

# LIBRO DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

ENERO 2017 N° 1

ASOCIACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA

DIRECCIÓN: NATALIA VELILLA ANTOLÍN

COORDINACIÓN: ALFONSO ALIAGA CASANOVA



Visítanos en:



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

## **1.- Filiación no matrimonial: Inexigibilidad de alimentos de fecha anterior a la reclamación judicial de los mismos**

**SSTS del Pleno de la Sala 1ª de 29 de septiembre de 2016 y de 30 de diciembre de 2016**

Nº Sentencias: 573/2016 y 574/2016

Nº Recursos: 3326/2015 y 2389/2014

Comentario realizado por **Pablo Avellán Caro**, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Socio de Atticus Abogados.

## **2.- Orden de los apellidos en los supuestos de reclamación de paternidad no matrimonial, en caso de desacuerdo entre los cónyuges**

**STS del Pleno de la Sala 1ª de 10 de noviembre de 2016**

Nº Sentencia: 659/2016

Nº Recurso: 2191/2015

Comentario realizado por **María Luz Losada Vime**. Magistrada Juzgado Primera Instancia nº 4 de Torrejón de Ardoz.

## **1.- FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: INEXIGIBILIDAD DE ALIMENTOS DE FECHA ANTERIOR A LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LOS MISMOS**

SSTS del Pleno de la Sala 1ª de 29 de septiembre de 2016 y de 30 de diciembre de 2016

Nº Sentencias: 573/2016 y 574/2016

Nº Recursos: 3326/2015 y 2389/2014



**PABLO AVELLÁN CARO**

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

Socio de Atticus Abogados.

---

*En supuestos de declaración de paternidad no matrimonial, no son exigibles los alimentos al padre sino desde la fecha de la reclamación judicial de los mismos, sin que quepa la condena a abonar con carácter retroactivo los anteriores a dicha fecha, tal y como ya venía entendiendo el Tribunal Supremo respecto a las reclamaciones alimenticias en general.*

### **COMENTARIO**

Con fecha 29 y 30 de septiembre de 2016, (573/2016 y 574/2016), la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha dictado sendas sentencias fijando doctrina en relación con un supuesto de hecho sustancialmente idéntico: La madre de un menor, tras lograr la declaración judicial de paternidad contra el padre de éste, pretende en un procedimiento posterior y por la vía de la acción de reembolso del artículo 1.158 C.C., que se condene con carácter retroactivo al padre del menor a abonar el importe correspondiente a los alimentos

que ella había abonado en exclusiva durante todos los años transcurridos desde el nacimiento del hijo hasta la declaración judicial de paternidad.

Ha de destacarse que, en ambos casos, en el procedimiento de determinación de la filiación no matrimonial previo, la demandante de la declaración de paternidad no hizo uso de la acumulación de acciones para reclamar, además de la filiación, la reclamación de alimentos para que, al menos desde la fecha de la declaración de la filiación, se impusiera al padre el correspondiente deber de abonar alimentos en una suma determinada.

En cuanto a la respuesta jurídica a la cuestión planteada, el Tribunal Supremo ha recordado en primer lugar el contenido del artículo 112 C.C., el cual declara que *“la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar”*, así como que su determinación tendrá efectos retroactivos siempre que *“la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no dispusiere lo contrario”*, precepto que ha de ser contemplado a la luz de los artículos 153 y 148 C.C., que prevén respectivamente, la aplicación supletoria de las normas sobre alimentos entre parientes contenidas en el Título VI del Código Civil a todos los casos en que se tenga derecho a alimentos, estableciendo el segundo precepto mencionado una distinción entre el momento del nacimiento del derecho, *“la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos”*, y la exigibilidad de los mismos o momento en el cual se constituye una deuda cierta, al sentar que *“no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”*. De este modo, vemos que, el límite establecido por el artículo 112 C.C., es decir, la ley que dispone lo contrario a la retroactividad, sería el propio artículo 148.1 C.C. que, de modo taxativo, establece como fecha *a quo* para el nacimiento de la acción la presentación de demanda judicial.

