



Roj: **SAP MA 3065/2011 - ECLI:ES:APMA:2011:3065**

Id Cendoj: **29067370062011100494**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **05/10/2011**

Nº de Recurso: **120/2011**

Nº de Resolución: **506/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO TRES DE MARBELLA.

JUICIO DE DIVORCIO NÚMERO 702/2009.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO **120/2011**.

SENTENCIA Nº 506/2011

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don José Javier Díez Núñez

Magistradas:

Doña María Inmaculada Suárez Bárcena Florencio

Doña Soledad Jurado Rodríguez

En la Ciudad de Málaga, a cinco de octubre de dos mil once. Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio verbal especial número 702 de 2009, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Marbella (Málaga), sobre disolución matrimonial por divorcio, seguidos a instancia de don Juan Luis , representado en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Anaya Berrocal y defendido por la Letrada doña Carmen Soto García, contra doña Benita , representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales doña Margarita Zafra Solís y defendida por el Letrado don Michael Manfred Fuchs; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Marbella (Málaga) se siguió juicio verbal especial número 702/2009, del que este Rollo de Apelación dimana, en el que con fecha cinco de julio de dos mil diez se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando en parte la demanda de divorcio interpuesta por D. Juan Luis contra Doña Benita (nacida Cicak), y estimando en parte la demanda de reclamación de alimentos formulada por Doña Benita (nacida Cicak) contra D. Juan Luis , declaro disuelto, por causa de divorcio el matrimonio formado por los anteriormente expresados, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, es decir, cesando la presunción de convivencia conyugal, y declarando revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado a favor del otro, y cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica; acordando respecto de sus bienes la disolución del régimen económico matrimonial, el de separación de bienes, con efectos a determinar en ejecución de sentencia conforme a los



arts. 806 y siguientes de la N.L.E.C ., si así se solicita; y la adopción de las medidas definitivas siguientes: (1) se atribuye a Doña Benita (nacida Cicak) el uso y disfrute del último domicilio conyugal, sito en Marbella, en la AVENIDA000 , Hacienda de Elviria, apartamento NUM000 , bloque NUM001 , pudiendo el Sr. Juan Luis retirar sus enseres y objetos personales, previo inventario; (2) se fija como pensión de alimentos a favor de la Sra. Benita y a cargo del Sr. Juan Luis , la cantidad de 900 euros (novecientos euros) mensuales, y ello desde el mes de abril de 2.009, y hasta la fecha de esta Sentencia, esto es, hasta el mes de julio de 2.010 (inclusive), es decir, por un total de 14.400 euros (catorce mil cuatrocientos euros); y, (3) se fija como pensión compensatoria a favor de la Sra. Benita y a cargo del Sr. Juan Luis , la cantidad de 600 euros (seiscientos euros) mensuales, que éste abonará, a partir del mes de agosto de 2.010, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se designe por aquélla, y que se actualizará el día uno de enero de cada año natural conforme a la variación que experimente el I.P.C. (o índice que legalmente lo sustituya) correspondiente al año inmediatamente anterior, y ello por un plazo máximo de cinco años, o hasta que la Sra. Benita obtenga la jubilación y el reconocimiento de una pensión, si ello tuviera lugar con anterioridad. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. Todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas procesales causadas".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia, en tiempo y forma, preparó e interpuso recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante, oponiéndose a su fundamentación la adversa demandada, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia, previo emplazamiento de las partes, en donde al solicitarse práctica probatoria por ambas partes y ser declarada impertinente las dos solicitudes mediante auto de treinta de marzo último, declarándose innecesaria la celebración de vista pública, se señaló el día de hoy para deliberación del tribunal, quedando pendientes las actuaciones para el dictado de sentencia.

