



Roj: STS 544/2015 - ECLI:ES:TS:2015:544
Id Cendoj: 28079110012015100066
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2923/2013
Nº de Resolución: 76/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 76/2015

Fecha Sentencia : 17/02/2015

CASACIÓN

Recurso Nº : 2923 / 2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 04/02/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección Primera. **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo **Escrito por :** ezp

Nota:

Acción de filiación extramatrimonial.

- En interés del menor se acuerda que el primer apellido del mismo sea el de la madre y el segundo el del padre que ha ejercitado tardíamente la acción de reclamación de paternidad.

CASACIÓN Num.: 2923/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz

Votación y Fallo: 04/02/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 76/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Amparo , contra la sentencia de 15 de octubre de 2013, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, recaída en el rollo 62/2013 dimanante del juicio verbal 120/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Amparo , representada por la Procuradora doña Elisa Sáez Angulo.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida don Claudio , representado por la Procuradora doña Matilde Marín Pérez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1. La Procuradora de los Tribunales doña M^a Jesús de Irizar Ortega, en nombre y representación de don Claudio , interpuso demanda de juicio verbal de determinación de la filiación, guarda, y custodia y alimentos y orden de los apellidos, ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara, suplicando al Juzgado dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«[...] que habiendo por presentado este escrito con los documentos que al mismo se acompañan y copia de todo ello, se sirva admitirlo, tener por interpuesta demanda de Juicio Verbal Civil ejercitando acción sobre filiación no matrimonial contra doña Amparo y contra el menor Mauricio , tramitarla con arreglo a las normas del procedimiento del Juicio Verbal, y con la especialidad de que previo emplazamiento a los demandados doña Amparo y Mauricio contesten a la demanda en el plazo de veinte días, señalando después día y hora para la celebración del correspondiente juicio, y previos los demás tramites legales y en su día dictar sentencia indicando lo siguiente:

a) Condenado a los dos demandados ya expresados al reconocimiento de la paternidad de D. Mauricio a favor del demandante D. Claudio , con el derecho y el deber de usar los apellidos de D. Mauricio que deberá llamarse en lo sucesivo Juan Alberto , y con todos los derechos que se derivan de este reconocimiento, acordando su inscripción en el Registro Civil de Guadalajara, modificando la inscripción que ya consta en el Tomo 361, Pag 151.

b) Condenar a doña Amparo a estar y pasar por las medidas acordadas que regulan las relaciones de patria potestad, custodia, derechos de visitas y vacaciones, así como la prestación económica de alimentos a favor del menor en los términos que figuran en el hecho séptimo de la demanda, con imposición a doña Amparo de las costas de este procedimiento, ya que así procede en Justicia que pido en Guadalajara a diecinueve de Enero de dos mil doce.- »

2. Por decreto de 29 de febrero de 2012 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado de la misma a las partes y al Ministerio Fiscal.

La Procuradora de los Tribunales doña M^a Jesús Irizar Ortega, en nombre y representación de doña Amparo y del menor Mauricio contestó a la demanda suplicando al Juzgado:

«[...] que habiendo por presentado este escrito, junto con sus copias, se sirva admitirlo, y me tenga por personada en tiempo y forma en nombre y representación de doña Amparo , que comparece en su propio nombre y derecho, y como representante legal del menor Mauricio , y tras los trámites legales oportunos dicte Sentencia por la que se declare:

A) Que don Claudio es el padre del menor Mauricio , declarando que el menor deberá continuar usando los apellidos de la madre (Mauricio), o permitir la unión de los apellidos maternos como primero del niño y el primero del padre como segundo (Mauricio) o subsidiariamente como primer apellido el de su madre, y como segundo el del padre (Pablo).

B) Se acuerden las siguientes MEDIDAS PATERNOFILIALES respecto al menor:

1°.- PATRIA POTESTAD. La misma será ejercida exclusivamente por la madre durante un periodo de dos años, a contar desde la fecha de la Sentencia, transcurrido el cuál pasará a ejercerse conjuntamente por ambos progenitores.

2°.- GUARDA Y CUSTODIA: La misma se otorga a la madre doña Amparo .

3°.- ALIMENTOS Don Claudio deber á contribuir con la suma de 300 euros al mes, durante los 12 meses del año, debiendo ingresar dicha cantidad dentro los primeros cinco días del mes, en la cuenta que designe la madre.

Dicha cantidad será actualizada con efectos de 1 de enero de cada año conforme al índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle, aplicándose el índice de los doce meses anteriores.

El padre abonará 50% de gastos extraordinarios, entendiendo por estos los médicos no cubiertos por la Seguridad Social, escolares o de cualquier otra índole que pacten los padres, o en su caso, autorice el Juzgado.

