

//tencia No. 1296

MINISTRO REDACTOR

DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZÁLEZ

Montevideo, veintinueve de agosto de dos mil diecinueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"AA C/ BB - PENSIÓN ALIMENTICIA - CASACIÓN"**, IUE: 2-12027/2012, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de los respectivos recursos de casación interpuesto por las partes, contra la Sentencia Definitiva SEF 0010-000247/2018 DFA 0010-001293/2018, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia 1º Turno, el día 28 de noviembre de 2018.

RESULTANDO:

I) Conforme emerge de autos, con fecha 11 de abril de 2012 la Sra. AA dedujo demanda de pensión alimenticia a favor de su hijo CC, contra el padre del niño, el Sr. BB.

II) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 83/2018, de fecha 29 de mayo de 2018, el Juzgado Letrado de Familia de 16º Turno, falló:

"Fijando la pensión alimenticia que BB debe servir a su mejor hijo; CC 6 BPC mensuales pagaderas dentro de los 10 primeros días y el uso de la vivienda donde habita con la actora..." (fs. 1.169).

III) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia SEF 0010-000247/2018 DFA 0010-001293/2018, de fecha 28 de noviembre de 2018, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° Turno, falló:

"Confírmase la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto se establece la pensión mensual en dinero, en la suma equivalente a 4 BPC, sin especial sanción procesal en el grado..." (fs. 1.154-1.165).

IV) Contra dicha sentencia, la parte actora interpuso recurso de casación (fs. 1.169-1.189).

En tal sentido, expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

a) *Desconocimiento del interés superior del niño (art. 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia (C.N.A.).*

Indicó que conforme a nuestra legislación, el interés superior del niño es la pauta o guía que debe orientar la resolución de cualquier conflicto en materia de niñas, niños y adolescentes. Se ha erigido a nivel nacional e internacional como una verdadera norma jurídica, a efectos de alcanzar su máxima eficacia y seguridad.

En este caso, el monto fijado por concepto de pensión alimenticia vulnera el

interés superior del niño. En primer lugar, porque se afecta el derecho a la educación de acuerdo al estatus social que ostentan sus padres; la pensión alimenticia en dinero que ha sido fijada no alcanza a cubrir la cuota del colegio al que asiste. El nivel de vida e ingresos del demandado le permiten costear el pago de la cuota del colegio al que asiste el alimentado; sin embargo, se niega a hacerlo. La decisión de enviarlo a un colegio privado fue compartida con el padre. El propósito inicial fue que el menor concurriera al Instituto Ariel Hebrero Uruguayo, pero la distancia del hogar familiar de dicho centro educativo, determinó que se optara por un colegio que estuviera ubicado más cerca de su residencia y, en consecuencia, la institución elegida fue el Colegio Inglés.

Causa agravio que se asevere, por parte de la Sala, que la elección de dicho colegio fue una decisión inconsulta. La actitud del padre a lo largo del tiempo demuestra su acuerdo con la decisión. Ha mantenido un contacto fluido y permanente con el colegio y no se ha opuesto, por ninguna vía procesal, a que CC sea enviado a ese centro educativo.

La sentencia niega al niño una pensión que le permita mantener un nivel de vida acorde a la situación socio-económica de los padres; en particular con la del obligado principal y, en conse-

cuencia, a tener un estatus económico-social acorde al de éste. La sentencia favorece al padre en detrimento del interés superior de CC.

En definitiva, manifestó que corresponde casar la sentencia por ser violatoria del interés superior del niño; en su lugar, se deberá condenar al demandado a servir, a favor de CC, una pensión equivalente a 10 BPC (Bases de Prestación y Contribución) mensuales, más el derecho de vivienda del menor en la finca de su padre.

b) Infracción a las reglas legales de valoración de la prueba (arts. 140 y 141 del C.G.P).

La sentencia objeto de impugnación modificó a la baja el monto pensionario en dinero, en base a una errónea apreciación de los elementos probatorios disponibles sobre los ingresos del demandado y las necesidades del alimentado.

En primer lugar, la Sala consideró que la decisión de enviar a CC al Colegio Inglés fue adoptada por ella en forma inconsulta, cuando en realidad fue una decisión conjunta. No puede compartirse la aseveración de que la niñera resultara un gasto innecesario y superfluo, cuando la madre conviviente con el niño cumple con una jornada laboral de ocho (8) horas diarias. La niñera resulta fundamental

en las labores auxiliares al cuidado del niño, tales como la preparación de viandas; aseo de la ropa y dormitorio; cuidado en vacaciones; días de asueto y cuando éste se encuentra enfermo.