TERCERO .- En la tramitación de este recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, habiendo sido designado magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia dictada en la anterior instancia y a cuya virtud se decreta la disolución del vínculo matrimonial contraído entre don Juan Luis y doña Benita pasa a ser combatida por la representación procesal del marido demandante interesando su parcial revocación en relación con las siguientes medidas definitivas establecidas: 1) Atribución de la que fuera vivienda familiar a la esposa; 2) Establecimiento a favor de la (ex) esposa en concepto de alimentos de novecientos euros (900) mensuales desde abril hasta julio de dos mil diez, y 3) Fijación de pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de la (ex) esposa por cuantía de seiscientos euros (600) mensuales a partir de agosto de dos mil diez por plazo de cinco años o bien hasta que la Sra. Benita obtenga la jubilación y el reconocimiento a una pensión, si no tuviere lugar con anterioridad, pronunciamientos todos ellos que denuncia se oponen frontalmente a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas por los litigantes ante el Notario de Braunschweig de quince de noviembre de dos mil dos, diez meses antes de contraer matrimonio, escritura que, salvo error de parte, se encuentra plenamente vigente, por lo que, a su juicio, lo procedente es el dictado de sentencia de conformidad con el suplico de su demanda, habida cuenta que en ninguna parte del fallo de la sentencia se decreta la nulidad o anulabilidad de la mencionada escritura pública de capitulaciones, ni tampoco se instó acción alguna en dicho sentido por la representación procesal de la parte demandada al amparo de lo previsto en los artículos 1.290 , 1.314 y 1.335, todos ellos del Código Civil , todo lo cual ha provocado situación de indefensión en la parte ahora apelante al no haber podido formalizar la defensa de sus intereses en manera adecuada, ni tan siquiera, alegar la posible excepción de prescripción contemplada en el artículo 1.301 del Código Civil , no obstante, independientemente de ello, se expresa que las medidas adoptadas carecen de sustento legal, y así los catorce mil cuatrocientos euros (14.400) que se imponen en pago de alimentos desde abril a julio de dos mil diez, a razón de novecientos euros (900) mensuales, se dice ser completamente improcedente al constar haber sido condenada la Sra. Benita por sentencia del Juzgado de Instrucción número Cuatro de los de Marbella por un delito de violencia física contra su cónyuge, Sr. Juan Luis , a la pena de cinco meses de prisión y prohibición de acercarse a su esposo durante ocho meses y multa de trescientos veintinueve euros (329) - documento número siete de la demanda-, siendo tajante el Código Civil cuando en su artículo 152 dispone que la obligación de prestar alimentos cesa cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, cometa alguna falta de las que dan lugar a la desheredación, incluyendo el 853.2 del mismo el maltrato de obra al obligado como una de dichas causas, no siendo el interés de la esposa el más necesitado de protección a los efectos de atribuirle el uso y disfrute de la vivienda conyugal, ya que carece de permiso de residencia en España, siendo su situación de esposa de residente comunitario, por lo que desaparecido su vínculo matrimonial no tiene sustento legal su permanencia en España, toda vez que en la actualidad reside en Alemania, apareciendo el Sr. Juan Luis



como propietario registral del inmueble, siendo la demandada persona ya divorciada de anterior matrimonio y contar con cincuenta y dos años de edad, razones en base a las cuales se solicita de la Sala de Apelación el dictado de sentencia por la que con revocación de la apelada acuerde: a) Que, estimando que en ningún momento se ha ejercitado la acción de nulidad de las capitulaciones matrimoniales por parte de la Sra. Benita y, correlativamente, no se ha declarado expresamente la nulidad de tal documento otorgado ante fedatario público, se acojan las medidas interesadas en escrito de demanda de divorcio, por mantener plena eficacia jurídica tal convenio, y b) Que, en defecto de lo anterior, apreciando la existencia de causa de inexigibilidad de pensión alimenticia a favor de la Sra. Benita por haber sido ésta condenada por violencia sobre su cónyuge, declara la improcedencia de la establecida en sentencia, determinándose al tiempo que se atribuye la vivienda familiar a don Juan Luis , se declare la improcedencia de la pensión compensatoria en beneficio de la esposa, ya sea por poseer bienes suficientes para garantizar su bienestar hasta que consiga empleo o, en su defecto, la pensión de jubilación, ya por no haberse modificado las bases sobre las que se pactaron las capitulaciones matrimoniales, suscritas con pleno conocimiento de sus consecuencias por parte de ambos cónyuges.

