

**COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2016 (659/2016)**

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

Comentario a cargo de:
M^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Universidad. UCM
Codirectora Grupo de Investigación UCM:
“Derecho de Daños. Derecho de la contratación”

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2016

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

ID CENDOJ: 28079119912016100028

PONENTE: EXCMO. SR. DON EDUARDO BAENA RUIZ

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

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2016 establece como doctrina que procede el mantenimiento del primer apellido materno cuando ha sido con el que se inscribió desde su nacimiento al menor al no estar la filiación paterna determinada y en defecto de acuerdo entre los progenitores cuando ésta se determina. El interés protegible del menor respecto al cambio del orden de los apellidos es con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar. Independientemente de la edad del

menor y, por consiguiente, del tiempo que ha venido utilizando los apellidos.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Introducción. 5.2. Acción de reclamación de paternidad no matrimonial contra la esposa. 5.3. Prevalencia de la verdad biológica. 5.4. El derecho a los apellidos como un derecho de la personalidad. Caracteres. 5.5. Modificación en general de los apellidos tras su inscripción. 5.6. El interés superior del menor y el orden de los apellidos. Criterios para su determinación. 5.7. La interpretación correctora de la Sala Primera del TS y el Derecho del Menor. 5.8 Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Se formula por el demandante demanda de juicio verbal de acción de reclamación de paternidad no matrimonial contra la madre suplicando se dicte sentencia por la que se declare que los menores Faustino y Jacinto (éste último fallecido días después de nacer), son hijos no matrimoniales del demandante, practicándose la oportuna inscripción registral de filiación.

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

2. Soluciones dadas en primera instancia

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

3. Soluciones dadas en apelación

La madre recurrió en apelación, y, la sentencia de segunda instancia de fecha 12 de mayo de 2015, desestimó el recurso.

La cuestión esencial de dicha resolución se centra en analizar si el uso de los apellidos de la madre por el menor desde su nacimiento crea una determinada situación, o posesión de estado, cuya modificación le perjudicaría, lo que excluiría imponer que sea el del padre el primer apellido del menor.

Para argumentar dicha cuestión comienza la Audiencia exponiendo la jurisprudencia que aplica la normativa prevista para la inscripción inicial de filiación y los supuestos de determinación posterior de la filiación. Recoge la doctrina de la Sentencia del TS de 17 de febrero de 2015 que exige *una duración más o menos prolongada del uso* como primer apellido del materno, así como *la importancia que se otorga al mantenimiento* de dicho apellido materno en el menor ya que en su vida social y escolar es conocido por esos apellidos. También se recuerda la *importancia de la duración* de dicho uso del apellido materno que se establece en la Sentencia del TC 167/2013 de 7 de octubre –donde se recogía el supuesto de un menor de cuatro años.

En el caso que se enjuicia la cuestión radica en que el menor aún no cuenta con cuatro meses y medio, y, entiende la Audiencia que el uso social, escolar y familiar del apellido no puede afirmarse.

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

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

4. Los motivos de casación alegados

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

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

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

Motivo cuarto: vulneración del art 39 CE en relación con la Declaración de los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y Carta Europea de los Derechos del niño. Alega que el desarrollo del menor con los apellidos maternos ha sido pleno por lo que se trata de extender la protección del mismo para el futuro, y evitar que el cambio pueda ser lesivo en el futuro.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Introducción

El problema que vamos a analizar en este comentario es el del orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida.

La cuestión tiene mucha importancia porque realmente nos encontramos ante un vacío legal que se ha solventado con el juego del principio general de derecho del interés superior del menor. Sentencia que ha establecido doctrina y sobre la que vamos a desarrollar nuestro comentario. Resultando la misma que:

Procede el mantenimiento del primer apellido materno cuando ha sido con el que se inscribió desde su nacimiento al menor al no estar la filiación paterna determinada y en defecto de acuerdo entre los progenitores cuando ésta se determina. El interés protegible del menor respecto al cambio del orden de los apellidos es con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar. Independientemente de la edad del menor y, por consiguiente, del tiempo que ha venido utilizando los apellidos.

