

Divorcio – causal de abandono - presunciones

Expte. N°: FAM-261-2009 L., J. C. C/ F., M. C. S/ DIVORCIO

-----JCI

N° Orden: 164

Libro de Sentencia N°: 52

/NIN, a los 8 días del mes de Septiembre del año dos mil once, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, PATRICIO GUSTAVO ROSAS Y JUAN JOSE GUARDIOLA, en causa N° FAM-261-2009 caratulada: "L., J. C. C/ F., M. C. S/ DIVORCIO", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Castro Durán y Rosas.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

- 1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?
- 2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Guardiola dijo:

1. En el presente caso el actor J. C. L. se presenta solicitando el divorcio vincular por la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de volver a unirse. La demandada M. C. F. reconvino por abandono voluntario y malicioso. A su vez la contraria dedujo *reconventio reconventionis* por injuris graves.

En primera instancia, atento la convergencia de causales subjetivas y objetiva con la consiguiente prevalencia de aquellas (ver CNCiv Sala K 27/6/2008 con nota aprobatoria de Luis A. Ugarte en La Ley 2008-E-174; Solari Nestor "El principio de congruencia de la sentencia y las causales de divorcio" LLNOA 2008 abril p. 231), la Sra. Juez Dra. Venini se ocupó en la sentencia de fs. 250/258 de analizar primeramente si se

encontraban probadas, y arribando a una valoración negativa decreta el divorcio por la causal prevista en el inc. 2 del art.214 CCivil, al estar reconocida la interrupción de la cohabitación sin voluntad de restablecerla por el plazo de aproximadamente 18 años indicado por el actor. Impuso las costas de cada una de las reconvenciones a quien resulto vencido y por su orden en lo que se refiere a la causal objetiva que prosperó, regulando los honorarios respectivos de los profesionales intervinientes.

Apeló el apoderado de la demandada Dr. Piedecosas (ver fs. 263), expresando sus agravios a fs. 300/305. Su crítica se dirige al rechazo de su reconvención, asentada en la contradicción que achaca a la sentenciante de haber partido de la premisa, según criterio jurisprudencial predominante, de que acreditado el alejamiento, éste se presume iuris tantum voluntario y malicioso, incumbiendo al cónyuge que adoptó esa actitud la prueba de causas legítimas que la justificaran, para luego hacer recaer las consecuencias de la omisión probatoria en cabeza de su representada. En tal sentido señala que la única prueba que rindió la contraria, tras el expreso reconocimiento de su alejamiento, fueron dos declaraciones testimoniales que de ninguna manera acreditan que el mismo obedeciera a razones legítimas y valederas. Se disconforma también de la omisión en valorar las constancias de los expedientes judiciales ofrecidos como prueba, cuya lectura revela según sostiene un abandono imputable como causal de divorcio y la culpa exclusiva de su esposo. Se queja finalmente de la imposición de costas y regulación de honorarios.

Considera que debieron ser impuestas por su orden y reducidas sustancialmente en su monto, ya que en rigor se trataron de articulaciones en un mismo y único proceso, con una única prueba y decisión.

Ejerció su derecho de réplica el actor reconvenido-reconviniente a fs. 309/315. Resiste la impugnación con cita de doctrina y jurisprudencia que justifica el alejamiento del hogar adoptado como consecuencia del quiebre irremediable o desquicio matrimonial previo. Apunta que una separación unilateral puede convertirse en bilateral cuando esa situación es aceptada por quien no tomó la iniciativa, prolongándose en el tiempo la pasividad de ambos cónyuges sin el menor signo de voluntad de reanudar la convivencia.

Resta eficacia probatoria a los juicios que inició la demandada en representación de sus hijas que reflejan afirmaciones unilaterales y no una pretensión como cónyuge encaminada a retornar la convivencia o llegar al divorcio como sanción. Estima ajustada a derecho la forma en que se distribuyeron las costas, pero adhiere al pedido de disminuir el monto de las regulaciones.

