

``L.S.A. POR SU HIJO MENOR F.L.A.A. CONTRA F.W.M.POR MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

Mendoza, 29 de Diciembre de 2015.

Y VISTOS:

Los autos arriba caratulados llamados para resolver a fs. 56 de los que,

RESULTA:

I- En contra de la resolución dictada a fs. 23/24 por la que se hace lugar a la demanda promovida y en consecuencia se autoriza al niño A.A.F.L. a viajar a Malargue con motivo del viaje educativo 2.014 acompañado por docentes de la institucióny personal de coordinación de la Empresa contratada para el traslado; se hace saber a las autoridades escolares del referido colegio que para supuestos como el de autos, es suficiente la autorización del padre o madre que ejerza la tenencia del niño, acreditado con la sentencia respectiva; se imponen las costas al demandado vencido y se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes, a fs. 30 apela el demandado.

II- A fs. 33/36 funda su recurso el apelante.

Se queja por cuanto el decisorio impugnado además de hacer lugar al pedido de autorización se expide extra petita toda vez que la acción autosatisfactiva incoada por la actora perseguía la autorización de un viaje determinado y específico esto es, a la ciudad de Malargue, para una fecha determinada, con un lugar de destino determinado, indicándose el medio de transporte, personas a cargo, motivo del viaje, etc, en tanto que la Juez a-quo va más allá otorgando una autorización más amplia, arrogándose de tal forma facultades no conferidas por la ley. Agrega que en la resolución apelada se suprimen los derechos y facultades derivados de la patria potestad consagrados por los arts. 264, 264 ter, 265 y concordantes del Código Civil, normas de orden público, al disponer que a la institución educativa le es suficiente con que sea solamente al Sra. L. quien de las autorizaciones en lo sucesivo, lo que implica que su parte no será anoticiado de ningún viaje ni autorización de similares características donde pueda estar involucrado el interés superior de su hijo A. y el derecho que como padre le confiere la ley de criar y educar a su hijo.

Sostene que el decisorio en crisis viola palmariamente la norma contenida en el art. 264 del Código Civil, al suprimir su facultad de supervisar la educación de su hijo y de formular oposición en caso de que considerara peligroso, inapropiado o que pudiera estar en riesgo la integridad psicofísica de su hijo, dejando librada dicha decisión a exclusiva voluntad de su madre, respecto de la cual existen ciertos reparos a tenor de la pericia psicológica practicada al menor.

Arguye que también se suprime el art. 264 ter del Código Civil al no dar opción a formular ningún tipo de oposición ni objeción sino que, directamente, deposita en manos de la Sra. L. toda decisión sobre la autorización.

Solicita la revocación de la resolución apelada, tildando a la misma de inconstitucional y arbitraria al ser dictada extra petita.

Asimismo, se queja de la imposición de costas a su parte, por cuanto, aduce, jamás negó ni prohibió a su hijo realizar el viaje, allanándose por el contrario al pedido de autorización.

Afirma que solo solicitó que en forma previa se le informara en forma concreta con la correspondiente documentación todo lo relativo a dicho viaje, instrumental que recién se acompañó con posterioridad a la contestación de demanda.

Peticiona que las costas sean impuestas en el orden causado o en su caso a la propia actora, toda vez que en el caso no existe razón para litigar habiendo mediado allanamiento inmediato al pedido de autorización. Expresa que no existe vencedor ni vencido, no habiendo sido necesaria la etapa de sustanciación.

Finalmente impugna el monto de los honorarios regulados a la Dra. González al que califica de excesivo por considerar que no existió contradictorio ni etapa probatoria, debiendo regularse los honorarios de conformidad a lo dispuesto por el art. 10 al tratarse de un juicio sin monto.

III- Corrido traslado de la fundamentación del recurso a fs. 38/40 la Dra. Hilda González por sí y en representación de la parte actora, contesta, solicitando su rechazo por las razones que expone a las que nos remitimos en honor a la brevedad.

