



Roj: **STSJ CAT 3910/2022 - ECLI:ES:TSCAT:2022:3910**

Id Cendoj: **08019310012022100023**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2022**

Nº de Recurso: **583/2020**

Nº de Resolución: **22/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARLOS RAMOS RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

### **Sala de lo Civil y Penal**

#### **RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 146/2021**

Filiación nº 1577/2015 - Juzgado de Primera Instancia núm. 7 Badalona

Rollo Apelación nº 583/2020 - Sección Civil 18ª Audiencia Provincial de Barcelona

**Recurrente:** María Luisa

Procuradora: Sonia Oria Pérez

Letrado: Salvador Chela Rodríguez

**Recurrida:** Paulino

Procuradora: Magdalena Navarro Bonavila

Letrado: Antonio Jover Sabater

**Recurrida:** MINISTERIO FISCAL

#### **SENTENCIA NÚM. 22**

*Presidente:*

Excmo. Sr. D. Jesús M. Barrientos Pacho

*Magistrados/as:*

Ilma. Sra. Dª. M. Eugenia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez

Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

En Barcelona, a 25 abril 2022.

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación que ha dado lugar al presente Rollo núm. 146/2021, interpuesto contra la sentencia dictada el cuatro de marzo de dos mil veintiuno por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Rollo de apelación núm. 583/2020, dimanante del procedimiento de filiación núm. 1577/2015 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona.

Dª. María Luisa ha interpuesto en tiempo y forma el indicado recurso, debidamente representada ante esta Sala por la Procuradora Sra. Dª. Sonia Oria Pérez y defendida por el Letrado Sr. D. Salvador Chela Rodríguez. El recurso de casación interpuesto en su día contra la misma sentencia por la representación procesal de D. Jose



Luis , demandado y apelante también, fue inadmitido íntegramente por un auto de esta Sala de 22 diciembre 2021, de forma que ha quedado definitivamente apartado del presente Rollo.

Ha comparecido en este Rollo para oponerse al recurso la representación procesal del actor, D. **Paulino** , que ha sido ejercida por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. Magdalena Navarro Bonavila, contando con la asistencia técnica del Letrado Sr. D. Antonio Jover Sabater. Ha sido parte también, en interés del menor afectado por el recurso de conformidad con lo dispuesto en el art. 749 LEC y en el art. 3.7 del EOMF aprobado por Ley 50/1981 de 30 diciembre, el **MINISTERIO FISCAL** representado por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Compte Massachs, que ha manifestado que no se opone a la estimación del único motivo admitido a trámite del recurso de casación.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - La representación procesal de D. Paulino presentó ante los Juzgados de Primera Instancia de DIRECCION000 una demanda de determinación legal de la filiación no matrimonial del menor Luis Andrés (01/08/2013), que dirigió contra la madre de este, D<sup>a</sup>. María Luisa y contra el propio menor, en la que solicitaba que se le reconociese su paternidad; que se llevara a cabo la inscripción de esta en el Registro Civil con todos los efectos legales inherentes y, entre ellos, que se le impusiesen al menor los apellidos " *Ángel Daniel* "; que se le reconociese al actor la patria potestad parental y, si bien estaba conforme con que la custodia fuera ostentada en exclusiva por la madre, reclamó que fuera dispuesto un régimen de relaciones, comunicaciones y estancias de acuerdo con el plan de parentalidad que acompañaba a su demanda, ofreciéndose a contribuir a sus alimentos en la cantidad de 200 euros/mes y el 50% de los gastos extraordinarios.

A la demanda contestaron -además del MINISTERIO FISCAL- la representación procesal de la demandada, D<sup>a</sup>. María Luisa , que, entre otros motivos de oposición -que carecen de relación con el limitado objeto del presente recurso de casación, al haber sido este inadmitido parcialmente por nuestro auto de 22 diciembre 2021-, solicitó que, para el caso de ser reconocida la paternidad del actor, se le impusiesen al menor los apellidos " *Ángel Daniel* ", por ser el primer apellido de la madre por el que era socialmente conocido y el que le identificaba como hermano de la otra hija de la demandada ( Coro ), además de ser el primero por orden alfabético.

Tiempo después -2 años y 3 meses después a la interposición de la demanda inicial-, antes de recaer sentencia, la demandada dio cuenta al Juzgado al que correspondió la demanda -Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona- que la paternidad del menor había sido reconocida por D. Jose Luis ante el Registro Civil, dando lugar a su inscripción y a que desde aquel momento los apellidos del menor ( Luis Andrés ) pasaran a ser " *Diego* ".