Firme el llamado de autos para sentencia de fs. 316, se está en condiciones de resolver (art. 263 del CPCC).

2. En ese cometido, es útil comenzar recordando cuales son los criterios que doctrinaria-jurisprudencialmente se han esbozado respecto a la carga de la prueba de la causal de abandono (arts. 202 inc. 5 y 214 inc. 1 CCiv) y de su relación con los presupuestos de la causal objetiva de separación de hecho de los arts. 204 y 214 inc. 2 CCivil en lo que hace a la inocencia del otro cónyuge.

Siguiendo la clasificación y tratamiento que de ellos formulan Néstor E. Solari ("La presunción judicial del abandono voluntario y malicioso del hogar" LL 2008-C-296) y Karina Bigliardi- María L. Pietra en comentario al fallo de la CCivil y Com. de Dolores con el meduloso voto del Dr. Hankovits ("Alcance y contenido de los derechos y deberes de fidelidad

y cohabitación durante la separación de hecho de los cónyuges" LLBA 2009, junio, 504) tenemos tres posturas:

a) *El retiro se presume voluntario y malicioso*, por lo que probado el alejamiento del hogar conyugal por parte de quien lo alega, se presume que el retiro del domicilio es voluntario y malicioso, teniendo la carga procesal el esposo que se alejó del hogar de probar que ha tenido causas y razones justificadas para asumir esa conducta.

Sostienen el mismo entre otros autores, Mazzinghi (Derecho de Familia Abaco To. 3 p. 143 /144); Azpiri (Juicios de divorcio vincular y separación personal" p. 98); Belluscio (Manual de Derecho de Familia To. I 5a ed. actualizada p. 386) y Sambrizzi (Separación personal y divorcio To. I p. 223)

Esta es la posición jurisprudencial mayoritaria, siendo además la doctrina legal de nuestro superior.

b) *Carga probatoria en cabeza del cónyuge que alega el hecho*. Dicen Stilerman-De León ("Divorcio. Causales objetivas" p. 108) "entendemos que el alejamiento de uno de los cónyuges del hogar responde, corrientemente, a una causa, expresada o no, demostrable o no. A partir de la incorporación de la causal objetiva de la separación de hecho ello resulta aún más cierto, e implica que quien alega el carácter voluntario y malicioso del abandono deberá acreditarlo. Esta presunción se apoya en el entendimiento de que nadie hace nada sin razón y que es esta razón la que puede ser censurable o no en los términos de causal de divorcio" Se retoma una jurisprudencia primigenia según la cual los dos elementos del abandono el objetivo y material del alejamiento y el subjetivo de su voluntariedad y malicia deben ser acreditados por quien lo invoca y que había sido superada por no resultar fácil acreditar a quien lo padece la cuestión subjetiva atinente a la conducta realizada por el otro cónyuge.

c) *Presunción de causación conjunta*. Se afirma "que, el hecho de que uno de los esposos egrese de la sede matrimonial, no lleva a pensar que el otro no haya dado causa a la separación, porque incluso la ley da por sentado que ambos son los causantes de la separación, si alguno de ellos no prueba estar exento de tal causación. En este caso, con sujeción a las normas del art. 204 del Código Civil, no puede ser aplicable la presunción doctrinaria y jurisprudencial de los elementos calificantes del abandono, pues producido el egreso de uno de los consortes a los efectos del referido artículo, se supone la causación conjunta de la separación de hecho, hasta la producción de prueba que la desmienta. En efecto, la separación de hecho sin voluntad de unirse, aprehendida como "factum" o presupuesto de la causal prevista en los arts. 204 y 214 inc. 2 del Cód. Civil, capta, como elemento objetivo esa separación, y presume que, al prolongarse durante el tiempo previsto, la intención común es la de no reanudar la convivencia. Las voluntades contrarias a la presunción legal no bastan que queden "in mente retenta", pues es preciso que se exterioricen, sea mediante la prueba de la justificación de ese vivir separados, que implica el incumplimiento del deber primario que impone el matrimonio, o bien mediante las gestiones de uno de los cónyuges dirigidas a lograr la reunión con el otro" (de la mayoría en el plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 29/9/1999 en relación a la regla del tercer párrafo del art. 1306 CCivil respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho LL 1999-F,3)