En cuanto a los gastos de salud, indicó que no se valoraron adecuadamente las erogaciones que el cuidado sanitario del niño demanda. CC requiere de la ingesta diaria de medicación, lo que genera gastos adicionales.

No es cierto, como aseveró el Tribunal, que el rubro vivienda esté enteramente a cargo del demandado. Los gastos comunes no son asumidos por el padre. Además, la vivienda da derecho al uso de un garaje, que fue arrendado por el Sr. BB en su beneficio hasta el año 2015. La cuota que el demandado abona incluye apartamento y garaje, habiéndose imputado al demandado la totalidad, lo que constituye un error.

Los gastos de la vivienda, como es evidente, no corresponden exclusivamente al niño, pero son afrontados por la madre con sus magros ingresos; resulta indudable que ambos padres están obligados al mantenimiento del alimentado, pero ella aporta de su ingreso. La sentencia hace caudal de que recibe su salario del Ministerio de Defensa Nacional y una pensión del BPS; no obstante, no repara en que se trata de ingresos exigüos (de \$ 27.200 y \$ 3.800 mensuales

respectivamente).

Con esos magros ingresos sostiene sus propios gastos personales y los de su hijo, que no son cubiertos por el demandado.

La Sala también realizó una errónea valoración de la necesidad de una erogación mensual que, en concreto, realiza el demandado: el aporte a la Caja de Profesionales Universitarios del Uruguay (CJPPU). El demandado aporta voluntariamente a dicha entidad gestora de seguridad social, porque en puridad no realiza actividad profesional en su calidad de Ingeniero Químico. Su actividad es exclusivamente la empresarial al frente de BIOTEN S.R.L. El desarrollo de su actividad empresarial, consistente en importar y vender productos, no requiere de un título universitario de grado. Por ende, la valoración que ha hecho el Tribunal respecto a dicha erogación es errónea; se trata de un aporte enteramente voluntario y que resulta indicativo de su capacidad contributiva.

En definitiva, afirmó que se ha incurrido en una errónea valoración de los elementos probatorios, contraria al principio de la sana crítica e irrazonable. Dicha errónea valoración del material probatorio infringe los principios que deben guiar toda fijación de alimentos, como lo son los de necesidad y proporcionalidad.

c) Infracción de los principios de proporcionalidad y necesidad (art. 46 inciso 3° del CNA).

Expresó la impugnante que, a lo largo del proceso, ha quedado plenamente acreditada la posibilidad del demandado de brindar alimentos y, en particular, de su capacidad económica. Por intermedio de su empresa (BIOTEN S.R.L.), se dedica a la importación, representación y distribución de material de laboratorio destinado al análisis y control de calidad de distintos productos (bebidas, cigarrillos, medicamentos). Además, es titular de bienes muebles e inmuebles y posee una amplia capacidad de ahorro. Su actividad empresarial ha florecido, al punto que la empresa es representante de diversas marcas internacionales del giro al que se dedica y ha ampliado el elenco de marcas a las que representa. La firma es proveedora de prestigiosas y grandes empresas privadas, así como de diversas entidades estatales.

Indicó que, de la prueba diligenciada, surge acreditado que el demandado tiene un ingreso mensual de unos U\$S 8.000 (dólares estadounidenses ocho mil). Analizó en detalle diversos elementos probatorios que serían indicativos de la capacidad contributiva del demandado. Particularmente, los movimientos de las cuentas bancarias y la información

relativa a la empresa.

Luego de examinar los diversos elementos probatorios sobre la capacidad económica del obligado principal, indicó que la Sala ha llegado a conclusiones probatorias arbitrarias, reñidas con la sana crítica, para morigerar el monto pensionario. Se basó en aspectos que no tienen relación con la capacidad económica del demandado ni con las posibilidades de servir alimentos a favor de su mejor hijo, en base al principio de proporcionalidad y necesidad.

Repasó las necesidades del alimentado en forma detallada y concluyó que la pensión fijada por la Sala no se compadece con ellas.

En definitiva, indicó que existe una errónea aplicación del principio de necesidad y de proporcionalidad que debe regir en toda fijación de alimentos, por lo que corresponde casar la sentencia impugnada, únicamente en cuanto al monto fijado en dinero, que deberá establecerse en el equivalente a 10 BPC mensuales.

V) Habiéndose sustanciado el recurso (fs. 1.191 y ss.), a fs. 1.196 y ss. evacuó el traslado la parte demandada, abogando por la desestimatoria. En el mismo acto, interpuso recurso de casación por vía adhesiva.

En síntesis, expresó:

a) La Sala valoró erróneamente el material probatorio y desconoció el principio de proporcionalidad.