A raíz de dicha noticia, el actor interpuso una segunda demanda, que se acumuló a la primera, que dirigió contra D<sup>a</sup>. María Luisa y contra D. Jose Luis , mediante la cual impugnó el reconocimiento de paternidad efectuado por este, solicitando su nulidad y la íntegra estimación de su demanda de filiación, así como, entre otros pronunciamientos contenidos ya en su primera demanda, que se le impusiesen al menor los apellidos " *Ángel Daniel* ".

A esta nueva demanda se opusieron separadamente ambos demandados.

Tras la práctica de todas las pruebas propuestas y admitidas con excepción de la prueba de ADN -según se expresa en la sentencia de primera instancia, " *ante la negativa reiterada de la Sra. María Luisa a someterse a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad* ", el Juzgado dictó sentencia en 11 noviembre 2019 estimando las dos demandas del Sr. Paulino y declarando, en consecuencia, su paternidad no matrimonial del menor ( Luis Andrés ) y la nulidad del reconocimiento efectuado por el Sr. Jose Luis , disponiendo, entre otros pronunciamientos, que fuera inscrita en el Registro Civil la paternidad de aquel sobre el menor, al que a partir de entonces se le impondrían los apellidos " *Bruno* ", si bien, por un auto de rectificación de 4 diciembre 2019, dispuso que los apellidos fueran " *Ángel Daniel* ", sin ofrecer ningún razonamiento sobre la anteposición del primer apellido paterno al primero materno.

**SEGUNDO.** - Contra la sentencia y el auto indicados, las representaciones de los demandados Sr. Jose Luis y Sra. María Luisa interpusieron sendos recursos de apelación -la de la Sra. María Luisa , además, se adhirió a la de aquel-, recursos que, tras la oposición del actor y del MINISTERIO FISCAL, se sustanciaron ante la Sección 18<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona (Rollo núm. 583/2020).

En ellos, tanto la representación del Sr. Jose Luis como la de la Sra. María Luisa impugnaban, entre otros pronunciamientos, el relativo al orden decidido para los apellidos del menor, insistiendo en que el apellido materno se antepusiera en todo caso al del actor, por ser aquel el que había venido identificando al menor en sus diversos ámbitos de relaciones -social, escolar y familiar-, citando al efecto diversa jurisprudencia del TS.



La Audiencia Provincial de Barcelona (18ª) dictó sentencia en 4 marzo 2021 por la que desestimó sustancialmente ambos recursos, incluyendo el pronunciamiento sobre el orden de los apellidos del menor, que justificó, por lo que se refiere al demandado Sr. Jose Luis , al considerar que carecía de legitimación por no ser el padre del menor, y, por lo que se refiere a la Sra. María Luisa , porque no había hecho ninguna petición al respecto " *en la impugnación de la sentencia*", obviando injustificadamente que había interpuesto su propio recurso de apelación, cuyo 3er motivo había dedicado específicamente a discutir el orden de apellidos impuesto en la primera instancia, y que, además, se había adherido al recurso del Sr. Jose Luis " *por las mismas consideraciones*", que hizo suyas sin reiterarlas " *por economía procesal*", antes de impugnar la sentencia por otro motivo no relacionado con el limitado objeto del presente recurso de casación.

**TERCERO.** - Contra dicha sentencia, la Procuradora Sra. Dª. Sonia ORIA PÉREZ, en representación de Dª. María Luisa , con firma del letrado Sr. D. Salvador Chela Rodríguez, interpuso en su día un *recurso de casación* fundado en dos motivos.

Sucede, sin embargo, que, por un auto de 22 diciembre 2021 dictado en el incidente previsto en el art. 483.3 LEC, esta Sala decidió admitir a trámite solo el segundo motivo de dicho recurso -así como inadmitir íntegramente el recurso de casación interpuesto por el demandado Sr. Jose Luis -, ordenando dar traslado a la parte recurrida y al MINISTERIO FISCAL para que formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Ha sido designado ponente el magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio, que expresa el parecer unánime del tribunal, salvo por lo que se refiere al pronunciamiento relativo a la condena en costas en la instancia, respecto del cual el parecer reflejado en esta resolución es el mayoritario.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Es cierto, como denuncia la representación del Sr. Paulino , que el segundo motivo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Sra. María Luisa no cumple satisfactoriamente los requisitos establecidos en la Ley 4/2012, de 5 marzo, *del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*, en concreto, la cita como infringido de un precepto de derecho civil catalán y la descripción del correspondiente interés casacional, así como la invocación, en su caso, de la doctrina jurisprudencial que, en relación con el precepto infringido y la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, hubiere sido proclamada por esta Sala o, en caso de inexistencia de dicha doctrina, la que debería serlo para el futuro, con carácter general, a fin de resolver supuestos similares.