5.2. Acción de reclamación de paternidad no matrimonial contra la esposa

Iniciamos nuestro comentario indicando que realmente aunque la sentencia indique que estamos ante una “acción de reclamación de paternidad no matrimonial contra la esposa” la denominación de la acción es de reclamación de la filiación, pero en este caso el juzgador pone el énfasis en que quien ejerce la acción es el padre que reclama con seguridad su paternidad.

Hay un indicio de sutil reproche del padre hacia la madre, y además denota la seguridad de que lo que desea es reclamar su paternidad: como exigencia de la relación jurídica entre el padre y su hijo que genera una serie de derechos y deberes recíprocos. El padre pretende que por sentencia declarativa se

indique que los menores son sus hijos –no matrimoniales–, practicándose la oportuna inscripción registral de filiación. Resolución que impondrá judicialmente una relación paterno-filial, pues esta es su finalidad principal, de la que se deriva la imposición de los apellidos (que es el nombre de familia con que se distinguen las personas). En ningún momento hay oposición al reconocimiento de la paternidad por parte de la madre del menor, pero sí a la modificación del orden de los apellidos.

5.3. *Prevalencia de la verdad biológica*

La *prevalencia de la verdad biológica* es uno de los principios inspiradores de la acción de reclamación de la paternidad, más en este caso donde los progenitores no se hallaban casados durante el nacimiento de los hijos. Hasta ahora la tendencia jurisprudencial se centraba en que toda filiación debía ajustarse a la prevalencia de la verdad biológica, como criterio básico de la filiación, pero concretado únicamente a los supuestos de su reclamación pues no juega en otros supuestos.

Ya la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 2005 (que declaró la inconstitucionalidad del antiguo artículo 136,1.º del Código Civil) indica que las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica (arts. 10.1 y 39.2 CE) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad (arts. 9.3, 39.3 y 39.4 CE).

No impone, pues, nuestra Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica: sobre la determinación legal de esa clase de filiación. De otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación «De las acciones de filiación» contenida en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil. (STC de 27 de octubre de 2005 en la que se planteaba la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 133 del Código Civil, y que concretó que dicho precepto no vulnera el artículo 14 CE por la presunta desigualdad que se establecería entre los progenitores al favorecer al que primero reconozca a un hijo).

Pero téngase en cuenta la STS de 15 de julio de 2016 de revocación del reconocimiento de la filiación por complacencia, en la que se insiste en que este reconocimiento de la paternidad no es nulo por ser de complacencia pues no debe confundírsele con el reconocimiento de conveniencia. Y no cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro civil de tal reconocimiento aunque el encargado del Registro civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que *el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica*. Así pues la nueva doctrina mantiene que en el reconocimiento de complacencia matrimonial precisamente no se está cuestionando la verdad biológica de la paternidad pues ella es sabida y reconocida. El reconocedor

tras contraer matrimonio con la demandada, reconoce como hija suya a la de su esposa, por lo que estamos ante un caso de reconocimiento de complacencia. La verdad biológica –diferente a la que se va a reconocer– es la *esencia* precisamente de dicho reconocimiento por complacencia.

5.4. *El derecho a los apellidos como un derecho de la personalidad. Caracteres*

El derecho de toda persona tanto al nombre como a los apellidos se configura como un *derecho de la personalidad*. Ambos son inherentes a la persona y se vinculan al derecho a la identificación personal. Nos hallamos ante una cuestión de *orden público*, que reúne una serie de caracteres a tener en cuenta para nuestro análisis. Así pues, podemos indicar que es un *derecho originario*, ya que los apellidos se adquieren con el nacimiento de la persona y son *oponibles* a todo el mundo (*erga omnes*). Al configurarse como un *derecho subjetivo* otorga la facultad de actuar sobre los mismos de forma exclusiva.