No se ha cuantificado adecuadamente el peso específico que tiene la prestación de la vivienda en la que habita el niño con su madre. De resultas, la sentencia infringe el art. 44 inciso 3° del C.N.A. y al art. 122 del C.C. Indicó que el 100% de sus ingresos líquidos, descontado el aporte a la CJPPU, es de \$ 76.522 (pesos uruguayos setenta y seis mil quinientos veintidós).

Contando el aporte de la vivienda, se le condena al pago de una suma que, en pesos, significa un total de \$ 41.589 (pesos uruguayos cuarenta y un mil quinientos ochenta y nueve) mensuales; ello representa un 54% de sus ingresos líquidos.

b) Añadió que la contraria falta a la verdad en muchas de sus afirmaciones. Concretamente, manifestó que no es cierto que la elección del Colegio Inglés haya sido tomada de común acuerdo; fue la madre la que unilateralmente eligió esa institución educativa. Subrayó que no está de acuerdo con dicha elección y que la madre pretende para el niño un nivel de vida que está más allá de sus posibilidades económicas.

c) No puede desconocerse

el interés superior del niño, pero tal protección no puede llegar al límite de obligar al padre a servir una pensión que se halla por encima de sus posibilidades económicas, al punto de no dejarle un resto para solventar sus propias necesidades vitales. Concluyó que debe ampararse el recurso de casación interpuesto por vía adhesiva y fijarse la pensión alimenticia a servir en dinero a favor de su hijo en la suma de \$ 5.000 (pesos uruguayos cinco mil) mensuales.

VI) Sustanciado el recurso de casación interpuesto por vía adhesiva (fs. 1.203), fue evacuado por la parte actora a fs. 1.207 y ss., abogando por la desestimatoria.

VII) Franqueada la casación (fs. 1.225), los autos fueron recibidos por el Cuerpo el día 25 de abril de 2019 (fs. 1.229).

VIII) Por Auto No. 858/2019, de fecha 16 de mayo de 2019 (fs. 1.230 vto.), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, al término del cual se acordó el presente pronunciamiento en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, amparará parcialmente el recurso de casación impetrado por la parte actora. Asimismo, desestimará el recurso de casación movilizado

por la parte demandada. Todo sin especial condenación procesal.

II) Delimitación de los aspectos revisables en casación.

II.1) A juicio de los Sres. Ministros Dres. Turell, Martínez, Tosi y el redactor, no resulta posible reexaminar en casación aquellos puntos de la sentencia atacada sobre los cuales han recaído dos pronunciamientos coincidentes (art. 268 inciso 2° del C.G.P.) (Cf. Sentencias Nos. 160/2016, 359/2017 y 717/2019, entre muchas otras).

En efecto, atento a lo establecido en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P., y tratándose de un proceso en el cual no se demandó a una entidad pública de las previstas en la disposición mencionada, rige plenamente la regla que establece la improcedencia del recurso de casación respecto de aquellas cuestiones que han sido objeto de dos pronunciamientos coincidentes en primera y en segunda instancia.

En cuanto al alcance de esta regla, la Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades: "(...) la «ratio legis» del artículo 268 del C.G.P. (...) radica en impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la pretensión sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coi-

ncidentes en dos instancias, en razón de lo cual entiende la Corporación que aquellas cuestiones involucradas en el objeto de la litis y a cuyo respecto la decisión de primer grado fue confirmada en segunda instancia, se encuentran exiliadas del control casatorio (...)" (cf. Sentencias Nos. 376/2009, 1221/2009, 122/2010, 884/2012, 179/2015, 60/2016 y 862/2017, entre muchas otras).

En el *subexamine*, aplicando el criterio seguido por los Sres. Ministros, en primera instancia se condenó al demandado a servir una pensión alimenticia en dinero equivalente al valor de 6 BPC mensuales. Por su parte, en segunda instancia, dicha decisión fue parcialmente revocada, fijándose la pensión alimenticia en el equivalente al valor de 4 BPC mensuales.

Pues bien, a juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Turell, Tosi y el redactor, las sentencias de primera y de segunda instancia resultan coincidentes en cuanto a que: 1) el demandado debe servir una pensión alimenticia equivalente, al menos, al valor de 4 BPC mensuales y; 2) la pensión alimenticia debe ser menor (o igual) al equivalente al valor de 6 BPC mensuales.

Ello, a juicio de los Sres. Ministros, tiene dos consecuencias relevantes. Por

un lado, determina que el recurso interpuesto por vía principal deba ceñirse a elucidar si la pensión alimenticia, rebajada en segunda instancia al equivalente al valor de 4 BPC mensuales, debe aumentarse. Empero, la Corporación encuentra un límite para disponer ese incremento, dado que no podrá condenar a las 10 BPC pretendidas, sino que podrá aumentarla solo hasta el equivalente al valor de 6 BPC, como lo estableció el decisor de primera instancia.