Aprobando esta tesis, ha dicho Solari en el artículo citado, sobre la base de que el deber de convivencia es recíproco, que su violación es imputable tanto al cónyuge que se va como al que impide su regreso (ello pese a que el mismo autor exprese en otro trabajo " La pasividad mantenida...." LL2010-A-428 que "su conducta omisiva no puede

transformar aquél abandono -provocado por su consorte., en una suerte de separación de hecho de común acuerdo") y reconociendo la realidad de que tal conducta supone una previa ruptura de la unión, que "parece adecuado que, desde el punto de vista procesal, la ley presuma la ruptura conjunta, esto es, que ambos han sido causantes de la cesación de la vida en común y no, como lo hace la postura mayoritaria, de presumir que lo es el esposo que ha egresado de la sede del hogar conyugal".

En la práctica y aunque no se lo diga este criterio viene a operar como el anterior: si la separación se presume consensuada, quien invoca la unilateralidad del alejamiento es quien debe probarlo.

Cuestionando el mismo Sambrizzi -haciéndose parcialmente eco de la disidencia del Dr. Durañona y Vedia en fallo LL 1990-E-31de la CNCiv Sala C, cuyo otro integrante Dr. Alterini fue mentor de la tesis en análisis- dice "que ante la inexistencia de alguna circunstancia de hecho que pudiera dar lugar a pensar que efectivamente existió ese acuerdo entre los esposos para que uno de ellos se retire del hogar, no creemos que se deba admitir esa presunción, pareciéndonos que es insuficiente la fundamentación consistente en la sola vigencia de una norma que establece como causal de separación y divorcio, la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse"; a lo que agrego que "la prueba de no haber dado causa a la separación" para resguardar los derechos acordados al cónyuge inocente (art. 204 in fine) no implica que de lo contrario se lo presuma culpable, ya que la causal objetiva es ajena a valoraciones de esa índole, y en todo caso ello no avanza en las reglas de prueba que rigen para las causales subjetivas que se invoquen.

A esta altura de la reseña, no puede soslayarse la estrecha e íntima vinculación de estas tesis con la comprensión y valoración de la causal de abandono.

Aquellos que lo consideran justificado por el solo quiebre o ruptura del amor y unión matrimonial, relegándolo en cuanto su carácter de malicioso a lo intempestivo e inesperado, razonan a partir de que el alejamiento unilateral de la convivencia poco o nada les dice como para aceptar desde la materialidad y objetividad de ese elemento la presunción judicial u hominis de una conducta culpable.

Coherentemente se inclinarán por un criterio que enerve sus implicancias probatorias.

Por el contrario quienes entienden que en el marco del divorcio-sanción, subsistente en nuestro derecho a la par del divorcio-remedio, para eximirse del reproche la deserción unilateral del deber de cohabitación necesita estar justificada por razones - motivos y propósitos- de entidad y seriedad que tornen excusable esa conducta, aún cuando no lleguen a configurar otra causal subjetiva de separación personal o divorcio en que hubiere incurrido el otro cónyuge, sostendrán que comprobado el alejamiento es razonable inferir la configuración de la causal.

Este último ha sido el criterio seguido por mayoría en la composición actual de este tribunal. Me remito a lo expresado en mis votos en Exptes. N° 42648 LS 49 n° 185 sent. del 22/7/2008 y N° 43993 LS 51 n° 180 sent. del 3/7/2010.

