



Roj: **STS 813/2018 - ECLI:ES:TS:2018:813**

Id Cendoj: **28079110012018100127**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2018**

Nº de Recurso: **2940/2017**

Nº de Resolución: **130/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP OU 367/2017,**
STS 813/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 130/2018

Fecha de sentencia: 07/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2940/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 2940/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 130/2018

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.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 7 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 19 de mayo de 2017 por la Audiencia Provincial de Orense (Sección 1.^a), en el rollo de apelación núm. 104/2017, dimanante de los autos de juicio de verbal de reclamación de paternidad número 34/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Verín.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.^a Herminia Moreira Álvarez, en nombre y representación de D. Íñigo

No ha comparecido ante esta sala la parte recurrida.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los tribunales D.^a María Herminia Moreira Álvarez, en nombre y representación de D. Íñigo, formuló demanda de reclamación de paternidad no matrimonial y adopción de medidas paterno filiales contra D.^a Crescencia, suplicando al Juzgado:

«SUPLICO AL JUZGADO tenga por presentado este escrito y sus copias y los documentos que se acompañan, lo admita y tenga por formulada DEMANDA DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD NO MATRIMONIAL y adopción de medidas paterno filiales derivadas de la misma a instancia de D. Íñigo, contra D^{ña}. Crescencia y siguiendo el procedimiento con arreglo a derecho dicte sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos:

»1º.- se declare que la menor es hija no matrimonial de D. Íñigo.

»2º.- se ordene la oportuna inscripción de la paternidad en el Registro Civil.

»3º.- se acuerde la modificación de los apellidos de la menor.

»4º.- se adopten las medidas paterno filiales derivadas del reconocimiento de la paternidad desarrolladas en el cuerpo de este escrito.

»5º.- se condene a la contraria al pago de las costas del presente proceso por estar en su mano el haber evitado el mismo.»

2. Por Decreto de 12 de julio de 2016, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador D. Evaristo Francisco Manso, en nombre y representación de D.^a Crescencia, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado:

«[...] me tenga por parte en el presente procedimiento y tenga por contestada en tiempo y forma la demanda planteada de contrario, dictándose en su día sentencia de acuerdo con la prueba que se practique y de las peticiones de esta parte en el presente escrito.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Verín, dictó sentencia el 19 de diciembre de 2016, con el siguiente fallo:

«Se ESTIMA la demanda formulada por la procuradora Sra. Herminia Moreira Álvarez en nombre y representación de D^o Íñigo frente a D^a Crescencia, representada por el procurador Sr. Evaristo Francisco Manso, y en consecuencia se DECLARA que la menor Alejandra es HIJA BIOLÓGICA NO MATRIMONIAL de D^o Íñigo. Firme la presente líbrese comunicación al Encargado del Registro Civil donde consta inscrito el nacimiento de la menor, a fin de ordenar que se practiquen las anotaciones y rectificaciones oportunas de manera que se haga constar que D. Íñigo es el padre biológico de Alejandra, que tendrá como primer apellido el primero de su padre (Íñigo) y como segundo el primero de su madre (Crescencia). Por lo que se refiere a la regulación de las relaciones paterno filiales, se aprueba el acuerdo alcanzado por las partes en el acto del



plenario, reflejado en el escrito de fecha 16 de diciembre de 2016 obrante en las actuaciones, estableciendo las siguientes medidas:

- » Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor de edad, Alejandra , a su madre D^a Crescencia .
- » Se atribuye la patria potestad a ambos progenitores.
- » Se acuerde fijar el siguiente régimen de visitas:
 - » PRIMER TRAMO.- desde el día 26 de diciembre de 2016 hasta el día 31 de marzo de 2017.
 - » El padre podrá visitar a su hija los lunes y miércoles de todas las semanas desde las 15.30 hasta las 17 horas.
 - » La primera visita será el lunes día 26 de diciembre de 2016.
 - » La recogida y entrega de la menor se realizará en el "parque de bolas" sito en la calle Espido s/n de Verín.
 - » SEGUNDO TRAMO.- desde el día 1 de abril hasta el 31 de julio de 2017.
 - » La semana cuyo fin de semana la menor estará con la madre, el padre podrá verla en la forma indicada en el apartado anterior, es decir el padre podrá visitar a su hija los lunes y miércoles desde las 15.30 hasta las 17 horas.
 - » La recogida y entrega de la menor se realizará en el "parque de bolas" sito en la calle Espido s/n de Verín.
 - » En semanas alternas el padre disfrutará de la compañía de su hija el fin de semana desde el sábado a las 12 de la mañana hasta el domingo a las 18 horas. Esta semana no habrá por tanto visita intersemanal.
 - » Para verificar la visita de fin de semana la niña se recogerá y se entregará en el domicilio materno.
 - » TERCER TRAMO.- se hace una mención especial al mes de agosto de 2017 en el que la menor estará con la madre una quincena íntegra en concepto de vacaciones y con el padre todos los fines de semana de la otra quincena de este mismo mes desde el viernes a las 18 horas hasta el domingo a las 20 horas.
 - » Para verificar las visitas de fin de semana correspondientes a la quincena del padre en el mes de agosto, la niña se recogerá y se entregará en el domicilio materno.
 - » La madre tiene la obligación de comunicar al padre fehacientemente la quincena del mes de agosto que elige con al menos dos meses de antelación para facilitar que el padre solicite en su puesto de trabajo su periodo de vacaciones.
 - » CUARTO TRAMO Y DEFINITIVO.- desde el 1 de septiembre de 2017 en adelante. La semana cuyo fin de semana la menor estará con la madre.- el padre podrá verla los miércoles y los viernes verificando la visita del modo que a continuación se expresa:
 - » El miércoles.- desde la hora de la salida del colegio hasta una hora y media después. El padre recogerá a su hija en el centro escolar y la reintegrará a la madre en el precitado "parque de bolas" de la localidad de Verín. Si finalmente el centro escolar al que acude la menor no cursa actividad lectiva los miércoles por la tarde, la visita de la menor será de 15.30 a 17 horas siendo el punto de recogida y entrega el parque de bolas referido.
 - » Los viernes.- la visita será de 15.30 a 17 horas siendo el punto de recogida y entrega de la hija el parque de bolas referenciado en apartados anteriores.
 - » En semanas alternas.- el padre disfrutará de la compañía de su hija el fin de semana desde el viernes a las 18 horas hasta el domingo a las 20 horas. Esta semana no habrá por tanto visita intersemanal.
 - » Para verificar la visita de fin de semana la niña se recogerá y se entregará en el domicilio materno.
 - » En caso de que exista puente escolar de lunes/martes o jueves/viernes o en definitiva cualquier variedad de puente escolar que una días no lectivos con fines de semana, la menor estará con el progenitor al que le corresponda estar ese fin de semana.
 - » Las vacaciones de navidad y semana santa se dividirán en dos periodos iguales tomando de referencia el calendario escolar del colegio al que acude la menor y en defecto del mismo el calendario que publica anualmente la Consellería de educación de la Xunta de Galicia.
 - » La madre elegirá su turno de periodos vacacionales en los años pares y el padre lo hará en los impares. Ambos tienen la obligación de comunicarlo su elección cuando le corresponde elegir el periodo, con al menos dos meses de antelación.



- » El carnaval no se dividirá entre los progenitores en atención a su corta duración sino que se disfrutará íntegro y alternativamente por cada progenitor, un año la menor estará con la madre y otro con el padre y así sucesivamente. En el año 2018 comenzará la madre estando con su hija en estas vacaciones.
- » En cuanto al verano se dividirá en dos quincenas el mes de julio y el mes de agosto. La menor estará con la madre las dos primeras y con el padre las dos segundas quincenas o viceversa. Tal como se ha explicado anteriormente la madre elegirá su periodo de vacaciones en los años pares y el padre lo hará en los impares. Ninguno de los dos progenitores podrá unir dos quincenas porque supondría estar con su hija un mes continuado.
- » Todos los periodos extraordinarios de vacaciones interrumpen las visitas ordinarias que se reanudarán al finalizar el periodo extraordinario de vacaciones estando la hija el primer fin de semana con el progenitor contrario al que le haya correspondido estar el último fin de semana anterior al periodo vacacional.
- » Ambos progenitores se comprometen a facilitar la comunicación del otro progenitor con su hija cuando se encuentra en su compañía, mediante llamada telefónica una vez al día en horario que no dificulte el descanso con la menor.
- » Don Íñigo contribuirá con una pensión de alimentos, a favor de su hija menor, Alejandra , con la cantidad mensual de 170 euros cantidad que será revisada anualmente en función de las variaciones que sufra el IPC o patrón que lo sustituya y que le será entregada a la madre dentro de los primeros cinco días de cada mes, mediante ingreso bancario en el número de cuenta bancario que indique la madre. Ambos progenitores abonarán al 50% los gastos extraordinarios de la hija siempre que los mismos nazcan del consenso o deriven de una situación de fuerza mayor. Los gastos realizados de modo unilateral por uno de los progenitores sin la comunicación previa al otro ni la búsqueda del consenso se abonarán en exclusiva por el progenitor que haya decidido unilateralmente realizar el gasto.»