Por el otro, implica que el recurso movilizado por la demandada por vía adhesiva resulta inadmisibile, desde que pretende la reducción de la pensión alimenticia fijada en segunda instancia en el equivalente al valor de 4 BPC, a un monto menor (de \$ 5.000).

II.2) La Sra. Ministra Dra. Minvielle, por su parte, no comparte la interpretación que realiza la mayoría respecto al alcance de lo dispuesto en el artículo 268 inciso segundo del C.G.P., tal como lo sostuvo desde su ingreso a la Corporación (Cf. Sentencia No. 652/2017, entre muchas otras).

Sin perjuicio de lo cual, considera que carece de utilidad práctica que se pronuncie sobre aspectos litigiosos que, en virtud de la posición de la referida mayoría, la Corte no habrá de considerar.

III) Recurso de casación impetrado por la parte actora.

A juicio de la Corporación, le asiste plena razón a la recurrente en cuanto postuló que la Sala aplicó erróneamente los principios de necesidad y proporcionalidad, extremo que le condujo a morigerar el monto pensionario a servir en dinero en efectivo por el demandado. En su mérito, anulará la sentencia impugnada, confirmando el fallo de primer grado en el punto.

Corresponde recordar que el art. 46 in fine del CNA establece que: "*Las prestaciones deberán ser proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y a las necesidades de los beneficiarios*".

La adecuación de la prestación alimentaria al estándar legal de "proporcionalidad", resulta una *quaestio iuris* y, por ende, resulta revisable en casación. Partiendo de los hechos que la Sala tuvo por probados, es posible que la Corte revise si el juicio con el que se concluye por parte del Tribunal, a partir de los hechos probados, se ajusta al criterio legal de proporcionalidad entre las posibilidades del alimentante y a las necesidades de los beneficiarios.

Se trata de revisar la

justificación de ese juicio de proporcionalidad sobre la base de los hechos que se tienen por ciertos y los que han sido probados por la Sala. Para esta operación de contralor no resulta necesario revisar la valoración del material probatorio; es posible partir de la premisa fáctica que consideró la Sala.

No es ocioso recordar que nuestra ley consagra un criterio de adjudicación, que debe ajustarse al referido baremo: el de la proporcionalidad. Esto es, que la pensión a establecerse debe guardar una relación proporcional entre las posibilidades del alimentante y las necesidades del alimentado (Cf. Howard, W.: *"Alimentos"*, FCU, Montevideo, 2016, pág. 106/107 y Cavalli, E.: *"Sobre el concepto "posibilidades económicas de los obligados" incluido en el inciso final del art. 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia"*, Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, T. I, 2013, págs. 137 y ss.).

En el *subexamine*, a juicio del Colegiado, las razones que la Sala tuvo en consideración para morigerar la pensión alimenticia no justifican adecuadamente su decisión y, el ajuste a la baja del monto pensionario al abrigo del principio de proporcionalidad, no resulta jurídicamente justificado.

IV) Los hechos que la Sala tuvo por probados y el razonamiento seguido para

concluir que la fijación de la pensión realizada en primera instancia resultaba desproporcionada.

Corresponde partir de los hechos que la Sala tuvo por probados (Considerando No. II y III) y repasar su razonamiento.

En relación a la situación y a las necesidades del niño, se tuvo por probado que este:

a) vive con la madre en un inmueble del demandado;

b) tiene cobertura médica en una institución privada (Asociación Española) y de emergencia móvil (SEEM);

c) concurre al Colegio Inglés (por decisión unilateral e inconsulta de la madre); a la Escuela de Fútbol y a la Escuela de la Tradición (vinculada a la colectividad judía);

d) asiste a una neuróloga infantil y;

e) tiene la atención de una niñera que auxilia a la madre en su cuidado y en el cuidado de la casa.

En relación a las posibilidades del alimentante, la Sala consignó que:

a) los medios probatorios diligenciados han demostrado los ingresos del demandado

y existen elementos sólidos que permiten tener una idea de los ingresos del Sr. BB y;

b) el demandado recibe ingresos por su actividad empresarial, no obstante, tienen ciertas particularidades que no se verifican en el trabajo dependiente, tales como gastos asociados como lo es el aporte a la Caja de Profesionales Universitarios (CJPPU).

En base a estas premisas sobre los hechos, la Sala entendió que hay gastos del niño que no se encuentran justificados. Puntualmente, en el caso del Colegio Inglés, indicó que la decisión de enviarlo a esa institución fue adoptada unilateralmente por la madre. Por tal motivo, expresó que no puede trasladarse (al menos íntegramente), ese costo al padre.