IV- A fs 43 dictamina el Ministerio Pupilar, quien, remitiéndose a su presentación de fs. 22, aconseja el rechazo de la apelación planteada.

V- Previo a todo corresponde aclarar que resulta improcedente acudir a la doctrina de la

arbitrariedad que invoca el apelante, por cuanto ello implica desconocer, como bien lo tiene dicho nuestra Corte provincial, la diferencia de naturaleza existente entre el recurso de apelación (ordinario) y el recurso de inconstitucionalidad (extraordinario).

Es que tal doctrina resulta aplicable en el recurso extraordinario, en donde es necesario que se demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial no así en el recurso ordinario de apelación. Así se ha resuelto que ``corresponde anular la decisión que juzga los hechos y la prueba en el recurso de apelación con el mismo criterio que en el recurso extraordinario de inconstitucionalidad por arbitrariedad de sentencia, desde que ello implica la eliminación de la instancia ordinaria, en contravención con lo expresamente regulado por el art. 137 del C.P.C., que exige que la expresión de agravios puntualice en forma precisa y concreta los errores en la apreciación de la prueba, no el absurdo o la arbitrariedad... Más allá de las discrepancias teóricas, hay consenso en que el recurso de apelación, precisamente, por tener carácter ordinario, juzga ex novo, aunque obviamente sin sobrepasar los límites funcionales del escrito de agravios; dentro de esos límites, supone un re-examen de los elementos fácticos y jurídicos, y el tribunal está llamado a juzgar inmediatamente sobre el mérito de la controversia misma. Por el contrario, el recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia (creación pretoriana de la Corte Federal que los Superiores Tribunales de provincia han adoptado para poder concluir el trámite en el orden local y, de este modo, respetar el principio federal de gobierno), no es una tercera instancia, no juzga la controversia misma de modo inmediato, sino que previo a ello debe descabezar el primer pronunciamiento (Ver, entre muchos, Hitters, Juan Carlos, Técnica de los recursos ordinarios, La Plata, ed. Platense, 1985, pág. 17 y ss.), y para descabezarlo tiene que anular la sentencia del juez de grado por alguna causal gravísima que afecte el propio decisorio recurrido (Expte.: 79239 - GIRALA MIGUEL ANGEL EN J:7470/108719 SAEZ ADOLFO GIRALA MIGUEL A. Y OTR.- ACCION DE REPETICION - INCONSTITUCIONALIDAD- CASACION, 06/07/2005, SUPREMA CORTE - SALA N° 1, LS 353-068).

Antes de adentrarnos a analizar al queja esgrimida ante esta alzada, resulta necesario expedirnos respeto del derecho aplicable, dada la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N°26.994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley N° 27.077 cuyo Art. 1° sustituyó el Art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

Tal como lo afirma uno de los miembros de la Comisión redactora, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, los problemas de derecho transitorio se presentan cuando un hecho, acto, relación, situación jurídica, se prolonga en el tiempo durante la vigencia de dos o más normas. Es decir la dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones in fieri, que no se agotan instantáneamente, sino que prolongan en el tiempo, o que su realización o ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte, al inicio, al concertarse o nacer, caen bajo el imperio de una norma, y en parte, o partes, al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, caen en otras (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, ``La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes , pág. 20, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.015).

El art. 7 del C.C.C.N. el que reproduce el art. 3 del C.C. según la ley 17.711 (salvo en su párrafo final) establece que ``a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo . La doctrina siguiendo las enseñanzas de Rubier quien fuera el autor francés que inspirara la solución adoptada por el art. 3, si bien distingue la relación jurídica de la situación jurídica, sostiene que a ambas se les aplica el mismo régimen legal en lo que al derecho transitorio se refiere. Así se señala que la relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable; es un vínculo entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos, siendo las más frecuentes las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos. En tanto que situación jurídica es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea genera derechos regulados por la ley que son uniformes para todos. Es objetiva y permanente, los poderes que de ella derivan con susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder. No obstante la diferencia, en ambos casos la solución es

la misma (cfr. Moisset de Espanés, ``La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil (derecho transitorio), pág. 39, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976; Borda, Guillermo, ``Efectos de la ley con relación al tiempo , ED 28-810; Kemelmajer de Carlucci, Aída, op. cit., pág. 26).

