



Roj: **STS 4266/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4266**

Id Cendoj: **28079110012017100619**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2017**

Nº de Recurso: **207/2017**

Nº de Resolución: **658/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16412/2016,**
STS 4266/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 658/2017

Fecha de sentencia: 01/12/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 207/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 207/2017

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. 658/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 1 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, en el rollo de apelación 1531/2016, dimanante de los autos de juicio sobre reclamación de filiación paterna 103/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Collado Villalba.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente doña Graciela, representada por la procuradora D.^a M.^a Dolores Tejero García-Tejero, bajo la dirección letrada de D.^a Eva Torres Mondejar.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida D. Cristobal, representado por la procuradora doña Sofía Teresa Gutiérrez Figueiras, asistida de la letrada del ICAM D.^a Susana Muñoz Maestroarena.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Sandra Otero Romero, en nombre y representación de D. Cristobal, interpuso demanda de juicio verbal de acción de filiación sobre reconocimiento de paternidad biológica, contra D.^a Graciela, suplicando al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, los documentos que se acompañan, y las manifestaciones que en él se contienen, se sirva admitir todo ello, teniendo por comparecida y parte en la representación que ostenta, a la Procuradora que suscribe y teniendo por formulada DEMANDA DE JUICIO VERBAL EN ACCIÓN DE FILIACIÓN sobre RECONOCIMIENTO O DETERMINACIÓN DE PATERNIDAD BIOLÓGICA, contra Da Graciela y en mérito de lo expuesto, y seguido que sea el procedimiento, en el que deberá intervenir el Ministerio Fisca I, por sus trámites, entre los que deberán verificarse pruebas biológicas de paternidad solicitadas, con carácter de prueba anticipada, y ante su previsible resultado positivo, dicte en su día Sentencia, por la se estime íntegramente la Demanda, dictando Sentencia, que acuerde:

»1º Se declare que el Sr. Cristobal es el padre biológico de * Vicenta *, ostentando filiación paterna sobre su hija y que se condene a la demandada a estar y pasar por esa declaración.

»2º Se acuerde la rectificación de la inscripción de nacimiento de * Vicenta * en el Registro Civil que corresponda, a fin de introducir los datos de Donjuán Cristobal, como padre de la menor; así como en los apellidos de la niña, pasando a quedar con el apellido de su padre en primer lugar, y el de su madre en segundo lugar, esto es Florinda, librándose el oportuno mandamiento al Registro Civil, a tal efecto.

»Y todo ello con expresa condena en costas para la demandada, si se opusiere a la presente demanda.»

2.- Por decreto de 1 de marzo de 2016 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los tribunales D. Luciano Vidal Franco, en nombre y representación de D.^a Graciela, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

« Que teniendo por presentado el presente escrito de demanda, lo admita, junto con los documentos de su razón, de de traslado del mismo a la otra parte, señalar día y hora para el acto del juicio, y en su día dicte la sentencia siguiente:

»1.- Reconocimiento en cuanto a la paternidad biológica al demandante.

»2.- Se acuerde la rectificación de la inscripción en cuanto a introducir los datos pertinentes para declarar que D. Cristobal es padre de la menor PERO EN CUANTO A CAMBIAR EL ORDEN DE LOS APELLIDOS DEBERÁ APARECER EL DE LA MADRE EN PRIMER LUGAR TAL Y COMO SE ENCUENTRA EN LA ACTUALIDAD.»

4.- El Juzgado dictó sentencia el 6 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente en su pretensión principal la demanda de determinación de filiación paterna extramatrimonial formulada por la representación procesal de Don Cristobal contra Doña Graciela debo declarar y declaro que la menor Vicenta, nacida el NUM000 de 2015 (REGISTRO CIVIL DE GALPAGAR SECCIÓN 1a TOMO NUM001 FOLIOS NUM002 - NUM003) es hija de Don Cristobal con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y en relación a los apellidos precédase a mantener el primer apellido



materno " Coro " y a inscribir como segundo apellido el del padre" Cristobal ". No se hará pronunciamiento sobre costas procesales. Firme que sea la presente remítase testimonio al Registro Civil correspondiente a los efectos oportunos para proceder conforme al fallo de la presente y a rectificar el segundo apellido de la menor. Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Apelación en el plazo de veinte días desde su notificación, previa consignación de la cantidad de 50 euros en la cuenta de consignaciones del Juzgado.»