Su naturaleza es *privada* porque están en la esfera del Derecho Civil, son *extrapatrimoniales* porque están fuera del comercio humano, e *indisponibles*, es decir la voluntad de la persona no puede crearlos, reglamentarlos, transmitirlos ni extinguirlos (*intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles*). Pero, son *modificables*, y esta es la cuestión a analizar en el presente comentario jurisprudencial pues puede alterarse su orden en determinadas circunstancias concretadas por el legislador expresamente. No olvidemos que es una cuestión de estabilidad y seguridad jurídica especialmente cuando está en juego el interés de los menores de edad.

5.5. *Modificación en general de los apellidos tras su inscripción*

El art. 109 del Código Civil indica que «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...», para determinar su modificación se aplican los artículos 53 y ss LRC y el artículo 194 del RRC (en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC).

El Ministerio de Justicia y en algunos casos el Encargado del Registro Civil y el Juez de Primera Instancia pueden autorizar los cambios de apellidos, previo expediente (arts. 57 LRC y 205 y ss del RRC). Los cambios de apellidos de los progenitores afectan a sus hijos lo que significa que el cambio gubernativo de apellidos alcanza a los sujetos a la patria potestad y a los demás descendientes que expresamente lo consientan (art. 61 LRC) y que sólo producen sus efectos si se inscriben.

En el caso de *violencia de género* y como medida excepcional la mujer puede cambiar sus apellidos. Se otorga como un medio de protección para impedir su localización y la de sus hijos (art 58 LRC reformado por la La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Real Decreto 170/2007 de 9 de febrero de modificación del

Reglamento del Registro Civil. Así se modifican los arts. 21, 22 y 208 RRC para simplificar el procedimiento de autorización de cambio de apellidos y lograr, de modo urgente, el necesario auxilio a las víctimas. Se dota de una nueva identidad a la mujer que ha sufrido violencia de género o a sus hijos y que esta nueva identidad no sea conocida por su agresor, por lo que se incluyen en los supuestos de publicidad restringida. Deberá acreditarse que quien alegue ser objeto de violencia de género ha obtenido alguna medida cautelar de protección judicial en el citado ámbito (art. 208 RRC)

5.6. *El interés superior del menor y el orden de los apellidos. Criterios para su determinación*

El supuesto objeto de estudio no se ajusta a ninguna de las situaciones anteriores, sino que se trata de concretar el orden de los apellidos de un menor tras la determinación de la filiación paterna de manera sobrevenida y cuando no hay acuerdo entre los progenitores.

En primer lugar debe afirmarse que el principio general de Derecho referido al *interés superior del menor* prevalece respecto de la *literalidad de la norma*. De manera que aunque de la aplicación estricta de las normas vigentes cuando se dictó la sentencia de instancia se determinase que, *en defecto de acuerdo entre los progenitores, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo el de la madre*, y teniendo en cuenta el interés superior del menor, la conclusión no puede ser seguir la interpretación literal de la norma.

Lo relevante *no* es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento *sino cual será el interés protegible del menor* al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar. Todo ello con independencia de la edad del menor que en este supuesto enjuiciado era de tan solo de 4 meses y medio, y, por consiguiente, del tiempo que ha venido utilizando los apellidos. La sentencia comentada analiza esta cuestión *porque no ha sido resuelta ni por el legislador civilista ni por el del registro civil*.

Por otro lado, el principio general de Derecho del interés superior del menor es el que inspira al legislador de la nueva Ley del Registro Civil, que aunque aún no ha entrado en vigor, está en línea con todo el Derecho de Menores, en este caso para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores. Tengamos en cuenta que el hecho de que esta nueva Ley no esté aún en vigor obedece tan solo a razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, pero «...no por *inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas*» como dice la STS de 10 de noviembre de 2016.