Esta obligación subsistirá hasta la independencia económica del hijo.

4°.- RÉGIMEN DE VISITAS: A partir de la fecha de Sentencia el régimen de visitas entre el menor y su padre será el siguiente: VISITAS SEMANALES:

Durante los 3 primeros meses, desde la fecha de Sentencia, el padre podrá tener al menor en su compañía los miércoles, desde las 18 horas, durante una hora y media. Los sábados o domingos, alternos durante dos horas, desde las 11 horas a las 13 horas. Estos primeros tres meses las visitas serán siempre en presencia de la madre.

Durante el 4º y 5º mes, el padre podrá tener al menor todos los miércoles durante dos horas, de 18 a 20 horas, y fines de semana alternos, sábados y domingos durante dos horas de 11 horas a 13 horas, sin pernocta, pero ya sin la presencia materna.

Durante los meses 6º y 7º, todos los miércoles durante dos horas, y los fines de semana alternos, sin pernocta, de 12 a 20 horas sábados y domingos.

A partir del 8º mes, dos horas todos los miércoles y fines de semana alternos, con pernocta, desde el sábado a las 11 horas hasta el domingo a las 20 horas.

VACACIONES

Dado que durante el 2012 el menor estará en periodo de adaptación las Vacaciones se regularán a partir del 2013.

Sin perjuicio de que los días 25 diciembre de 2012 y 6 de enero de 2013 el padre pueda estar con el menor dos horas por la tarde. A partir del año 2013:

Las vacaciones escolares serán distribuidas por mitad entre ambos progenitores de acuerdo con el siguiente detalle:

Semana Santa:

Desde las 18 h. del viernes anterior al domingo de ramos hasta las 20 h. del lunes de pascua (siguiente al domingo de resurrección). Se establecen dos turnos uno desde el inicio hasta las 20 h. del miércoles santo y el segundo desde las 11 horas del jueves santo hasta el lunes de pascua ambos incluidos.

Verano: El padre podrá tener al menor durante un periodo de 15 días, a elección del mismo, salvo la primera quincena de julio que en todo caso corresponderá a la madre.

Navidad: Desde las 18 h. del último día lectivo hasta el día 7 de Enero ambos inclusive, estableciéndose dos turnos uno que comprende desde el inicio hasta las 20 h. del día 30 de diciembre, y el segundo desde el día 31 de diciembre a las 11 h. hasta el día 7 de enero a las 20 h.

Tanto el día 25 de diciembre como el 6 de enero, el progenitor al que no corresponda dicho día podrá pasar dos horas con el menor. Durante los periodos de vacaciones queda en suspenso el régimen de visitas.

A partir del año 2014: Los periodos de Semana Santa y Navidad se mantienen en lo ya dicho y se amplía para el periodo de verano como se detalla:

Verano: Se establecen por quincenas que serian las siguientes:

1.- Del 1 al 15 de Julio.

2.- Del 16 al 31 de Julio.

3.- Del 1al 15 de Agosto

4.- Del 16 al 31 de Agosto.

Las quincenas no serán consecutivas

Para el disfrute de los periodos vacacionales la madre elegirá los años pares y el Padre los impares, debiendo hacer la comunicación oportuna antes del 30 de abril de cada año.

Para el supuesto de que el hijo, durante alguno de los periodos vacacionales indicados, vaya a algún campamento o actividad similar, dicho periodo será descontado del cómputo total, de manera que el periodo que reste será dividido por mitad entre los progenitores.

Días especiales:

Cumpleaños de Mauricio : Al progenitor que no le corresponda estar este día con el niño podrá pasar dos horas por la tarde con él. Cumpleaños de los progenitores: Aunque ese día no corresponda al progenitor que cumple años, el menor podrá pasar el día con él, si coincide con día festivo o fin de semana, o la tarde después del colegio en caso de día lectivo.

Día de la madre: Aunque dicho día coincida con visita paterna, el menor disfrutará de dicho día con la madre.

Día del padre: Aunque dicho día no coincida con visita paterna, el menor disfrutará de dicho día con el padre, entero si coincide que es festivo (de 11 a 20 horas), o por la tarde después del colegio hasta las 20 horas.

Recogidas y entregas del menor:

Serán siempre en el domicilio materno, incluidos los días mencionados como especiales de manera que, si correspondiendo al padre uno de esos días la madre tiene que estar con el menor dos horas, el padre lo llevará al domicilio materno y transcurrido esas horas lo recogerá de nuevo. De corresponderle al padre, siguiendo lo establecido recogerá al niño en el domicilio de la madre donde lo reintegrará transcurridas esas dos horas.