Dos son los principios que deben primar en los temas de derecho transitorio: la casi absoluta irretroactividad de la ley y la aplicación inmediata de la nueva ley a partir de su entrada en vigencia. Ambas pautas se complementan puesto que la aplicación inmediata encuentra sus límites en el principio de irretroactividad que justamente impide aplicar la nueva ley a situaciones o relaciones ya constituidas o efectos ya producidos.

Moisset de Espanés, al referirse a la antigua normativa, arriba a las siguientes conclusiones:

a) el primer párrafo del art. 3 establece el efecto inmediato de la ley nueva, que será aplicable a las consecuencias ``futuras de las situaciones jurídicas en curso de producir efectos; b) el segundo párrafo del art. 3 consagra como principio básico la irretroactividad de la ley; c) el principio de irretroactividad impide que se aplique la ley nueva para juzgar hechos anteriores, que ocasionaron la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas; d) los efectos producidos por una situación jurídica, con anterioridad a la nueva ley, son regidos por la ley antigua, en virtud del principio de irretroactividad, que pone un límite al efecto inmediato (cfr. Moisset de Espanés, Luis, op. cit. pág 19).

Las situaciones o relaciones jurídicas totalmente agotadas caen bajo el imperio de la antigua ley, en tanto que las que nacen con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, serán por ella reguladas.

Así la más calificada doctrina destaca que el régimen actual conserva como regla general el sistema adoptado por el anterior Código Civil después de la reforma de la ley 17.711 consistente en la aplicación inmediata de la nueva ley, tanto a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a las consecuencias de aquellas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto (Conf. Rivera Julio Cesar Medina Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. T. I, (comentario al Art. 7° por Ernesto Solá). Edit. La Ley. Avellaneda (Pcia. de Bs.As.), 2014. pp. 77/78; GherziWeingarten. Directores. Código Civil y Comercial. T. I., Edit. Nova Tesis. Rosario (Pcia. de Santa Fe), 2014, pp. 34/40), reconociéndose que el tema que inicialmente causará mayores dificultades será el de su aplicación a los juicios en trámite, ya que su regulación emerge como insuficiente para evitar inconvenientes en el paso de una ley a otra, lo que no es una cuestión menor por su vinculación con la seguridad jurídica de las relaciones jurídicas en trámite.

El problema, reiteramos, se presenta en el caso de las situaciones en curso de ejecución, como podría considerarse el caso de autos, en donde la resolución impugnada se pronuncia respecto del ejercicio de la autoridad parental, situación jurídica ésta que no se encuentra agotada al día de la fecha y que, por el contrario se prolonga en el tiempo al menos hasta que el menor causante adquiera la mayoría de edad.

Respecto de las situaciones jurídicas en curso de constitución, Moisset de Espanés las explica afirmando que antes de la vigencia de la ley nueva, se han producido ciertos hechos, aptos, para comenzar la gestación de una situación jurídica y puede ocurrir que las antiguas normas que gobernaban la validez o eficacia de esos hechos hayan sido modificadas. En ese caso entiende que el principio de efecto inmediato de las nuevas leyes obliga a aplicarlas, incluso a la constitución de la situación jurídica, puesto que dicha constitución aún no se había consumado íntegramente. ``En resumen, si el nacimiento de una situación jurídica, no es un hecho instantáneo sino prolongado en el tiempo, deberá juzgársele de acuerdo a la ley vigente en el momento en que completa el proceso de gestación. Y con mayor razón, se aplicará la ley nueva a la posterior modificación o extinción de esa situación jurídica, o a las consecuencias que ella engendre, ya que en definitiva tendrá que dársele un tratamiento similar al de las situaciones jurídicas nuevas, es decir, las nacidas con posterioridad al cambio de legislación (aut, cit. op. cit. pág. 23).