Pero, como hemos declarado en diversas ocasiones -por todas, véanse las SSTSJCat 63/2019 de 24 oct. FD2, 60/2016 de 14 jul. FD2 y 86/2015 de 21 dic. FD2-, a pesar de la advertencia de óbices a la admisión de los recursos de casación en los que se susciten cuestiones jurídicas que afecten al *interés superior* de un menor, por tratarse de una materia de orden público, cabrá analizar si, partiendo de los hechos que la Sala de apelación hubiere considerado probados, se ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés, ya que dicha revisión sí puede tener alcance casacional.

El *interés superior del menor* es un *concepto jurídico indeterminado* necesitado y susceptible de determinación *ad hoc*, que en el Derecho civil catalán ha sido positivado - arts. 211-6.1 y 233-8.3 CCCat y art. 5 Ley 14/2010 de 27 mayo, entre otros-, y se configura, por lo general, como un " *aspecto*" capital del supuesto fáctico del correspondiente recurso que, por lo que se refiere a la aplicación de los preceptos relativos a determinadas instituciones de Derecho de Familia en las que necesariamente se halla comprometido (guarda, alimentos, relaciones familiares, filiación, etc.), puede llegar a justificar por sí solo la admisión del correspondiente un recurso de casación.

Pues bien, como se dice en la EM (V) de la Ley del Registro Civil (LRC), " *el nombre y [los] apellidos se configura[n] como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad*". La identidad del menor implícita en su nombre y apellidos constituye un derecho propio desde su nacimiento ( art. 30.1 Ley 14/2010; art. 7.1 CDN; art. 50.1 LRC 2011), y su preservación, como elemento esencial de su personalidad y de su derecho al libre desarrollo de la misma, forma parte de los aspectos a tener en cuenta para la protección del interés superior del menor ( art. 2 L.O. 1/1996 de 15 enero, de *Protección Jurídica del Menor* ).

Así las cosas, no siendo cierto que ¿como se dice en la sentencia recurrida? el recurso de apelación interpuesto en su día por la representación procesal de la Sra. María Luisa no contuviera ninguna impugnación relativa al orden de los apellidos -tampoco es cierto que su contestación a la demanda no se refiriera de la misma forma a ese tema (punto 6.2. del suplico, pág. 39)- y teniendo esta cuestión jurídica, pese a la defectuosa formulación del correspondiente motivo casacional, un evidente interés casacional -como se aprecia en nuestra STSJCat 42/2018 de 10 mayo-, no procede desestimar *ad limine* el recurso interpuesto por la representación procesal de la Sra. María Luisa .



Además, debe tenerse en cuenta que el MINISTERIO FISCAL en su escrito de contestación del recurso ha invocado acertadamente los **arts. 211-6 y 235-2.2 CCCat**, así como diversos preceptos constitucionales y de tratados internacionales relacionados con la cuestión debatida - art. 39 CE; art. 3.1 de la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989 (CDN); art. 24 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 2000; principio 15 de la *Carta Europea de los Derechos del Niño* de 1992 (CEDN); arts. 12.1b y 3b, 15.1 y 5 y 23 del *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo* de 27 noviembre; *Resolución 2079(2015) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa*-, para llegar a la conclusión de que en el supuesto examinado el *interés superior del menor* ( Luis Andrés ) ha sido vulnerado, por lo que, a la vista del desacuerdo de los progenitores en la elección del orden de sus apellidos, el tribunal a quo hubiera debido tener en cuenta la inexistencia de relación alguna anterior a este procedimiento entre el menor y el actor -el padre biológico-, así como que aquel creció hasta sus 8 años sin más referencia patronímica que la de su madre. Por ello, tratándose de una filiación paterna declarada judicialmente de forma sobrevenida, debe tenerse en cuenta que aquel interés exige prioritariamente respetar el estatus social y familiar del menor establecido antes e la declaración de su nueva filiación, así como su identidad reflejada en su nombre y primer apellido, máxime cuando la resolución recurrida no explica la razón de preferencia del apellido paterno, de acuerdo con el principio de doctrina recogido en la STSJCat 42/2018, de 10 mayo.

Por todo ello, el MINISTERIO FISCAL considera que procede la estimación del único motivo admitido del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Sra. María Luisa y, en consecuencia, la inscripción en el Registro Civil de la paternidad del actor, consignando como nuevos apellidos de su hijo biológico ( Luis Andrés ), por este orden, " Ángel Daniel ".

