



Roj: **SAP B 4960/2019 - ECLI:ES:APB:2019:4960**

Id Cendoj: **08019370182019100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **07/05/2019**

Nº de Recurso: **839/2018**

Nº de Resolución: **334/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0827942120168119556

### **Recurso de apelación 839/2018 -S**

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000

### **Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 770/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Teofilo , Tarsila

Procurador/a: Marta Pradera Rivero, Mª Lluïsa Valero Hernández

Abogado/a: RAFAEL DOMÉNECH VIÑAS, MARIA CARMEN VARELA ALVAREZ

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 334/2019**

#### **Magistrados:**

D. Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Ana Mª García Esquiús (ponente)

Dª Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 7 de mayo de 2019

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. En fecha 24 de julio de 2018 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 770/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Marta Pradera Rivero Y Mª Lluïsa Valero Hernández, en nombre y representación de Teofilo Y Tarsila respectivamente, contra la sentencia de fecha 8 de junio de 2017.



SEGUNDO. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por la Procuradora María Luisa Valero Hernández, en nombre y representación de Teofilo contra Tarsila representada por la Procuradora Marta Pradera Rivero, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio que ambos cónyuges contrajeron en DIRECCION001 (Barcelona) el día 19 de diciembre de 1988, adoptando como medidas definitivas las siguientes:

- Se atribuye el uso del domicilio familiar situado en DIRECCION002 NUM000 , 1970 Wezembeek - Oppem (Bruselas) a la Sra. Tarsila por un período de tres años.

- El padre ha de abonar en concepto de pensión de alimentos para su hijo Modesto la cantidad de 1000 euros mensuales.

La pensión alimenticia deberá pagarla el padre, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorros que señale la madre, y será actualizada automáticamente con efectos a partir del uno de enero de cada año con las variaciones que experimente durante el año anterior el índice general del coste de la vida publicado anualmente por el Instituto Nacional de Estadística.

En cuanto a Adelaida , ambas partes ingresen en su cuenta bancaria privada la cantidad mensual de 1900 euros el padre y de 210 euros la madre (en total 2110 euros) dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año. Esta suma será actualizada anualmente conforme al índice de precios al consumo que señale el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios necesarios que devenguen los hijos se satisfarán por mitad entre los progenitores, y quedarán concretados al concepto estricto de los mismos, es decir, gastos necesarios ortopédicos, oftalmológicos, médicos o farmacológicos no cubiertos por la Seguridad Social, y otros necesarios no periódicos y de tipo imprevisible.

- Se establece a favor de Tarsila y a cargo de Teofilo una prestación compensatoria de cuatro mil (4000) euros mensuales durante diez años, que deberá ingresar mensualmente durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta o libreta abierta a nombre de Tarsila que ésta designe. Esta pensión se actualizará anualmente de acuerdo con las variaciones del índice de precios al consumo.

Todo ello se entiende sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 29/01/2019.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Ilma. Magistrada Ana M<sup>a</sup> García Esquius .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ambas partes contendientes formulan Recurso de apelación frente a la sentencia que declara la disolución por Divorcio de su matrimonio, contraído en fecha 19 diciembre 1988 en la ciudad de DIRECCION000 , con descendencia común, Modesto , nacido el NUM001 de 1995 e Adelaida , que en la actualidad cuenta 21 años de edad.

Los cónyuges, a la fecha de interponerse la demanda de Divorcio, se encontraban residiendo en Bruselas, por motivos laborales del Sr. Teofilo .

La sentencia adopta las siguientes medidas derivadas del divorcio:

a) Se atribuye el uso del domicilio familiar situado en Wezembeek - Oppem (Bruselas) a la Sra. Tarsila por un período de tres años.

b) El padre ha de abonar en concepto de pensión de alimentos para su hijo Modesto la cantidad de 1000 euros mensuales.

En cuanto a Adelaida , ambas partes ingresen en su cuenta bancaria privada la cantidad mensual de 1900 euros el padre y de 210 euros la madre (en total 2110 euros)

Los gastos extraordinarios necesarios que devenguen los hijos se satisfarán por mitad entre los progenitores, y quedarán concretados al concepto estricto de los mismos, es decir, gastos necesarios ortopédicos,



oftalmológicos, médicos o farmacológicos no cubiertos por la Seguridad Social, y otros necesarios no periódicos y de tipo imprevisible.

c) - Se establece a favor de Tarsila y a cargo de Teofilo una prestación compensatoria de cuatro mil (4000) euros mensuales durante diez años, que deberá ingresar mensualmente durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta o libreta abierta a nombre de Tarsila que ésta designe.