SEGUNDO .- Expuestos en síntesis los motivos de disconformidad del demandante-apelante con el fallo judicial de la instancia, procede inicialmente dejar sentado que este tribunal de alzada que no podrá emitir pronunciamiento alguno en los términos solicitados por la actora interesada, por cuanto que ello iría en contra de principios esenciales rectores de todo proceso civil, como lo son el dispositivo, de aportación de parte, congruencia de toda resolución judicial y "*pendente appellatione nihil innovetur*", habida cuenta que en demandas principal y reconventional y contestaciones a ambas, en manera alguna se interesa por las representaciones procesales de las partes litigantes dictado de sentencia en los términos ahora expresados, sino que se limitan, como no podía ser de otra manera, a que se disuelva el vínculo matrimonial de los cónyuges por divorcio y a la adopción de las medidas personales y patrimoniales que de ello puedan derivar, si bien es cierto que en relación con éstas se presenta como cuestión de especial consideración el valorar el alcance y eficacia de las capitulaciones matrimoniales que antes de contraer matrimonio se concertaran por los futuros esposos ante fedatario público, cuestión a la que posteriormente nos referiremos.

TERCERO .- Efectuada la anterior precisión, en primer lugar por lo que se refiere a la medida acordada de atribuir el uso y disfrute de la vivienda conyugal ubicada en Marbella (Málaga), AVENIDA000 , Hacienda de Elviria, Apartamento NUM000 , Bloque NUM001 , a la esposa, procede traer a colación que desde el prisma establecido en el artículo 96 del Código Civil , el cual viene constreñido al inmueble que constituye la sede de la vida familiar con la específica finalidad de satisfacer sus necesidades cotidianas de alojamiento, establece este precepto, como primera norma, que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que supone partir de la premisa básica de ser principio elemental, necesario e inspirador del dictado de cualquier medida que pueda afectar a los hijos habidos en el seno matrimonial el de que el interés de los mismos es prevalente sobre cualquier otro, incluido el de los padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado "*bonum filii*" ha sido elevado a principio jurídico universal orientador de la actuación al que deben someterse Jueces y Tribunales, quedando consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (artículos 92 , 93 y 103.1 del Código Civil) y así, "*ex lege*", en el artículo 96.1 del Código Civil se dispone como regla general que en defecto de acuerdo entre los cónyuges aprobado por el juez, "*el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*", norma sustantiva en la que se instaura "*ope sententiae*" como solución al problema atender a las necesidades de un sujeto plural y colectivo y no exclusivamente a las de uno de los cónyuges, solución pensada que si bien inicialmente se hace en atención a la minoría de edad de los hijos, en absoluto, excluye a los hijos cuando alcancen la mayoría de edad, ya que en la misma no se establece diferenciación alguna acerca de la posibilidad de que los hijos hayan o no alcanzado la mayoría de edad, por lo que lo decisivo es atender, aún al caso como el tratado en el que los hijos han superado el límite de los dieciocho años, al hecho de si todos o algunos de ellos continúan conviviendo con uno de los progenitores, supuesto de hecho que no concurre en el presente caso, especificando la comentada norma en sus párrafos tercero y cuarto en tales situaciones que "*no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*", lo que supone para que se adopte la decisión judicial de atribuir el uso y disfrute de la vivienda conyugal a uno de los esposos que, además de la ausencia de hijos (lo que equivale a hijos no dependientes del núcleo familiar, como es el caso), concurren los siguientes requisitos: a) que la vivienda sea propiedad de uno solo de los cónyuges, al que no se le atribuye el uso de la vivienda, y, b) que el cónyuge no titular, al que se le atribuye el uso de la vivienda, represente el interés mas necesitado de protección, de manera que dándose estas dos circunstancias, cabe atribuir entonces la vivienda "*temporalmente*" al cónyuge no titular, presupuesto éste que se incumple en la medida decretada en interpretación a juicio del tribunal no ajustada a derecho de la escritura de capitulaciones matrimoniales que a fecha quince de noviembre de dos mil dos suscribieran los litigantes, antes de contraer matrimonio, en Alemania y conforme a la cual el régimen económico matrimonial que regiría los efectos del matrimonial que pretendía contraer y que consumaron el once de septiembre del