SEGUNDO.-

1.- La representación procesal de D. Cristobal , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su tramitación a la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 13 de diciembre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando el recurso de apelación formulado por D. Cristobal contra la sentencia dictada, de fecha 6 de junio de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Collado Villalba , en procedimiento sobre reclamación de paternidad seguido, bajo el nº 103/2016, entre dicho litigante y D.ª Graciela , debemos revocar y revocamos el pronunciamiento de dicha resolución acerca del orden de los apellidos y, en su lugar, declaramos que la común descendencia ostentará, como primer apellido, el del padre (Cristobal), y como segundo el de la madre (Graciela), a cuyo fin deberá ser comunicada esta resolución, una vez firme, al Registro Civil donde consta inscrito el nacimiento.»

2.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D.ª Graciela , con base en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el precitado artículo 477.2.3º, la existencia de interés casacional se constata por vulneración del «Principio del Interés Superior del Menor» tal y como ha sido recogido por la Sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2016, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el precitado artículo 477.2.3º, la existencia de interés casacional se constata por vulneración del art. 14 de la Constitución en relación con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, art. 1 y 3 .

Tercero.- Al amparo igualmente de lo establecido en el art. 477.2.3.º, por vulneración de lo establecido en el art. 18.1, en cuanto a la interpretación otorgada del derecho a la propia imagen del menor realizada por la sentencia citada de contraste, a la luz de lo ya establecido tanto por el Tribunal Constitucional, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cuarto.- Al amparo igualmente de lo establecido en el art. 477.2-3, por vulneración de lo establecido en el art. 39 de la CE en relación con la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y la Carta Europea de los Derechos del Niño.

2.- La sala dictó auto el 5 de julio de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Graciela , contra la sentencia dictada, con fecha 13 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, en el rollo de apelación 1531/2016 , dimanante de los autos de juicio sobre reclamación de filiación paterna 103/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Collado Villalba.

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

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe emitido el 21 de julio de 2017, se adhiere al recurso de casación y solicita su estimación.

4.- La representación procesal de D. Cristobal , presentó escrito ante esta sala y manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 28 de noviembre de 2017 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se expresan a continuación.



1.- El 23 de febrero de 2016 D. Cristobal formuló demanda de determinación legal de la filiación frente a D.ª Graciela , con quien había mantenido una relación sentimental de la que quedó embarazada y dio a luz una niña el día NUM000 de 2015.

Con fundamento en tales hechos solicitó que en sentencia se declare la filiación paterna de la menor y que se acuerde la rectificación de la inscripción de nacimiento de la misma a fin de introducir los datos del demandante y que el apellido paterno pase a ser el primero.

2.- La parte demandada reconoció en la contestación a la demanda la paternidad del demandante, pero se opuso a la rectificación del apellido solicitada de contrario, por cuanto si bien es cierto que, según el art. 194 RRC , se impondrá en primer lugar el apellido paterno, tal solución favorece el predominio de la desigualdad, máxime, cuando durante el embarazo y crianza de la niña se ha visto sola.

3.- La sentencia dictada en primera instancia, con cita de la sentencia de esta sala de 17 de febrero de 2015 , desestima la petición del padre sobre los apellidos. Ante la falta de acuerdo de los progenitores, la juzgadora mantiene la opción de fijar el primer apellido de la madre y el segundo del padre, de acuerdo con la opción de la madre en el interrogatorio y que considera justificada: « [...] por ser ella quién se ha venido haciendo cargo de la menor desde que nació y de cara a terceros la menor lleva ostentando casi un año los apellidos maternos [...]».

4.- Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial del Madrid dictó sentencia que estima el recurso de apelación y declara que la menor ostentará como primer apellido el del padre y como segundo el de la madre.

La sentencia recurrida con cita y extracto de la sentencia del Tribunal Supremo 15/2016, de 1 de febrero , argumenta que pese a la orientación jurisprudencial:

«[...] en el supuesto contemplado no concurren las circunstancias que permiten, o inclusive exigen, prescindir del criterio expuesto en la normativa aún vigente, ya que el apelante presentó la su demanda de reclamación de paternidad cuando apenas habían transcurrido seis meses desde el nacimiento de la común descendiente, no encontrándose por tanto la misma entonces incorporada a un centro escolar, y ni siquiera a una guardería, (...) Tampoco en el ámbito social social la menor ha mantenido los apellidos de la madre con un cierto periodo de permanencia que aconseje, en aras de su interés prioritario y en evitación de enojosos problemas administrativos, modificar el orden que, respecto de sus apellidos, recoge la repetida normativo[...].»

