



Roj: **STSJ CAT 5655/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:5655**

Id Cendoj: **08019310012018100098**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2018**

Nº de Recurso: **226/2016**

Nº de Resolución: **42/2018**

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. 226/2016**

**Recurrente** : Mónica

-Procurador/a: María Gallardo de la Torre

-Abogado/a: Aureli Bofill Roig

**Recurrida** : Jose Pedro

-Procurador/a: José M. Gracia Marías

-Abogado/a: José A. Bitos Rodríguez

**Ministerio Fiscal** : Ilma. Sra. Neus Bran Sánchez

-Secc. 1ª AP TRG, Rollo núm. 397/15

-1ª Inst. 4 DIRECCION000 , Filiación núm. 490/12

#### **SENTENCIA NÚM. 42**

**Presidente** :

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

**Magistrados** :

Ilma. Sra. Dª. M. Eugenia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. **Carlos Ramos Rubio**

En Barcelona, a 10 mayo 2018

La Sala Civil 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 de casación núm. 226/2016, interpuesto contra la sentencia dictada el veinticinco de mayo de dos mil dieciséis por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en su Rollo de apelación núm. 397/2015, dimanante del procedimiento de filiación núm. 490/12 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 (Tarragona). Dª. Mónica ha interpuesto en tiempo y forma el indicado recurso y ha sido debidamente representada ante esta Sala por la procuradora Sra. Dª. María Gallardo de la Torre y defendida por el letrado Sr. D. Aureli Bofill Roig. D. **Jose Pedro**, demandante en la primera instancia, ha comparecido en tiempo y forma en el presente Rollo y se ha opuesto oportunamente a la admisión y a la estimación del recurso, habiendo sido representado ante esta Sala por el procurador Sr. D. José Manuel Gracia Marías y defendido por el letrado Sr. D. José Antonio Bitos Rodríguez. Ha sido parte el **Ministerio Fiscal**, representado por la Ilma. Sra. Dª. Nieves Bran Sánchez, en interés del hijo común menor de edad ( Cesar ).



## Antecedentes de hecho

**Primero** .- La representación procesal de D. Jose Pedro presentó ante los Juzgados de Primera Instancia de DIRECCION000 una demanda de determinación legal de la filiación no matrimonial del menor Cesar contra su madre, D<sup>a</sup>. Mónica , en la que solicitaba que se le reconociese la paternidad del menor, nacido el NUM000 2011, y que se inscribiese en el Registro Civil de DIRECCION000 la filiación no matrimonial como hijo del actor y de la demandada, con modificación de los apellidos, para hacer constar como primero del menor el primero del padre (" Jose Pedro ") y como segundo, el primero de la madre (" Mónica "), con condena en costas a esta en caso de oposición.

A la indicada demanda, que correspondió por turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 (procedimiento de filiación núm. 490/2012), solo contestó el Ministerio Fiscal, que se limitó a solicitar que se dictara sentencia con arreglo al resultado que ofrecieren las pruebas de paternidad, sin que lo hiciera la demandada, pese a haber sido emplazada en legal forma, por lo que inicialmente fue declarada en situación procesal de rebeldía.

Pocos días antes de la fecha señalada para la celebración del juicio, la demandada compareció en legal forma y alegó la falta del debido litisconsorcio pasivo al no haber sido demandado el menor, por lo que el Juzgado de Primera Instancia decidió designar a este un defensor judicial, que contestó la demanda en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal.