siguiente año, sería el de "separación de bienes" -documento número tres de la demanda-, de manera que esa adquisición del inmueble producida días después de la celebración del matrimonio, concretamente el quince de septiembre de dos mil tres, aunque aparezca que el comprador Sr. Juan Luis como de estado civil "soltero" cuando realmente ya estaba casado desde cuatro días antes, es error material que, en absoluto, supone óbice alguno a poder calificar el bien como exclusivamente privativo del marido, habida cuenta la concertación conyugal de regirse económicamente por el sistema de absoluta separación de bienes (artículos 1.315 del Código Civil), sin perjuicio de las compensaciones que en sus relaciones internas pudieran tener los esposos y que se presenta como cuestión ajena a la controversia de esta litis, debe obtener plena eficacia a partir del momento en el que atribuye la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987 trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges para los tiempos posteriores a la separación o divorcio, por lo que a juicio del tribunal, cuanto menos, caso de entender el juzgador de instancia que el interés más necesitado de protección es el de la esposa, esa atribución de uso hubiera tenido que ser limitada en el tiempo, lo que no hace, pero, es más, se considera por el órgano "ad quem" que el presupuesto base de la concesión del uso y disfrute de la vivienda conyugal en la esposa tampoco se advierte, no ya solamente por el hecho denunciado de la parte de no tener la Sra. Benita permiso de residencia en España, sino porque esa desprotección y desamparo sobre el que se sustenta la medida no es de observar en el caso, habida cuenta que la (ex) esposa ostenta una cualificación profesional que ejerció y nada le impide volver a hacerlo en Alemania como enfermera especializada en donde percibía ingresos no inferiores a los tres mil euros (3.000) mensuales, lo que determina la estimación del motivo y, por ende, el que quede sin efecto la medida dispuesta por el juzgador de instancia.