SEGUNDO. - *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.^a Crescencia , correspondiendo su resolución a la sección primera de la Audiencia Provincial de Ourense, que dictó sentencia el 19 de mayo de 2017 , con la siguiente parte dispositiva:

«Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.^a Crescencia contra la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Verín en autos de juicio de filiación 134/2016 -rollo de Sala 104/2017-, cuya resolución se revoca en el sentido de ordenar que el orden de los apellidos de la menor sea el primero el de la madre y, el segundo, el del padre; todo ello, sin hacer expreso pronunciamiento en costas.»

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

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Íñigo , considerando infringida la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, el art. 49 de la Ley de Registro Civil , art. 109 CC , art. 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil , art. 194 del Reglamento del Registro Civil , Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio.

2.- La sala dictó auto el 13 de diciembre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Íñigo , contra la sentencia dictada con fecha 19 de mayo de 2017 por la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.^a), en el rollo de apelación núm. 104/2017 , dimanante de los autos de juicio de verbal de reclamación de paternidad número 34/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Verín.

»2º) Dar traslado al Ministerio Fiscal, para que formalice en su caso la oposición al recurso de casación interpuesto.»

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe de 20 de diciembre de 2017 interesó la desestimación del recurso de casación.

4.- No se ha personado la parte recurrida.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 20 de febrero de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de Antecedentes.*

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

1.- Con fecha 3 de junio de 2016 la representación de D. Íñigo presentó demanda contra D.^a Crescencia , en la que tras exponer que fruto de una relación sentimental entre ambos había nacido el NUM000 de 2014 Alejandra , terminaba suplicando que se declarase que la menor es hija no matrimonial de D. Íñigo , ordenando la oportuna inscripción registral de la paternidad y acordando la modificación de los apellidos de la citada menor, si bien sin especificar el orden de éstos y sin inferirse éste ni de los antecedentes de hecho ni de la fundamentación jurídica de la demanda.

También se solicitaba que se adoptasen las medidas paternofiliales que figuraban en el cuerpo de la demanda.

2.- La parte demandada, al contestar a la demanda, siguiendo las pautas de ésta, no hizo mención al orden de los apellidos de la menor y contrajo el debate, como el actor, con precisión y detalle, a las medidas paternofiliales, pues mostró su conformidad al hecho de la paternidad.

3.- El demandante se encontraba casado y era padre de una hija nacida el NUM001 de 1998.

4.- La sentencia de primera instancia, sin citar normativa legal o jurisprudencia sobre el orden de los apellidos, estimó la demanda y ordenó que en la inscripción registral la menor Alejandra tuviese como primer apellido el primero del padre y como segundo el primero de la madre.

Respecto de la regulación de las relaciones paternofiliales aprobó el acuerdo alcanzado por las partes en el acto del plenario.

5.- La representación procesal de D.^a Crescencia interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia por entender que había infringido, al decidir sobre el orden de los apellidos de la menor, el art. 109 CC .

En atención a él afirma que se ha de estar, en primer lugar, a lo que los padres decidan de común acuerdo sobre el orden de los apellidos, pero tal acuerdo o desacuerdo no existió porque no fue objeto de debate en los escritos rectores del proceso, que se concretarán a las relaciones paternofiliales.

Añade la apelante que, aunque desconoce si hay acuerdo a tal fin, en el caso de que existiese desacuerdo el primer apellido de la hija ha de ser el de la madre, en atención al interés superior del menor, y cita en apoyo de su pretensión en el recurso de apelación la sentencia de esta sala de 17 de febrero de 2015 .

6.- La representación procesal de la parte actora se opuso al recurso de apelación con los siguientes argumentos: (i) El orden de los apellidos no fue objeto de discusión entre las partes porque ambas estaban conformes con que se realizase conforme a lo previsto en la ley. La normativa es que, en caso de desacuerdo el primer apellido sea el del padre y el segundo de la madre.