Desde nuestra humilde opinión y de *lege ferenda* proponemos que antes de su entrada en vigor (que se ha pospuesto al 30 de junio de 2018) debería recogerse la solución a estas cuestiones que hasta ahora no han sido objeto de regulación legal y tal vez, (como viene siendo habitual) adoptar el criterio que postula el interpretador del Derecho, que en este tema objeto de estu-

dio se ha convertido en creador de un criterio definitivo e inamovible al que habrán de sujetarse todas las controversias que se susciten sobre este asunto, al haberse fijado doctrina jurisprudencial por el pleno (jurisprudencia vinculante).

Además el principio del interés superior del menor es de naturaleza de orden público y obliga a los tribunales a observarlo en todas las decisiones que adopten y afecten al menor. Hasta ahora la Ley no ofrecía elementos concretos para su determinación. Sin embargo, la reforma de la LOPJM llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido una serie de criterios generales –además de los que puedan establecer las leyes especiales– para determinar el interés superior en cada caso en concreto recogiendo así la jurisprudencia del TS y los criterios fijados por las normas internacionales.

El TS concluye que es necesario llevar a cabo una interpretación correctora –sentido y letra de la Ley son diferentes– de los arts. 109 CC, 55 LRC –vigente– y 194 RRC conforme a la cual, y en coincidencia con lo previsto en el artículo 49 de la *nueva* Ley del Registro, decida el juez. La doctrina ya había insistido en que se hubiera llegado a igual solución si el Tribunal Constitucional hubiese abordado el tema de la inconstitucionalidad del art. 194 RRC por contrario a los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Hubiera bastado con no aplicarlo y desplazarlo, al amparo del art. 6 LOPJ y llevar a cabo una interpretación integradora del régimen jurídico regulador del derecho al nombre para diferir al juez la decisión en estos casos de falta de acuerdo en cuanto al orden de los apellidos. (López Jara, 2016, p. 3)

No obstante ya indicó el TC que es una norma registral dirigida a un *momento anterior a la inscripción registral del nacimiento*, pues es una opción que se concede a los padres antes de la inscripción *pero que también ha sido el régimen aplicado en los supuestos de determinación judicial de la filiación paterna*. En el mismo sentido se encuentra la STC de 15 de octubre de 2012.

Recordemos que el art. 49 de la Ley 20/2011, entrará en vigor salvo nuevos retrasos, el 30 de junio de 2018, y establece respecto de la filiación determinada por ambas líneas que «...*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...».

Resulta que es el interés superior del menor el que inspira al legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión (Sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2015). Ley que autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los

aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor, y además porque la DF 10^o de la Ley motiva su largo periodo de *vacatio legis* cuando recoge que “*hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia*”.

El Tribunal Supremo ha utilizado una serie de criterios para determinar el *principio general del superior interés del menor*, en estos supuestos de *establecer el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida* basándose en las líneas expuestas en la STC de 7 de octubre de 2013. Así hemos observado del análisis de la jurisprudencia que aborda este tema (STS 659/2016 de 10 de noviembre de 2016, STS 76/2015 de 17 de febrero de 2015, Sentencia 621/2015 de 12 de noviembre de 2015, Sentencia 620/2015 de 11 de noviembre de 2015) que los criterios que objetivamente reflejan justamente el interés del menor se centran en que:

La alteración del apellido paterno por el materno *compromete el derecho fundamental a la propia imagen del menor* al ser conocido socialmente con el primer apellido determinado desde su nacimiento.

Resulta de *notoria relevancia identificativa la existencia del primero de los apellidos en la vida del menor* tanto en el ámbito familiar como escolar.

La *ausencia de relaciones hasta el momento del menor con el padre* y el hecho de que el menor en el momento de iniciarse el proceso *estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento*, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre, que no le beneficia.

La *edad del menor en el momento de otorgarse la filiación paterna frente al tiempo que había estado utilizando el apellido de la madre*, teniendo en cuenta además, que a la finalización del procedimiento judicial y sus recursos tendrá cerca de seis años y que durante este largo periodo es conocido con el “nomen” primigenio tanto en el ámbito familiar como en el escolar y social.