El Sr. Teofilo impugna los siguientes pronunciamientos: a) La ley aplicable a la prestación compensatoria reconocida a la esposa, que entiende que ha de ser la catalana; b) el importe y duración de la misma, con independencia de la ley que la regule y en concreto su minoración a la cantidad de 2.000 euros mensuales durante un período máximo de tres años y c) la procedencia de abonar a la madre la pensión alimenticia del hijo Modesto, aunque sin cuestionar ni su procedencia ni su importe.

La Sra. Tarsila por su parte impugna los siguientes pronunciamientos: a) la denegación de la compensación económica por razón del trabajo, solicitada por la esposa al amparo de lo previsto en el art. 232.5 del Codi Civil de Catalunya, en cuantía de 520.969, 50 euros; b) el importe y cuantía de la prestación compensatoria, solicitando que lo sea por la suma de 8.000 euros mensuales, o 11.489,99 euros en caso de que el sr. Teofilo no se hiciera cargo del abono del alquiler de la vivienda, y durante un período de 28 años.

Ambos se oponen al recurso formulado de contrario.

#### SEGUNDO.- Ley aplicable

Es objeto de contienda la ley aplicable a la pensión compensatoria, pero no se ha cuestionado la ley aplicable al divorcio y al uso del domicilio. Estas dos últimas medidas han sido resueltas conforme a la legislación española. No se recurre ninguno de estos dos pronunciamientos pero la Sala entiende que debe determinarse cual es la ley aplicable al tratarse de una cuestión de orden público no disponible por las partes, sin trascendencia en el resultado que ha sido aceptado por ambas partes.

Ambos cónyuges son de **nacionalidad** española, casados en DIRECCION000 en diciembre de 1988 donde nacieron sus hijos. En 1996 por razones laborales del esposo se trasladaron a Alemania donde vivieron ocho años, después a la República Popular China, 2004-2011, después en Singapur, 2011 a 2014 y después en Bélgica desde agosto de 2014. En 2016 se plantea la demanda de divorcio.

La ley aplicable al divorcio la determina el Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Es aplicable desde el 21 de junio de 2012. El Reglamento permite a las partes designar de mutuo acuerdo la ley aplicable siempre que se den alguna de las conexiones que establece su art. 5. Da prioridad al principio de autonomía de la voluntad. En el presente supuesto no hay convenio de ley aplicable. En la demanda el Sr. Teofilo hace referencia a la ley belga para el divorcio remitiéndose a la ley de la residencia habitual que está en Bélgica. Aun cuando no haya mostrado disconformidad a la aplicación de la ley española en virtud de la cual la sentencia ha decretado el divorcio, ello no puede equipararse al convenio de ley aplicable del art. 5 del Reglamento por no cumplir con las formalidades exigidas en el art. 7 que exige que se formule por escrito y que esté fechado y firmado por ambos cónyuges, cumpliendo además con las formalidades adicionales que exija el Estado miembro de su residencia habitual. La Ley aplicable, a falta de convenio, se determina en el art. 8 del Reglamento que establece como primera conexión la de la residencia habitual. Siendo Bélgica la residencia habitual del matrimonio en el momento de presentarse la demanda la ley aplicable al divorcio es la ley belga. La pretensión de divorcio debía de haber sido estimada conforme a la legislación belga (el divorcio no es causal) y no conforme a la legislación española aunque la resolución final sea la misma.

La ley aplicable a la medida sobre el uso del domicilio familiar entendemos que viene determinada por el Reglamento 4/2009 de 18 de diciembre relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, por el componente claramente alimenticio que tiene dicha medida como aportación en especie (SAP, Civil del 17 de mayo de 2016 -ROJ:SAP B 5180/2016 y SAP, Civil del 29 de enero de 2018 -ROJ: SAP B 1058/2018). El Reglamento se remite al protocolo de la Haya de 2007 cuyo artículo 3 determina como aplicable la ley de la residencia habitual del acreedor, en este caso Bélgica. Debía haberse resuelto la medida aplicando la ley belga y no la legislación española. No se ha impugnado dicha medida por lo que carece de trascendencia.