Los padres quedan obligados a facilitar la comunicación entre el menor y el progenitor con el que no se encuentren, asumiendo además el compromiso de notificar al otro el lugar donde se va a encontrar el menor.

Para el ejercicio de cualquier actividad que pueda considerarse fuera de lo normal en atención a la edad del hijo, deben estar conformes ambos padres, y en caso de no estarlo se comprometen a no iniciarlo en la actividad en tanto no se obtenga el permiso judicial correspondiente. Esto será de aplicación transcurridos dos años a partir de la fecha de la Sentencia en que el padre pasará a ejercitar también la patria potestad.

Todo lo anterior queda supeditado al bienestar y educación de Mauricio , por lo que si en adelante, por posibilidad de modificaciones de horarios escolares o actividades extras no se pudiera cumplir lo pactado, la visitas se ajustarán a la nueva situación del menor.

C) Se declare la supervisión de las visitas por el servicio psicosocial adscrito al juzgado a fin de confirmar la estabilidad del menor y la persistencia de don Claudio en condición de padre, cada seis meses y durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la Sentencia.

D) Declare no haber lugar a condena en costas dada la materia a tratar o, subsidiariamente, sea impuesta al demandante por haber provocado la intervención judicial. »

3. El Ministerio Fiscal contestó a la demanda, interesando se dictase

Sentencia según el resultado de las pruebas practicadas.

4. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara dictó sentencia el 20 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la pretensión ejercitada por el Procurador don Gonzalo Martínez López, en nombre y representación de don Claudio , frente a doña Amparo , representada por la Procuradora doña María Jesús de Irizar Ortega, ACUERDO como MEDIDAS PROVISIONALES, entre tanto se resuelve la demanda principal de Filiación y guarda y custodia planteada, las siguientes: establecer a favor del Sr. Claudio un régimen de visitas de un día intersemanal, que será el miércoles, desde las 18:00 y hasta las

20:00 horas, tiempo durante el cual podrá disfrutar de la compañía de su hijo menor de edad, siempre en presencia de la madre. En concepto de pensión de alimentos el Sr. Claudio abonará la cuantía de 300 euros al mes, dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta que la Sra. Amparo designe al efecto, actualizándose dicha cuantía de forma automática y sin necesidad de previo requerimiento el 1 de Enero de cada año conforme al IPC o índice de precios que corresponda.

Cada parte abonará las COSTAS causadas a su instancia y la mitad de las comunes. »

Tramitación en segunda instancia.

5. Contra la anterior sentencia, la representación procesal de doña Amparo , interpuso recurso de apelación, correspondiendo su resolución a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara que dictó sentencia el 15 de octubre de 2013 con el siguiente fallo:

« Que estimando el recurso en el punto atinente al inicio del devengo de la pensión alimenticia que ha de ser el momento de la demanda al tratarse de su establecimiento y no de la modificación de la misma, y desestimando el resto de las pretensiones debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada, sin hacer pronunciamiento de las costas de esta alzada y, en su caso, restitúyase al apelante el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación. » .

Interposición y tramitación del recurso de casación.

6. La representación procesal de doña Amparo , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, recurso de casación ante la mencionada Audiencia con base en los siguientes motivos:

« Primero: se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Segundo: infringidos los artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007 , sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, se alega la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años. »

7. Por diligencia de ordenación de 11 de diciembre de 2013, se tuvo por interpuesto el recurso acordándose la remisión de los Autos a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes para comparecer, así como del Ministerio Fiscal.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente doña Amparo y como parte recurrida don Claudio , ambos representados por sus respectivos Procuradores ya citados anteriormente.

9. Esta Sala dictó Auto el 30 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

« 1º) Admitir el Recurso de Casación interpuesto por representación procesal de doña Amparo contra la Sentencia dictada, en fecha 15 de octubre de 2012, por la audiencia Provincial de Guadalajara (Sección Primera), en el rollo de apelación número 62/2013 dimanante de juicio verbal número

120/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara.

2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalicen su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría, y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal. »

10. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la representación de don Claudio , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario. El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso.

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el día 4 de febrero de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. La representación de don Claudio formuló demanda de determinación de filiación, guarda y custodia y alimentos y orden de los apellidos respecto del hijo menor de edad habido de su relación sentimental con la demandada doña Amparo , interesando la adopción de las medidas que se especificaban en su escrito de demanda, entre las que se incluía, por lo que ahora interesa, que el orden de los apellidos, ante la falta de acuerdo de los progenitores, fuese primero el paterno y luego el materno.

2. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara estimó íntegramente la demanda, incluida por tanto la medida relativa al orden de los apellidos del menor, en sentencia dictada el 20 de julio de 2012 .

3. Contra meritada sentencia interpuso recurso de apelación la representación de la demandada, alzándose contra ella, entre otros motivos, por el relativo a la inscripción de la filiación paterna en el Registro Civil con alteración de los apellidos, debiendo figurar primero el del padre y después el de la madre, correspondiendo su conocimiento a la Sección número Uno de la Audiencia Provincial de Guadalajara, que dictó sentencia el 15 de octubre de 2013 desestimatoria del recurso de apelación respecto de la medida mencionada.

4. Motiva el Tribunal de instancia que el orden de los apellidos es un tema de estricta legalidad siendo de pertinente aplicación al caso la norma general CF según el cual la filiación determina el orden de los apellidos, pudiendo los hijos, al llegar a la mayoría de edad, o a la emancipación, alterar el orden de los mismos, añadiendo que no se estima que el cambio de los apellidos del menor pueda redundar en su perjuicio. Se cita en apoyo de la motivación de la decisión el artículo 109 del Código Civil , que establece que la filiación determina el orden de los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley, y en tal sentido el artículo 53 y siguientes de la Ley del Registro Civil y el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil que dispone que si la filiación se encuentra determinada por ambas líneas, el primer apellido será el del padre y el segundo el de la madre.

Otro argumento de la sentencia recurrida es que no se ha acreditado el perjuicio que se ocasionaría al niño al ser conocido en todos los ambientes sociales y oficiales por el apellido de la madre como primero, exigiendo que la acreditación fuese de un perjuicio concreto y no con fórmulas de carácter general y abstracto, sin perjuicio de que se conjurase de futuro tal peligro si llegase a producirse, acudiendo a las previsiones del artículo 158 del Código Civil .

Así mismo, se rechaza el argumento de la discriminación al tratarse de una cuestión de legalidad.

5. La representación de doña Amparo , actuando además como representante legal del menor, interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por el cauce previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 , articulando su formalización en cuatro motivos:

A) En el motivo primero tras citar como infringida la doctrina de los actos propios, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional se citan las Sentencias de esta Sala de fechas 6 de septiembre de 2002 , 21 de mayo de 1992 , 12 de marzo de 2008 , 14 de octubre de 2005 y 10 de mayo de 2005 , todas ellas relativas a los actos propios.

Este motivo contiene la siguiente argumentación:

a) la sentencia recurrida infringe la mentada doctrina por cuanto la actitud del padre desde antes del nacimiento del menor, pese a conocer su paternidad, fue la de no reconocerle, manifestando total indiferencia al hecho de que el menor llevara los apellidos de la madre, manteniendo una conducta concluyente de renuncia a sus derechos en cuanto a los apellidos actuando con claro abuso de derecho al reclamar ahora el cambio de los apellidos.

b) la interpretación que la sentencia recurrida ha realizado de lo dispuesto en el Código Civil, Ley de Registro Civil y Reglamento de Registro Mercantil no es acorde a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada. Indica que manifestación de que esto es así es que dicha normativa estará en vigor únicamente hasta el 21 de julio de 2014, momento que entrará en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil. Señala que si bien no se pretende que se aplique una legislación que no ha entrado en vigor si se pretende una interpretación de la legislación conforme a la realidad social e histórica del tiempo en que se pretende modificar dichos apellidos y en la que habrá de tenerse en cuenta la nueva regulación de la materia y en especial lo establecido en la Exposición de Motivos de la mentada Ley 20/2011 en la que, expresamente, con el fin de avanzar en la igualdad de género, se prescinde de la prevalencia del apellido paterno sobre el materno, permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos.

B) En el motivo segundo tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, se alega la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años. Este motivo contiene la siguiente argumentación:

a) Estableciendo la Ley Orgánica 3/2007, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, que la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, tal principio ha sido absolutamente desconocido por las sentencias de instancia. Argumenta que la interpretación de estas últimas otorgando un valor preponderante al apellido del padre en detrimento de los derechos de la madre, choca frontalmente con la establecido en la mentada Ley Orgánica 3/2007, normativa que se encontraba en vigor al momento de interponerse la demanda y que debiera haber sido tenida en cuenta al interpretar las normas vigentes.

C) En el motivo tercero se alega la infracción artículo 39 de la CE en relación con 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.

