte recurrente se presentó escrito, evacuando el traslado conferido, e interesando la admisión del recurso. Por la parte recurrida se presentó escrito interesando la inadmisión del recurso. El Fiscal mediante informe de fecha 9 de enero de 2019, consideró discutible las causas de inadmisión.

**SEXTO** .- Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir determinado en la DA 15.ª LOPJ .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Por la parte recurrente se formaliza recurso de casación al amparo art. 477.2 , 3.º LEC , invocando la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio verbal tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce casacional adecuado es el previsto en del art. 477.2 , 3º LEC , lo que exige al recurrente la debida justificación del interés casacional, en los términos dispuestos en los Acuerdos sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptados por esta Sala con fechas de 30 de diciembre de 2011 y de 27 de enero de 2017.

El recurso de casación se funda en un único motivo, por infracción de los arts. 18.1 CE , que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el art. 9.3 CE, sobre seguridad jurídica , 24 y 117 CE , art. 10 CE , sobre el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad y art. 39 CE , sobre protección a la familia. Como doctrina infringida cita las SSTS núm. 623/2009, de 8 de octubre , la núm. 94/2010 de 11 de marzo , la 579/2011 de 22 de julio , la 257/2013 de 29 de abril , 459/2013 de 19 de julio , la número 7672015 de 17 de febrero y 65172017 de 29 de noviembre.

Utilizado en el escrito el cauce del interés casacional, dicha vía casacional es la adecuada habida cuenta que el procedimiento se sustanció por razón de la cuantía, siendo ésta indeterminada.

Como se dice en STS 430/2017, de 7 de julio : "El Acuerdo de esta sala adoptado en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 sustituye al adoptado el 30 de diciembre de 2011, sin que la revisión de este por aquel sea sustancial sino clarificadora tras la experiencia de cinco años de aplicación de la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal".

**SEGUNDO** .- En esencia, los antecedentes son los siguientes: se ejerció acción de reclamación de paternidad con impugnación de la filiación inscrita a nombre de la madre no biológica, por el aquí recurrido frente a las recurrentes, casadas entre sí, y en relación a la menor Luna, nacida el NUM000 de 2016, solicitando se declare su paternidad así como los medidas y efectos a ello inherentes; la parte demandada, reconoció la realidad biológica de la paternidad del actor, pero se opuso alegando la falta de legitimación activa del actor a causa de la existencia de un contrato previo a la concepción de la menor en la que se acordaba la donación voluntaria del esperma del actor con asentimiento del destino que se le daba al mismo para la inseminación de doña Loreto , con renuncia del actor a reclamar cualquier derecho de paternidad sobre el nasciturus, contrato cuya autenticidad no se niega por el actor. Estimada la demanda se declara la paternidad extramatrimonial de la menor a favor del actor, y se rectifica la inscripción de nacimiento, debiendo ostentar la menor, primero el apellido del padre. En cuanto a los apellidos expresamente refiere de aplicación los arts. 55 LRC , 194 RRC y 109 CC , y resuelve que no efectuada la opción que este artículo prevé, el orden legal de apellidos es el primero del padre y el segundo el primero de la madre.



Recurrida la sentencia, reproduciendo los mismos motivos que en la contestación a la demanda, esto es que el actor renunció a la paternidad, y por tanto su falta de legitimación activa, la audiencia la confirma íntegramente, sobre la base de del art. 1255 y 1814 CC en relación con el 6.2 del mismo cuerpo legal , así como sobre la base de que no se ha acreditado que el reconocimiento de la paternidad del actor en relación con al menor le implique un perjuicio, más allá de la reorganización del grupo familiar , que no aparece como negativa para la menor por los interés de la hija, máxime tratándose de una niña de tan corta edad, abierta por tanto a la fijación y consolidación de nuevos vínculos familiares, por ello dispone que por aplicación del art. 2 LOPJM, no es posible ver un menoscabo para el bienestar de la menor.

Ni en demanda ni en la contestación a la demanda, ni en recurso de apelación y consiguiente oposición, se hace referencia expresa por las partes, ni por el Ministerio Fiscal, sobre el orden de apellidos.

**TERCERO** .- Expuesto lo anterior, el recurso de casación incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento ( art. 483.2 , 4.º LEC ), por plantear cuestiones que no afectan a la *ratio decidendi* de la sentencia, al rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida y plantear una cuestión nueva.

Pues bien, a pesar de la escasa técnica casacional utilizada en el recurso de casación, el cual incumple los requisitos mínimos de admisibilidad, tal y como resulta de los acuerdos de admisión aplicables, y dado el interés superior del menor que preside la materia, el único motivo incurre en la causa de inadmisión citada.

Así, sostiene el recurrente en el escrito de interposición del recurso que la sentencia recurrida infringe la doctrina de la sala, en la cuestión relativa al orden de apellidos de la menor, que como se dijo, no fue planteado en la Litis, de forma que ante la ausencia de petición expresa, lo que hace la sentencia es aplicar el régimen legal de apellidos contenido en los arts. 109 CC y Ley y Reglamento RC. Siendo que además la sentencia aquí recurrida, fundamenta la confirmación de la sentencia en el principio superior de interés de la menor.

La STS 393/2017, de 21 de junio ha declarado que: "Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre ( sentencias 579/2011, de 22 julio ; 578/2011, de 21 julio . 641/2011, de 27 septiembre , 431/2016, de 27 de junio , entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas".

Por todo ello el recurrente, elude o soslaya, de esta forma, la parte recurrente la razón decisoria de la resolución impugnada, por lo que no puede plantearse en la segunda instancia una cuestión nueva, como la planteada en este recurso, ya que debería de haberse realizado en todo caso en el procedimiento correspondiente, con la debida contradicción de las partes.

En consecuencia, no resulta posible que la sentencia recurrida haya vulnerado una doctrina en relación a un problema jurídico no planteado en segunda instancia, y ajeno, en definitiva, a la resolución ahora impugnada. Y es que es doctrina reiterada de esta sala que dicho planteamiento no está permitido en casación al implicar indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate procesal ( AATS 8 de enero de 2013, Rec. 145/12 , 29 de enero de 2013, Rec. 1131/12 , entre muchos otros).

Por todo ello, no resulta posible tomar a consideración las manifestaciones realizadas por el recurrente en el trámite de alegaciones, en relación a la admisión del recurso interpuesto.

**CUARTO** .- Consecuentemente, procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 LEC , dejando sentado el art. 483.5 LEC que contra este auto no cabe recurso alguno.

**QUINTO** .- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 LEC y habiéndose presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

**SEXTO** .- La inadmisión del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido al amparo de la DA 15.ª LOPJ .

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA :



1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Lina y D.ª Loreto contra la sentencia dictada con fecha de 27 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª), en el rollo de apelación n.º 815/2017 , dimanante del juicio de reclamación de paternidad n.º 407/2016 del Juzgado de Primera instancia n.º 4 de DIRECCION000 .

2º) Imponer las costas a la parte recurrente, quién perderá el depósito constituido.

3º) Declarar firme dicha sentencia.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal únicamente a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta sala y del Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