La controversia se centra sobre la ley aplicable a la pensión compensatoria solicitada por la Sra. Tarsila. El Reglamento 4/2009 como hemos dicho determina la ley aplicable a las obligaciones de alimentos y se remite, en materia de derecho aplicable en su artículo 15 a lo establecido en el Protocolo de La Haya de 2007. El Protocolo en el artº. 3 dispone que "1. Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa". Y en el artº. 5 se señala que "Con respecto a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya



sido anulado, el artículo 3 no se aplicará si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del Estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio. En tal caso, se aplicará la ley de este otro Estado".

El debate se plantea en los siguientes términos: el demandante sostiene que no es aplicable la ley de la residencia habitual de la acreedora -Bélgica- en aplicación del art. 3 del Protocolo, sino que concurre la excepción del art. 5 al oponerse una de las partes a la aplicación de la ley Belga y considerar que la ley española tiene vinculación más estrecha con el matrimonio por ser ambos de **nacionalidad** española. La demandada sostiene que no es aplicable la excepción del art. 5. Ambos presentan dos dictámenes de expertos en Derecho Internacional que se remiten al informe explicativo redactado por Isidoro .

En el informe explicativo se aclara la razón de la regla general y la necesidad de introducir excepciones. El art. 3 determina como ley aplicable la residencia habitual del acreedor, en este caso la esposa. En el informe explicativo se expresa como ventajas de esta conexión que (37) permite determinar la existencia y el importe de la obligación alimenticia teniendo en cuenta las condiciones jurídicas y el ámbito social del país donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades y que (38) garantiza la igualdad de trato entre los acreedores que viven en el mismo país, sin distinción de **nacionalidad**.

En los arts. 4 y 5 del Protocolo se establecen una serie de excepciones a la norma general. El Informe explica que la razón de ser de estas excepciones es introducir un régimen más favorable a ciertas clases de acreedores de alimentos en los casos en que la aplicación de la ley de su residencia habitual resulte contraria a sus intereses. En el caso de las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado, se deriva del informe explicativo que la excepción tiene su razón de ser en la diversidad de normativa de los estados miembros sobre esta medida y en particular se indica que (78) la posibilidad para uno de los cónyuges de influir en la existencia y el contenido de la obligación de alimentos mediante un cambio unilateral de residencia habitual, puede conducir a un resultado poco equitativo y contrario a las legítimas expectativas del deudor. Se trataría de evitar un posible fraude por parte del acreedor que determinara la aplicación de una ley poco previsible. Se indica (81) que la Comisión especial se oriento en un primer momento hacia la utilización de la conexión con la última residencia habitual común de los esposos o de los ex esposos pero finalmente fue descartada. Se hace referencia al siguiente supuesto que explicaría la razón de mantener como conexión general la residencia habitual del acreedor: "Si la última residencia habitual común esta situada en el Estado A donde los esposos se han establecido después de haber vivido varios años en el Estado B, y el acreedor regresa después de la separación a este último Estado, la conexión con la residencia habitual del acreedor (que es igualmente en este caso el Estado de una antigua residencia habitual común) se adecua mejor a las expectativas de las partes. En otras circunstancias, podrá resultar aun más significativa otra conexión, por ejemplo, una residencia habitual común anterior o la **nacionalidad** común de las partes". En definitiva, la justificación de la excepción es determinar como aplicable la ley con la que el matrimonio tenga mayor vinculación o conexión, y que en consecuencia de mejor respuesta a la expectativa razonable de ambas partes.

El artículo 5 cuando regula la excepción se remite en primer lugar a la ley de la última residencia habitual común, que en este caso coincide con la residencia habitual de la acreedora y que conduciría igualmente a la aplicación de la ley belga dejando de constituir una excepción. La única vinculación del matrimonio con España es la **nacionalidad**. El matrimonio no reside en España desde 1996. Ha residido en distintos Estados, en algunos de ellos durante un largo periodo. Los cambios de residencia forman parte de su *modus vivendi* y determinan una clara vinculación con el Estado en el que residen y donde alcanzan un determinado estatus social y económico. No pueden considerarse desde esta perspectiva como residencias temporales o esporádicas, sino que conllevan la nota de la habitualidad. Pese a las alegaciones efectuadas por el demandante no hay elementos que permitan afirmar que la esposa va a regresar a España. Su residencia habitual esta en Bruselas, residencia que coincide con la última residencia habitual del matrimonio por lo que debe aplicarse la regla general del art. 3.