**SEGUNDO.** - Por lo que se refiere a los antecedentes del presente recurso, se hacen valer como tales los que se hicieron constar en el auto de esta Sala de 22 diciembre 2021 por el que se dispuso la admisión parcial del recurso, cuyo conocimiento se facilita aquí mediante la íntegra transcripción de su fundamento de derecho tercero en el que se hicieron constar, a saber:

" 1. En octubre de 2015, D. Paulino interpuso una demanda contra D<sup>a</sup>. María Luisa a fin de obtener la determinación legal de la paternidad biológica no matrimonial a su favor del menor Luis Andrés , nacido en Barcelona en el [mes de] NUM000 de 2013, alegando que fue fruto de la relación íntima que mantuvo, convivencia more uxorio incluida, con la demandada entre principios de 2012 y el verano de 2013, relación sobre la cual presentó un principio de prueba documental -mensajes telefónicos, propuestas de convenios reguladores de separación-, solicitando, en consecuencia, que se rectificase la inscripción del nacimiento del menor en el Registro Civil para que se hiciera constar la filiación paterna sobrevenida y un nuevo orden de apellidos ( Ángel Daniel ), y para que se le reconociesen al actor los derechos propios de la patria potestad, de manera que, aunque estuvo de acuerdo en que la madre continuase haciéndose cargo de la guarda, solicitó que se estableciese un régimen de relaciones personales con el niño conforme al plan de parentalidad que acompañó a la demanda, ofreciendo el pago de una pensión de alimentos de 200 euros/mes más el 50% de los gastos extraordinarios.

Por un otrosí de la demanda, solicitó la práctica de una pericial biológica para determinar genéticamente la paternidad.

Como quiera que en enero de 2018 ?tres años después de iniciado este procedimiento? el Sr. Jose Luis reconociera ante el Registro Civil de Barcelona al menor Luis Andrés como hijo suyo, con el consentimiento de la Sra. María Luisa , el Sr. Paulino interpuso una nueva demanda de impugnación de filiación contradictoria no matrimonial y de reconocimiento de paternidad contra la Sra. Jose Luis y contra el Sr. Jose Luis , que se acumuló a la inicial de determinación de la filiación no matrimonial y de reclamación de la paternidad sobrevenida.

La Sra. María Luisa se opuso a la primera demanda, solicitando con carácter previo, por su orden, que fuese declarada la caducidad/prescripción de la acción y, en su caso, la inadmisión de la demanda, por haber dejado transcurrir el actor más de un año desde que tuvo conocimiento del nacimiento del menor -invocando el art. 235-21 CCCat en relación con el art. 133.2 C.C. -; la falta de un verdadero principio de prueba de la filiación biológica reclamada, sin el cual la demanda debería haber sido inadmitida a trámite -invocando el art. 767.1 LEC -; y la nulidad de actuaciones, por no haberse suspendido el trámite a la espera de ser atendida la solicitud de justicia gratuita cursada por ella al conocer la demanda -invocando el art. 228 LEC , art. 24.1 CE , art. 47 CEDF-.

Se opuso también por razones de fondo, alegando que el actor "difícilmente" podría ser el padre del menor por una razón de "probabilidades", referidas al periodo en el que los dos mantuvieron relaciones íntimas por última vez y atendido el periodo de tiempo transcurrido hasta el día de nacimiento del menor. Sin perjuicio de ello, admitió que durante la gestación los dos llegaron a hablar de que él "ejerciese como padre", pero en todo caso sin tener certeza biológica alguna sobre la filiación y aparentando "de puertas afuera" una realidad distinta de la existente en la intimidad del hogar. De hecho, la convivencia terminó cinco días después del nacimiento del hijo y el contacto entre ellos prácticamente se suspendió, salvo en el primer cumpleaños del menor, demostrando



el actor un absoluto desinterés por él. A pesar de ello, la Sra. María Luisa admitió en su contestación a la demanda que, ante la "posibilidad" de que el actor fuese el padre, solicitaría la práctica de la correspondiente prueba biológica de paternidad? a la que luego no se prestó en absoluto?, y para el caso de que el resultado fuese positivo, no obstante, insistió en solicitar la desestimación de la demanda si el actor no justificaba la causa por la que no reconoció al menor como hijo suyo en su día. También realizó una propuesta de convenio regulador para el caso de que fuere positiva y se estimase la demanda, poniendo de manifiesto que el menor tenía entonces 3 años y medio y había vivido siempre en compañía de su madre, de una hermana, hija de una relación de aquella con otro hombre, y del otro demandado Sr. Jose Luis?, actual pareja de la demandada, del que dijo que había contribuido desde siempre al sostenimiento de aquel.

Por ello, ya en su contestación a la demanda, puso de manifiesto que en el caso de que se estableciese la paternidad biológica y se decidiese establecer un régimen de relaciones personales del actor con el niño, este debería tener lugar de forma supervisada por los "Servicios Técnicos del Punto de Encuentro" correspondiente.

