



Roj: **SAP C 1377/2019 - ECLI: ES:APC:2019:1377**

Id Cendoj: **15030370042019100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **23/05/2019**

Nº de Recurso: **154/2019**

Nº de Resolución: **204/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00204/2019

RPL: 154/2019

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

AM

N.I.G. 15009 41 1 2010 0004703

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000154 /2019

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: JUICIO VERBAL ALIMENTOS 0001054 /2010

Recurrente: Montserrat

Procurador: MANUEL JOSE PEDREIRA DEL RIO

Abogado: MARIA DEL CARMEN ALARCON PRIETO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Noemi

Procurador: , MARIA AMPARO CAGIAO RIVAS

Abogado: , ALMUDENA RODRIGUEZ CASAL

S E N T E N C I A

Nº 204/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta Civil-Mercantil

Ilmos. Magistrados-Jueces Sres.:

D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, Pte.

D. JULIO TASENDE CALVO

D. PABLO SÓCRATES GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN



En A CORUÑA, a veintitrés de mayo de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de JUICIO VERBAL ALIMENTOS 0001054/2010, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de DIRECCION000 , a los que se acumuló el 57/2011 de Primera Instancia tres, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000154/2019, en los que aparece como parte apelante, D^a. Montserrat , representada por el Procurador de los tribunales, D. MANUEL-JOSÉ PEDREIRA DEL RÍO, asistido por la Abogada D^a. MARÍA DEL CARMEN ALARCÓN PRIETO, y como parte apelada, D^a. Noemi representada por la Procuradora de los tribunales, D^a. MARÍA-AMPARO CAGIAO RIVAS, asistida por la Abogada D^a. ALMUDENA RODRÍGUEZ CASAL, siendo parte el MINISTERIO FISCAL; versando los autos sobre guarda y alimentos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de DIRECCION000 , se dictó sentencia con fecha 03/09/2018, en el procedimiento del que dimana este recurso, que contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "**Que estimando en parte** la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Aba Veiga, en nombre y representación de Montserrat y desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Amparo Cagiao Rivas en nombre y representación de doña Noemi , acuerdo:

1º.- Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor Zulima , al padre, Montserrat , siendo el ejercicio de la patria potestad compartida.

2.- Se fija como régimen de visitas de la expresada hija para que la madre pueda tenerla en su compañía, en caso de discrepancia de los progenitores, el siguiente: A) Fines de semana alternos desde las veinte horas del viernes hasta las veinte horas del domingo, debiendo recogerla y devolverla al domicilio paterno B) Una visita intersemanal, Miércoles, en caso de discrepancia, desde la salida del colegio de la menor hasta la 19:30 horas; C) el día de la madre, primer domingo de mayo, si no coincidiese con fin de semana correspondiente a la madre, D) todas las vacaciones de Semana Santa desde el domingo de Ramos a las 12:00 hasta el domingo de Pascual o Resurrección a las 12:00 horas; E) Vacaciones de Navidad por mitad, del 24 al 31 de diciembre en los años pares y del 1 al 6 de enero en los impares; F) vacaciones de verano, el mes de julio en los años pares y el mes de agosto en los impares.

3º.- Se establece a cargo de la madre, Doña Noemi , y para la hija una pensión de alimentos consistente en el 20 por ciento de sus ingresos y en todo caso 100 euros al mes, que será abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe el padre y será actualizable anualmente conforme al IPC.

4º.- Los gastos extraordinarios de la niña se abonarán por mitad entre ambos progenitores; son gastos extraordinarios la asistencia médica no incluida en la Seguridad Social (gafas, prótesis, ortodoncia, vacunas, etc.) y los escolares (como actividades extraescolares, campamentos, etc.)

Todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas causadas. "

SEGUNDO.- La expresada sentencia fue recurrida por la parte demandada, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, fue señalada audiencia para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- Es Magistrado Ponente el Ilmo. **D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Del planteamiento del litigio en la alzada.-

Es objeto del presente recurso de apelación, la sentencia dictada con fecha 3 de septiembre de 2018 por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 , con la finalidad de sustituir, en el texto de la sentencia firme de medidas paterno filiales, de 3 de septiembre de 2012, confirmada por sentencia dictada por esta sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 8 de mayo de 2013, salvo en un particular relativo al régimen de visitas, de las referencias al padre de la menor D. Celso , por la indicación de madre y nombre D^a Montserrat , como consecuencia del auto firme, dictado por la magistrada del Registro Civil de esta ciudad, de fecha 30 de septiembre de 2016, en aplicación de lo normado en la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En la parte dispositiva de dicha resolución se señaló que se autoriza la rectificación registral de la mención del sexo a Celso , haciéndose constar, en su inscripción de nacimiento que figura en el Registro Civil, que el inscrito es mujer, con el consiguiente nombre propio de Montserrat , por ser el solicitado, así como el traslado



total del folio registral, debiéndose librar las comunicaciones previstas en el artículo 6.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo .

Consta en autos certificación literal de la inscripción de nacimiento de la recurrente, en la que figura inscrita como Montserrat y, en la partida de nacimiento de su hija, obra como madre y nombre igualmente Montserrat .

La actora presenta escrito en el que solicita que se adecúe la sentencia dictada en los presentes autos al cambio autorizado por auto del Registro Civil de A Coruña de 30 de septiembre de 2016, en el sentido de que donde pone " Celso " debe poner " Montserrat ", siendo ésta última la titular de la guarda y custodia de la menor Zulima , lo que fue resuelto por el Juzgado mediante un auto de 5 de septiembre de 2017, señalando que en la precitada sentencia donde dice Celso debe decir Montserrat .

Posteriormente, se aporta nuevo escrito en el que solicita se expida testimonio de la sentencia cambiando el nombre de la solicitante debiendo figurar Montserrat . A dicha petición informa favorablemente el Ministerio Fiscal y no se opone la otra parte del proceso. La actual jueza titular del Juzgado dicta la precitada sentencia de 3 de septiembre de 2018, efectuando las oportunas modificaciones respetando el texto de la sentencia original de 3 de septiembre de 2012 , dictada por otra juzgadora, pero sin embargo en la parte dispositiva se señala que "se atribuye la guarda y custodia de la hija menor Zulima , al padre Montserrat , siendo el ejercicio de la patria potestad compartida".

Contra dicha sentencia se interpone el presente recurso, en el que, en primer término, se destaca que el contenido de la sentencia no es objeto de recurso por ser firme desde hace años y se señala literalmente: "Esta parte entiende que al dictarse nueva sentencia con fecha actual y por una juzgadora que no intervino en el procedimiento, cambiando el nombre pero manteniendo las referencias padre, no se ha actuado conforme a derecho puesto que no es posible dictar nueva sentencia otorgando en este momento la custodia de la menor a mi representada y otra serie de medidas", bastaba -se señala- simplemente con una modificación de la sentencia de 3 de septiembre de 2012 , en la que constara ya el nombre y sexo real de mi representada, pero no dictar otra sentencia con otra fecha y otra juzgadora. Y además al no expedir copia incorporando el cambio de sexo, sólo de nombre, manteniendo la expresión padre, supone para mi representada y su hija una grave intromisión en su derecho a la intimidad, ya que se verá forzada a revelar su transexualidad a personas totalmente desconocidas, por ejemplo al solicitar una beca o cualquier otro tipo de ayuda para su hija, para la que se requiera se acredite que ostenta la guarda y custodia mediante una copia de la sentencia, por lo que se solicita se expida testimonio de la resolución dictada, con fecha 3 de septiembre de 2012, adecuada a la realidad reflejada en la certificación de nacimiento de la menor Zulima , haciendo constar como madre a Montserrat .

SEGUNDO: De la decisión del tribunal.-

La finalidad de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, radica en garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas, señalándose en su exposición de motivos que "mediante esta Ley España se suma a aquellos países de nuestro entorno que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la necesidad de la persona transexual, adecuadamente diagnosticada, de ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, asignación contradictoria con su identidad de género, así como a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad".

Consideramos que el recurso de apelación debe ser acogido, dejando sin efecto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 , en tanto en cuanto, tras reproducir la precedente sentencia firme, de 3 de septiembre de 2012 , dicta una nueva, como si las medidas definitivas se hubieran acordado "ex novo" en la segunda resolución dictada, lo que incluso afecta a las medidas económicas fijadas en la primera de las mentadas sentencias en cuanto a su revisión temporal.

Tampoco se ha acudido al procedimiento del artículo 775 de la LEC , relativo a la revisión de medidas definitivas por alteración sustancial de circunstancias.

No cabe, por otra parte, modificar una sentencia definitiva una vez que la misma ha sido dictada por aplicación de los arts. 207 y 214 de la LEC . Por su parte, el art. 5.1 de la Ley 3/2007 norma que "la resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil", sin perjuicio claro está, conforme a su numeral tercero, que no se altere la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral; y, por consiguiente, la atribución a su favor de la guarda y custodia de su hija.

Es legítimo el interés que tiene la recurrente de que se preserve su derecho a la intimidad, configurado como "un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana", STC 231/88, de 2 de diciembre ;



143/94, de 9 de mayo), que le garantiza un "poder jurídico sobre la información relativa a su persona o su familia" (STC 144/99, de 22 de julio), dentro de los límites que impone el respeto a los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos (SSTC 73/1982 ; 110/1984 , 151/1997 , etc.). Un derecho que no es, sin embargo, absoluto, y que está ligado al respeto a la dignidad (STC 134/99 de 15 de julio).

Es más, para ello, la apelante está protegida por el acceso restringido al texto de la sentencia en la que figura como Celso y padre (art. 212.2 de la LEC). Otra cuestión distinta es que no podamos modificar una sentencia definitiva y firme para alterar su texto, sin perjuicio de que la actora D^a Montserrat solicite testimonio de la parte dispositiva de la sentencia, en que se haga constar su nuevo nombre y su condición registral de madre, titular de la guardia y custodia sobre la menor y cotitular de la patria potestad sobre la niña, si bien no se podrá tampoco impedir que la madre biológica D^a Noemi actúe igualmente con dicha condición.

En definitiva, con esta resolución garantizamos el derecho de la intimidad y la dignidad que le corresponde a la parte recurrente derivada de su cambio de sexo, sin modificar una sentencia firme dictando otra nueva. Evitamos confusiones de identidad, puesto que el D.N.I. y la partida de nacimiento de la recurrente y de su hija figura como Montserrat y madre, así como la resolución dictada en el 2012 sigue desencadenando sus efectos jurídicos desde entonces, sin que sea viable modificar el texto de una sentencia definitiva y firme.

Los terceros de esta forma no tienen que conocer tampoco la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia en la que constará la niña con dos madres, bastando al respecto el acreditamiento de la condición de la apelante como progenitora custodia y cotitular de la patria potestad sobre la menor, mediante un testimonio parcial de su parte dispositiva bajo su identidad actual, derivada de su cambio de sexo. De esta manera conjugamos los derechos en juego respetando la normativa procesal.

La nulidad de pleno derecho de la sentencia y auto dictado por jueza carente de jurisdicción para modificar una sentencia firme dictada por otra titular de la jurisdicción, se impone a tenor de lo normado en los arts. 225.1 y 3^o y 227 de la LOPJ .

TERCERO: Sobre las costas.-

La especial naturaleza de la cuestión controvertida y la estimación del recurso interpuesto conlleva no se haga imposición de costas de la alzada (art. 398 de la LEC).

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, dejamos sin efecto y anulamos la sentencia de tres de septiembre de 2018 y el auto de 5 de septiembre de 2017, dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 .

Y se reconoce el derecho de la parte actora a que se le expida testimonio de la parte dispositiva de la sentencia firme 3 de septiembre de 2012 , en que se haga constar su nuevo nombre y su condición registral de madre, titular de la guardia y custodia sobre la menor y cotitular de la patria potestad sobre la niña, sin referencia a su anterior identidad sexual y nombre.

Esta resolución no es firme en Derecho y contra ella cabe recurso de casación, y, en tal caso, extraordinario por infracción procesal a interponer en el plazo de 20 días en este mismo tribunal para su conocimiento por la Sala 1^a del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia doy fe.