CUARTO .- Por lo que se refiere a la concedida pensión compensatoria por desequilibrio económico a la esposa por cuantía de seiscientos (600) mensuales por plazo de cinco años, o hasta que la beneficiaria tenga la jubilación y el reconocimiento de una pensión, si ello tuviere lugar con anterioridad, en base al artículo 97 del Código Civil y que se razona en el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia dictada en anterior instancia, es cuestión a analizar que debe llevarnos necesariamente a tratar el tema de la incidencia que debe producir la renuncia previa a su concesión en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de la celebración del matrimonio Tan polémica cuestión aquí sometida a deliberación del tribunal ha sido tratada de diferentes formas por la jurisprudencia menor, por cuanto que así como existen Audiencias Provinciales que se pronuncian en el mismo sentido que lo hace el juzgador unipersonal de primer grado, aduciendo para ello no caber renunciar anticipadamente a un derecho futuro, hipotético e incierto que sólo nace en el momento de la crisis conyugal - Audiencias Provinciales de Asturias S. de 12 de diciembre de 2000 , y S. de Girona de 1 de marzo de 2004-, todo ello en base a que, como nos dice el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de noviembre de 1957 , la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante, por haberlos adquirido en el momento de la renuncia, constituyendo un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer, teniendo calificada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias de 5 de mayo de 1989 , 26 de septiembre de 1983 , 16 de octubre de 1987 y 26 de diciembre de 1996 la renuncia como "una declaración de voluntad recepticia o no, dirigida a abandono no dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica", se observan en el caso darse cumplimiento a los condicionantes para dar virtualidad a la declaración practicada de ser "personal" , "clara" , "terminante" e "inequívoca" , cual expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1994 y 20 de septiembre de 1996 , afectando la decisión mutua a un "derecho" esencialmente "disponible" , pues como reseña la ya clásica sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 la pensión compensatoria se trata de "un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacer valer o no, sin que el poder público pueda intervenir coactivamente en esta materia porque no es de orden público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos" , características que reproduce posteriormente en sentencia de 21 de diciembre de 1998 y sobre la que también tuvo ocasión de manifestarse la Dirección General del Registro y del Notariado en Resolución de 10 de noviembre de 1995, habiéndose pronunciado la jurisprudencia en caso similares en la misma línea defendida por este tribunal - T.S. 1ª S. de 22 de abril de 1997 -, haciéndolo en idénticos términos no solamente Salas Civiles de Justicia de Tribunales Superiores como la de Cataluña en sentencias 20/2001 y 23/2004, sino también el propio Tribunal Constitucional (Sala 2ª) en su sentencia 223/2004, de 29 de noviembre , por lo que, del mismo modo que es admisible pactar una pensión compensatoria futura, aunque en el momento de hacerlo no exista desequilibrio económico, teniendo una finalidad preventiva, como nos dice la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1995 , cabe en sentido contrario pactar su renuncia anticipadamente, debiendo estarse para dicha medida de naturaleza dispositiva, dada la consideración contractual del pacto capitular, al principio "pacta sunt servanda" , entendiéndose el tribunal de alzada que esas controvertidas capitulaciones matrimoniales que con tanta insistencia pretende la parte demandada dejar sin efecto alguno fueron otorgadas por los litigantes dando cumplimiento a los presupuestos



a que se refieren los artículos 1.325 , 1.326 , 1.327 y 1.334, todos ellos del Código Civil , sin que por lo que afecta a la pensión compensatoria puede entenderse que la mutua renuncia de los suscribientes de la escritura pública sea contraria a la ley y/o se constate vicio alguno del consentimiento (artículos 1.261 y ss. del Código Civil), más al contrario, es admisible en la legalidad la celebración de contratos de toda clase entre los cónyuges (artículo 1.323 del Código Civil), lo que se viene a denominar en la actualidad negocio jurídico de derecho de familia asentado en el principio de autonomía de la voluntad, sin que su falta de homologación judicial le prive de eficacia, salvo que se demostrara, que no es el caso, que su otorgamiento estuvo afectado por laguna de las causas invalidantes que se regulan en los artículos 1.265 y siguientes del Código sustantivo analizado, lo que debe llevarnos a acordar la validez del pacto de renuncia mutua a pensión compensatoria por desequilibrio económico, por ser concertada conforme a derecho y no haber sido la misma objeto en ningún momento de impugnación para decretar su nulidad, por lo que sigue desplegando todos sus efectos liberatorios, al tratarse de pacto lícito, enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y los vincula conforme a los artículos 1.091 , 1.254 , 1.255 y 1.258, todos ellos del Código Civil , en cuenta fue la demandada la que libre y voluntariamente suscribió la escritura pública de capitulaciones matrimoniales, no siendo hábiles las razones argumentadas en su defensa, pues no olvidemos que el documento en sí fue firmado a presencia de fedatario público y no cabe argüir desconocimiento del idioma alemán en la esposa, habida cuenta su condición profesional de enfermera jefe de quirófano especializada.

