



Roj: **STS 4839/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4839**

Id Cendoj: **28079119912016100028**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **10/11/2016**

Nº de Recurso: **2191/2015**

Nº de Resolución: **659/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 659/2016

Fecha de sentencia: 10/11/2016

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2191/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena** Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera

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

Transcrito por: ezp

Nota:

Resumen

Filiación.

Orden de los apellidos en los supuestos de acciones de reclamación de paternidad no matrimonial, existiendo desacuerdo de los progenitores.

CASACIÓN núm.: 2191/2015

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

PLENO

Sentencia núm. 659/2016

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente



D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. **Eduardo Baena** Ruiz

En Madrid, a 10 de noviembre de 2016.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 12 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) en el rollo de apelación n.º 116/2015, dimanante de los autos de filiación n.º 1833/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Córdoba.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el procurador don Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de doña Enriqueta, en calidad de parte recurrente

La parte recurrida no se ha personado ante esta Sala. Es 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 doña María José Jiménez Ortega, en nombre y representación de don Melchor, formuló demanda de juicio verbal de acción de reclamación de paternidad no matrimonial contra doña Enriqueta y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

«Con intervención del Ministerio Fiscal, se dicte sentencia por la que se declare que los menores Simón y Nicolasa son hijos no matrimoniales de mi representado, practicándose la oportuna inscripción registral de filiación y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada, junto a los demás que en derecho proceda».

2.- El Ministerio Fiscal, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas.

3.- La procuradora doña Amalia Sánchez Anaya, en nombre y representación de doña Enriqueta, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«Por la que se declare la paternidad del actor respecto de sus dos hijos, procediendo a la inscripción registral de la filiación con los apellidos Enriqueta Melchor, con expresa condena en costas del mismo».

»Y formulando demanda reconvenional alegó los hechos y fundamentos que consideró de aplicación para terminar suplicando el juzgado dicte sentencia:

»Por la que con estimación de la misma acuerde que Nicolasa y Simón son hijos no matrimoniales del demandado, acordando que ambos hijos conserven en primer lugar el apellido materno Enriqueta, seguido del paterno Melchor, en interés del menor, acordándose la inscripción registral correspondiente».

4.- La procuradora doña María José Jiménez Ortega, en nombre y representación de don Melchor contestó a la reconvenición, allanándose a parte de las pretensiones de la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia:

«Con estimación de la demanda interpuesta por esta representación y desestimación de la reconvenición con respecto a la conservación del primer apellido de la madre, seguido por el del padre, acuerde haber lugar a que el primer apellido sea el del padre y el segundo sea el primero de la madre, con expresa imposición de costas a la parte reconviniente».

5.- En el acto del juicio se practicaron las pruebas que se consideraron pertinentes con el resultado obrante en autos.



6.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Córdoba dictó sentencia el 24 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«QUE ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA presentada por DON Melchor , representado por la Procuradora Sra. Jiménez Ortega Y ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA RECONVENCIONAL presentada por D^a Enriqueta representada por la Procuradora Sra. Sánchez Anaya siendo parte el MINISTERIO FISCAL, DEBO DECLARAR Y DECLARO que DON Melchor es el padre biológico de los menores Nicolasa y Simón y DEBO ACORDAR Y ACUERDO la rectificación de los apellidos de los menores en el Registro Civil de Córdoba debiendo ser inscritos como primer apellido con el paterno Melchor y como segundo apellido con el materno Enriqueta y, todo ello, sin que proceda efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de doña Enriqueta interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su tramitación a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba, que dictó sentencia el 12 de mayo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«FALLAMOS: Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Enriqueta contra la sentencia dictada con fecha 24.9.2014 por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de esta capital , que se confirma íntegramente con imposición a la recurrente de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal».