Por otra parte, el Tribunal consignó que la contratación de la niñera no estaba justificada por la enorme cantidad de actividades que tiene CC, así como por lo extenso del horario del Colegio Inglés.

En lo que constituye el fundamento central de su decisión, el Tribunal postuló que el peso específico del rubro vivienda (proporcionada por el demandado) no fue debidamente contemplado por el decisor de primera instancia. Además, ambos progenitores tienen el deber de contribuir a la manutención de sus

hijos y la Sra. Raymundo trabaja en el Ministerio de Defensa y percibe una pensión del BPS.

En definitiva, concluyó el Tribunal que, para el resto de los rubros que integran el concepto de pensión alimenticia (básicamente: alimentación, vestimenta y recreación) y teniendo en cuenta el aporte del progenitor, luce excesivo el monto equivalente al valor de 6 BPC mensuales fijado en la instancia y, en consecuencia, que corresponde morigerarlo al equivalente al valor de 4 BPC mensuales.

V) Errónea aplicación por parte de la Sala de los principios de proporcionalidad y de necesidad.

Conforme a la forma en que fueron articulados los agravios por la parte actora, corresponde examinar los argumentos con los que el Tribunal justificó su resolución de modificar la pensión alimenticia determinada en primera instancia.

No es ocioso recordar que la decisión cuestionada se adoptó sobre la base de que la sentencia de primera instancia infringió la regla de la proporcionalidad, prevista por el art. 46 in fine del C.N.A.

V.1) El argumento de que la elección del Colegio Inglés fue una decisión unilateral e inconsulta de la madre.

Debe tenerse por acreditado que la decisión de enviar al beneficiario al Colegio Inglés fue adoptada por la madre. Ahora bien, como el propio Tribunal lo reconoce, lo que ello determina es que el costo del colegio no pueda imponérsele íntegramente al padre; no obstante (como también lo postula la Sala) su colaboración económica puede serle exigida.

En primer lugar, no corresponde tomar por válida la premisa de la que parte el Tribunal, de que el hecho de que el colegio haya sido elegido unilateralmente por la madre determina que (al menos en principio) deba ser ella quien debe afrontar su costo.

Dicho esto, debe de verse que si se toman los valores del 2017, el costo del colegio ascendía a \$ 23.500 (pesos uruguayos veintitrés mil quinientos). A ese mismo año, el valor de la BPC era de \$ 3.611 (Decreto No. 9/2017 del 10 de enero de 2017), por lo que la pensión fijada, de 4 BPC, apenas representa la mitad de su costo.

Así las cosas, parece que el monto pensionario resulta exiguo para costear el colegio y las demás necesidades del niño (que como se verá son muchas y en algunos casos especiales).

Máxime cuando, no puede

ignorarse, el ingreso de la madre como dependiente del Ministerio de Defensa Nacional y por la pensión que recibe del BPS resulta exiguo (dichos ingresos, a valores de 2018, representan \$ 27.200 y 3.800 respectivamente).

V.2) La necesidad de contratar el servicio de la niñera.

La Sala postuló que en atención al extenso horario que el niño cumple en el Colegio Inglés y a la enorme cantidad de actividades extra escolares (Neuróloga Infantil; Escuela de Fútbol; Escuela de la Tradición), el gasto en niñera no se halla justificado.

Pues bien, esto, a juicio de la Corporación, supone un error de calificación de la Sala.

La experiencia indica que en situaciones en las cuales (como ocurre en este caso) una madre conviviente trabaja ocho horas diarias (como lo hace la actora), requiere de un apoyo para el cuidado del menor. La multiplicidad de actividades del niño fuera del horario escolar demuestran exactamente en contra de la tesis de la Sala, porque las reglas de la experiencia indican que llevar y traer a un niño a cada una de las actividades es un trabajo extra y requiere de auxilio. Además, como bien lo postula la actora, la

madre y trabajadora se enfrenta a la necesidad de dejar con alguien a su hijo los días de asueto; cuando el niño enferma y durante las vacaciones escolares.

La conclusión de que producto de las características del colegio al que asiste el niño y la existencia de actividades extracurriculares no justifica la contratación de una niñera, no parece en este caso un argumento atendible para rebajar la pensión.

V.3) Sobre la necesidad del aporte del demandado a la CJPPU.

Otro elemento que la Sala pondera, es la supuesta necesidad del demandado de aportar a la CJPPU. En su sentencia consignó que: *"...debe tenerse en cuenta que el concepto de ingresos líquidos en la actividad empresarial del demandado, tiene particularidades, ingresando otros gastos que en la relación de dependencia no se verifican, como vr. gr. el aporte a la Caja de Profesionales Universitarios"* (fs. 1.162).