No en vano, es reiterada y unánime la Jurisprudencia establecida por el máximo intérprete en relación con la aplicación de las normas sobre alimentos entre parientes a los alimentos debidos a los hijos menores, entre las cuales destacan las de 14 de junio de 2011 (402/2011) y la *“compendiosa sentencia 742/2013 de 27 de noviembre”* (cito textualmente la expresión utilizada por la sentencia de 30 de septiembre de 2016), que si bien destacan las posibles diferencias de trato originadas por la especialidad de la protección integral y la asistencia debida a los menores ex artículo 39.3 de la Constitución Española, subrayan de

igual modo las compatibilidades de ambos tipos de alimentos y los elementos comunes, como es el relativo a la fecha de su exigibilidad.

Asimismo, la sentencia de 29 de septiembre de 2016 recuerda la vieja jurisprudencia existente en relación con la irretroactividad de los alimentos, *“de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida”*, (Sentencias de 18 de abril de 1913, 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, y más recientemente la de 24 de abril de 2015, n° 202/2015).

Como decíamos, en ambos supuestos de hecho, se produjo un previo procedimiento para la declaración de la filiación en los cuales, las madres demandantes no accionaron por vía de reconvención la reclamación de alimentos, no siendo esta inactividad reformable a posteriori por esta vía legal del reembolso.

Por otra parte, si el mencionado precepto 148 C.C. impide al propio alimentista la reclamación de aquellos alimentos anteriores a la fecha de presentación de su demanda de reclamación, no tendría sentido que la madre de éste pudiera reclamarlos por la vía de la acción de reembolso.

Así, en resumen, para estos supuestos de filiación no matrimonial, la doctrina jurisprudencial distingue dos momentos:

- El primero, desde la fecha del nacimiento del menor, pasando por la declaración judicial posterior de paternidad, hasta el momento anterior a la demanda judicial de reclamación de alimentos al padre: Existe una obligación moral y legal – artículo 154 C.C. y 39.3 C.E. - del padre respecto al pago de alimentos al hijo, si bien el deber legal no resulta exigible ni existe acción para reclamarlos por el momento.

- El segundo, desde la fecha de la interposición de la demanda judicial de reclamación de alimentos, desde la cual, en virtud del artículo 148.1 C.C. sí que serían exigibles al deudor de los mismos.

Por último, a modo de comentario *de lege ferenda*, el Tribunal Supremo afirma que, tal y como ya prevé el Código Civil de Cataluña, podría haberse previsto un límite *a quo* a partir de la interpelación extrajudicial, o de un plazo temporal determinado, o bien haberse puesto en juego la imputabilidad del deudor si la reclamación no se hizo por culpa de éste. No obstante, también se argumentan dos razones para el escenario legal vigente, ya que tal y como establece el Auto 301/2014 del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2014, lo contrario, esto es, la retroactividad de los alimentos no serviría a los fines de la protección integral y asistencia debida al menor, pues éste ya habría sido asistido, -por la madre-, y sus necesidades cubiertas, sino que, una eventual retroactividad, en todo caso, sólo serviría para “*resarcir al progenitor cumplidor*”; y por último, existe una razón aún más poderosa relativa a la incompatibilidad con la seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E.) que provocaría la existencia de una situación de pendencia indeterminada, con los consiguientes problemas de indefinición temporal a efectos, entre otros, de ejecución de sentencias por impago de pensiones.

Referencia CENDOJ: ([ROJ: STS 4176/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4176](#)) y ([ROJ: STS 4184/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4184](#))

A S O C I A C I O N  
DE JUECES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA

## **2.- ORDEN DE LOS APELLIDOS EN LOS SUPUESTOS DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD NO MATRIMONIAL, EN CASO DE DESACUERDO ENTRE LOS PROGENITORES.**

STS del Pleno de la Sala 1ª de 10 de noviembre de 2016

Nº Sentencia: 659/2016

Nº Recurso: 2191/2015.