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

1.- La procuradora doña Amalia Sánchez Anaya, en nombre y representación de doña Enriqueta , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, 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 2015, 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. 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 hombre 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, permitiendo que ambos progenitores decidan sobre el orden del mismo, o, como en el presente caso, la autoridad judicial. Tercero.- Al amparo igualmente de lo establecido en el art. 477.2-3º, 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 6 de abril de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DOÑA Enriqueta , contra la sentencia dictada, con fecha 12 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) en el rollo de apelación nº 116/2015 , dimanante de los autos de filiación nº 1833/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Córdoba.

»2º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 485 LEC , no estando personada, ante esta Sala, la parte recurrida, procede dar traslado de las actuaciones al MINISTERIO FISCAL, por plazo de veinte días.».

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se acordó someter el conocimiento del recurso al pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el 26 de octubre de 2016, en que el acto tuvo lugar, sin la intervención del Excmo. Sr. don Rafael Sarazá Gimena, por razón de concesión de licencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los siguientes:

1.- Por don Melchor se formuló demanda de filiación el 10 de diciembre de 2013 contra doña Enriqueta, respecto de los menores Faustino y Jacinto (éste último fallecido días después de nacer), nacidos el NUM008 de 2013.

La demandada no se opuso al reconocimiento de la filiación paterna, pero reconvino solicitando que se mantuvieran los apellidos de los menores, tal y como se inscribieron originariamente, en beneficio de los menores, y en concreto de Faustino, su hijo vivo, por los perjuicios que le podía ocasionar el cambio, al constar con unos apellidos ya en el ámbito social y administrativo.

2.- La sentencia de primera instancia estima sustancialmente la demanda y la reconvención de la parte demandada, y declara que el demandante es el padre biológico de los menores y acuerda la rectificación de los apellidos debiendo ser inscritos como primer apellido, el paterno Melchor y el segundo apellido el materno Enriqueta.

3.- Recurrió en apelación la parte demandada, y la sentencia de segunda instancia de fecha 12 de mayo de 2015, desestima el recurso, y en base a la legislación vigente en el momento de la sentencia, argumenta la sentencia que la cuestión esencial es si el uso desde el nacimiento de los apellidos de la madre crea una determinada situación, o posesión de estado, cuya modificación perjudicará al menor, lo que excluiría que sea el del padre el primer apellido.

Conforme a la aplicación de una normativa que está prevista para la inscripción inicial, y que reiterada jurisprudencia y resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado han venido a entender aplicables en los supuestos de determinación posterior de la filiación, y la STS 17-02-2015, deduce la sentencia recurrida que la aplicación de la doctrina de la STS citada, exige una duración más o menos prolongada del uso como primer apellido del materno; así en la STC 167/2013 de 7 de octubre, se hablaba de menor de cuatro años, y en la STS de 17-02-2015, de menor que en la vida social y escolar es conocido por esos apellidos.

Por lo que teniendo en cuenta que, en este caso, los menores nacieron el NUM008 -2013 y la demanda se presentó el NUM009 -2013 el niño aún no cuenta con cuatro meses y medio, por lo que el uso social, escolar y familiar del apellido no puede afirmarse.

Una sentencia condenatoria anterior al padre por falta de vejaciones injustas, siendo víctima la madre, no parece que sea de la entidad necesaria para hacer desmerecer al niño por contar como primer apellido con el de su padre, y nada consta que implique desatención del padre respecto de los nacidos y, fallecido uno, respecto del otro.

No cabe aplicar el art 58.2 de la Ley de Registro Civil, porque este trata del cambio de apellidos del solicitante, no de su hijo, y la finalidad de la norma es evitar que una persona víctima de violencia de género sea localizada por sus apellidos y aquí se trata de un cambio de orden de apellidos tras sentencia estimatoria de filiación paterna.