Se estima que en estos casos como el de autos en donde la cuestión a dilucidar versa sobre el ejercicio de la responsabilidad parental sin que haya recaído sentencia firme al respecto y sin perjuicio de los efectos de la cosa juzgada en esta materia, se impone la aplicación inmediata de la nueva ley toda vez que estamos en presencia de una situación jurídica que se venía gestando, que no es instantánea, que no se ha consumado sino que, por el contrario, perdura en el tiempo.

``La ley toma a la relación ya constituida...o a la situación...en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se

han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituir la (o sea, la situación o relación está in fieri), entonces rige la nueva ley (cfr. Moisset de Espanés, Luis ``La irretroactividad de la ley y el efecto diferido en J.A. Doctrina 1972-819, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, op. cit. pág. 29).

Con este criterio recientemente la Corte Federal ha resuelto que `` a la luz de la doctrina según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la pretensión de los demandantes se encuentra hoy zanjada por las disposiciones del citado art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7 del mencionado código y de la citada doctrina, no puede prescindirse... No cabe pensar que la inscripción del menor ante el registro pertinente según las pautas establecidas por la ley 18.248 hoy derogada el hijo debía llevar primero el apellido paterno, configure una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de la irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones el hijo puede llevar opcionalmente en primer lugar el apellido (C.S.J.N., ``D. 1. P., V. G. Y otro el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo 6/8/2015).

En lo que aquí interesa y respecto del ejercicio de la responsabilidad parental en lo que concierne a los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores y el camino a seguir en caso de desacuerdos, el Código Civil y Comercial no contiene mayores modificaciones de manera que no se ha producido un cambio real en el derecho vigente, por lo que la nueva norma no encuentra dificultades para su aplicación inmediata pues los problemas continúan solucionándose en el mismo sentido que antes de su incorporación.

Pasando a analizar la queja esgrimida en cuanto a la materia principal resuelta en el fallo, adelantamos que la misma resulta improcedente.

El presente proceso se inicia por un pedido formulado por la Sra. S.L. por sí y en representación de su hijo menor A.F.L., a fin que se autorice a este último a viajar a Malargue a mediados de octubre del 2.014. Aduce que ostenta la tenencia de su hijo menor y se refiere a la conflictiva relación existente con el progenitor del niño. Señala que al serle solicitada tanto por su abogada como por las autoridades del colegio, su autorización a los fines de la realización del mentado viaje, el demandado se opuso categóricamente, siendo que el único requisito que exige el colegio es que la autorización sea firmada de común acuerdo por ambos progenitores.

El demandado al contestar la vista conferida, señala que no se opone a la realización del viaje, y luego de realizar una serie de consideraciones respecto del régimen de comunicación con sus hijos, afirma previo a otorgarse la respectiva autorización se emplace a la accionante a informar detalladamente la modalidad en que se efectuará el viaje.

Advertimos que en la nueva normativa, el cese de la convivencia de los padres no modifica la titularidad de la responsabilidad parental pero sí su ejercicio, estableciendo el art. 641 de C.C.yC.N. que corresponde, en caso de cese de convivencia, divorcio o nulidad del matrimonio a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades .

Este último supuesto es que el se presenta en el caso por cuanto conforme surge de las constancias de fs. 69 de los autos N° 932/12/4F caratulados ``L.S.A. contra F.Y.W.M. p/ Tenencia , las partes acordaron que la llamada entonces ``tenencia del niño A.fuera atribuida a la progenitora, acuerdo que fue debidamente homologado a fs., 73 de dichos autos.