El interés del menor justifica que el primer apellido del mismo sea el de la madre y el segundo el del padre *que ha ejercitado tardíamente la acción de reclamación de paternidad* (reclamación de filiación extramatrimonial).

En consecuencia, el interés del menor determina que se debe continuar utilizando el apellido materno como primero del menor *para no alterar esa situación ya consolidada* ya que lo contrario podría causar trastornos en su vida diaria, tanto en su ámbito familiar como social y sobre todo escolar.

No hay que perder de vista tampoco los criterios en que se concreta el interés del menor de la Observación General n^o 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial ponderando todos los elementos en juego, entre ellos: la edad y madurez del niño, el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño para evaluar su nivel de madurez, las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y su

análisis a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño. Sin perder de vista, además, su opinión, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección, seguridad y su situación de vulnerabilidad.

Lo interesante de la sentencia de 10 de noviembre de 2016, es que el menor contaba con cuatro meses y medio de edad, y el TS ha considerado que la situación del menor ya se encuentra consolidada no siendo posible su alteración.

5.7. La interpretación correctora de la Sala Primera del TS y el Derecho del Menor

El art. 49 de la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, indica en su apartado 2º que “La filiación determina los apellidos.” Y en su párrafo 4º concreta que “En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.” Norma que no se aplicará, según la Disposición final décima referida a la entrada en vigor de la Ley, hasta el 30 de junio de 2018, en lo relativo a esta cuestión (tal y como se indica en esta disposición redactada por el art. 2, 10º de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil).

No obstante esto es precisamente lo que ha ocurrido en el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario, pues al nacer los menores con una sola filiación reconocida, la de la madre, esta determinó los apellidos de sus hijos. Posteriormente, el padre al solicitar la determinación de su paternidad a través de la acción de reconocimiento de la filiación de los menores, y quedar acreditada la filiación por ambas líneas puesto que la madre no se opone en ningún momento a tal reconocimiento es cuando solicita el cambio de apellidos.

Si desde el primer momento hubiese estado determinada la filiación por las dos líneas, y previa inscripción registral del nacido, los progenitores podrían haber alterado el orden de los apellidos, pero esta no es la circunstancia que se estudia, conforme al futuro art. 29,2º, párrafo 2º que indica que “*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.*”

El artículo 49 LRC 20/2011 expresamente se refiere al interés superior del menor pero para aplicarlo en otro supuesto (esto es, 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.) No obstante, como indica la propia Sentencia,

la Sala tiene la misión de realizar *una aplicación correctora de la Ley, cuando debe aplicarse un principio general de Derecho en detrimento de alguna norma cuya interpretación literal no puede aplicarse.*

La finalidad al apelar al interés superior del menor implica el ejercicio de concreción del propio Tribunal Supremo al menor como sujeto perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso, y no al menor como concepto abstracto e indeterminado.

Esta misión de interpretación correctora de la normativa hace del Alto Tribunal un “órgano vivo”, cuyo objetivo es dar respuesta a una realidad cambiante, unificando criterios y sentando doctrina cuando sea posible, y cuando no, descendiendo al caso concreto sin establecer reglas cerradas, siempre en la dirección que marca el superior interés del menor.

Y es la propia sentencia la que pone como ejemplo de esta *interpretación correctora múltiples supuestos siempre relacionados con el Derecho de Menores*, su jurisprudencia, por ejemplo referida al *derecho de uso de la vivienda familiar* tras la ruptura de la misma y la interpretación de las normas conforme al principio general del interés superior del menor (Sentencia 191/2011 de 29 Marzo de 2011, referida a su atribución al marido ya que la esposa, que tenía la custodia del hijo común y el uso de la vivienda en la sentencia de separación, ha adquirido una nueva vivienda en la que convive con el hijo y su nueva pareja; o la STS 221/2011 de 1 de abril de 2011, que resuelve la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad como una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC; o la STS 695/2011 de 10 de octubre de 2011, en la que el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos, o la STS 671/2012 de 5 de noviembre de 2012 en la que se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar al padre cuando la madre, titular de la guarda y custodia de la hija, adquiere otra vivienda apta para cubrir las necesidades de alojamiento de la menor en condiciones de dignidad y decoro).

Aunque también se puede aludir a otros supuestos, como en materia de *guarda y custodia compartida* donde la STS de 29 de abril de 2013 señaló la línea positiva del TS en favor de este modelo de guarda, aunque también se deniega en otros como la STS de 15 de octubre de 2014 o la de STS de 30 de octubre de 2014, por considerar que la situación de conflictividad existente entre los progenitores resultaba perjudicial para el interés del menor.

También realiza una interpretación correctora de la normativa en relación con el *concepto de desamparo* (STS de 27 de octubre de 2014); o en relación con la *penión de alimentos* en varias circunstancias: equiparación de los hijos mayores de

edad con minusvalía a los menores (SSTS de 10 de octubre de 2014 y 7 de julio de 2014) o la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos hasta el mínimo vital (150 €) o ante la situación de dificultad económica del alimentante (STS 2 de marzo de 2015). O en otras cuestiones como la *atribución de los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios al excónyuge al que se adjudica el uso de la vivienda ganancial* (STS de 25 de septiembre de 2014); o en el *reparto de cargas derivadas de los desplazamientos para ejercitar el régimen de visitas de los hijos menores* (SSTS de 26 de mayo de 2014 y de 19 de noviembre de 2014); o la *calificación como ordinarios de los gastos causados al comienzo del año escolar* (STS de 15 de octubre de 2014).

5.8. *Conclusión*

Con esta sentencia plenaria el Tribunal Supremo vuelve a incidir en la máxima de que el interés superior del menor prevalece respecto de la literalidad de la norma. Por ello concluye que procede el mantenimiento del primer apellido materno frente al paterno.

La reclamación de paternidad aunque ha sido tardía no puede ser tenido como criterio único y esencial aunque sea relevante. El interés principal y protegible no es el deseo del padre de proceder al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito sino el del menor que viene identificado con dichos apellidos en la vida familiar, social o escolar. Y fue así inscrito, con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento.

No se ha acreditado ninguna circunstancia que aconseje el cambio del apellido y beneficie al menor, máxime teniendo en cuenta que es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona. Al no constar un beneficio para el menor con el cambio del orden de los apellidos se considera que no existe razón para la alteración.

6. **Bibliografía**

- ARZAMENA LASO, Cristina: “Régimen legal del cambio de nombre y apellidos”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-89, tomo 2, Editorial La Ley (La Ley 11942/2001)
- DE RAMÓN FORNS, Ignacio: “Orden de los apellidos y discriminación”, en *Diario La Ley*, N.º 7233, Sección Doctrina, 3 de Septiembre de 2009, Año XXX, Ref. D-273, Editorial La Ley. (La Ley 13580/2009)
- IGLESIA MONJE, M^a Isabel de la: “Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 757, Septiembre-Octubre. 2016.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: “El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El art. 49 de la nueva Ley del Registro Civil”, en *Actualidad Civil*, N.º 15-16, Sección A Fondo, Septiembre 2012, pág. 1611, tomo 2, Editorial La Ley. (La Ley 7823/2012).

- LÓPEZ JARA, Manuel: “El orden de los apellidos en los supuestos de filiación determinada judicialmente. El superior interés del menor”, *La Ley Derecho de familia*, N^o 9, Primer trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer. (La Ley 46/2016)
- MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, A: “La mujer y sus apellidos de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)”, en *Diario La Ley*, N^o 6974, Sección Doctrina, 24 de Junio de 2008, Año XXIX, Ref. D-194, Editorial La Ley. La Ley 17094/2008.