A la segunda demanda, contestaron ambos demandados oponiéndose, negando la representación procesal de la Sra. Jose Luis que hubiese habido convivencia propiamente conyugal entre ella y el Sr. Ángel Daniel, limitándose a compartir piso y a mantener relaciones íntimas episódicas durante un cierto periodo, al igual que con otros hombres en la misma época, de forma que no podía operar a favor del actor la presunción de paternidad prevista en el art. 235-10.1 a) CCCat. En consecuencia, entendía la demandada que el reconocimiento de paternidad efectuado por el Sr. Jose Luis debía considerarse válidamente efectuado. La Sra. Jose Luis fue secundada en tales afirmaciones y argumentos por las de representación procesal del Sr. Jose Luis, que afirmó que su relación sentimental e íntima con ella ha sido real desde hace más de 7 años, por tanto también en el periodo de concepción del menor, primero de forma clandestina, debido al matrimonio del Sr. Jose Luis con otra mujer, y luego de forma pública, tras la ruptura de su anterior matrimonio, y que, en cualquier caso, "ha hecho de padre" de él desde su nacimiento, por lo que su reconocimiento? que determinó el cambio en los apellidos del menor, que pasó a llamarse Diego? debería considerarse válido.

El Ministerio Fiscal, por su parte, informó en el trámite de conclusiones que existía prueba suficiente? a pesar de que la demandada, finalmente, se negó a colaborar en la práctica de la pericial bilógica? para declarar la paternidad del actor y para rectificar el reconocimiento de paternidad del demandado Sr. Jose Luis.

2. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona dictó sentencia en 11 noviembre 2019 estimando las dos demandas del Sr. Paulino, de manera que declaró que este era el padre biológico del menor y que no lo era el Sr. Jose Luis, ordenando la rectificación de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil con los apellidos " Bruno " (sic), disponiendo la patria potestad conjunta y la guarda por su madre, estableciendo un régimen de relaciones progresivo del padre con su hijo en el correspondiente Punto de Encuentro, cuyos especialistas debían remitir al Juzgado informes trimestrales sobre la evolución de las relaciones, con las proposiciones de modificación que considerasen oportunas, así como una pensión de alimentos de 180 euros/mes en favor del hijo.

En concreto, negó la aplicación de los arts. 439.1 LEC y 133.2 C.C. y se remitió al art. 235-21.1 CCCat para no declarar caducada la acción. Negó la objeción relativa a la falta de aportación de un principio de prueba suficiente, a la vista de lo dispuesto en el art. 235-15.1 CCCat, máxime cuando la propia demanda había admitido "la posibilidad de que el actor [fuera] el padre biológico del menor e incluso [indicara] la necesidad de practicar la prueba biológica", aunque después se negara reiterada e injustificadamente a practicarla. Precisamente, esa negativa fue analizada extensamente por el Juzgado de Primera Instancia, que llegó a calificarla de injustificada y a anudarle las consecuencias derivadas de lo dispuesto en los arts. 217.7 y 767.4 LEC, a la luz de la jurisprudencia.

Al propio tiempo, valoró la existencia de diversos indicios significativos y relevantes de la paternidad del actor, tales como: 1) el reconocimiento por la Sra. María Luisa de que tuvo relaciones íntimas con el demandante en el periodo de la concepción del menor, que finalmente, tras diversas versiones, situó a finales de noviembre, admitiendo ella misma la "posibilidad" de que fuera el padre, lo que, junto con la convivencia que mantuvieron en aquella época y la falta de prueba alguna en contra - como un "informe médico ginecológico por parte de la demandada que justifique [otra] fecha de la concepción", hacen que entre en juego la presunción del art. 235-10.1 a) y/o b) CCCat; 2) la alegación de la demandada de que mantuvo en aquella época relaciones sexuales con otros, además de incurrir en contradicciones evidentes, especialmente por lo que se refiere al codemandado Sr. Jose Luis, no desvirtúa dicha presunción, según el art. 235-18 CCCat; 3) el supuesto parecido físico del menor con el Sr. Jose Luis no ha sido acreditado de ninguna manera, ni siquiera por fotografía, lo que se une al hecho de que "en ningún momento anterior al reconocimiento efectuado por el Sr. Jose Luis, cuando el presente procedimiento llevaba casi tres años en trámite, se había alegado su paternidad"; 4) el actor ha aportado con su demanda "diversos convenios reguladores cruzados entre las partes", reconocidos por la demandada como redactados por una sobrina suya con su beneplácito, en los que se reconoce la "relación sentimental" entre ellos y se dispone sobre la guarda del "hijo común", así como sobre la inscripción como tal en el Registro Civil