Tanto el Código Civil hoy derogado como el nuevo régimen vigente, tratan acerca de los conflictos que pueden surgir entre los progenitores en relación a la educación y formación de sus hijos. De esta manera, se incluye un precepto que se ocupa en general de dirimir las discrepancias existentes entre los padres (art. 264 ter del Código Civil velezano y art. 642 del C.C.yC.N.), y existe otra norma que contempla actos muy especiales susceptibles de gravitar severamente en la vida del niño (art. 264 quater del viejo código y art. 645 del nuevo código).

Un viaje dentro de la provincia, incluso dentro del país, no es uno de los actos que requieren la conformidad de ambos padres, por lo que la decisión podría ser adoptada unilateralmente por el progenitor que ejerce la responsabilidad parental. Pero dicha potestad no es absoluta, y encuentra su límite en la oposición del otro progenitor que requiere la revisión judicial cuando la decisión sea abusiva o resulte perjudicial para el menor.

Es por ello que la conclusión expresada por la Juez a-quo en la resolución recurrida, en cuanto hace saber a las autoridades del Colegio al que asiste el niño que para supuestos como el de autos, es suficiente la autorización del padre o madre que ejerza la tenencia, luce acertada y no hace más que destacar lo que la ley dice respecto de la cuestión ventilada, la que no debió ser judicializada.

Es que el hecho que a la Sra. L. se le haya conferido el cuidado personal de su hijo, implica que todo lo relativo a su educación y demás decisiones de la vida cotidiana le competen, sin perjuicio del deber de información que le impone el art. 654 del C.C.yC.N. En caso de desacuerdo, es el otro progenitor, quien deberá acudir a la vía judicial (art. 642) para hacer valer su oposición.

Siendo ello así, el decisorio en crisis no resulta incongruente, defecto que le endilga el recurrente, por cuanto, precisamente se pronuncia respecto de la cuestión sometida a juzgamiento, esto es, en relación al pedido autorización de viaje formulado, haciendo saber a los interesados que no es necesario contar a tales fines con el consentimiento de ambos progenitores (cfr, art. 645 del C.C.yC.N. a contrario sensu). Es más, en rigor, en razón de ello, no era necesario que la Juez de grado autorizara el mentado viaje.

Transgrede el principio de congruencia el fallo que excede las peticiones contenidas en la pretensión o en la oposición, concediendo o reclamando más de lo reclamado por las partes y el que se pronuncia sobre materia extraña a la que fuere objeto de pretensión y oposición. Nada de ello se observa en el supuesto en examen, por cuanto el auto apelado resuelve la cuestión debatida, haciéndole saber a las partes la normativa que rige el caso.

Por lo demás, la queja atinente a que a través de dicho decisorio se suprime la facultad del apelante de supervisar la educación de su hijo, y en su caso, formular oposición a alguna decisión que adopte la progenitora, resulta inatendible. Es que claro está, las decisiones de la vida cotidiana que no impliquen algunos de los actos contemplados en el art. 645 del C.C. y C.N, recaen en cabeza del progenitor que ostente el cuidado personal del menor, pero a tenor de lo dispuesto por el art. 642 el otro puede hacer valer su oposición, facultad ésta que no ha sido vedada a través del decisorio venido en revisión.

Es por ello que este aspecto el recurso de apelación promovido debe ser rechazado.

VI- No corre igual suerte la queja en punto a la imposición de costas, la que adelantamos, resulta procedente.

Este cuerpo tiene reiteradamente dicho que los ordenamientos procesales reconocen dos sistemas en materia de costas: 1) el sistema automático, que funda la condena en la derrota procesal, encontrándose algunas modalidades según la instancia o las características del proceso; se parte del presupuesto objetivo de la derrota, de manera que la sentencia debe contener una decisión expresa en tal sentido. 2) el sistema de albedrío judicial que sienta el principio de que las costas se impondrán al litigante de mala fe o temerario, pero deja la apreciación casuística de la norma al criterio del juzgador, con la consiguiente facultad de no imponer las costas cuando se estime que el vencido procedió de buena fe (Gozáni, Osvaldo A., ``Costas procesales , Ediar, Bs. As., 2007,Vol I, p. 39).