4.- La parte demandada formula recurso de casación con cuatro motivos:

Motivo primero: principio del interés superior del menor, tal y como se ha recogido en el STS 17 de febrero de 2015 en relación con la Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil, cuya entrada en vigor fue julio de 2015 si bien los principios informadores de la misma deben inspirar todas las resoluciones posteriores a su publicación conforme la STS citada. La recurrente sostiene que el principio informadores, el interés superior del menor, con independencia de que el niño haya sido o no escolarizado o de la edad del mismo (el menor tiene dos años).

Motivo segundo: vulneración art 14 CE en relación con la Ley Orgánica 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres art 1 y 3, en relación con los principios informadores de la Ley 20/2011. El padre biológico, dice la recurrente en su escrito, ha sido condenado varias veces y ha permanecido en prisión, si bien es cierto que la prueba de esto no fue admitida.

Motivo tercero: vulneración art 18.1 CE en relación con al interpretación del derecho a la propia imagen del menor a la luz de las resoluciones del TC, TJUE y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Motivo cuarto: art 39 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 Carta Europea de los Derechos del niño. Alega que el desarrollo del menor con los apellidos maternos ha sido pleno por lo que se trata de extender la protección del mismo para el futuro, y evitar que el cambio pueda ser lesivo en el futuro.

5.- La Sala dictó auto el 6 de abril de 2016 admitiendo el recurso de casación.



6.- El Ministerio Fiscal apoya el recurso por entender que la sentencia recurrida no ha profundizado suficientemente en el interés del menor.

Añade que: «Olvidan las resoluciones el tiempo transcurrido desde la demanda hasta la sentencia de segunda instancia, periodo en el que el menor ha alcanzado los dos años. Olvidan también las sentencias recurridas que si bien el niño por su corta edad a la fecha de la demanda inicial no estaba escolarizado, sí puede estarlo a fecha de hoy, y que la posesión de un estado determinado por el nombre y el primer apellido no se circunscribe solamente al ámbito escolar, sino también al sanitario donde estará inscrito en el sistema regional de salud; al administrativo donde estará inscrito en el padrón de habitantes y a otros ámbitos administrativos, por lo que tal cambio puede acarrearle perjuicios que no ha sido valorados. Es decir, el interés primordial del menor no ha sido analizado suficientemente, por lo que el cambio impuesto vía judicial no es adecuado. No se han valorado además las circunstancias existentes al momento de la inscripción de los menores en el Registro Civil, ya que al estar sola la madre sin relación con el padre y desconocer si el padre iba a reconocer a los hijos, impuso a estos sus dos apellidos, que sin una causa justificada, sino solo por aplicación literal de la ley, se trata de modificar mediante resolución judicial, omitiendo que con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno, como hemos expuesto *ut supra* .»

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- *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.*

1.- Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero, dictada en una fecha en la que aún no había entrado en vigor el art. 49 de la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio.

2.- 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».

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.».

TERCERO.- *Decisión de la Sala.*

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.

CUARTO.- Conforme prevén los Arts. 394.1 y 398.1 LEC no se imponen las costas del recurso a la parte recurrente, con devolución del depósito constituido para recurrir, y sin que se condene a ninguna de las partes a las costas de las instancias por estimarse la demanda, el recurso de apelación y, por ende, la demanda reconventional, teniendo en cuenta los argumentos sobre costas de la sentencia de la primera instancia.

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 de casación interpuesto por el procurador don Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de doña Enriqueta , contra la sentencia dictada en fecha 12 de mayo de 2015, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) en el rollo de apelación n.º 116/2015 , dimanante de los autos de filiación n.º 1833/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Córdoba.

2.º Casar la sentencia recurrida en el extremo objeto del recurso, ordenando, por ende, que el primer apellido del menor sea el primero de la madre y el segundo el primero del padre.

3.º No se imponen las costas del recurso a la parte recurrente, a la que se le hará devolución del depósito constituido para recurrir.No cabe condenar a ninguna de las partes a las costas de las instancias.

Librése a la mencionada Audiencia la certificación del expediente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marín Castán José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Eduardo Baena Ruiz