QUINTO .- Como bien refleja la resolución de primer grado recurrida en materia de alimentos entre cónyuges, tiene declarado este tribunal colegiado de alzada, que su "*ratio*" se encuentra en el deber de auxilio mutuo a que se refiere el artículo 68 del Código Civil , en concordancia con las disposiciones contenidas en los artículos 142 y siguientes del mismo Cuerpo legal , , lo que impone esa regla incompatibilidad a partir del momento en el que se declare la disolución del vínculo conyugal, en nuestro caso por divorcio, pues es a partir de ese momento en el que, automática y correlativamente, cesa el derecho y la recíproca obligación de prestación de alimentos entre los cónyuges, lo que no impide que anteriormente a dicha situación puedan los esposos reclamarse mutuamente alimentos caso de concurrir el presupuesto de "*necesidad*", es decir, cuando se precise lo necesario para dar cobertura a las exigencias vitales, prestación que se caracteriza, a diferencia de la pensión compensatoria, por su condición de "*irrenunciable*" y ser materia de derecho indisponible, ya que el artículo 1814 del Código Civil dispone expresamente no poder transigirse ni sobre cuestiones matrimoniales, ni sobre "*alimentos futuros*", lo que determina la inaplicabilidad al caso analizado de los acuerdos que sobre el particular concertaran los futuros esposos en las capitulaciones matrimoniales de 15 de noviembre de 2002 otorgadas ante fedatario público alemán en Braunschweig, posibilitando esa reclamación dineraria en concepto de alimentos formalizada en demanda de 24 de marzo de 2009 por la esposa desde la ruptura de la convivencia conyugal y que diera lugar a la formalización del juicio verbal 736/2009 de los seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Marbella (Málaga), computables hasta el dictado de la sentencia definitiva dictada en la primera instancia y por la que se declarara disuelto el matrimonio por divorcio, "*dies ad quem*" este a tener en cuenta a los efectos de la computación, sin que dicha conclusión pueda verse afectada por el hecho -probado- de que por sentencia de 29 de noviembre de 2008, dictada por el Juzgado de Instrucción número Cuatro de Marbella (Málaga) en Diligencias Urgentes 222/2008 fuera condenada la esposa por delito de violencia física en el ámbito familiar (artículo 153.2 del Código Penal) a pena de 5 meses de prisión con prohibición de aproximarse a la víctima a distancia inferior a 500 metros por ocho meses, pues esa invocación que se hace en base a la disposición contenida en el artículo 152.4, en relación con el 853.2, ambos del Código Civil , disposiciones que, en absoluto, tienen virtualidad en el caso controvertido que nos ocupa, ya que queda prevista esta causa justa de desheredación por maltrato de obra para los hijos y descendientes, no para los cónyuges, dada la existencia de precepto específico regulador de dicha materia, concretamente el 855 cuando dispone que "*serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756, con los números 2º, 3º, 5º y 6º las siguientes. 4º. Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación*", causa de mayor gravedad y envergadura a aquella otra por la que fuera condenada la Sra. Benita en el curso del procedimiento penal seguido en su contra, lo que nos lleva a acordar tener plena virtualidad estimatoria la pretendida y exigida pensión alimenticia formalizada por la esposa aún vigente la relación conyugal.

SEXTO .- De conformidad con lo previsto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , procederá no hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:



Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Juan Luis , representado en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Anaya Berrocal, contra la sentencia de cinco de julio de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Marbella (Málaga) en autos de juicio verbal especial de divorcio número 702 de 2009, revocando parcialmente la misma, debemos acordar y acordamos dejar sin efecto las medidas definitivas adoptadas acerca de la atribución del uso y disfrute de la que fuera vivienda conyugal a la esposa y la concesión a la misma como beneficiaria de pensión compensatoria por desequilibrio económico, manteniéndose los restantes pronunciamientos emitidos, todo ello sin que se haga especial pronunciamiento en materia de costas procesales en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Primera Instancia de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento y, en su caso, ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

FONDO DOCUMENTAL CENDOS