Nuestro código procesal local adopta el primer sistema. Las costas deben ser soportadas por el perdedor, no se imponen como sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, los que deben ser reembolsados con independencia de la buena o mala fe del litigante.

Así se ha dicho que ``el principio general contenido en nuestra legislación procesal se asienta en el criterio objetivo de la derrota. Quien pierde afronta las costas (art. 36 inciso primero del Código Procesal Civil). El inciso segundo de la norma establece una aparente excepción al principio, pues al hablar de vencimiento recíproco, aunque las costas puedan ser dispuestas en el orden causado, el fundamento sigue siendo el del vencimiento. Aún en el caso de que las costas provengan de una nulidad de procedimiento -las que deben ser soportadas, en principio, por quien la ocasionó- la excepción contenida en el inciso tercero del artículo 36, carga las costas a la parte que se opone a la nulidad y resulta vencida. El inciso cuarto del artículo involucrado no hace excepción al principio general, sino que añade responsables por las costas.

Por último, el inciso quinto establece una verdadera excepción y vuelca las costas sobre el vencedor o las distribuye en el orden causado ``cuando resulte evidente que el contrario no dio motivo a la demanda o articulación, y se allanó de inmediato .

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha sentado la posibilidad del apartamiento del principio objetivo de la derrota y la imposición de costas en el orden causado en caso de allanamiento cuando del análisis efectuado precedentemente surja justamente la procedencia de tal apartamiento: ``el apartamiento de la regla general del art. 36 inc. 5 del C.P.C. exige la concurrencia de elementos. Esto significa que, sólo una vez establecido que

no se dio lugar a la demanda o articulación, que hubo allanamiento y entrega o depósito de lo debido y que no se trataba de deuda líquida, exigible y de plazo vencido podrá dejarse de lado la regla que obliga a condenar al vencido, pudiendo el juez, según el caso, condenar al vencedor o declarar las costas en el orden causado (``Banco de Previsión Social en J: Banco de Previsión Social c/Amado Sapag p/Ejecución Típica. Casación, Suprema Corte de Justicia Mza., 26/11/1982, LS 176-372; ``Bassi de Perez Larrañaga Adelina Barbara y otro en J: Bassi de Perez L. Adelina y otro-Carlos Pace, Reivindicación y Nombre Interventor-Casación-Revisión, Suprema Corte de Justicia Mza., LS 097-344).

Es decir que, no obstante que nuestro sistema procesal en materia de costas sigue el principio chiovendano de la derrota, contempla la posibilidad de la imposición de las mismas al vencedor o en el orden causado, cuando resulta evidente que el vencido no dio motivo a la demanda o articulación y se allanó de inmediato, haciendo entrega o depositando lo debido.

En el caso si bien el demandado no se allanó lisa y llanamente a la petición formulada, manifestó no oponerse a la realización del viaje, y solicitó se emplazara a la actora a brindar información sobre las condiciones en que el mismo se realizaría (días que demandaría, empresa de traslado, seguros contratados, personal adulto que acompañaría a los menores, etc).

La jurisprudencia ha indicado que ``Cuando de los antecedentes del proceso resultase que el demandado no ha dado motivo a la interposición de la demanda y se allanara dentro del plazo para contestarla, el accionante será condenado en costas, pues frente al allanamiento a la pretensión en las condiciones del art. 70 del Código Procesal, surge palmariamente que la promoción de la demanda resultó innecesario superflua (CNCiv., Sala F, 1997/04/10, ``G.M.C. c/ A.M.R.B., LL 1999-A, p. 182).

``El allanamiento puede tener incidencia sobre las costas del proceso, dependiendo a su vez de otras circunstancias que, en combinación con esta figura, permiten la imposición en el orden causado y aún a quien resulta ganador de la contienda. Vale decir que, bajo ciertas circunstancias, el allanamiento desplaza al principio chiovendano de la derrota objetiva, para dar paso a un análisis en cada caso que puede llevar a las soluciones ya mencionadas. (2da. Cámara Civil, L.A. 116-140).