(ii) La jurisprudencia es unánime al explicar la regulación del Código Civil y de la Ley del Registro Civil sobre la materia, haciendo mención al art. 1 de la Ley 40/1999 que dio una nueva redacción al art. 109 CC .

Cita, en apoyo de su tesis sentencias de Audiencia Provinciales.

(iii) Acudiendo al interés superior del menor, el cambio de apellidos de Alejandra no le causaría ningún perjuicio por ser aún pequeña, dos años, y no tener conciencia de identidad, relaciones sociales, amigos y no asistir aún al colegio.

Además tiene una hermana de rama paterna y sería importante para el correcto desarrollo de su personalidad e identidad propia, la coincidencia con aquella en el apellido del progenitor.

7.- El recurso de apelación fue estimado por la sección nº 1 de la Audiencia Provincial de Ourense en sentencia, aquí recurrida, de fecha 19 de mayo de 2017 .

El Tribunal razona que la decisión del Juzgado de Primera Instancia era el criterio seguido por todas las resoluciones dictadas con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley de Registro Civil de 21 de julio de 2011, pues esta ley modifica sustancialmente la solución y, caso de desacuerdo, decide el Encargado del Registro Civil teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Cita en apoyo de la estimación del recurso la STC de 7 de octubre de 2013 y las SSTs de 17 de febrero de 2015 ; 12 de noviembre de 2015 y 15/2016 , de 1 de febrero.

Concluye que no hay que preguntarse si la modificación del apellido perjudica a la menor sino si le beneficia, y si no consta, como es el caso, ese beneficio no procede modificar el primer apellido con el que aparece inscrita desde su nacimiento.

8.- La parte actora interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional.



Considera infringida la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, el art. 49 de la Ley de Registro Civil , art. 109 CC , art. 53 y siguientes de la Ley de Registro Civil , art. 194 del Reglamento del Registro Civil , Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio.

Considera además que la sentencia que se recurre es contraria a la jurisprudencia de la sala por contradecir el interés superior de la menor, que es el que se ha de valorar al establecer el orden de los apellidos. Cita como sentencia de referencia de la sala la 76/2015 de 17 de febrero ; 12 de noviembre de 2015; 29 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2012, con especial énfasis en la de fecha 10 de noviembre de 2016.

En el desarrollo del motivo aduce que «el beneficio es el derivado de facilitar el óptimo desarrollo de la personalidad de la menor teniendo en cuenta sus circunstancias personales y familiares y no de espaldas a ellas. Si la menor tiene una hermana de vínculo paterno que ha sido inscrita con el primer apellido del padre que es el progenitor que comparten resultará facilitador para ambas la coincidencia de ese apellido en el mismo orden lo que ahondará en la correcta identificación de la menor y en la aceptación de su realidad personal y familiar más cuando por su corta edad no se le causará ningún perjuicio al cambiar los apellidos que su madre decidió para ella de modo unilateral porque ni siquiera tiene conciencia de ellos.»

9.- La sala dictó auto el 13 de diciembre de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida no se ha personado en el recurso.

10.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de casación.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- Ambas partes coinciden en el recurso de apelación, que es cuando se ha planteado el debate, que la cuestión nuclear es el interés superior del menor, así como coinciden en la doctrina que el Tribunal Supremo tiene sentada al respecto, y que recoge fielmente la sentencia recurrida.

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»

La parte recurrente hace descansar el beneficio en que su hija matrimonial y la extramatrimonial tendrían el mismo apellido y ello facilitaría el óptimo desarrollo de la personalidad de la segunda.

La sala, teniendo en cuenta la notable diferencia de edad de ambas, necesitaría apoyo de informes periciales "ad hoc" que le ilustrasen sobre ese beneficio, pues no existe más que la opinión del recurrente.

En defecto de informes de tal naturaleza no puede aventurarse a admitir la existencia de un beneficio que ignora.

Por todo ello procede desestimar el recurso.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC se imponen las costas a la parte recurrente.

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 de casación interpuesto por la representación procesal de D. Íñigo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense (Sección 1.ª), con fecha 19 de mayo de 2017, en el



rollo de apelación núm. 104/2017 , dimanante de los autos de juicio de verbal de reclamación de paternidad número 34/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Verín.

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

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