A mayor abundamiento en cuanto a la conducta del demandante durante el embarazo, nacimiento y periodo inmediatamente posterior, sin prueba alguna de dejación maliciosa de sus deberes, considera que no puede condicionar la respuesta judicial conforme la doctrina jurisprudencial que pondera circunstancias distintas.

5.- El recurso de casación, se estructura en dos apartados el primero por infracción de las normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento y el segundo relativo a infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. El primer apartado se estructura en cuatro motivos, con un epígrafe posterior de antecedentes. Los cuatro motivos tienen la siguiente formulación.

El primero: «[...]Al amparo de lo establecido en el precitado artículo 477.2.3º, la existencia de interés casacional se constata por vulneración del «Principio del Interés Superior del Menor» tal y como ha sido recogido por la Sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2016, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo , establecida de contraste, en relación con lo establecido en la Ley 20/2011 de 21 de Julio del Registro Civil, cuya entrada en vigor se producirá en julio de 2015, si bien los principios informadores de la misma, deben inspirar todas las resoluciones judiciales posteriores a su publicación, tal y como razonadamente argumenta la sentencia del TS[...].»

El segundo: «[...]Al amparo de lo establecido en el precitado artículo 477.2.3º, la existencia de interés casacional se constata por vulneración del art. 14 de la Constitución en relación con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, art. 1 y 3 , en relación igualmente con los principios informadores de la precitada Ley 20/2011 de 21 de julio, que lo aplican, al prescindir de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno, permitiéndose que ambos progenitores decidan sobre el orden del mismo, o como en el presente caso, la autoridad judicial[...].»

El tercero: «[...]Al amparo igualmente de lo establecido en el art. 477.2.3.º, por vulneración de lo establecido en el art. 18.1, en cuanto a la interpretación otorgada del derecho a la propia imagen del menor realizada por la sentencia citada de contraste, a la luz de lo ya establecido tanto por el Tribunal Constitucional, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[...].»

El cuarto: «[...]Al amparo igualmente de lo establecido en el art. 477.2-3, por vulneración de lo establecido en el art. 39 de la CE en relación con la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y la Carta Europea de los Derechos del Niño[...].»



La parte recurrente, invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 76/2015, de 17 de febrero, 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.

6.- La sala dictó auto el 5 de julio de 2017 en el que se acordó admitir el recurso de casación.

7.- La parte recurrida, previo el oportuno traslado, se opuso al recurso.

Alega, consciente de la reciente doctrina de la sala, según reconoce, que resulta aconsejable y beneficioso que la pequeña de tan solo dos años, lleve como primer apellido el de su padre, ya que, si bien en el presente momento pudiere resultar irrelevante, podría ser muy, muy beneficioso de cara al futuro de la menor, precisamente por la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

Es decisivo y trascendental, para la menor, que al menos pueda saber en el futuro, que lleva como primer apellido, el apellido de su padre biológico, porque el mismo se empeñó, ante la postura disolvente o separadora de su madre, cuando era tan solo un bebé.

8.- El Ministerio Fiscal, con cita actualizada de la doctrina de la sala, se adhiere al recurso de casación y solicita su estimación.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

1.- Ante todo se ha de reconocer en beneficio de la sentencia recurrida el fiel conocimiento y aplicación de la doctrina de la sala sobre la materia.

Si no alcanza a citar la sentencia de pleno, a que luego se aludirá, es por la cercanía de fechas entre ambas, con lo que habría problemas de consulta.

2.- La sala, como citan las sentencias de ambas instancias, las partes 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

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 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».



3.- 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.

4.- 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».

5.- 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.

Los argumentos de la parte recurrida obedecen a unos esquemas de desigualdad superados por la CE y por la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, pues se detienen en que en el día de mañana sería muy beneficioso para la menor que su primer apellido fuese el del padre, pero no justifica porque, salvo que se refiera a la diferencia de sexo, pues, sin negarle su interés o preocupación por la hija, tampoco cabe negárselo a la madre.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 298.1 LEC no ha lugar a imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

Se condena a la parte apelante a las costas del recurso de apelación, que se desestima.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso interpuesto por doña Graciela, contra la sentencia dictada con fecha 13 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, en el rollo de apelación 1531/2016, dimanante de los autos de juicio sobre reclamación de filiación paterna 103/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Collado Villalba.

2.º Casar la sentencia recurrida y, con asunción de la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, que se confirma, y cuya firmeza se declara.

3.º No imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

Se condena a la parte apelante a las costas del recurso de apelación.

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.

Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller

Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz



M.ª Ángeles Parra Lucán

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