Es decir, que en los casos de allanamiento con el fin de determinar la imposición de costas, no juega el principio chiovendano de la derrota sino que debe tenerse en cuenta el comportamiento de los litigantes.

Estimamos que el demandado no debe cargar con la totalidad de las costas, puesto que no puede soslayarse que el mismo no se opuso a la pretensión, habiendo ejercido simplemente el derecho que le confiere el art. 654 del C.C.yC.N.

El hecho que el accionado no resistiera el pedimento formulado por la progenitora del menor no puede ser indiferente a la hora de analizar la imposición de costas.

También tenemos en cuenta que la cuestión no debió ser judicializada, al no requerirse el consentimiento de ambos progenitores para el viaje a realizar por el niño.

En consecuencia se modificará la resolución recurrida, imponiéndose las costas en el orden causado.

VII- Finalmente, dado que se modifica la imposición de costas no siendo por ende, el accionado deudor de los honorarios de la Dra. González, únicos respecto de los cuales ha centrado su queja, resulta inoficioso que este Tribunal se expida al respecto, por cuanto carece de interés en su revisión.

Sabido es que así como el interés es la medida de la acción (art. 41 del C.P.C.) también es la medida de la apelación. Señala Podetti que existen grandes similitudes entre la demanda y el responde por un lado, y el recurso de apelación por el otro: así como en la demanda debe existir un interés que la justifique, también para la procedencia del recurso de apelación debe existir uno jurídico que lo justifique. ``Cualquiera sea la personería que ostente quien deduce un recurso de apelación (litigante, tercero con interés legítimo, representante del ministerio público), es necesario que se alce contra una resolución contraria al interés que ha defendido, que le perjudique. Por eso, el principio general en la materia es que sólo puede apelar el vencido, total o parcialmente, aquél a quien causa agravio o perjudique la resolución. (cfr. Podetti, Ramiro, ``Tratado de los recursos, pág. 175, Segunda Edición, Ediar, Bs. As. 2009).

Es decir, el interés es un presupuesto necesario para actuar ante la justicia; por lo tanto, debe existir para que justifique el ejercicio del derecho de acción en un caso concreto; debe haberlo para realizar cualquier acto procesal y para impugnar una decisión mediante un recurso, y específicamente, mediante el recurso de apelación. El interés que justifica la apelación surge del agravio o gravamen que la resolución recurrida ocasiona a la

parte recurrente. El agravio es el perjuicio que la resolución causa al recurrente, y la existencia de este agravio y la posibilidad de su reparación a través del recurso de apelación es lo que determina el interés del apelante en ese recurso (cfr. Loutayf Ranea, Roberto G., ``El recurso ordinario de apelación en el proceso civil , pág. 213 y ss., Ed. Astrea, Bs. As. 2009).

En el caso se advierte que el apelante carece de interés en la modificación de los honorarios de la Dra. González, por cuanto al ser impuestas las costas en el orden causado, no resulta ser deudor de los mismos.

VIII- Por el modo en que se resuelve el recurso, el que prospera en forma parcial, corresponde que las costas de Alzada sean impuestas en el orden causado.

Por ello el Tribunal,

RESUELVE:

I- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 30 en contra de la resolución dictada a fs. 23/24 la que se modifica en su dispositivo 3- el que queda redactado como sigue: ``3- Imponer las costas en el orden causado .

II- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

III- Regular los honorarios profesionales de los Dres. Nora E. Rodríguez e Hilda Norma González en la suma de pesos dos mil (\$ 2.000) para cada una (art. 15 ley 3641).

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE. BAJEN.

Dra. Carla Zanichelli

Dr. Germán Ferrer
Juez de Cámara

Dra. Estela Inés Politino
Juez de Cámara *Juez de Cámara*