Conforme al mismo "El deterioro de la relación no puede ser un justificativo suficiente del abandono, pues éste está precedido -casi siempre- de un clima enrarecido o de crisis conyugal que puede explicar el abandono pero que no alcanza para justificarlo. Es raro - por no decir inconcebible- que, en el marco de una convivencia armoniosa, uno de los cónyuges decida abrupta e inopinadamente abandonar el hogar. El abandono es, por lo general, la expresión de la decisión que uno de los

cónyuges adopta ante las dificultades que afectan la convivencia matrimonial. Si las dificultades en la convivencia constituyeran una justificación suficiente para el abandono, estas mismas facultades también deberían justificar las injurias o el trato desconsiderado de uno de los cónyuges en perjuicio del otro. Por este camino, las causales de divorcio correrían el riesgo de convertirse en letra muerta. Porque el autor del abandono podría aducir la situación crítica del matrimonio para excusar su deserción, el responsable de las injurias y de los malos tratos se escudaría también en el deterioro de la convivencia y hasta el responsable de la infidelidad o del adulterio podría pretender atenuar la ilicitud de su conducta con el pretexto de que la relación matrimonial atravesaba por un mal momento..." (Jorge Adolfo Mazzinghi (h) " El abandono, el adulterio y la importancia de los deberes matrimoniales" LL 2008-E-330)

Agregué en los precedentes citados *"No se me escapa sin embargo que prestigiosas voces se han alzado contra la tesis expuesta. Así por ejemplo el Dr. Mizrahi - a quien cita el Dr. Castro Durán- tanto desde la doctrina como desde la judicatura (en este caso particularmente se destaca su voto como integrante de la C.Nac.Civ. Sala B del 29/9/2006 "Y.,A.M c V.,D", que recibió el comentario desfavorable de Sambrizzi mencionado, como el elogioso de Mariana Julieta Fortuna "Un avance en la interpretación de la causal..." en Rev. de Derecho de Familia 2007-II 28; también reiterado en expte Libre N^o 467138 "C.C.C.c/ R.B.L s/ divorcio 20/5/2008 publicado en eldial.com.ar) desconoce el valor presuncional del hecho del alejamiento, reduciendo además lo malicioso a lo "inesperado, injustificado e intempestivo, es decir acontecido cuando la pareja se desenvolvía en un ambiente de plena armonía conyugal".*

Como dice Sambrizzi en el artículo referido de esa forma no sólo " se minimiza dicho deber (de convivencia) de una manera sencillamente

alarmante, no obstante su inocultable relevancia", sino que prácticamente se hace desaparecer la causal de abandono "por cuanto resulta por demás evidente que es sumamente improbable que uno de los cónyuges se retire del hogar cuando la pareja se desenvolvía en un ambiente de plena armonía conyugal".

Las "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común", entre las cuales puede caber la falta de proyecto común, el desquicio matrimonial, que el amor no se vea, motivaciones éstas de las que se hace cargo mi compañero, si bien tienen plena recepción en el divorcio (o separación) por mutuo consentimiento, acordado o consensual (arts. 205 y 215 CCivil) no son causa valedera de una individual y no consentida decisión para sustraerse anticipadamente del deber conyugal de cohabitación. Limitar lo malicioso a lo intempestivo no se aviene siquiera a lo contractual, en cuyo ámbito es suficiente la inejecución deliberada de la obligación a su cargo.

No descarta la maldad de un proceder la búsqueda de una solución individual, antes bien el egoísmo es su presupuesto. El cónyuge que por las suyas decide irse porque se acabó -o nunca existió- el amor, se escapa de la convivencia pero no del terreno del divorcio-sanción para arribar indemne al divorcio-remedio que en su momento no supo o no le interesó procurar.

Soy consciente que desde la óptica de las corrientes modernas y progresistas que campean en el derecho de familia esta postura puede llegar a ser calificada de no realista. Pero estoy convencido que la discrecionalidad judicial debe encontrar contención en parámetros interpretativos racionales del derecho como de lege lata es y no desbordarse en un juego ingenioso, cuando no existe ninguna laguna, para forzar respuestas que aún cuando fueren acertadas y compartidas hasta socialmente precisan de una reforma legislativa. Guste o no lo inculpatario subsiste en la fractura matrimonial.