Acierta la recurrente cuando asevera que la Sala yerra al considerar que, en el caso del demandado, este constituye un gasto necesario asociado a su actividad empresarial. El demandado es un Ingeniero Químico, que es socio de una sociedad de responsabilidad limitada (BIOTEN S.R.L.).

Como tal, necesariamente aporta al Banco de Previsión Social y tiene cobertura de seguridad social por esa entidad gestora (arts. 172 y ss. de la Ley No. 16.713).

El demandado es socio de una sociedad de responsabilidad limitada y se dedica a la actividad empresarial por intermedio de dicha sociedad. Ha resultado un extremo no controvertido que no tiene actividad profesional liberal fuera de la relación de dependencia, por lo que su aporte a la CJPPU no resulta preceptivo.

El hecho de que el demandado, por su formación universitaria, esté ligado a un sector empresarial relacionado con su formación de grado universitaria, no demuestra que ejerza su profesión (en cuyo caso sí sería preceptivo el aporte a la CJPPU).

En algunos casos es preceptivo (porque normas de diverso rango así lo imponen) que una sociedad de determinado giro esté compuesta por profesionales. Por ejemplo, ha existido normativa que imponía que una sociedad que explotara una farmacia debía estar compuesta por un químico farmacéutico o una sociedad con el giro construcción debía estar compuesta por un arquitecto. Pero, claramente, no es el caso de la sociedad del demandado y, si así lo era, era un extremo necesitado de prueba. Se trata ciertamente de un hecho

anormal y, siendo así, la carga de la prueba radica sobre quien lo invocó (Cf. Viera, L.: "La prueba", AA. VV.: "Curso de Derecho Procesal"; IUDP, Montevideo, 1974, pág. 85)

En otras palabras, la relación de necesidad que la Sala traza entre la actividad independiente y el aporte a la CJPPU, en el caso de los profesionales universitarios, no es tal. Es posible que un profesional independiente tenga actividad empresarial (no profesional) como no dependiente, como ocurre en este caso y, por ella, no deba aportar a la CJPPU sino al BPS.

El aporte que el demandado hace a la CJPPU es análogo a la que podría hacer cualquier persona que contrate un seguro de retiro, para tener un ingreso adicional al momento de abandonar su actividad laboral por razones de edad.

Es un valor entendido que los descuentos voluntarios no deben considerarse para apreciar la capacidad contributiva (Cf. Howard, W.: "Alimentos", FCU, Montevideo, 2016, pág. 629).

En consecuencia, el aporte a la CJPPU que el demandado realiza, sin estar obligado, no puede ponderarse para apreciar sus posibilidades económicas.

V.4) El peso específico de la

prestación de vivienda en la pensión.

Otro argumento crucial con el que la Sala sostiene su decisión, radica en el peso específico de la prestación de vivienda. Dicha partida es prestada en especie por el demandado, en la medida de que el niño y su mamá viven en un apartamento del que es promitente comprador y paga la cuota mensual del préstamo (no los gastos comunes).

Pues bien, el peso de esa prestación resulta insoslayable. Ahora bien, no parece que la sentencia de primera instancia no lo haya considerado adecuadamente. El sentenciante de primera instancia señaló: *"Los elementos probatorios que surgen de autos, llevan a concluir que la capacidad contributiva del accionante, le permite servir una pensión alimenticia superior a la fijada como provisoria establecida en autos.*

Si bien corresponde ajustarla al alza teniendo en cuenta que las necesidades de CC van aumentando con la edad, no puede desconocerse el uso de la vivienda y su calidad donde vive con la actora y que es propiedad del demandado. Todo ello sin apartarse del equilibrio que tiene que existir entre los ingresos del demandado y la obligación alimenticia, así como el aporte aún menor de la madre que permite mantener el equilibrio mencionado supra" (fs. 1.087).

En su decisión, el *a quo* ponderó específicamente el hecho de que el demandado proporcione la vivienda en la que CC vive con su madre. A juicio de la Suprema Corte de Justicia, no puede dudarse del peso específico que la vivienda tiene, pero ello no justifica, en atención a las necesidades del niño y a las posibilidades probadas del alimentante, la morigeración dispuesta en segunda instancia.

V.5) Las necesidades probadas del niño a efectos de revisar el juicio de proporcionalidad realizado por la Sala.