Tras la práctica de la prueba admitida, el mencionado Juzgado dictó en seis de octubre de dos mil catorce una sentencia con la siguiente parte dispositiva:

" **FALLO** :

*Estimando la demanda formulada por D. Jose Pedro se declara la relación de filiación biológica existente entre el [demandante] y su hijo Cesar . Firme la presente, remítase testimonio de la misma al Registro Civil de esta localidad a fin de que se haga constar marginalmente dicha filiación con la consiguiente modificación de los apellidos del menor que pasarán a ser Hilario " .*

**Segundo** .- Contra esta sentencia, la representación de la demandada interpuso un recurso de apelación, que se admitió a trámite y se sustanció ante la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Tarragona (Rollo núm. 397/2015), por la cual, contando con la oposición del actor y la del Ministerio Fiscal, se dictó sentencia en fecha veinticinco de mayo de dos mil dieciséis, con la siguiente parte dispositiva:

" **FALLAMOS** :

*DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 4 de DIRECCION000 en fecha 6 octubre 2014, cuya resolución confirmamos. Con imposición de costas a la parte apelante" .*

**Tercero** .- Contra dicha sentencia, el procurador Sr. D. Walter Galiano Baixauli, en representación de D<sup>a</sup>. Mónica , con firma del letrado Sr. D. Aureli Bofill Roig, interpuso en su día un *recurso de casación* fundado en cinco motivos. En el presente rollo ha comparecido en representación de la recurrente, para sostener su recurso, la procuradora designada de entre los del turno de oficio Sra. D<sup>a</sup>. María Gallardo de la Torre.

Asimismo, ha comparecido en este Rollo por el actor, D. Jose Pedro , el procurador Sr. D. José Manuel Gracia Marías, para oponerse al recurso bajo la dirección del letrado Sr. D. José Antonio Bitos Rodríguez. Ha intervenido en el Rollo, en interés de menor, el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Neus Bran Sánchez, que finalmente ha solicitado la estimación del recurso.

**Cuarto** .- Por auto de dieciséis de noviembre de dos mil diecisiete , dictado en el incidente previsto en el art. 483.3 LEC , la Sala decidió admitir a trámite solo el segundo motivo del recurso de casación, tal y como quedó formulado en el escrito de alegaciones de la representación de la recurrente, ordenando dar traslado del mismo a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente.

Sin embargo, habiendo alegado la representación procesal del Sr. Jose Pedro que no se le había dado traslado material del escrito de alegaciones formulado por la representación del recurrente en el incidente del art. 483.3 LEC y considerándolo necesario porque, a la vista del mismo, la Sala había tenido por reformulado el motivo segundo del recurso, agrupando los iniciales motivos tercero a quinto, por providencia de veintidós de enero de dos mil dieciocho se le confirió nuevo traslado a la parte recurrida, que se opuso a la estimación del recurso, y al Ministerio Fiscal, que informó en el sentido de considerar procedente su estimación.

A la vista de ello por providencia de ocho de marzo se decidió señalar el diecinueve de abril del presente año, a las 11,00 horas de su mañana, para celebrar la deliberación, votación y fallo del recurso, que efectivamente se llevaron a cabo conforme a los preceptos legales correspondientes.



Ha sido designado ponente el magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. **Carlos Ramos Rubio**, que expresa el parecer unánime del tribunal.

### Fundamentos de derecho

**Primero** .- 1. El presente Rollo se ha formado con el *recurso de casación* interpuesto por la representación procesal de la demandada (Sra. Mónica ) contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), que desestimó su recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 en 6 octubre 2014, en los autos de filiación núm. 490/2012, que a su vez declaró la relación biológica de paternidad del actor respecto del hijo menor de edad de ambos ( Cesar ) y, en consecuencia, dispuso remitir testimonio al Registro Civil de la localidad "a fin de que se haga constar marginalmente dicha filiación con la consiguiente modificación de los apellidos del menor, que pasarán a ser Hilario ".