con los apellidos de ambos, si bien en primer lugar el de la demandada - Luis Andrés - y en segundo lugar el del actor - Ángel Daniel -, careciendo de lógica y de coherencia las explicaciones alternativas ofrecidas por los codemandados, más si cabe al aportar su representación un documento de inscripción del menor en una guardería figurando como padre el actor y como apellidos del menor " Ángel Daniel "; 5) el actor también aportó con su demanda una serie de mensajes o conversaciones de wasap cruzados entre ellos unos seis años atrás -en alguno de los cuales la demandada le habla al actor sobre el menor como "tu hijo"-, mensajes que, aunque fueron impugnados de contrario en cuanto a su autenticidad y valor probatorio sin hacer prueba de ello, atendido que del "resto de la prueba" se desprende su "veracidad" y que las explicaciones ofrecidas por la demandada sobre el número de móvil que entonces tenía fueron imprecisas, vagas y poco creíbles -especialmente, cuando negó cualquier tipo de comunicación con el actor-, valorado su contenido conforme a las reglas de la sana crítica, "debe otorgarse eficacia probatoria a tales documentos... como un indicio más junto con el resto de la prueba".

Por un auto de 4 diciembre 2019, el Juzgado aclaró su sentencia a instancia del actor especificando que los nuevos apellidos del menor habrían de ser " Ángel Daniel ".

**3.** Contra dichas resoluciones interpusieron sendos recursos de apelación los dos demandados, cuya decisión correspondió a la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El tribunal de apelación descartó la prescripción/caducidad de la acción ejercida por la representación del Sr. Paulino , conforme al art. 235-21.2 CCCat en relación con el art. 49 LRC , por considerar que no le fue posible al actor el reconocimiento de su paternidad ante el Registro Civil a la vista de la oposición de la demandada que, si bien no constaba anotada, sí resultaba de "actos coetáneos a la demanda" y, en especial, de haberlo inscrito en la oficina registral sin filiación paterna y sin haber enterado al actor e, incluso, habiéndoselo ocultado en todas las comunicaciones cruzadas entre ellos.

También desestimó la impugnación del Sr. Jose Luis relativa a la valoración de la prueba, por considerar que el Juzgado de Primera Instancia había efectuado "una minuciosa valoración" con la que la Audiencia Provincial coincidía, tomando en especial consideración como "indicio muy cualificado" la negativa, hasta en cuatro ocasiones, de la demandada a facilitar la prueba pericial biológica, sin justificación alguna, en unión de "otras pruebas" -convivencia y relaciones sexuales con el actor en la época de la concepción; 6 propuestas de convenios reguladores redactados por una pariente de la demandada en la que se referían al menor como "hijo común"; y las manifestaciones de la demandada aceptando un régimen de visitas ante "la posibilidad" de que el Sr. Paulino fuera el padre-.

Por lo que se refiere en concreto al orden de los apellidos del menor solicitado por el Sr. Jose Luis -"petición que [según la Audiencia Provincial] no plantea la Sra. María Luisa en la impugnación de la sentencia"-, el tribunal a quo sostuvo que debía ser desestimada porque el apelante carecía de legitimación al no ser el padre, sin perjuicio de lo que pudiera resultar del art. 109 C.C. , de la EM de la LRC y del art. 49 LRC .

Y en cuanto al régimen de visitas progresivo del menor establecido en primera instancia inicialmente en un Punto de Encuentro, descartó la alegación de la demandada según la cual se trataba de una cuestión que no había sido objeto de debate, a la vista de lo que resultaba del plan de parentalidad propuesto por el actor en su demanda, estimando acertado el régimen fijado por el Juzgado de Primera Instancia, descartando que el hecho de reclamar informe trimestrales al Punto de Encuentro supusiese delegar en sus especialistas la decisión sobre la evolución del régimen, que en todo caso asumía el órgano judicial competente, llegando a fijar la propia Audiencia Provincial un nuevo régimen de visitas -"una visita semanal, de una hora de duración, durante la cuatro primeras visitas, para ampliarlas a dos horas las visitas sucesivas hasta la emisión de informe correspondiente al juzgado de primera instancia que, en fase de ejecución de sentencia, acordará lo procedente hasta que la relación paterno-filial y las visitas se normalicen en fines de semana alternos, alguna tarde intersemanal y mitad de vacaciones, como es habitual en situaciones de progenitores no convivientes, si el beneficio del menor así lo precisa"-.

A la vista de todo ello, el tribunal a quo decidió desestimar la apelación.

Contra esta sentencia, la representación procesal de la Sra. María Luisa y la del Sr. Luis Andrés decidieron interponer sendos recursos de casación .

**TERCERO. - 1.** El art. 235-2.2 CCCat dispone que " la filiación determina... los apellidos", entre otros derechos; y el art. 235-2.3 CCCat, que " el padre y la madre pueden establecer de común acuerdo el orden de los apellidos en la inscripción de nacimiento...", sin prever expresamente ninguna solución para el supuesto de desacuerdo, sino solo que " los hijos, al alcanzar la mayoría de edad o al emanciparse, pueden alterar el orden de los apellidos".