Ha quedado acreditado en autos el costo del colegio al que concurre el niño (ver fs. 1007), que ha valores del año 2017 era de \$ 23.500 (pesos uruguayos veintitrés mil quinientos); también que concurre a la Escuela de Fútbol del colegio, que a valores de ese mismo año tenía un costo de \$ 840 mensuales (ver también a fs. 1007).

A su vez, concurre a una neuróloga infantil cuyo costo mensual, a valores del año 2017, era de 7.276 (pesos uruguayos siete mil doscientos setenta y seis). Este último extremo no es nada menor y pasó totalmente inadvertido para la Sala, que se limitó a consignar la existencia del gasto y a tenerlo por probado.

Resulta un error de cali-

ficación no haber ponderado ese extremo, sumamente relevante por el peso específico del gasto en el presupuesto del niño.

Como enseña la doctrina especializada, un beneficiario con necesidades especiales de atención (extremo que se verifica en el caso de infolios), demanda al alimentante de un esfuerzo mayor (Cf. Howard, W.: "*Alimentos*", FCU, Montevideo, 2016, págs. 179/185).

A esto debe sumársele el costo que tiene el salario de la niñera (más el aguinaldo; licencia y salario vacacional) y el costo de atención médica cuando requiere de esta (copagos tales como tickets y órdenes de medicamentos).

Además, no puede obviarse el coste de la alimentación y vestimenta. A ello se suma, naturalmente, el de recreación y el que demandan sus actividades sociales (regalos de cumpleaños, etc.).

La madre conviviente, como ha quedado acreditado, percibe ingresos de su trabajo en el Ministerio de Defensa y una modesta pensión del BPS que, en total, a valores de 2018, apenas superan los \$ 30.000 (pesos uruguayos treinta mil).

Ante este escenario, atendiendo a las posibilidades económicas del alimentante y a las necesidades del alimentado, a criterio de la

Corporación, la decisión de morigerar la pensión alimenticia en dinero al equivalente al valor de 4 BPC mensuales no resulta jurídicamente justificada.

La decisión de la Sala no se adecua a la regla de proporcionalidad consagrada en el art. 46 in fine del C.N.A.

A valores del 2019, 4 BPC representan \$ 16.616 (pesos uruguayos dieciséis mil seiscientos dieciséis), lo que no es proporcional a las necesidades del niño y las posibilidades económicas de su padre.

Además, como viene de verse, buena parte de las razones que la Sala tuvo para tomar esa decisión no están razonablemente justificadas. Por lo tanto, a juicio de la Corporación, corresponde casar la sentencia impugnada y mantener el pronunciamiento de primera instancia.

VI) Adicionalmente, la Sra. Ministra Dra. Martínez agrega que, aún desde otro enfoque (el cual también fue postulado por la recurrente a fs. 1.156 vto.), esto es, el relativo a la infracción de las reglas que disciplinan la valoración de la prueba (arts. 140 y 141 del C.G.P.), también corresponde amparar el recurso de casación movilizado.

En efecto, por los fundamentos que seguidamente se señalarán y sin perjuicio

de lo expresado en el Considerando anterior, a juicio de la Sra. Ministra, el razonamiento probatorio que llevó a la Sala a revocar la condena dispuesta en primera instancia (6 BPC) y, en su lugar, fijar una menor (4 BPC), transgrede, en forma grosera, las reglas que rigen en la materia (arts. 140 y ss. del C.G.P.), por lo cual resulta revisable en casación (cf. Sentencias Nos. 58/1993, 716/1996, 338/2002, 323/2003, 202/2005, 706/2008, 74/2009, 163/2009 -en R.U.D.P. 1-2/2010, c. 1122, págs. 596 y 597-, 685/2012, 243/2013, 534/2013, 16/2014, 306/2015, 66/2016, 162/2016, 10/2017, 216/2017, 406/2017, por citar solamente algunas).

A juicio de la Sra. Ministra, corresponde relevar los siguientes errores en la lógica probatoria del Tribunal:

1) Primer error en el razonamiento, referido a la capacidad contributiva del deudor:

a) Al contestar la demanda (17 de julio de 2012), a fin de justificar las erogaciones que el Sr. BB tenía que afrontar mensualmente, alegó que pagaba un alquiler de \$ 10.500 mensuales (fs. 79-82 y 132 vto.); pues bien, no es motivo de discusión que el enjuiciado ya no abona dicho alquiler, puesto que vive en el apartamento (Punta Carretas) de su nueva pareja. Esto no fue valorado por

la recurrida.