Diferente es el supuesto de las medidas de división de las cosas comunes y de la compensación económica por razón del trabajo del Codi Civil Catalán que no constituye una prestación alimenticia o compensatoria sino efectos del régimen económico matrimonial que quedó determinado en el momento de contraer matrimonio en el año 1988 y que es el de separación de bienes del Derecho Civil Catalán regulándose por tanto conforme a dicho derecho. No cabe confundir la prestación compensatoria con la compensación económica por razón del trabajo. La primera es un efecto o medida derivada de la ruptura matrimonial la segunda un efecto liquidatorio del régimen económico matrimonial que se rige por el principio de inmutabilidad, salvo capitulaciones matrimoniales, y que por tanto no varía por los cambios de residencia.

Se concluye por tanto que la medida relativa a la pensión compensatoria debe regirse por la legislación de Bélgica.

TERCERO.- Por el contrario, el posible reconocimiento del derecho a percibir una compensación económica por razón del trabajo o mayor dedicación al hogar, es una medida ligada al régimen económico que rige en el matrimonio . En este caso el régimen económico es el legal de separación de bienes propio de Catalunya, lugar en que residían ambos cónyuges al contraer matrimonio, por lo que todo lo referente a su fijación habrá de examinarse a tenor de lo dispuesto en el Codi Civil de Catalunya que lo regula y la doctrina y jurisprudencia existentes al respecto.

Estima la sentencia de instancia que la actora no ha probado ni la mayor dedicación de la Sra. Tarsila , o que su colaboración al trabajar y permitir con ello que el Sr. Teofilo se formara profesionalmente al inicio de su relación matrimonial, sean relevantes o concluyentes ni tampoco que esta posible colaboración coadyuvase a un incremento patrimonial del esposo.

Básicamente la Sala viene a coincidir con estos razonamientos, si bien con las siguientes precisiones, acogiendo la Sala la legislación, doctrina y la jurisprudencia de la que se hace expresa y detallada mención en la sentencia.

A) El Sr. Teofilo , que ingresó en la empresa DIRECCION004 en el mes de abril de 1991, ocupaba a la fecha de interponerse la demanda el cargo de Director de Ingeniería para Europa, India, Oriente Medio, Africa y Asia.

Como se ha indicado, los cónyuges vivieron una temporada en Alemania, han vivido en China, desde 2004 a 2011, en Singapur de 2011 a 2014, y en Bélgica desde 2014 hasta la fecha.

La Sra. Tarsila , según Informe de Vida laboral emitido por la TGSS acredita tener cotizados desde 01-12-1983 hasta 15-07-1998 porque si bien causo baja en la empresa DIRECCION003 , el 29 de julio de 1996, lo que viene a coincidir con su afirmación de que estuvo trabajando hasta 1996, desde el 30 de julio de 1996 y hasta el 15 de julio de 1998 estuvo percibiendo prestación por desempleo.

Pero también el Sr. Teofilo trabajaba con anterioridad a contraer matrimonio, de modo y manera que no puede concluirse de manera definitiva que fueran los de la esposa los únicos ingresos de que se nutría la económica familiar y que ello permitiera al esposo finalizar su formación y con ello obtener un mejor puesto de trabajo.

Al cese de la convivencia ni el Sr. Teofilo ni la Sra Tarsila eran titulares de bien inmuebles alguno.

El Sr. Teofilo era titular de varias cuentas, según desglose que obra en autos y no se discute, y la Sra Tarsila cotitular de alguno de estos depósitos.

Los indicados depósitos en ING Bank, Deutsche Bank, Caja de Ingenieros y citibank en Singapur, en Euros, Dolares americanos y Dolares de Singapur, ascendían a un total de 451.080,04 euros

Además el Sr. Teofilo contaba como retribución con una paquete de acciones de la empresa .