Paradójicamente, por otra parte se lo intenta ralear de su ámbito pero se lo hace avanzar a los fines resarcitorios y para la disolución de uniones de hecho (ver XI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y procesal - Junio 2007- Conclusiones Comisión I punto 4)."

Y que "...admitiendo nuestro sistema de separación personal-divorcio vincular únicamente la petición conjunta basada en el mutuo acuerdo (según informe publicado en diario Clarín del 5 de julio del corriente año, siete de cada diez divorcios ya son de común acuerdo) o la unilateral causada con imputación de culpa o por causales objetivas por separación de hecho o alteraciones mentales graves, alcoholismo o adicción a la droga (Jorge O. Azpiri "Juicio de divorcio vincular y separación personal" ed. Hammurabi p. 44), el aceptar como justificativo de la sustracción al deber de convivencia por parte de uno de los cónyuges la existencia de razones referidas únicamente a lo que se conoce como "desaparición del amor", conduce implícitamente al "divorcio incausado por voluntad unilateral", que aunque receptado por otras legislaciones (vgr. la sueca) y pregonado como valioso por el mismo Mizrahi ("Familia, matrimonio y divorcio" n° 121 p. 224 y ss) no se compadece con la regulación (y valoración) nuestra actual no solo de la institución matrimonial, como base importante en la organización familiar, sino tampoco desde lo meramente contractual. Es que cuando se contempla la rescisión o denuncia unilateral de relaciones de duración de esta índole o se exige una causa justificada o se imponen determinadas sanciones (indemnizatorias) a quien sin razón valedera pretende desvincularse de las obligaciones asumidas. Más allá de las obvias diferencias, si ello es así en un ámbito menos trascendente en cuanto a la estabilidad y perdurabilidad del vínculo, lógico resulta según mi parecer, que quien pretenda poner unilateralmente finiquito a los deberes conyugales sin razones jurídicamente atendibles que excusen su proceder, asuma las consecuencias que de ello

derivan, es decir las sanciones que el derecho de familia impone al cónyuge culpable y el trato diferente (de alcances por cierto muy limitados) en relación a quien se mantuvo fiel a la palabra empeñada y compromisos asumidos".

Ahora bien, no existe contradicción alguna en que adoptada la regla presuncional antedicha (postura a) se sea riguroso en la acreditación de la premisa, esto es la unilateralidad del alejamiento o interrupción de la convivencia, o que la justificación del mismo provenga del aporte de prueba también presuncional (art. 163 inc. 5 CPCC), en función de las concretas circunstancias del conflicto que llega a juzgamiento. Esto último de ninguna forma significa invalidar la generalidad de la mencionada regla probatoria, sino únicamente restarle una automaticidad contraria al carácter iuris tantum de las presunciones hominis. Así como la conformidad, originaria o subsiguiente, en la separación de hecho, excluyente del abandono no constituye algo que se pueda inferir o dar por sentado a partir del cumplimiento de los recaudos de la causal objetiva de los arts. 204 y 214 inc. 2 CCiv; tampoco puede desestimársela en sus implicancias cuando existen elementos que la apuntalan, ni mucho menos configurada sin más la unilateralidad con la prolongada situación de separación personal y la no permanencia en el que fuera sede del hogar conyugal.

Así en Ac. 78634 de la SCBA, en dictamen del Subprocurador General que la mayoría hizo suyo se expresó "aún sin desconocer la presunción de que todo retiro del hogar conyugal se reputa voluntario y malicioso , los jueces estimaron que el transcurso del tiempo (más de una década) durante el cual la Sra. D consintió tácitamente la situación provocada por el alejamiento del Sr. O., la muestran participando o al menos convalidando la separación de hecho que motiva la acción

intentada, no existiendo en autos constancias objetivas que acrediten conductas de la demandada en un sentido contrario. Tal interpretación dista mucho de constituir un "plazo de prescripción de la acción por abandono voluntario y malicioso" como alega la recurrente. Se trata de una presunción no destruida por prueba idónea de cese de cohabitación por acuerdo de voluntades, situación que el Tribunal ha encontrado incompatible con la causal del art. 202 inc. 5 referido".