Es la LRC la que dispone que, en caso de desacuerdo entre los progenitores, será el encargado del Registro Civil el que determine el orden de los apellidos " atendiendo al interés superior del menor", teniendo en cuenta que en esta materia, como se dice en la EM (V) de la LRC, " con el fin de avanzar en la igualdad de género, se prescinde de la histórica [y automática] prevalencia del apellido paterno frente al materno...".



De todas formas, como quiera que el nombre y los apellidos del menor -incluido el orden de estos, por el indiscutible valor identificador del primero de los apellidos en las relaciones personales-, se configura como uno de los elementos esenciales de su identidad y de su personalidad ( art. 8.1 CDN 1989), y desde que el "*interés superior*" de los menores de edad constituye la norma básica en nuestro ordenamiento jurídico para resolver todo lo que les afecta ( art. 211-6.1 CCCat y art. 5.3 Llei 14/2010), la del orden de los apellidos del menor en los supuestos de una declaración de filiación sobrevenida, en especial la paterna, no constituye una cuestión de estricta legalidad que pueda resolverse simplemente con la interpretación literal de las normas antes mencionadas, haciendo abstracción de la realidad social del tiempo en la que estas hayan de ser aplicadas ( art. 3.1 CC).

2. Un supuesto similar al que ha determinado la interposición del presente recurso de casación es el que resolvimos en nuestra STSJCat 42/2018, de 10 mayo, en el que se debatió cuál debía ser el orden de los apellidos que, ante la falta de acuerdo de los progenitores, debía inscribirse en el Registro Civil respecto de un menor que, por mor del ejercicio de una acción de filiación, pasó de tener determinada solo una línea a tener determinadas las dos.

Para entonces, la Sala Primera del TS ya se había pronunciado repetidamente sobre la cuestión interpretando el art. 109 C.C. en relación con los preceptos correspondientes de la LRC y del RRC - SSTS 76/2015 de 17 feb., 620/2015, 621/2015, 15/2016, ( Peno) 659/2016, 299/2017, 638/2017, 651/2017, 658/2017, 20/2018, 93/2018 y 130/2018 de 7 mar.-.

Antes, incluso, lo había hecho nuestro Tribunal Constitucional -STC 167/2013-, que después ha persistido en la misma doctrina - STC 178/2020 de 14 dic.-.

Por su parte, como también recordamos en la STSJCat 42/2018, el TEDH el TEDH ya había advertido en su sentencia de 22 febrero 1994 ( *caso Burghartz v. Suiza*) que la preferencia legal del apellido paterno podría implicar una discriminación por razón de sexo no justificada por el interés de un Estado en que quede reflejada la unidad familiar mediante el *nombre de familia* de sus integrantes. En su sentencia de 7 enero 2014 ( *caso Cusan y Fazzo v. Italia*), con referencia al art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH, en un supuesto en el que se negó a unos padres italianos la posibilidad de atribuir a un hijo el apellido de la madre debido a la prevalencia tradicional e histórica del apellido paterno en Italia, el TEDH reiteró las declaraciones efectuadas en otras resoluciones -además de en la ya citada STEDH del *caso Burghartz*, en las SSTEDH de 17 noviembre 2004, *caso Ünal Tekeli v. Turquía*, y de 9 noviembre 2010, *caso Losonci Rose y Rose v. Suiza*-, en el sentido de resaltar "*la importancia de una evolución hacia la igualdad de sexos y la eliminación de toda discriminación basada en el sexo en la elección del apellido*", así como en el de advertir de que "*la tradición de manifestar la unidad familiar mediante la asignación a todos los miembros del apellido del esposo no podía justificar una discriminación en contra de las mujeres*".

Después de nuestra STSJCat 42/2018, la jurisprudencia del TS ha seguido también en la misma línea -véanse las SSTS 266/2018 de 9 may., 496/2018 de 14 sep., 439/2020 de 17 jul., 645/2020 de 30 nov.-, recordando que "*lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual sea 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*", con independencia de que pudiera haber "*un cierto reproche a la madre a la hora de no propiciar ese reconocimiento y comunicación*" ( STS 266/2018 FD2).