El Sr. Teofilo , al cese de la convivencia era titular de un Plan Internacional de Propiedad de Acciones (ISOP) de la empresa DIRECCION004 , con el siguiente resumen:

Acciones Valor USD Valor Euros

Realizables 3.741, 653 298.452, 95 262.145,76

Aportadas Trbjdor 963,668 76.866, 97 67.516, 01

no realizables

Disponibles 4.705, 321 375.319, 92 329.661, 77

Aportadas empresa

no disponibles 481, 84 38.433, 96 3.758, 42

Saldo total 5.187,161 413.753 , 98 363.420, 19

Se trata pues de Stock Options, o planes de opciones sobre acciones, es decir, derechos de opción de adquisición, en un momento posterior a su concesión, de acciones o participaciones de una sociedad por parte del trabajador Sr, Teofilo y en su condición de tal. Este derecho de adquisición, a partir de un cierto momento futuro y durante un plazo determinado, de una serie de acciones o participaciones de la sociedad por un precio, que en este caso además, produce dividendos retribuidos los que pasaran a nutrir el saldo de las cuentas .

De este modo lo que podremos obtener en cada momento es un precio proyectado de la acción, lo que no equivale a considerar que en el patrimonio del trabajador se pueda calcular como integrado dicho valor si como hemos indicado el derecho no es ejercitable en el plazo de que se trata.



Sobre la naturaleza de las denominadas "stock options" se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, entre otras en sentencias del Pleno de 24 de Octubre del 2001 (recurso 4851/2000 ), a la que siguieron otras como las de 11 de abril de 2.002 (recurso 3538/2001 ) y 15 de noviembre de 2.007 (recurso 3171/2006 ), en la que ha fijado las líneas generales al respecto: *El derecho de opción de compra de acciones, stock options, constituye un concepto retributivo encuadrable en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores , Los planes de opciones sobre acciones han tenido siempre y tienen un marcado carácter retributivo como incentivo laboral. No obstante, no cabe llevar a cabo un tratamiento jurídico único e indiferenciado para todas las situaciones en las que se discuta sobre la naturaleza y alcance de los derechos derivados de la suscripción de un plan de opción sobre acciones, sino que deberán analizarse en cada caso concreto las circunstancias que concurren en ellos. El beneficio económico valorable derivado del ejercicio de la opción, vinculado a la actividad laboral del trabajador, se configura dentro del concepto legal de salario, ya que es una percepción económica que se recibe a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada.*

Ahora bien, aunque se trata de un derecho que podría ser valorable económicamente en el instante en que se formaliza la opción entre empresa y trabajador, como de trata de una obligación sujeta a plazo, su materialización sólo será posible en el momento en que se cumpla el termino, momento en que el titular será en el deberá decidir si lo ejercita o no, probablemente en función de su cotización. Si el trabajador ya no esta en la empresa, podría ello tener consecuencias según se trata de un despido, resolución improcedente, jubilación etc .

Lo que parece claro es que su valor solo será realizable a la fecha o momento fijado para ello .

Ocurre en este caso que a partir de la existencia de estas opciones la pericial practicada a instancia de la demandante reconvenional plantea que el Sr Teofilo es titular de un importante patrimonio que se adiccionar al saldo de las cuentas bancarias y se cuantifica en nada menos que 1.850.355 euros, por lo que la diferencia entre el patrimonio entre ambos sería asi de nada menor que 1.736.565, 65 euros, conclusión a la que no puede llegar la Sala, no sólo por la propia naturaleza de estas ISOP, sino por la certificación de la propia empresa de 9 de marzo de 2017, en la que literalmente se dice que:

"El Sr. Teofilo recibió en 2016 3.849 So y 770 unidades de acciones restringidas RSU, como parte del programa de incentivo a largo plazo, que son gestionadas por un programa de empresa de DIRECCION004 y no pueden venderse, transferirse, convertirse o utilizarse antes de la fecha de disponibilidad ( vesting date ) y no pueden considerarse remuneración normal o salario del Sr. Teofilo a ningún efecto."

Añadiendo que "en el caso de que el Sr. Teofilo dejase la empresa DIRECCION004 o que se produjera un despido con causa por parte de DIRECCION004 antes de la fecha de la disponibilidad todas las SO y RSU se perderían, que la fecha mas temprana de venta es a partir de 2020 para las SO y 2012 para las RSU", momento en que deberá tributar de acuerdo a la legislación alemana aplicable a aproximadamente el 50 % de su valor a la realización, factores todos ello que la pericial no toma en consideración.