En el mismo sentido, en la causa C 90.046, expresaron su opinión los Dres. Soria (*"En tales supuestos puede asumirse que "ambos cónyuges se dispensaron recíprocamente del deber de cohabitación, [por lo cual] ninguno de ellos podrá en lo sucesivo, imputar al otro abandono voluntario y malicioso"...., puesto que esa aquiescencia para la ausencia de cohabitación es igualmente demostrativa de que él tampoco ha tenido voluntad de volver a unirse y reanudar la convivencia (conf., en el sentido indicado, Zannoni-Biscaro, "Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho", "Jurisprudencia Argentina" , 1995-III, p. 355; Vidal Taquini, ob. cit., p. 392; Medina, "Casos en los que no existe abandono voluntario y malicioso", Arts. 201 a 206, en Ferrer-Medina-Méndez Costa (Directores), AA. VV., Código Civil Comentado, Derecho de Familia, t. I, p. 213; Callegari- Mainard- Schapira, "La autonomía de la voluntad en el cumplimiento de deberes y en el ejercicio de derechos en el matrimonio", "Jurisprudencia Argentina" , 1995-I-984....Por lo que llevo dicho, la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal tipificada en el art. 202 inc. 5º del Código Civil, invocada a fin de obtener el divorcio vincular por culpa del otro cónyuge no puede hacerse extensiva a aquellas situaciones en que el planteo -en el caso, la reconvenición- viene precedido de una separación de hecho que aquí se ha prolongado por más de seis años. Puesto que si bien ha quedado establecido que no fue en su origen acordada*

expresamente por quien fuera la pareja matrimonial, ha sido al menos "asentida" o "convalidada" a través del tiempo ante la pasividad asumida frente al alejamiento de la esposa por dicho consorte. El cese de uno de los aspectos de la sustantividad de la pareja matrimonial, la interrupción de la cohabitación, priva de andamio a la pretensión actual de derivar de allí una causal subjetiva para el divorcio. Con ser cierto que no es dable exigir una conminación judicial a reanudar la convivencia conyugal a que alude el art. 199, in fine, del Código Civil para la configuración de la referida causal (aun soslayando los reparos constitucionales que dicha conminación ha merecido desde diversos sectores; conf., por todos, Callegari-Mainard-Schapira, ob. cit.), no puede reputarse carente de toda relevancia la conducta posterior asumida por el consorte "abandonado") y Genoud (" la pasividad asumida por el cónyuge abandonado por un período prolongado genera una lectura que avala la teoría de la no configuración de la causal subjetiva regulada por el inc. 5 del art. 202. El transcurrir de los años y la inactividad han consolidado la separación de hecho que demuestra que se ha aceptado la ruptura definitiva e irreversible del matrimonio")

El voto del Dr. de Lázzari que hizo mayoría también dijo "que en abstracto conceptos como los esbozados podrían ser compartidos".

Es que aún personalmente compartiendo el postulado de que "el abandono debe valorarse en el contexto de la situación que imperaba cuando se produjo y no en función de la duración más o menos prolongada de sus consecuencias. Las razones que pudieron determinar que el cónyuge abandonado dilatará más o menos la invocación del abandono como causal de divorcio no constituyen de por sí un atenuante para la actitud de quien decidió - en una ocasión más reciente o más remota- desertar del hogar", no llegó a considerar que una prolongada pasividad (en el caso de aproximadamente 18 años) sea inocua,

irrelevante a los fines de interpretar que el cese de la convivencia obedezca a una decisión común.

Máxime, cuando existió como en autos un apoltronamiento de parte de la demandada reconviniente, quien ninguna prueba produjo atinente a las circunstancias del cese de la convivencia. Repárese que ni siquiera se instó la efectiva remisión de los expedientes a los que hace referencia su apoderado en el recurso.