El tribunal *a quo* desestimó el recurso de apelación, por lo que se refiere al orden de los apellidos del menor dispuesto por el Juzgado de Primera Instancia -que es la única cuestión a dilucidar en sede casacional-, porque entendió que, a diferencia de los supuestos contemplados en la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 octubre 2013 y en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo alegadas por la apelante, la corta edad del menor de que se trata en este caso -nacido en agosto de 2011- no le había permitido " *consolidar socialmente el apellido materno con el que consta inscrito* ", por lo que entendió que procedía dar cumplimiento a lo que resulta del art. 235-2.2 CCCat y del art. 194 RRC y, en consecuencia, mantener el orden decidido en la primera instancia, es decir, imponer en primer lugar el primero del padre (" Jose Pedro ") y en segundo lugar el primero de la madre (" Mónica ").

2. En el *recurso de casación* , después de que por nuestro auto de 16 noviembre 2017 se inadmitieran los dos primeros motivos y se tuvieran por refundidos los tres siguientes en uno solo -el segundo-, se denuncia la infracción del art. 211-6.1 CCCat , que responde a las exigencias derivadas de la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989 (CDN) y de la *Carta Europea de los Derechos del Niño* de 1992 (CEDN), y tiene relación directa con lo dispuesto en el art. 2 de la L.O. 1/96 de 15 enero, de *Protección Jurídica del Menor* (LOPJM), y en el art. 5.3 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo , de *los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia* (LDOIA), con cita, además, del art. 235-2.2 CCCat , del art. 49.2 de la Ley del Registro Civil (LRC 2011 ) -se cita el art. 59.2 LRC 1957 - y del art. 194 del Reglamento del Registro Civil (RRC 1958), por entender que tras lo resuelto en la STC 167/2013 de 7 octubre y en la STS del Pleno de la Sala 1ª núm. 659/2016 de 10 noviembre , conforme a las cuales el *interés superior del menor* exige que se acredite que la alteración del orden de los apellidos derivada de una declaración judicial de paternidad extramatrimonial sobrevenida a la inscripción original del nacimiento, en la que solo constase la filiación materna, supone un beneficio para el menor, de manera que, en defecto de tal acreditación, deberán mantenerse los apellidos (maternos) con los que el menor hubiese sido inscrito inicialmente en el Registro Civil o, como máximo y si no es perjudicial para el menor, podrá imponerse el apellido paterno derivado de la declaración judicial de filiación en segundo lugar, tras el primer apellido (materno) con el que el menor viniera siendo conocido hasta entonces.

**Segundo** .- 1. La representación procesal del Sr. Jose Pedro se opone a la estimación del recurso de casación, en primer lugar, por considerarlo inadmisibles, teniendo en cuenta que la recurrente (Sra. Mónica ) no puede alegar el *interés del menor* en que ha fundado el único motivo admitido a trámite, desde el momento en que, debido a la posible existencia de un conflicto de intereses con ambos progenitores, solicitó el nombramiento de un defensor judicial para aquel, que el Juzgado de Primera Instancia designó por auto de 1 marzo 2013. Así las cosas, como quiera que el defensor judicial " *no ha rechazado el cambio de nombre ni ha interpuesto recurso alguno contra las sentencias dictadas en la instancia* ", ante su inacción, no es posible acceder ahora a lo solicitado solo y exclusivamente por la recurrente.

La alegación de la parte recurrida carece de fundamento.

Por lo pronto, la representación procesal designada en la primera instancia al menor, ostentada por la procuradora Sra. Dª. María Pilar Tous Estany, a quien le fue debidamente notificada la sentencia dictada en su día por el Juzgado de Primera Instancia de DIRECCION000 y le fue conferido traslado del recurso de apelación interpuesto por la demandada, ni impugnó la sentencia, ni se opuso al recurso por diligencia de ordenación de 28 abril 2015 se tuvo por precluido el trámite para ella , ni se personó ante la Audiencia Provincial, de manera que la segunda instancia se tramitó en su ausencia y ni siquiera llegó a notificársele la sentencia que resolvió el recurso de apelación ni, por lo tanto, tuvo conocimiento de la interposición del recurso de casación.

El art. 224-1 CCCat , en relación con el art. 236-18.2.c CCCat , dispone que la autoridad judicial debe nombrar un defensor judicial al menor si existe *conflicto de intereses* con los progenitores que ostenten la potestad parental, pero en las acciones de filiación solo si lo justifica su " *interés* " ( art. 235-16.3 CCCat ). Esta



eventualidad, sin embargo, no priva a los progenitores de la posibilidad de invocar y de representar el *interés del menor*, al margen de cuál fuere la postura procesal del *defensor judicial* ( arts. 235-24 y 236-2 CCCat ), ni excusa al órgano judicial de la obligación de tenerlo en cuenta siempre, al margen de que sea o no alegado, a la hora de resolver cualquier cuestión y de adoptar cualquier medida que pueda afectarle (arts. 233-3.1, 233-6.6, 233-8.3, 233-10.2, 233-11.3, 233-21.3, 235-16.3, 236-5.1, 236-6.2, 236-7, 236-10, 236-15, 236-28.1 CCCat).

En última instancia, en esta sede interviene el Ministerio Fiscal, precisamente, en interés del menor, habiendo dictaminado en su informe emitido tras el traslado propiciado por nuestra providencia de 22 enero 2018 que, *" no acreditándose en la sentencia recurrida el beneficio que pueda otorgarle al menor el cambio del primer apellido que en la actualidad tiene 6 años y es el que ha venido usando desde su nacimiento tanto a nivel social, escolar y familiar, procede estimar el recurso de casación con anulación de la sentencia recurrida en lo que se refiere al orden de los apellidos, procediendo que el primero sea el de la madre y el segundo el del padre "*.

2. Por otra parte, la representación procesal de la parte recurrida (Sr. Jose Pedro ) se opone también a la admisión por entender que lo que pretende la recurrente (Sra. Mónica ) es revisar los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, por lo que se refiere a aquel en el que se declara que el orden de los apellidos de la madre, que actualmente tiene el menor, *" no ha causado estado ni apariencia de posesión "* para este, especialmente si se tiene en cuenta que el padre (Sr. Jose Pedro ) interpuso inmediatamente la demanda para que le fuera reconocida su paternidad y que, si ha habido alguna dilación en el procedimiento ha sido debida única y exclusivamente a la demandada, que no contestó la demanda.

Lejos de ello, el único motivo del recurso de casación que ha sido admitido a trámite no pretende - como veremos- revisar los hechos declarados probados en la instancia, sino alegar que, tratándose de una modificación del orden de los apellidos inicialmente inscritos en el Registro Civil, no es posible atender a lo dispuesto literalmente en la LRC y en el RRC sobre el orden de los apellidos del menor en caso de desacuerdo de los progenitores, en los que se establece la preferencia del apellido paterno sobre el materno de forma inexcusable -antes de la reforma operada por la Ley 20/2011, de 21 julio, que en este punto ( art. 49.2 LRC 2011 ) entró en vigor el 30 junio 2017-, sino a lo que resulta del art. 211-6.1 CCCat , que ordena atender al *interés superior del menor*, que exige que su identidad originaria, como parte integrante de su personalidad, no sea vea alterada salvo en el caso de que se derive algún beneficio acreditado de dicha alteración.

Tratándose esta de una cuestión exclusivamente jurídica en la que concurre un evidente interés casacional, es por lo que se decidió su admisión por nuestro auto de 16 noviembre 2017 y por lo que ahora se desestiman todos los motivos de oposición relativos a una supuesta inadmisibilidad del recurso alegados por la parte recurrida.

**Tercero .- 1.** La legislación estatal aplicable a la cuestión de que trata el presente recurso de casación se ha modificado sustancialmente desde que se inició el procedimiento en la primera instancia hasta el momento en que ahora se decide sobre aquel.

No obstante, tanto el art. 211-6.1 CCCat como el art. 235-2.2 CCCat , promulgados por la Ley 25/2010, de 29 julio, *del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia*, que entraron en vigor el 1 enero 2011 y constituyen normas esenciales para la resolución de la cuestión planteada, han permanecido inalterables en todo ese tiempo.

En efecto, cuando el Sr. José Pedro interpuso su demanda (2012) se hallaban en vigor los arts. 53 a 62 LRC 1957 , que se limitaban a proclamar que *" la filiación determina los apellidos "* ( art. 55.1 LRC 1957 ) y que estos debían corresponder *" a ambos progenitores "* ( art. 53 LRC 1957 ), pero no decían nada del orden en que debían imponerse, en defecto de acuerdo de los progenitores, en el caso de que la filiación estuviera determinada por ambas líneas, ya fuera de forma originaria ya fuera de forma sobrevenida. Fue el art. 194 RRC 1958 , tras la reforma de que fue objeto por el RD 193/2000, de 11 febrero, *de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos* (BOE Núm. 49, de 26 feb. 2000), el que dispuso que, *" si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil , primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre , aunque sea extranjera "*.

A su vez, el art. 109 CC disponía -dispone-, después de la modificación de que fue objeto por la Ley 40/1999, de 5 noviembre, *sobre nombre y apellidos y orden de los mismos* (BOE Núm. 266, de 6 nov. 1999), que:

*" La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley.*

*Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido , antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley .*



...".

Por su parte, el art. 235-2.2 CCCat, aprobado por la Ley 25/2010, disponía -dispone- que " *la filiación determina... los apellidos...* ", 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.

No obstante, ya en el momento de interponerse la demanda se había publicado la Ley 20/2011, de 21 julio, *del Registro Civil* (BOE Núm. 175 de 22 jul. 2011), que, sin embargo, todavía no ha entrado en vigor en su totalidad al día de hoy, ni lo hará hasta el próximo 30 junio 2018, conforme establece la DF 10ª, en la redacción dada a la misma por el apartado 4 del artículo único de la Ley 4/2017, de 28 junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, precisamente con excepción, entre otras, de lo dispuesto en el art. 49.2 LRC, que entró en vigor un año antes, el 30 junio 2017, y dispone ahora que:

" *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.*

*En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro 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.*

...".

De todas formas, como quiera que el nombre y los apellidos del menor -incluido el orden de estos, por su valor identificador-, se configura como uno de los elementos esenciales de su identidad y de su personalidad (art. 8.1 CDN 1989), 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), como veremos, no constituye esta -la del orden de los apellidos del menor en los supuestos de una declaración de filiación sobrevenida, en especial la paterna- 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. Es cierto que, hasta hoy, esta Sala no ha tenido ocasión de pronunciarse, con relación a lo dispuesto en los arts. 211-6.1 y 235-2.2 CCCat, sobre cuál haya de ser el orden de los apellidos que, en defecto de acuerdo de los progenitores, deba hacerse constar en el Registro Civil respecto de un menor que, por mor del ejercicio de una acción de filiación, pase de tener determinada solo una línea a tener las dos.

También lo es que, por el contrario, la Sala Primera del TS ha podido pronunciarse repetidamente al respecto en los últimos tres años -antes, por tanto, de la entrada en vigor del actual art. 49.2 LRC 2011-, interpretando el art. 109 C.C. en relación con los preceptos correspondientes de la LRC 1957 y del RRC 1958 -desde la STS1 76/2015 de 17 feb., en las sucesivas SSTS1 620/2015 de 11 nov., 621/2015 de 12 nov. y 15/2016 de 1 feb.; y a partir de la STS1 (Peno) 659/2016 de 10 nov., en las siguientes SSTS1 299/2017 de 16 may., 638/2017 de 23 nov., 651/2017 de 29 nov., 658/2017 de 1 dic., 20/2018 de 17 ene., 93/2018 de 20 feb. y 130/2018 de 7 mar.-.

Antes, incluso, lo había hecho nuestro Tribunal Constitucional -STC 167/2013 de 7 octubre-.

Por su parte, 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. Más recientemente, 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 ha reiterado 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* ".

Precisamente, la EM de la Ley 40/1999, de 5 noviembre, que modificó el art. 109 CC introduciendo como criterio preferente el acuerdo entre los progenitores, aludía a la STEDH del caso *Burghartz* para justificar la modificación dirigida a suprimir " *las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos* "; y la EM de la LRC 2011, teniendo en cuenta que « *es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona*



» ( STS1 130/2018 de 7 mar . FD2; en el mismo sentido SSTS1 659/2016 de 10 nov . FD2, 20/2018 de 17 ene. FD3 y 93/2018 de 20 feb. FD5.3), justifica ahora la reforma del art. 49.2 LRC 2011 , que sustituye la prevalencia *ex lege* del apellido paterno en caso de desacuerdo por la determinación del orden en base al *interés superior del menor* , explicando que la reforma se acomete, entre otras razones, " *con el fin de avanzar en la igualdad de género* " .

A la vista de este cuerpo de jurisprudencia, en especial el formado por la Sala Primera del TS respecto del art. 109 CC , puede concluirse, en orden a interpretar nuestro art. 235-2.3 CCCat , que 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, en la situación normativa anterior a la entrada en vigor del art. 49.2 LRC 2011 , no era otro que el que venía impuesto por el *interés superior del menor* a que se refiere el art. 211-6.1 CCCat , con corrección, en su caso, de lo que resulta -resultaba- de la interpretación literal de los arts. 53 y ss. LRC 1957 y del art. 194.2 RRC 1958 y al margen de los derechos invocados por los progenitores o de su comportamiento en relación con la declaración de la filiación sobrevenida.

Quiere ello decir que, a los efectos que aquí se analizan, 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 conoció el nacimiento en orden a lograr el reconocimiento de su paternidad, ni mucho menos a las razones que pudiera tener la madre para oponerse a 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. Dicho de otro modo, " *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 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* " ( STS1 93/2018 de 20 feb . FD5.3).

El *interés superior del menor* , como criterio *primordial e inspirador* para la adopción de cualquier medida que le afecte, pese al esfuerzo del legislador español ( art. 2 LOPJM) y catalán ( art. 5 LDOIA) por determinarlo fijando una serie de *criterios generales* -por cierto, entre ellos la preservación de su *identidad* ( art. 2.2.d LOPJM)- y *específicos* -el que ahora incorpora el art. 49.2 LRC 2011 es uno de ellos- y una serie de *elementos* de ponderación (art. 2.3 LOPJM y art. 5.4 LDOIA) para poder reconocerlo, mantiene una indudable naturaleza de *concepto jurídico indeterminado* , que permite atender a cualesquiera " *otros [criterios] que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto* " (art. 2.2 LOPJM) y " *aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores* " (art. 2.3.f LOPJM).

Por lo que respecta a la concreción del *interés del menor* en la materia de que aquí se trata, no puede perderse de vista, por un lado, que la filiación determina necesariamente los apellidos del menor - art. 109.1 CC , art. 235-2.2 CCCat , art. 55.1 LRC 1957 , art. 49.2 LRC 2011 -, por lo que, mediante la secuencia de sus apellidos - *nombre familia* - deben quedar reflejadas, salvo situaciones excepcionales ( art. 58 LRC 1957 , art. 55 LRC 2011 ), las dos líneas de filiación, cuando ambas estuvieren determinadas.

De todas formas, la potestad del Estado para que quede debidamente reflejada la pertenencia a una unidad familiar de los diversos integrantes de la misma mediante la comunión de sus apellidos no puede ejercerse discriminatoriamente ( art. 14 CE ), imponiendo como criterio legal insoslayable, para el caso de desacuerdo de los progenitores, la prevalencia del apellido paterno sobre el materno. Cuestión diferente es que el Estado, una vez fijado ese orden para el mayor de los hijos, pueda imponer que se respete en las posteriores inscripciones de nacimiento de sus hermanos del mismo vínculo ( art. 109.3 CC ), reservando a cada uno de ellos el derecho a solicitar un cambio en dicho orden al alcanzar la mayoría de edad ( art. 109.4 CC ).

Por otro lado, no puede desconocerse que el nombre y el orden de los apellidos del menor constituyen una parte sustancial del derecho a su propia identidad ( art. 8.1 CDN ; art. 50.2 LRC 2011 ), que ostenta a título personal desde su nacimiento ( art. 7.1 CDN ; art. 50.1 LRC 2011 ), de manera que « *nombre y apellidos se configuran como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad* » (EM de la LRC 2011), al margen de las eventuales consecuencias de determinadas situaciones de hecho ( art. 57.Primerero LRC 1957 , art. 54.2.a LRC 2011 ).

Así las cosas, 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 reflejar la nueva relación de filiación, sustituyendo el que tuviere por el primero , 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.



Esta solución tiene la virtud de permitir identificar, caso por caso, aquellas situaciones en las que una opción diferente implique un beneficio comprobado para el menor a fin de invertir el orden.

En conclusión, en virtud de lo que resulta del art. 235-2.2 CCCat en relación con el art. 211-6.1 CCCat, en el supuesto de un menor identificado en la inscripción originaria de nacimiento practicada en el Registro Civil con los apellidos indicadores exclusivamente de su filiación materna, respecto del cual se produzca la determinación sobrevenida de su filiación paterna, en defecto de acuerdo de los progenitores para establecer el orden de los apellidos indicadores de ambas líneas, deberá estarse a lo que resulte del *interés superior del menor*, el cual, al margen de su edad, exigirá el respeto a su identidad familiar y social concretado en el mantenimiento del primer apellido que constase como tal en aquella inscripción, salvo acreditación de que le resulte más beneficioso sustituirlo por el primer apellido de la línea paterna, que, en otro caso, solo se impondrá como segundo apellido en sustitución del segundo originario.

En consecuencia, como quiera que en el presente supuesto no se ha acreditado el beneficio que pueda obtener el menor ( Cesar ), hijo común de demandante y demandada (la recurrente), de anteponer el primer apellido de su padre ( " Jose Pedro " ) al primero que tiene actualmente ( " Mónica " ), 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 - aparte del pronunciamiento relativo a las costas, al que se refiere el siguiente fundamento- de disponer que, por el órgano judicial encargado de la ejecución, se oficie al Registro Civil de la localidad de DIRECCION000 (Tarragona), donde nació el menor, para que haga constar en la nota marginal extendida con ocasión de la declaración de la nueva filiación paterna, que como consecuencia de la misma el orden de los apellidos del menor Cesar será Hilario, en lugar de los que constan en la inscripción original ( Cesar ).

**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, 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.

En su virtud,

### Parte dispositiva

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

ESTIMAR el único motivo admitido a trámite del recurso casación interpuesto por la representación procesal de Dª. Mónica contra la sentencia dictada el veinticinco de mayo de dos mil dieciséis por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en su Rollo de apelación núm. 397/2015, dimanante del procedimiento de filiación núm. 490/12 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 (Tarragona), y, en consecuencia,

CASAR la indicada sentencia en el sentido de disponer que, por el órgano judicial encargado de la ejecución, se oficie al Registro Civil de la localidad de DIRECCION000 (Tarragona), donde nació el menor, para que haga constar en la nota marginal extendida con ocasión de la declaración de la nueva filiación paterna, que como consecuencia de la misma el orden de los apellidos del menor Cesar será Hilario, en lugar de los que constan en la inscripción original ( Cesar ); así como en el sentido de dejar sin efecto la condena a las costas de la apelación.

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

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.