Si la empresa no puede valorarlas como ingresos o activos en ese momento puesto que su valor solo puede potencialmente realizarse en el futuro, dependiendo del precio de mercado a la fecha de disponibilidad, no podremos tampoco computarlos a los efectos de estimar una diferencia patrimonial mas allá de lo que resulta de los indicados saldos.

En resumen pues, dado que la Sra. Tarsila dispuso de la suma de 113,790, 30 euros del saldo total en cuentas que se elevaba a 451.080,04 euros , lo que equivale a algo más que el 25 % del total, y que el Sr. Teofilo no manifestó oposición a este reintegro, hemos de concluir que con esta atribución se compensó de forma material cualquier posible diferencia entre las posiciones de uno y otro, en especial si tenemos en cuenta que como dijo el TSJC en sentencia de 28 de septiembre de 2017, *la compensación económica por razón del trabajo abandona toda referencia a la compensación como remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto y se fundamenta en el desequilibrio que se produce entre las economías de los cónyuges o de los convivientes, por el hecho de que uno desarrolle una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí los genera. Es presupuesto para la compensación que uno de los cónyuges o miembro de la pareja haya trabajado para la casa sustancialmente más que el otro o bien que haya trabajado para el otro sin remuneración o con una que sea insuficiente y que en el momento de la extinción de la convivencia se hayan producido o generado excedentes acumulables en el patrimonio de uno de los cónyuges o miembros de la pareja, configurado como un elemento objetivo, declarándose por la más autorizada doctrina que la reforma gravita sobre la descompensación de las ganancias entre ambos cónyuges con un límite que no se relaciona con el enriquecimiento sino con un porcentaje de la diferencia entre las ganancias. En consecuencia, además de la mayor dedicación a la casa o el desempeño gratuito o por salario vil de un trabajo para el otro, para que el cónyuge o miembro de la pareja acreedor tenga derecho a la compensación económica del art. 232-5 CCCat es necesario que en el patrimonio*



*del deudor se hayan producido o generado excedentes sobre su patrimonio inicial, calculados con arreglo a unas reglas prefijadas que pretenden restringir el margen de discrecionalidad judicial ( art. 232-6 CCCat ) .*

CUARTO.- Se discute también el importe y duración de la prestación compensatoria, no la procedencia de su reconocimiento.

Conforme a la legislación belga, que ya hemos indicado es la aplicable, y en concreto, de acuerdo a lo que dispone el art. 301 apartados 3 a 6 del código civil belga, corresponde al Tribunal fijar el montante de la pensión, que debe cubrir las necesidades del beneficiario, teniendo en cuenta los ingresos y posibilidades de los cónyuges y la degradación significativa de la situación económica del beneficiario, teniendo en cuenta la duración del matrimonio, edad de las partes, comportamiento durante el matrimonio en cuanto a la organización de sus necesidades, la carga del cuidado de los hijos durante la vida en común o tras ella.

No puede exceder un tercio de los ingresos del cónyuge deudor ni su duración puede ser superior a la duración del matrimonio.

En este caso nos encontramos con un esposo nacido en NUM002 de 1962 y una esposa nacida en NUM003 de 1965, es decir, que a la fecha de la ruptura contaba 51 años de edad. Es cierto que había trabajado, que tiene formación, idiomas y posibilidades de inserción laboral, pero también que la larga duración de la vida matrimonial, 28 años, los constantes cambios de residencia que han dificultado su estabilidad laboral y han exigido una mayor dedicación al cuidado de los hijos y el hogar, así como a la propia estabilidad familiar, deben ser valorados en la medida que han dificultado el seguimiento de una actividad profesional o laboral propias.

Los ingresos netos del Sr. Teofilo en el ejercicio 2016 fueron de 153.421 euros, incluido un Bonus excepcional de 25 años de permanencia en la empresa, y sin este bonus hubieran sido de 143.332 euros netos ( o 234.148 euros brutos ).