Pero lo más importante, es que tampoco está suficientemente comprobada la materialidad del hecho a partir del cual opera la presunción de los elementos subjetivos. El Sr. Lanza dijo en su demanda por causal objetiva (ver fs. 53vta.) que "se produjo la separación de hecho de la pareja" , habló de "domicilios diferentes de las partes (se aclara que después de la separación viví en Barrio Progreso de Rojas y finalmente en donde residido actualmente)". La Sra. F. introdujo el abandono a fs. 69. Expresó: "Acreditaré con la prueba a rendirse que el Sr. L. se fue del hogar conyugal" y el reconvenido negó esa circunstancia sosteniendo "Contrariamente a lo afirmado fue la Sra. F. quien, luego de un largo camino de acoso, agravios y persecuciones de todo tipo que afectaron la convivencia, me echó de la casa donde vivíamos con nuestras hijas, aún siendo éste un inmueble prestado por mi familia. Fue la Sra. F. la que decidió tal circunstancia obligándome a tener que ir a vivir a la casa de un amigo en el Barrio San Martin de Rojas y después a alquilar Fue ella la que introdujo una muda de mi ropa en un bolso y me sacó a la calle..." (fs. 76 y vta.), lo que ratifica al absolver posiciones a fs. 213: "que un día la Sra. F. "le tiró" la ropa a la calle. Que tuvo que ir a vivir a la casa de un amigo. Que intentó regresar al hogar conyugal, pero expresa que todo fue inútil"

En otras palabras, el único hecho no controvertido es la separación y el tiempo de ella, ratificado por los dos testigos ofrecidos por el actor, pero no las circunstancias en que se produjo, que haya mediado un retiro unilateralmente adoptado por el Sr. L.

Siendo ello así, estimo correctamente desechada la causal subjetiva alegada en la reconvencción y que es objeto recursivo (art. 375 del CPCC).

3.- En lo que hace a las costas, si bien la forma en que fueron distribuidas mantiene la igualdad resultante del fracaso recíproco de las partes en la prueba de las causales subjetivas invocadas en sus reconvencciones y de haber alcanzado el divorcio por ambos pretendidos a partir de la causal objetiva, lo cierto es que, conforme se reclama con la aquiescencia de la contraparte, su imposición separada da lugar a una triple regulación que no se compeadece con la realidad del trabajo profesional y judicial. Ocupándose específicamente del divorcio y la reconventio-reconventionis dicen Juan Manuel Hitters y Silvina Cairo "Honorarios de abogados y procuradores" LexisNexis p. 306: " Entendemos que en este caso, más allá de la traba de la litis, con sus matices, se configuraría una especie de ampliación de la postulación. A su vez, sin perjuicio de la reconvencción efectuada por la accionada en cuanto a la culpabilidad, que constituye el fundamento de la acción, ambas partes persiguen el divorcio, existiendo sólo una pretensión". En razón de ello y lo dispuesto por el art. 71 del CPCC, propongo se modifique su determinación, estableciéndolas en forma única por su orden, dejándose sin efecto los honorarios regulados en primera instancia y procediéndose a fijarlos de la siguiente forma: a la Dra. Maria Virgiana Aloe en la suma de \$13.000 (pesos trece mil), al Dr. Miguel A. Piedecabras en la suma de \$6.500 (pesos seis mil quinientos), a la Dra. María Garone en la suma de \$6.500 (pesos seis mil quinientos), con más todas las sumas el 10% que

establece el art.12 inc.a) de la Ley 6716. (art.9 ap.1, 16, y 28 del Dec.Ley 8904).- (art. 274 del CPCC). Quedan así desplazados los recursos que por los emolumentos se dedujeron.-

Las costas de alzada a cargo de la parte recurrente vencida, sin que lo decidido respecto de las de instancia de origen tenga entidad para modificar siquiera parcialmente ese carácter (art 68 del CPCC)

ASI LO VOTO.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Castro Durán, dijo:

Comenzando por el agravio referido a la desestimación de la reconvencción, considero que ante la falta de prueba por parte de la demandada-reconviniente del denunciado retiro unilateral del hogar conyugal por el actor-reconvenido, retiro negado expresamente por éste, quien adujo que fue expulsado; se impone el rechazo de la pretensión de divorcio por abandono voluntario y malicioso canalizado por la vía reconvenccional, y consiguientemente, la confirmación de lo decidido al respecto en la sentencia apelada (art. 375 C.P.C. y 202 inc. 5° C.Civil).