MARIA LUZ LOSADA VIME.

Magistrada Juzgado Primera Instancia nº 4 de Torrejón de Ardoz.

*El Tribunal Supremo en esta sentencia analiza el tema del orden de los apellidos en los casos de determinación de la paternidad no patrimonial, existiendo desacuerdo entre los progenitores. El Alto Tribunal entiende que en estos casos se debe atender al beneficio del menor a la hora de establecer el orden de los apellidos, bien sea para modificarlo o bien para mantener el orden que consta en la inscripción inicial de nacimiento del menor.*

### **COMENTARIO**

La sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la madre del menor y demandada en primera instancia.

Debemos partir del supuesto de hecho: D. Melchor interpuso demanda de juicio verbal contra Doña Enriqueta ejercitando la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial respecto de dos menores. La demandada contestó a la demanda no oponiéndose a la declaración de la paternidad no matrimonial del demandante, pero formuló demanda reconvenicional interesando que se mantuviera en primer lugar el apellido materno seguido del apellido paterno, atendiendo al interés del menor.

El Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Córdoba dictó sentencia el 24 de septiembre del 2014 estimando la demanda principal, reconociendo la paternidad no matrimonial del demandante y ordenando la rectificación de los apellidos de los menores, debiendo ser inscritos con el apellido paterno en primer lugar y con el materno en segundo lugar.

Contra dicha sentencia por Doña Enriqueta se interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Córdoba, confirmando íntegramente la sentencia dictada en instancia y manteniendo que el orden de los apellidos de los menores debía ser primero el paterno y luego el materno. La Audiencia considera que en aplicación de la normativa vigente al tiempo de los hechos y la jurisprudencia y Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado y especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero del 2015 para que se pudiera mantener como primer apellido el materno en beneficio del menor es necesario que haya existido una duración más o menos prolongada de uso de ese apellido como primero, de modo que el menor en la vida social y escolar sea conocido por esos apellidos y en ese orden, hablando por ejemplo, la STC 167/2013 de 7 de octubre de un menor de cuatro años de edad. La Audiencia entiende que en este caso los menores no cuentan ni con cuatro meses por lo que el uso social, escolar y familiar del apellido no puede afirmarse. Igualmente entiende la Audiencia que el hecho de que se hubiera dictado una sentencia condenatoria anterior al padre por vejaciones injustas, siendo víctima la madre, tampoco tiene la entidad suficiente como para variar el orden de los apellidos ya que no se ha acreditado desatención del padre respecto de los menores.

Doña Enriqueta interpone contra la sentencia de la Audiencia Provincial recurso de casación. Este recurso se basa en cuatro motivos fundamentales:

-En primer lugar, en el interés superior del menor, de conformidad con lo establecido en la STS de 17 de febrero del 2015 y la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil, cuyos principios informadores deben inspirar todas las resoluciones posteriores. La recurrente entiende que el menor ya tiene dos años y que por lo tanto aunque todavía no

haya sido escolarizado, resultaría beneficioso para el mismo mantener en primer lugar el apellido materno.

-En segundo lugar, la vulneración del artículo 18.1 de la Constitución respecto a la interpretación del derecho a la propia imagen del menor en relación con las resoluciones del TC y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

-En tercer lugar, la vulneración del artículo 14 de la Constitución en relación con la Ley Orgánica 3/2007 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, y en relación con los principios informadores de la Ley 20/2011. La recurrente se basa en que el padre ha sido condenado en varias ocasiones.

-En cuarto lugar, el artículo 39 de la Constitución en relación con la Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. La recurrente alega que el desarrollo del menor con los apellidos maternos ha sido pleno durante este tiempo, tratando de evitar que el cambio pueda ser lesivo en el futuro.

---

La Sala Segunda del Tribunal Supremo señala que sobre esta cuestión del orden de los apellidos ya se pronunció en la sentencia 76/2015 de 17 de febrero dictada antes de que entrara en vigor el artículo 49 de la Ley del Registro Civil de 21 de julio del 2011. El Tribunal Supremo señala que la legalidad estricta vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, artículo 109 del Código Civil, establecía que el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido el primero de la madre.