Si tomamos como referencia el salario total neto, incluido el bonus, supondría un promedio mensual de 12.785,08 euros, por lo que un tercio vendría a representar 4.261,69 euros. pero teniendo en cuenta la excepcionalidad del Bonus de los 25 años, habremos de tomar el salario neto de 2016 sin bonus, es decir, 143,332 euros que dividido entre 12 mensualidades supone un promedio mensual de 11.944 euros, y un tercio de esta cantidad serían 3.981, 44 euros.

Si a este salario le adicionamos la retribución en especie por vehículo (5.013, 57 euros) mas dietas, retribuciones por traslados, etc, que se elevan a 32.489,54 euros, ello suma un total de 37.503, 11 euros, o lo que es lo mismo, prorrateado en otras 12 mensualidades, 3.125, 25 euros.

De este modo, el total de ingresos netos ascendería a 143.332 euros, mas 37.503, 11 por otras retribuciones, un total de 180.835,11 euros, o lo que es lo mismo, un promedio mensual de 15.069, 59 euros, por lo un tercio de esta suma nos daría una pensión de 5.023 euros.

Ahora bien, como hechos nuevos alega el Sr. Teofilo que se ha producido su prejubilación, y que desde ese momento y hasta la jubilación que habrá de tener lugar dentro de 6 años, pasará a cobrar 150.718, 33 euros brutos, lo que sería una 37 % menos que vigente la relación laboral.

Omite el apelante que además de esta suma la empresa en compensación por la cobertura de seguro de pensión adiciona otros 88.442 euros, manteniéndose las opciones sobre acciones y unidades de acciones restringidas no ejercitadas, por lo que no puede concluirse que su situación económica presente el desequilibrio que pretende aún cuando deje de percibir los complementos o retribuciones adicionales como ayuda alojamiento, suministros, vehículo etc.

Por lo tanto, si bien no puede aumentarse a los 8.000 euros la pensión, tal y como solicitaba la esposa, dado que ello excedería desproporcionadamente respecto al tercio de los ingresos del deudor, si procede mantener la cifra fijada en sentencia, 4.000 euros mensuales, que la situación económica del Sr. Teofilo le permite mantener hasta que se produzca un cambio de situación que podrá ser nuevamente valorado. El tercio a que se refiere el art. 301 del código belga opera como máximo, pero no como mínimo puesto que el texto legal dice de forma expresa que "ne peut exceder le tiers des revenus du conjoint débiteur" , es decir, que no puede exceder del tercio de los ingresos del cónyuge deudor y en cuanto a la duración, nada impide que se fije por un tiempo inferior al de duración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, sino que asimismo ese plazo opera como máximo lo que en realidad constituye una imposibilidad de establecimiento de pensión vitalicia .

No procede tampoco incremento con valoración del derecho de uso toda vez que se ha procedido a la entrega de la posesión y en cualquier caso se trata de un derecho ligado a la subsistencia de la relación laboral.



QUINTO.- Por último en cuanto a la pensión de alimentos al hijo, pese a su mayoría de edad y puesto que no se ha acreditado incorporación al mundo laboral ni que se haya finalizado la formación, y puesto que al contrario, se admite la necesidad de la pensión, es razonable estimar que sea la madre la que se encargue de gestionar la pensión, al mantenerse una convivencia tanto en Bélgica como en España puesto que tampoco se ha acreditado en autos que el hijo viva de forma independiente .

SEXTO.- Dada la resolución que se adopta y la desestimación de ambos recursos no procede efectuar imposición de costas a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia de conformidad a lo que establecen los artículos 394 y 398 de la LEC .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que DESESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por DON Teofilo y DOÑA Tarsila , contra la sentencia de fecha 8 de Junio de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000 , Autos de Divorcio 770/2016 de los que el presente rollo dimana, SE CONFIRMA la expresada resolución.

No ha lugar a la imposición de costas de esta alzada a ninguna de las partes.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 477.2 , 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Podrá también interponerse al mismo tiempo recurso extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en la Disposición Final 16ª.1, 3ª , de la LECivil . El recurso de casación se interpondrá ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente al de su notificación. Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y verificado que sea , devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia con copia de ésta resolución.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que integran este Tribunal

Por último, respecto al depósito que ha constituido la parte recurrente, debe acordarse lo que proceda conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la LOPJ .

**Modo de impugnación:** recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** ( regla 1.3 de la DF 16ª LEC ) ante el Tribunal Supremo ( art.466 LEC ) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :