



Roj: **SAP IB 1770/2019 - ECLI: ES:APIB:2019:1770**

Id Cendoj: **07040370042019100281**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **22/07/2019**

Nº de Recurso: **273/2019**

Nº de Resolución: **272/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00272/2019**

**Rollo núm.: 273/2019**

**S E N T E N C I A N° 272/2019**

Ilmos. Sres.

Doña María del Pilar Fernández Alonso, presidente

Don Gabriel Oliver Koppen

Doña María Isabel Frade Hevia

En Palma de Mallorca a, veintidós de julio de dos mil diecinueve.

Esta Sala ha visto, en grado de apelación, los presentes autos de juicio sobre guarda, custodia y alimentos, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de DIRECCION000 , bajo el número 485/2018 , **Rollo de Sala número 273/2019**, en los que han intervenido como:

**Demandada-apelante** : D.ª Ascension , representada por la procuradora D.ª Alejandra Fernández López y dirigida por el letrado D. Juan José Mascaró Huguet

**Demandante-apelada** : D. Isidro , representado por la procuradora D.ª Begoña Jusué Hernández y dirigido por el letrado D. Alberto Herrán de Viu.

Ha sido parte apelada el Ministerio Fiscal.

Es ponente el Ilmo. Sr. don Gabriel Oliver Koppen.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Ilmo. Sr. Magistrado/a Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de DIRECCION000 , dictó sentencia en fecha 14 de febrero de 2019, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debo **estimar y estimo parcialmente** la demanda interpuesta por la representación procesal de don Isidro contra doña Ascension y, en consecuencia, acuerdo la adopción de las siguientes medidas:

1.- Se ratifica la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad, siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

2.- Se establece, en defecto de acuerdo entre los progenitores, un régimen de visitas del menor a favor del padre, en los siguientes términos:

Hasta que el menor de edad tenga 12 meses.



? Cuando el padre se encuentre en Menorca (es decir, en aquellas semanas en las que no ejerza la custodia de su otra hija menor de edad), tendrá derecho a estar en compañía de su hijo una hora por la mañana y dos horas por la parte todos los días de la semana.

? Este régimen atenderá, en todo caso, a las necesidades de **lactancia** del menor de edad, debiendo los progenitores ser lo más flexibles posible para garantizar el bienestar del menor.

? La madre no podrá estar presente cuando el padre cumpla el citado régimen de visitas para evitar interferencias en la relación paternofamiliar, sin perjuicio de la obligación del padre de contactar con la madre en caso de que el menor necesite **lactancia** materna.

? Los progenitores deberán mantener un canal de comunicación fluido para que puedan concertar, con la debida antelación, el día, hora y lugar donde el padre va a relacionarse con su hijo menor de edad.

? El padre deberá preavisar a la madre con, al menos, siete días de antelación el momento en que va a estar en Menorca para programar el régimen de visitas.

A partir de que el menor de edad tenga 12 meses.

? El padre tendrá derecho a estar con su hijo menor de edad fines de semana alternos desde el viernes a las 12:00 horas hasta el lunes a las 10:00 horas.

? El padre tendrá derecho a una visita intersemanal con su hijo menor de edad que se realizará los miércoles desde las 16:00 horas hasta las 18:00 horas en aquellas semanas en las que el padre pueda cumplir la misma si se encuentra en Menorca.

? Las visitas establecidas en los dos apartados anteriores se desarrollarán en Menorca.

? Las entregas y recogidas del menor de edad se efectuarán en el domicilio de la madre.

? Las vacaciones de Semana Santa se distribuyen por mitad entre ambos progenitores. El padre elegirá período los años pares; y, la madre, los impares.

? Las vacaciones de verano (julio y agosto) se distribuyen por mitad entre ambos progenitores por semanas alternas. El padre elegirá período los años pares; y, la madre, los impares.

? Las vacaciones de Navidad se dividen en dos períodos: 1) el primero, que abarca desde el día de finalización de las actividades escolares o, en caso de no estar escolarizado el menor, desde el día 21 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día 31 de diciembre a las 12:00 horas; y 2) el segundo, que abarca desde el día 31 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día inmediatamente anterior al inicio de las actividades escolares o, en caso de no estar escolarizado el menor de edad, el día 7 de enero a las 12:00 horas. El padre elegirá período los años pares; y, la madre, los impares.

? Los progenitores se obligan a mantener un canal de comunicación fluido - entre otros, telefónico- para favorecer la relación paternofamiliar y solucionar cuantas cuestiones sean de relevancia en relación con el menor de edad.

3.- Don Isidro deberá abonar en concepto de pensión de alimentos la cantidad de 250 euros mensuales, que se ingresarán dentro de los 5 primeros días del mes en la cuenta corriente o de ahorro que a tal efecto designe la madre. Dicha cantidad se actualizará automáticamente a fecha de 1 de enero de cada año conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo según los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

4.- Los gastos extraordinarios que tengan su origen en la hija menor de edad serán satisfechos al 60% por el padre y al 40% por la madre. Se consideran gastos extraordinarios los gastos médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social y los gastos de actividades extraescolares siempre que medie el consentimiento previo de ambos progenitores. Esta enumeración se entiende sin perjuicio de otros desembolsos que, en su caso, puedan ser declarados extraordinarios por este Tribunal tras la tramitación del incidente establecido en el artículo 776.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

No se realiza especial pronunciamiento sobre costas procesales".

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de apelación la representación de la parte demandada, recurso que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo día 16 de julio de 2019.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia en la que se fija el régimen de guarda, custodia y alimentos en relación con el hijo menor de edad de las partes, Jose Antonio , nacido el día NUM000 de 2018, se interpone recurso de apelación por la madre.

En su recurso, la parte apelante muestra su discrepancia con el régimen de visitas acordado a favor del padre en cuanto establece que, a partir del año, al no ser la **lactancia** el método de alimentación exclusivo, debe normalizarse el sistema de visitas, incluyendo pernoctas.

Considera que esa apreciación del juez *a quo* choca frontalmente con la actual jurisprudencia y con los informes médicos. Se aporta junto con el recurso de apelación un informe de la pediatra del menor en el que se indica que "la OMS y todas las sociedades científicas recomiendan la **lactancia** materna prolongada como mínimo hasta los 2 años, etapa en que finaliza la etapa lactante".

La **lactancia** influye en gran medida en el sistema de custodia, no por el rol que históricamente se ha venido atribuyendo a la mujer, sino por el carácter irremplazable de la figura de la progenitora, que condiciona la vida del menor y el régimen de relación con los padres.

Solicita que se dicte sentencia en la que se corrija la dictada en primera instancia en el sentido de que el primer periodo del régimen de vistas establecido se extienda hasta que el menor finalice su etapa lactante o, en su caso, a partir de los tres años y el segundo periodo a partir de que el menor tenga tres años.

**SEGUNDO.-** Dispone el artículo 94 del Código civil que "el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial".

Se trata de un derecho-deber del padre y un derecho del hijo a relacionarse con su padre, establecido en beneficio del menor en la medida en que contribuye a un desarrollo más íntegro, que permite la creación y mantenimiento de los lazos afectivos del menor con el progenitor con el que no convive.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia 301/2017, de 16 de mayo, "el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable ( sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembreJurisprudencia citada a favorSTC , Sala Primera , 22/12/2008 ( STC 176/2008 )Doctrina constitucional en materia de relaciones paternofiliales. El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable., con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la ConstituciónLegislación citadaCE art. 39 y resulta también del art. 92.4Legislación citadaCC art. 92.4 y 8 y delLegislación citadaCC art. 92.8 art. 94 CCLegislación citadaCC art. 94, que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 , de 15 de eneroLegislación citada que se aplicaLey Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. art. 2 (12/08/2015), de protección jurídica del menor, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia".

En el presente caso lo que es objeto de discusión es en qué medida la **lactancia** materna debe afectar al establecimiento de este régimen de visitas a favor del padre, pues las exigencias que de ella se derivan de mayor relación con la madre determinan la fijación de unos límites en cuanto a la duración de las visitas y en cuanto a la posibilidad de establecimiento de pernoctas con el padre, que deben compensarse con una mayor flexibilidad en los horarios en los que el padre puede estar con su hijo para un correcto establecimiento del vínculo con el menor, preciso para su íntegro desarrollo.

No ha sido una cuestión desconocida en la sentencia de instancia pues, precisamente por esta razón, se fija un primer periodo en el que se establece una posibilidad de contacto todos los días de la semana cuando el padre se encuentre en Menorca, pero limitada en el tiempo y sin pernocta. Este primer periodo se prolonga hasta que el menor tenga 12 meses, atendiendo a que a partir de ese momento la **lactancia** no será el método exclusivo de alimentación del menor.