Este motivo contiene la siguiente argumentación:

En el presente caso el menor tiene una identidad, Mauricio, identidad con la ha empezado a conocerse y desarrollarse, existiendo una posesión de estado en cuanto a esa identidad. El cambio de identidad al modificarse el apellido de niño supone una alteración de esa identidad y la posesión de estado existente. Y si bien, efectivamente al ser mayor de edad el hijo podrá modificar su apellido si así lo desea, tal argumento también es aplicable a la contra, esto es, que mantenido el apellido de la madre por ocasionar un menor perjuicio al menor, una vez alcance la mayoría de edad, si lo desea, podrá variarlo en favor del apellido del padre.

D) Por último, en el motivo cuarto se reiteran como preceptos legales infringidos el artículo 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.

Este motivo contiene la siguiente argumentación:

Argumentado por las sentencias de instancia que no ha quedado probada la existencia de perjuicio alguno para el menor por el cambio de apellidos debe hacerse constar que precisamente lo que se pretende a través del presente litigio es evitar que esos daños lleguen a producirse pues en atención al principio del superior interés del menor hay que protegerle para que no sufra daño alguno, no siendo posible la prueba de unos daños futuros.

6. Admitido el recurso de casación se le dio traslado a la representación de la parte actora recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo alegando la no estimación de los cuatro motivos. Después se le dio traslado al Ministerio Fiscal quien solicitó la estimación del recurso, ya que el menor ha utilizado el apellido de la madre desde su nacimiento hasta que el padre inició el procedimiento de reclamación de paternidad cuando ya tenía dos años y medio, así como durante la tramitación del mismo; por lo que, con apoyo en la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 167/2013 de 7 de octubre de 2013, R. 614/2010, y en base a su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad para decidir el orden de sus apellidos, considera que se ha vulnerado su derecho fundamental a la propia imagen y, por ende, el interés prevalente del menor.

RECURSO DE CASACIÓN.

SEGUNDO. Al ser doctrina de la Sala autorizar una respuesta conjunta a los diferentes motivos del recurso de casación cuando exista un enlace común entre ellos que así lo aconseje, así se procederá en este recurso, al ser el interés del menor el que subyace, en esencia, en todos los motivos.

TERCERO. En términos de estricta legalidad vigente no existe duda respecto de la decisión adoptada por la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil, artículo 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...".

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).

Recientemente recordaba la Sala (STS 27 de octubre de 2014) que la Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores.

El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

Con esta Ley tuvo lugar la denominada desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, 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 afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

Descendiendo al supuesto singular que nos ocupa, 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 inscribible. "...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".

Al acudir a la norma que la exposición motiva se aprecia que el artículo 49 dispone lo que sigue:

« 1. En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación «[...]

» 2. La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

Civil requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podría determinar el orden de los apellidos [...] »

Es, pues, el interés superior del menor el que inspira el legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente meritada Ley no ha entrado en vigor, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor.

La propia Disposición Final décima de la Ley motiva su largo periodo de "vacatio legis" cuando recoge que "Hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios

normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia".

Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas.

CUARTO. Así ha venido interpretando la legislación vigente el Tribunal Constitucional en la sentencia, citada por el Ministerio Fiscal, de su Sala Segunda 167/2013 de 7 de octubre, R. 614/2010, por entender comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 de la Constitución Española.

El supuesto contemplado es similar al presente, en el que existe un nacimiento con una sola filiación, determinando ésta los apellidos, y a consecuencia de un reconocimiento tardío en el inicio del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de éste, el cambio del orden de los apellidos alcanza al menor a una edad en que tanto en la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado.

La sentencia se detiene en hacer ver la notoria relevancia identificativa del primero de los apellidos, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

i) En primer lugar, debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse «antes de la inscripción» y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente (cfr. arts. 53 y 55 de la Ley del Registro Civil y 194 del Reglamento del Registro Civil).

ii) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

iii) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

Desde esta perspectiva constitucional, debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del art. 18.1 CE, invocado por la parte recurrente como infringido.»

QUINTO. En atención a lo anteriormente razonado se debe estimar el recurso y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Amparo contra la sentencia de 20 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara, ordenando que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna.

SEXTO. Por aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede imponer las costas del recurso de casación, con devolución del depósito para recurrir que se hubiese constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

En aplicación de los mismos preceptos no ha lugar a hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por doña Amparo contra la sentencia de 15 de octubre de 2013, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, en el recurso de apelación 62/2013, dimanante de las actuaciones de juicio verbal 120/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara.



2. Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Amparo , contra la sentencia de 20 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara , ordenando que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna.

3. No procede imponer las costas del recurso de casación, con devolución del depósito que se hubiese constituido para recurrir.

4. No ha lugar a hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- **Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O' Callaghan Muñoz.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