En cuanto al agravio referido a la imposición de las costas, adhiero a lo decidido por el Dr. Juan José Guardiola.

ASI VOTO.-

TAMBIEN A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Rosas, dijo:

Que se adhiere y hace suyos todos los conceptos doctrinales y legales dados por el Señor Juez preopinante en primer término, Doctor Guardiola, votando en consecuencia, en el mismo sentido.-

ASI VOTO.-

A LA SEGUNDA CUESTION el Señor Juez Dr. Guardiola , dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, corresponde:

POR MAYORIA DE FUNDAMENTOS:

I.- CONFIRMAR la sentencia apelada, desestimando el recurso de la demandada-reconviniente, en lo que hace al rechazo de la causal subjetiva alegada y el divorcio decretado por la causal del art. 214 inc. 2 CCivil.

II.- MODIFICAR las costas de primera instancia que se imponen de forma única y total por su orden, dejando sin efecto las regulaciones efectuadas (art. 274 del CPCC).

III.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida.

IV.- Regular los honorarios de primera instancia de la siguiente forma: a la Dra. Maria Virgiana Aloe en la suma de \$13.000 (pesos trece mil), al Dr. Miguel A. Piedecosas en la suma de \$6.500 (pesos seis mil quinientos), a la Dra. María Garone en la suma de \$6.500 (pesos seis mil quinientos), con más todas las sumas el 10% que establece el art.12 inc.a) de la Ley 6716. (art.9 ap.1, 16, y 28 del Dec.Ley 8904).- (art. 274 del CPCC).

V- Fijar los honorarios de Alzada de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: a la Dra. María Virginia Aloe en la suma de \$3.900 (pesos tres mil novecientos) y al Dr. Miguel A. Piedecosas en la suma de \$3.900 (pesos tres mil novecientos), con más las sumas el 10% que establece el art.12 inc.a) de la Ley 6716. art.31 Dec.Ley 8904).-

ASI VOTO.

Los Señores Jueces Dres. Castro Durán y Rosas, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí:

FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO DURAN Y PATRICIO GUSTAVO ROSAS, ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA (Secretaria).-

//NIN, 8 de Septiembre de 2011.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, **SE RESUELVE:**

POR MAYORIA DE FUNDAMENTOS:

I.- CONFIRMAR la sentencia apelada, desestimando el recurso de la demandada-reconviniente, en lo que hace al rechazo de la causal subjetiva alegada y el divorcio decretado por la causal del art. 214 inc. 2 CCivil.

II.- MODIFICAR las costas de primera instancia que se imponen de forma única y total por su orden, dejando sin efecto las regulaciones efectuadas (art. 274 del CPCC).

III.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida.

IV.- Regular los honorarios de primera instancia de la siguiente forma: a la Dra. Maria Virgiana Aloe en la suma de \$13.000 (pesos trece mil), al Dr. Miguel A. Piedecasas en la suma de \$6.500 (pesos seis mil quinientos), a la Dra. María Garone en la suma de \$6.500 (pesos seis mil quinientos), con más todas las sumas el 10% que establece el art.12 inc.a) de la Ley 6716. (art.9 ap.1, 16, y 28 del Dec.Ley 8904).- (art. 274 del CPCC).

V- Fijar los honorarios de Alzada de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: a la Dra. María Virginia Aloe en la suma de \$3.900 (pesos tres mil novecientos) y al Dr. Miguel A. Piedecasas en la suma de \$3.900 (pesos tres mil novecientos), con más las sumas el 10% que establece el art.12 inc.a) de la Ley 6716. art.31 Dec.Ley 8904).-

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.-
FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO

DURAN Y PATRICIO GUSTAVO ROSAS, ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA
(Secretaria).-