Sin embargo no cabe una interpretación estricta de la legalidad cuando se ve afectado el interés superior del menor. En este sentido cabe destacar especialmente la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que modificó parcialmente la LEC y el Código Civil y que trata de garantizar en todos los ámbitos la protección del interés superior del menor.

Igualmente el Tribunal Supremo destaca la exposición de motivos de la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil, donde se establece que “ el nombre y los apellidos se

configuran como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho a la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. De modo que para 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 sobre el orden de los apellidos.”

El Tribunal Supremo, basándose en estos principios inspiradores, ha venido a señalar ya en sentencias anteriores como la STS 621/2015 de 27 de octubre o la STS 15/2016 de 28 de octubre, que en todo caso se debe atender al interés superior del menor, tratándose de un concepto jurídico indeterminado que se ha venido relacionando con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, por encima de las preferencias personales de los padres, respecto a su desarrollo físico, ético, cultural, o bien respecto de su salud o bienestar psíquico, o bien simplemente como medio para la protección de sus derechos fundamentales. Este concepto jurídico indeterminado ha sido aplicado fundamentalmente en los supuestos de reclamación de la paternidad de forma tardía, de modo que el menor ya lleva utilizando de manera habitual los apellidos maternos desde hace tiempo y un cambio de orden afectaría a ese interés superior. Sin embargo el Tribunal Supremo señala que si bien el tiempo puede ser un elemento a valorar, no es el único y esencial, puesto que, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el de la madre, y siendo patente la relevancia individualizadora del primer apellido de una persona.

En nuestro caso concreto la Sala Segunda del Tribunal Supremo señala que habiéndose inscrito el menor solo con los apellidos maternos, atendiendo a que era la única filiación reconocida en ese momento, no existe ninguna circunstancia que aconseje, en beneficio del menor, el cambio en el orden de los apellidos. El Alto Tribunal señala que la cuestión en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio en el orden de los apellidos, sino que partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de modo que el paterno fuera el primero y el materno el segundo. Si no existe ese beneficio entonces no hay motivo para alterar el orden.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo parte del principio de igualdad y rompe, conforme a la legislación vigente, con el tradicional orden de los apellidos, de modo que los padres son los que pueden decidir libremente alterar ese orden. En los casos de declaración de la paternidad posterior, el Tribunal Supremo, a falta de acuerdo, considera que se debe estar al interés del menor. Éste es un concepto jurídico indeterminado, en el que se deben valorar múltiples cuestiones. No obstante la conclusión a la que llega nuestro Alto Tribunal es que, dado que el nombre y los apellidos que constan en la inscripción inicial de menor, son determinantes de su personalidad, entonces si no existen elementos que justifiquen un verdadero beneficio para el menor con la alteración del orden, se debe mantener el orden original y por ende, mantener como primer apellido el de la madre, única filiación reconocida al tiempo de la inscripción, y como segundo apellido el del padre. Por lo tanto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo parece concluir que en estos casos ese interés superior del menor viene determinado por el mantenimiento del orden de los apellidos tal y como constan en la inscripción inicial de nacimiento del menor, y solo en el caso de que se acredite un beneficio real para el menor, se altere ese orden, de modo que conste en primer lugar el apellido paterno y luego el materno. Esto podría ocurrir, a título de ejemplo, en caso de apellidos paternos con un componente histórico importante o en supuestos similares.

Evidentemente el factor temporal, atendiendo a la edad del menor, escolarización, inscripción en diversos organismos públicos, tiene relevancia, a la hora de acordar o no la alteración del orden de los apellidos, pero ya no es el único y principal elemento a valorar y tener en cuenta, sino fundamentalmente el concepto indeterminado de interés del menor, en los términos ya expuestos.

**Referencia CENDOJ: [ROJ 4839/2016](#), [ECLI:ES:TS:2016:4839](#).**