Es por eso, que ahora debemos reiterar que a la hora de interpretar nuestro art. 235-2.3 CCCat, el criterio determinante para decidir el orden de los apellidos de un menor inscrito en el Registro Civil originariamente solo con los de la madre, tras la declaración judicial de su filiación paterna, debe hallarse inspirado por el *interés superior del menor* a que se refiere el art. 211-6.1 CCCat, al margen de los derechos invocados por los progenitores o de su comportamiento en relación con la declaración de la filiación sobrevenida, de manera que, al igual que declaramos en la STSJCat 42/2018, no cabe atender para decidir sobre el orden de los apellidos del menor ni a la diligencia mostrada por el padre desde que tuvo lugar y/o conoció el nacimiento en orden a lograr el reconocimiento de su paternidad, ni tampoco a las razones que pudiera tener la madre para oponerse o para retrasar dicho reconocimiento. No se trata ni de premiar a aquel ni de sancionar a esta en caso de desacuerdo, sino de descubrir qué orden de apellidos es el que beneficia al menor en la nueva situación filiatoria.

Pues bien, la única forma de preservar adecuadamente el *interés* del menor en un supuesto como el que justifica el presente recurso, conjugando la necesidad de que sus apellidos reflejen las dos líneas de filiación y el respeto del derecho innato a su propia identidad, consiste en mantener el primer apellido con el que fue inscrito, en la medida en que es el que, de los dos, posee una mayor virtualidad identificadora, y modificar el segundo para incluir el primero del padre a fin de reflejar la nueva relación de filiación, solución que se considera más respetuosa con la prohibición de discriminación por razón de sexo que resultaría de resolver la controversia que surja entre los progenitores otorgando la preferencia legal al apellido del padre o de la madre.



En consecuencia, como quiera que en el presente supuesto no se ha acreditado el beneficio que pueda obtener el menor ( Luis Andrés ), hijo común del demandante y de la demandada -la recurrente-, de anteponer el primer apellido de su padre ( " Paulino " ) al primero que tiene actualmente ( " Luis Andrés " ), que es con el que ha sido conocido y tratado en sus primeros 8 años de vida en sus relaciones sociales, escolares y familiares, y que es el que le une y le identifica como familiar directo de su hermana de madre ( Coro ), se estima el único motivo de casación que ha sido admitido a trámite y, por lo tanto, se revoca la sentencia recurrida en el único sentido de disponer que, por el órgano judicial encargado de la ejecución, se oficie al Registro Civil de Barcelona, donde nació el menor, para que haga constar en la nota marginal extendida con ocasión de la declaración de su nueva filiación paterna, que como consecuencia de la misma el orden de los apellidos del menor Luis Andrés será " Ángel Daniel ", en lugar de los que se hicieron constar tanto en la inscripción original como en la propiciada por el reconocimiento de paternidad anulado.

**CUARTO** . - Por aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 LEC, no procede imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

No procede hacer ningún pronunciamiento sobre las costas de la apelación, puesto que no le fueron impuestas a la recurrente.

En cuanto a las costas de la primera instancia, teniendo en cuenta que la demanda interpuesta en su día por la representación del Sr. Paulino fue estimada en lo sustancial, frente a la oposición efectuada por la demandada, con independencia que ahora haya sido estimado parcialmente el recurso de casación en relación con el orden de los apellidos del menor, se mantiene la condena en costas a la Sra. Luis Andrés ?así como la relativa al otro demandado Sr. Jose Luis ?, conforme a lo dispuesto en el art. 394, LEC en relación con la jurisprudencia que lo ha interpretado reiteradamente en el sentido de equiparar la estimación sustancial a la total (cfr. STS 32/2008 de 21 ene. FD5 y las que en ella se citan).

Procede devolver a la recurrente el depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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 su virtud,

## PARTE DISPOSITIVA

La SALA DE LO CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA de CATALUÑA ha decidido:

**1. ESTIMAR** el único motivo admitido a trámite del recurso casación interpuesto por la representación procesal de Dª. María Luisa contra la sentencia dictada el cuatro de marzo de dos mil veintiuno por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Rollo de apelación núm. 583/2020, dimanante del procedimiento de filiación núm. 1577/2015 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badalona, y, en consecuencia,

**2. CASAR** la indicada sentencia en el sentido de disponer que, por el órgano judicial encargado de la ejecución, se oficie al Registro Civil de Barcelona para que haga constar en la nota marginal extendida con ocasión de la declaración de su nueva filiación paterna que, como consecuencia de la misma, el orden de los apellidos del menor Luis Andrés será " Ángel Daniel ", en lugar del que constaba en la inscripción original ( *Luis Andrés* ) y del que se hizo constar en la inscripción propiciada por el reconocimiento de paternidad de un tercero ( *Diego* ).

No se realiza especial pronunciamiento en materia de las costas del recurso de casación. Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para la interposición de dicho recurso.

Notifíquese la presente a las partes personadas y al Ministerio Fiscal con la advertencia de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno y, con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Así por esta, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN**.- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por los Magistrados de esta Sala que la han dictado. Doy fe.