No está disconforme la parte apelante con el régimen establecido más que en la duración del primer periodo, que considera que debe extenderse atendiendo a las recomendaciones médicas sobre el periodo en el que es más beneficioso para el menor que se prolongue la **lactancia** materna.

Hay que señalar que en el procedimiento no obra prueba practicada acerca de la extensión que resulta recomendable otorgar a la **lactancia** materna como medio de alimentación más recomendado para el menor. Es en esta alzada que se ha aportado un informe emitido por la pediatra que atiende al menor, en el que se establece que "la OMS y todas las sociedades científicas recomiendan la **lactancia** materna prolongada como mínimo hasta los dos años, etapa en la que finaliza la etapa de lactante".

Se indica también en el informe que se recomienda que la alimentación complementaria se inicie después de los seis primeros meses de vida.

No son desconocidas las recomendaciones de la OMS en torno a los beneficios de una **lactancia** materna, que se extiende más allá del primer año de vida, pero que es exclusiva tan solo durante los primeros seis meses de vida, de manera que a partir de ese momento deben empezarse a dar a los lactantes alimentos complementarios, situación que irá evolucionando progresivamente durante el primer año y, posteriormente, durante el segundo año. Una consulta a la página web de la Asociación Española de Pediatría ([www.aeped.es](http://www.aeped.es)) o a la OMS ([www.who.int/es](http://www.who.int/es)) permite un fácil acceso a esa información.

Ninguna alegación ni prueba se ha practicado en el procedimiento acerca de la manera en que se está introduciendo esta alimentación complementaria a la **lactancia** materna en el menor. Ahora bien, considera este tribunal que dado que la **lactancia** materna es el régimen de alimentación seguido con el menor, que va siendo sustituido de forma progresiva por otra alimentación a través de una alimentación complementaria que se va extendiendo hasta sustituir a la **lactancia** materna inicial, no es posible fijar un régimen de visitas calificado como ordinario, con pernoctas los fines de semana y vacaciones repartidas por mitad a partir de que se haya superado el primer año de vida. No es previsible que ese momento se haya puesto fin a la **lactancia** materna, que, como ya se ha indicado, resulta recomendada hasta, al menos los dos años.

Es por ello que se estima como más adecuado la prolongación de este régimen de visitas limitado, pero flexible, establecido como primer periodo, hasta los dos años. Ahora bien, como se ha indicado, el crecimiento del menor determina que la **lactancia** materna no constituya su alimentación exclusiva, sino que a partir de los seis meses se introduce alimentación complementaria, que se va extendiendo hasta la completa sustitución. Ello determina que las necesidades del menor para llevar a cabo la **lactancia** se vayan prolongando, es decir, transcurre más tiempo entre toma y toma.

El establecimiento de un régimen de visitas en el caso de menores de tan corta edad viene a cumplir con la necesidad de establecimiento de un vínculo con el progenitor con el que no convive. Es por ello por lo que aprecia este tribunal que, sin perjuicio de mantener el régimen especial de visitas que garantice que pueda seguirse durante el periodo recomendado con la **lactancia** materna, pueda extenderse la relación con el padre durante un tiempo algo más largo. A tal fin se estima que las vistas podrán extenderse hasta cuatro horas dos tardes por semana en las semanas en las que el padre se encuentre en Menorca, debiendo ajustarse el horario a las necesidades de alimentación del menor. Los días deberán establecerse por acuerdo entre las partes y, en su defecto, serán los lunes y los jueves.

**TERCERO.-** Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución parcialmente estimatoria del recurso de apelación, no se hará especial mención a las costas causadas en esta alzada.

## FALLAMOS

Esta Sala acuerda:

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Ascension contra la sentencia dictada en fecha 14 de febrero de 2019 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000 en los autos del juicio sobre guarda, custodia y alimentos de los que el presente rollo dimana.

Se revoca la sentencia en el único extremo de prolongar hasta los 24 meses el sistema de visitas establecido para garantizar la **lactancia** materna, con la modificación de que entre los 12 y los 24 meses las visitas del padre podrán extenderse hasta cuatro horas por la tarde dos días a la semana, que serán, en defecto de acuerdo entre las partes, los lunes y los jueves.

No se hace mención a las costas causadas en esta alzada.



**Recursos.-** Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 , contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15.<sup>a</sup> de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial n.º 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así se manda y firma.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.