b) También al evacuar el traslado, el demandado no invocó, como otras de sus erogaciones, la necesidad de aportar a la CJPPU; ninguna referencia realizó en tal sentido; sin embargo, la Sala hace acopio de dicho gasto. Se trata de un hecho no alegado al contestar la demanda, que el Tribunal no advirtió. Sin perjuicio de ello, como ya se señaló, en cualquier caso, dicho gasto (\$ 16.101 mensuales) es voluntario, puesto que el accionado (de profesión Ing. Químico), no justificó la obligación de tal aporte. Este extremo no fue adecuadamente valorado por la Sala. Al ser un gasto importante y voluntario, habla a las claras de la capacidad contributiva del deudor.

c) Asimismo, el Sr. BB adujo que era un pequeño empresario (titular de una "micro empresa") y que si enfermaba no trabajaba; dijo además que sus ingresos oscilaban entre los \$ 50.000 a \$ 60.000 mensuales. Pues bien, actualmente, la realidad es otra muy diferente, puesto que el demandado es titular, con otros dos socios, de una SRL, con ingresos mensuales, que según expresó, ahora rondan los \$ 100.000 mensuales. Vale decir, se trata de una situación económica (la del deudor), en franca mejoría. Esta situación tampoco fue adecuadamente valorada por la Sala.

d) A propósito de lo que viene de decirse, el Tribunal tampoco valoró que la realidad económica del demandado, bien puede ser diferente (muy superior) a la descrita. En efecto, el demandado no controvertió que, como importador, es representante exclusivo de afamadas marcas para todo el Uruguay (fs. 1.177) y que su cartera de clientes es muy importante (fs. 1.177 vto. in fine-1.178), lo que incluye varias reparticiones del Estado (fs. 1.178). Como bien lo resume la parte actora, a modo de ejemplo, en el período enero/noviembre de 2015, solo OSE depositó en la cta. BROU del accionado, la suma de U\$S 124.218. Es decir, en tan solo 11 meses el Sr. BB vendió a un solo cliente, prácticamente más de la mitad del monto que, al contestar la demanda, reconoció vender anualmente (U\$S 211.000). Más allá de que no se trata de sumas líquidas, puesto que hay que deducir el costo del producto, impuestos, gastos de despachante de aduanas, transporte, insumos, etc., de todas formas, ciertamente se trata de un solo cliente, de un solo pago, lo que ilustra, razonablemente, que los ingresos mensuales del demandado, bien pueden ser muy superiores a los que pretendió probar.

2) Segundo error en el razonamiento, referido a las necesidades del menor:

a) El Tribunal no valoró

adecuadamente (se trata de un error grave) que el menor concurre a una neuróloga infantil cuyo costo mensual, a valores año 2017, ascendía a \$ 7.276. Se trata de una erogación importante, que la Sala (a pesar de referir tangencialmente al rubro, fs. 1006) no parece haberlo valorado en su justa medida.

b) La Sala señaló que la decisión de inscribir al menor (actualmente de 9 años) en el Colegio Inglés (bilingüe), cuyo costo, a valores año 2017, era de \$ 23.500, fue tomada en forma unilateral por la madre, aunque reconoce que de todos modos "algo" tiene que contribuir el padre. En tal sentido, el Tribunal afirma que dicho costo no puede imponérsele íntegramente al padre (fs. 1161). Si bien este último extremo es compartido por la Sra. Ministra Dra. Martínez (haya estado el padre de acuerdo o no con la elección del colegio), considera que habrá de coincidirse que ese "algo" tiene que representar, por lo menos, la mitad de su costo; esto es: \$ 11.750 (a valores del año 2017), monto que, a valores de 2019, bien puede terminar por consumir la totalidad de la suma líquida objeto de condena (\$ 16.616).

Lo dicho deja en evidencia la desestructura de la condena, que se consume en el pago de la mitad del colegio del menor (sin perjuicio, claro está, de que el padre también aporta la vivienda),

cuando en realidad los gastos del beneficiario (aun cuando no se tome en cuenta el costo de la "niñera") son muy variados y superiores (alimentación, vestimenta, recreaciones ordinarias, vacaciones, gastos extras del colegio, clínica neurología infantil, escuela de fútbol, escuela de tradición, etc.). Gastos que, evidentemente, la madre (con ingresos de \$ 30.000 mensuales) no puede afrontar.

En definitiva, a juicio de la Sra. Ministra Dra. Martínez, también desde esta óptica, partiendo del principio de que las prestaciones deberán ser proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y a las necesidades del beneficiario (de ahí que la obligación de los padres no es divisible y sí proporcional), de la prueba rendida en la causa surge con toda claridad que la Sala erró, en muchos casos en forma grosera, a la hora de ponderar dicha ecuación.

VII) La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C. Civil y arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

AMPÁRASE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA CONFIRMÁNDOSE EL FALLO DE PRIMER GRADO.

DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 20 B.P.C.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. EDUARDO TURELL
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA