

C A S A C I Ó N

En la ciudad de San Miguel de Tucumán, a Veintiuno (21) de Febrero de dos mil trece, reunidos los señores vocales de la Excma. Corte Suprema de Justicia, de la Sala en lo Civil y Penal, integrada por los señores vocales doctores Antonio Daniel Estofán, Antonio Gandur y Daniel Oscar Posse, bajo la Presidencia de su titular doctor Antonio Daniel Estofán, para considerar y decidir sobre el recurso de casación interpuesto por el apoderado del Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán en autos: “M.J.C. s/ Guarda legal”.

Establecido el orden de votación de la siguiente manera: doctores Antonio Gandur, Daniel Oscar Posse y Antonio Daniel Estofán, se procedió a la misma con el siguiente resultado:

El señor vocal doctor Antonio Gandur, dijo:

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte Suprema de Justicia de Tucumán el recurso de casación interpuesto (fs. 113/126) por el apoderado del Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (en adelante IPSST) en contra de la sentencia N° 23 de fecha 22 de febrero de 2012 (fs. 104/107 vta.) dictada por la Sala I de la Excma. Cámara Civil en Familia y Sucesiones, por la que se resuelve no hacer lugar a los recursos de nulidad y apelación deducidos por la representación de dicho ente autárquico provincial en contra de la resolución del 02/3/2009 del señor Juez Civil en Familia y Sucesiones de la IIIª Nominación (fs. 45 y vta.) por la que se otorgó la guarda judicial peticionada en autos y se dispuso que la misma se concedía para brindar al menor asistencia, salud y educación, mediante su incorporación en la obra social del requirente. Corrido el traslado previsto en el art. 751 último párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán (en adelante C.P.C.C.T.), el mismo no fue contestado (fs. 131). La presente vía extraordinaria local fue concedida por sentencia N° 240 del 18/5/2012 (fs. 136 y vta.) del antes mencionado Tribunal de Alzada. Corrida vista al Ministerio Fiscal, éste dictaminó considerando que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto (fs. 146 y vta.).

II.- La sentencia en pugna, preliminarmente, detalla los agravios en los que se basó el recurso de apelación interpuesto por el IPSST. Seguidamente narra que dictada la sentencia de primera instancia de fecha 02/3/2009 (fs. 45 y vta.) por la que se otorgó la guarda judicial con fines asistenciales del menor a su abuelo materno, se notificó al IPSST mediante oficio de fecha 13/4/2010, para que incluya al menor en la obra social que administra dicho organismo.

Luego de caracterizar a la “guarda amplia” y explicar su importancia social, la Cámara distingue tres tipos de guarda: legal, judicial y de hecho. Describe el rol de los abuelos en las relaciones familiares y concluye que en la “guarda” debe valorarse la conveniencia y el superior interés de los niños, agregando que el procedimiento para discernir la guarda es de aquellos denominados procesos voluntarios.

Seguidamente se pregunta el Tribunal de Mérito si: “¿no es una consecuencia la incorporación del niño a la obra social que se deriva de la solicitud de guarda legal con fines asistenciales?”, a lo que responde afirmativamente, entendiendo que si la guarda no llevara implícitos los beneficios de la seguridad social, aquella carecería de contenido. Añade que: “para asistir a un nieto en las demás necesidades, que de hecho lo hacen, no necesita el actor una decisión judicial”.

Transcribe el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y cita opinión doctrinal en la que se asienta que los tratados internacionales vigentes obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos.

Destaca la Cámara lo preceptuado en el art. 29 apartado b inc. 4 del decreto que regula la actividad del Subsidio de salud, concluyendo que no puede el IPSST tornarse en fuente de derecho contraventor de normas jerárquicas superiores e irrenunciables en su aplicación por ser supranacionales.

Describe el Tribunal de Grado que el instituto de la guarda tiene un fin esencial dado por la protección del menor.

En el análisis del recurso de nulidad deducido, estima el Tribunal Inferior que no se violaron normas adjetivas que permitan declarar la nulidad requerida. Cita el dictamen del señor Defensor de Menores de la IIª Nominación y de la señora Fiscal de Cámara Civil para justificar el rechazo de la vía nulificante incoada.

Transcribe la Cámara opinión de la doctora Kemelmajer de Carlucci en el sentido que “las facultades judiciales se agrandan cuando están en juego los derechos fundamentales de los niños” y, asimismo, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, donde se juzgó que “encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal para a segundo plano...”.

Finalmente indica la Cámara que mediante expediente 1-5646-2010 de fecha 07/5/2010 se inició el correspondiente trámite administrativo de incorporación del menor ante el IPSST.

Con base en tales fundamentos, la Cámara confirma la sentencia de primera instancia.

III.- Ante ello, el representante del IPSST interpone el presente recurso de casación. Luego de fundar la admisibilidad de la vía extraordinaria local tentada, describe las principales consideraciones vertidas en las sentencias de las instancias inferiores.

El primer agravio se orienta a demostrar que medió error del judicante en la determinación del alcance de la sentencia de guarda y de las pretensiones esgrimidas por el reclamante. Con cita de Palacios, sostiene que “el proceso de guarda es un proceso voluntario que tiene como finalidad constituir o acordar eficacia a cierto estado o relaciones jurídicas privadas en donde el peticionante es a quien le importa la practica de un acto en cuya contradicción no aparece interés de tercero”. Concluye el impugnante que lo declarado por la sentencia no puede tener virtualidad para obligar a un tercero ajeno al proceso de guarda.

Entiende el recurrente que la potestad de determinar si procede o no la incorporación de un menor dado en guarda a la obra social es exclusiva del propio organismo, como consecuencia del principio de división de poderes.

Agrega el impugnante que en el marco del presente proceso no puede instituirse una obligación en cabeza de aquellos que no han intervenido en el mismo. Caracteriza al IPSST como un ente autárquico perteneciente a la órbita del Poder Ejecutivo habilitado y obligado, como autoridad de aplicación, a considerar y resolver sobre cualquier pedido de incorporación de un menor como beneficiario de la obra social Subsidio de Salud. Por tanto, a criterio del recurrente, todo pronunciamiento o decisorio administrativo en materia de incorporación de beneficiarios a la obra social Subsidio de Salud se emite en el marco de facultades localizadas dentro de la zona de reserva de la administración, conforme lo establecen normas específicas de aplicación que rigen el accionar del organismo (Decreto 4143/21 MAS del 25/10/1984).

En el razonamiento del recurrente, el IPSST ejerce competencias reservadas al Poder Ejecutivo, y toda incorporación de beneficiarios debería resultar de un procedimiento administrativo que culmine con el dictado de un acto administrativo que así lo disponga,

previo análisis del cumplimiento de los extremos establecidos por los arts. 29, 30 y concordantes del Decreto 4143/21 MAS.

A través del segundo agravio se precisa que el verdadero obligado a satisfacer el interés superior del niño, en virtud del art. 146 de la Carta Magna Local, es la Provincia de Tucumán. Agrega el recurrente que: “si en el caso, el menor no goza de Obra Social, y sus padres no pueden proporcionarle una, la Provincia de Tucumán a través del SI.PRO.SA, cuenta con todo un esquema de hospitales e instituciones que pueden brindarle asistencia en materia de salud que requiera”. Concluye el impugnante que “no es el Subsidio de Salud el que debe satisfacer el interés superior del niño... El estado provincial ha dispuesto un sistema para cubrir cualquier eventualidad que pudiere requerir toda persona que requiera atención médica y no posea obra social”.

Agrega el recurrente que la sentencia en crisis: “establece que todos los departamentos y funcionarios que administran la Obra Social son inútiles...”.

A través de su tercer fundamento impugnativo reitera que el IPSST es el órgano estatal que detenta la competencia exclusiva y excluyente para resolver sobre la inclusión de un menor en guarda, por lo que le imputa al decisorio en controversia la alteración del principio republicano de gobierno.

Explica el recurrente que el IPSST ha interpretado en uso de sus supuestas facultades reglamentarias (resolución del IPSST N° 4021) que: “...la incorporación de menores a cargo del afiliado titular...será procedente únicamente cuando la guarda acordada lo haya sido en carácter amplio y/o conlleve la efectiva asunción por parte del titular, de la responsabilidad integral que abarca el conjunto de las necesidades impuestas por la crianza del menor...”. Estima el impugnante que si el afiliado considerara que el criterio aplicado por el organismo es erróneo; entonces debería promover el correspondiente proceso contencioso, ante el fuero en lo contencioso administrativo, y solicitar la revocación de aquellos actos cuestionados dictados por el organismo; pero rechaza la posibilidad que una sentencia emanada de un proceso voluntario disponga coactivamente al IPSST la incorporación de una persona, lo que en a lógica del impugnante- violentaría potestades institucionales y los derechos de los restantes afiliados del Subsidio de Salud.

En cuarto lugar considera el IPSST que la presente situación procesal encuadra en el art. 165 del C.P.C.C.T., en tanto no se citó a dicho organismo en calidad de tercero interesado, ni ha intervenido en modo alguno en el curso del proceso; y, con ello, la sentencia habría vulnerado el derecho de defensa constitucionalmente consagrado. Tal inobservancia de las formas que rigen el proceso amerita la aplicación de la norma procesal recién citada.

Finalmente alega gravedad institucional, cita jurisprudencia de esta Corte en apoyo de su pretensión, indica las normas supuestamente violentadas por el pronunciamiento en pugna (art. 18 de la Constitución Nacional, arts. 575, 85 y 165 del C.P.C.C.T.) y propone doctrina legal.

IV.- Descriptos los agravios en que se sustenta la pretensión impugnativa, corresponde examinar la admisibilidad de la misma.

El recurso ha sido interpuesto en término (cfr. cargo actuarial de fs. 126), y se ha dado cumplimiento al depósito (fs. 111) requerido en el art. 752 de la ley adjetiva.

Se ataca la sentencia que rechaza los recursos de nulidad y apelación deducidos por el IPSST, en calidad de tercero, en contra de la resolución de primera instancia que resolvió el otorgamiento de la guarda judicial y dispuso la consecuente incorporación del menor a la obra social Subsidio de Salud. Esta Corte en casos de plataforma fáctica semejante y ante planteos similares declaró admisible el tratamiento de la cuestión traída a conocimiento de este Superior Tribunal (vgr. CSJTuc, sentencia N° 807 del

26/10/2010, en “Lazo Vda. de Carrizo Benjamina Rosa s/ Guarda legal con fines asistenciales -recurso de queja-; sentencia N° 826 del 31/10/2011, en “Carrizo de Saavedra María Rosa s/ Guarda con fines asistenciales); sosteniendo esta Corte que el caso quedaba aprehendido en el supuesto previsto en el apartado segundo del art. 748 de la ley ritual (CSJTuc, sentencia N° 812 del 26/10/2010 en “Gil María Nélide s/ Guarda legal amplia -beneficio de Previsión Social-); por lo que debe entenderse satisfecha la exigencia prescripta en el dispositivo legal recién citado.

Por su parte, el escrito recursivo se basta a sí mismo haciendo una relación completa de los puntos materia de agravio y la impugnación se motiva en la invocación de infracción de normas de derecho, proponiéndose doctrina legal; por todo lo cual el recurso de casación interpuesto deviene admisible.

V.- Corresponde, en consecuencia, analizar la procedencia de la vía extraordinaria tentada.

Preliminarmente corresponde efectuar una breve sinopsis de la base procesal relevante para la resolución del presente. En fecha 02/3/2009 el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia otorgando la guarda judicial del menor a su abuelo materno y disponiendo “que la guarda se otorga para brindar al menor asistencia, salud y educación, mediante la incorporación en la obra social del actor y la percepción por el guardador de las asignaciones familiares, ayuda escolar y demás beneficios que pudieran corresponder” (fs. 45 y vta.). El 17/11/2009 el peticionante de la guarda solicitó se libren oficios al ANSeS y al IPSST (fs. 51 y vta.). El 07/5/2010 el IPSST recibió el oficio notificándolo del antes referido decisorio (fs. 55). El 12/5/2010 el IPSST se apersonó en estos actuados e interpuso recurso de apelación (fs. 62 y vta.), el que le fue concedido mediante providencia del 03/8/2010 (fs. 63), presentando luego el correspondiente memorial de agravios (fs. 67 a 71 vta.). Ante la resolución desfavorable del recurso ordinario aludido (fs. 104 a 107 vta.), promueve la presente vía extraordinaria local.

1. Ante tal esquema procesal, teniendo en consideración lo resuelto por esta Corte en recientes pronunciamientos en los que se decidió declarar de oficio la nulidad de resoluciones semejantes a la que motiva la presente impugnación (CSJTuc, sentencias N° 424 del 28/6/2011, en “Lazo Vda. de Carrizo Benjamina Rosa s/ Guarda con fines asistenciales”; N° 812 del 26/10/2010 en “Gil María Nélide s/ Guarda legal amplia -beneficio de Previsión Social-”; N° 826 del 31/10/2011, en “Carrizo de Saavedra María Rosa s/ Guarda con fines asistenciales”), y siendo que subyace en el recurso de casación incoado una pretensión nulidificante respecto de la manda judicial de incorporar al menor a la obra social del peticionante; corresponde indagar, previamente, la existencia o no de nulidades.

Con éste último alcance, del análisis de las constancias de la causa, es dable anticipar que el punto I de la sentencia del 02/3/2009 (fs. 45 y vta.), en tanto dispone que la guarda se otorga “para brindar al menor asistencia, salud y educación, mediante su incorporación en la obra social del actor y la percepción por el guardador de las asignaciones familiares, ayuda escolar y demás beneficios que pudieran corresponder”, y su consiguiente notificación por oficio al IPSST ordenado mediante providencia del 10/12/2009 (fs. 52), no constituyen actos viciados de nulidad que amerite la descalificación de su validez; ello por los fundamentos que se vierten seguidamente.

En el caso concreto de autos los referidos actos procesales no conllevaron situar al impugnante en una situación de indefensión tal que amerite la declaración de nulidad del mentado acto jurisdiccional y de su consiguiente notificación. No se advierte violación alguna a la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), en tanto no ha señalado el interesado concretamente las defensas de cuyo ejercicio se

vio frustrado así como la eventual incidencia de ellas en el proceso (cfr. CSJN, sentencia del 30/10/1980 “Adela Prieto y otro vs. Pablo José Trinidad y otro”, Fallos: 302:1262, argumento a contrario sensu). Cuando, como en el sub examine, quien pide la nulidad no indica cuáles son las defensas o pruebas de que se vio privado como consecuencia de los actos que impugna, aquélla carece de finalidad práctica ya que no se advierte en que podría modificarse la decisión sentencial si se nulificara el fallo y se ordenara cumplir con el procedimiento omitido. La ausencia de este aspecto teleológico, excluye sin más trámite la declaración de nulidad pretendida, pues no existe la nulidad misma -pas de nullité sans grief- (CSJTuc, sentencia N° 26 del 16/02/1999, en "Kantarovsky, Rubén Pablo vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ Contencioso Administrativo").

Resulta improcedente el argumento del impugnante, en virtud del cual reclama la nulidad de la resolución del 02/3/2009 por no haber podido intervenir o controlar los actos procesales cumplidos en el curso del proceso judicial de guarda, puesto que -precisamente- nos encontramos frente a una petición procesal extracontenciosa de guarda amplia con fines asistenciales, donde el IPSST no es ni debe ser parte. Una interpretación como la sugerida por el recurrente implicaría mutar la característica esencial de éste tipo particular de proceso, convirtiéndolo indebidamente en contencioso y desnaturalizando la teleología del mismo. No altera tal conclusión, el hecho que se haya dispuesto judicialmente la incorporación del menor a la obra social Subsidio de Salud; puesto que, como quedará explicado infra, tal circunstancia no constituye una condena strictu sensu ordenada contra un tercero ajeno a un proceso, como lo postula el recurrente, sino que dicha incorporación es tan solo una consecuencia de la propia finalidad asistencial perseguida en el proceso de guarda y de la naturaleza de la declaración que emana de la sentencia que lo resuelve.

Corroborado lo considerado el hecho que no demostró, ni siquiera invocó el IPSST, que la situación del menor -cuya guarda se decidió conferir en la presente causa- no encuadre en el supuesto establecido en el art. 29.b.4 del Decreto 4143/21, que regula las condiciones que deben verificarse para que el menor dado en guarda sea incorporado en el grupo familiar de la obra social Subsidio de Salud. Es decir, no se encuentra acreditado el interés jurídico que impulsa al recurrente en su postura, puesto que la mera impugnación de orden formal o procedimental carece de sentido si, como acontece en autos, no se encuentran debida y suficientemente comprobados los fundamentos específicos para rechazar la incorporación del menor a la obra social en cuestión, resultando inconducente la genérica impugnación del IPSST a lo resuelto judicialmente, en la medida que tal pretensión nulificadora solo tiene por finalidad que se complete un innecesario trámite administrativo o controvertir indebidamente un proceso judicial de naturaleza no contencioso. Tal falta de agravio o perjuicio concreto impide acceder a la nulidad pretendida.

A tales conclusiones cabe arribar, tomando en especial consideración lo prescripto en el art. 29 del Decreto 4143/21 MAS del 25/10/1984, citado por el IPSST: “Los afiliados enumerados en el artículo anterior podrán incorporar como beneficiarios del Subsidio de Salud a los siguientes parientes, integrantes de su grupo familiar directo:...b) el afiliado casado...4) Menores a cargo del titular y que le hayan sido entregados en guarda legal acordada por autoridad competente”. Es decir, comprobados los extremos exigidos por dicha norma, como acontece en la especie, el IPSST tiene el imperativo legal de aceptar la incorporación como beneficiario al Subsidio de Salud del menor dado en guarda, salvo que el propio organismo estatal logre demostrar que los requisitos legales no se encuentran satisfechos, esto es que la situación del menor no sea subsumible en el supuesto de hecho contemplado en el dispositivo legal antes citado; único argumento

válido esgrimible por el impugnante en orden a demostrar su interés jurídico en la declaración de nulidad mentada; lo que no ha sido demostrado en el presente caso.

Cabe recordar que las ineficacias procesales deben quedar reservadas como ultima ratio frente a la existencia de una efectiva indefensión o irregularidad sustancial del proceso, ya que las nulidades procesales carecen de fin en sí mismas (cfr. arg. CSJTuc, sentencias N° 135 del 10/3/2004, en "Balsas Roque Raúl vs. Álvarez Manuel A. y otro s/ Daños y perjuicios"; N° 232 del 14/4/2003, en "Destilería del Norte S.A. vs. Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano s/ Interdicto posesorio; N° 924 del 21/10/2002, en "Ruiz, René Orlando vs. Martínez Guillermo Clemente s/ Cobro de indemnización por despido sin causa"; N° 1084 del 21/12/2001, en "Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán vs. Joaquín Rodríguez y otro s/ Cobro de pesos"; N° 205 del 28/3/2005, en "Herrera Rubén Rodolfo vs. Empresa Gutiérrez Hnos. s/ Daños y perjuicios"), no verificándose en el sub lite los extremos que justificarían una declaración de tal naturaleza.

Ante este escenario es del caso reiterar que "quien promueve una nulidad tiene la carga de expresar no sólo el perjuicio experimentado y el consecuente interés que intenta subsanar con la declaración de nulidad, sino que también debe indicar las defensas que se vio privado de oponer. Tal exigencia no se satisface con la mera invocación genérica de que se ha violado el derecho de defensa en juicio. Es que no hay nulidad en el sólo interés de la ley, sino que es menester la existencia de perjuicio efectivo" (CSJTuc, sentencia N° 293 del 01/6/1994; en igual sentido sentencia N° 714 del 23/8/2002, en "Mazziotti Hipólito Pascual vs. Puparelli María Elena y otros s/ Daños y perjuicios"), carga que en autos no luce satisfecha. Por tanto, la inexistencia de demostración de interés jurídico constituye basamento suficiente para imposibilitar la recepción de la nulidad subyacente en la pretensión del impugnante, puesto que en virtud del principio de instrumentalidad de las formas, la nulidad de los actos procesales requiere perjuicio concreto para alguna de las partes. Ello así porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual incompatible con el buen servicio de justicia (cfr. CSJN, causa "Fiscal c/S., W. R. y otros", del 11/8/1988; ídem CSJTuc, sentencia N° 108 del 06/3/2002, en "Herrera Jorge Alberto y otro s/ Estafa").

Razonamientos éstos válidos, se traten de nulidades absolutas o relativas. Ciertamente es criterio reiterado de esta Corte que "no puede existir declaración de nulidad, sea ésta genérica o específicamente conminada, absoluta o relativa, si no existe un interés afectado, condición que si bien ha sido expresamente establecida para las nulidades relativas rige también para las nulidades absolutas, toda vez que ni la insubsanabilidad ni la oficiosidad...tiene por objetivo crear...un sistema de nulidades puramente formales, al margen del principio del interés" (CSJTuc, sentencias N° 78 del 16/3/2011, en "Carrascosa Héctor Fabio"; N° 341 del 27/4/2009, en "A. L. G. s/ Abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa y otro"; en similar sentido sentencias N° 108 del 06/3/2002, en "H.J.A. s/ Estafa"; N° 347 del 20/5/1997, en "Pedraza, José Salvador y otros vs. Sanatorio Pasquini s/ Daños y perjuicios"; N° 919 del 30/10/2001, en "Martínez Maria Elena y otros vs. Leone Cervera Maria Dolores y otro s/ Indemnizaciones"). En igual tesitura sostuvo este Superior Tribunal que: "aún admitiendo supuestos en los cuales el vicio aparece como insanable y la nulidad susceptible de ser declarada de oficio, ello no conduce indefectiblemente a esa declaración; la que queda subordinada a la existencia de un interés en hacerla" (CSJTuc, sentencia N° 714 del 23/08/02, en "Mazziotti Hipólito Pascual vs. Puparelli María Elena y otros s/ Daños y perjuicios") lo que, por cierto, no se avizora en el sub lite. En este mismo sentido, cabe agregar que "la aplicación del artículo 166 (ex 167), 3° párrafo

C.P.C.C.T, por el órgano judicial debe realizarse en forma razonable, en situaciones en que el supuesto contemplado en ella como disvalioso, sea notorio” (CSJTuc, sentencias N° 324 del 14/5/2008, en “Lajud Rodolfo vs. Ford Argentina S.A. Rodríguez Manuel Alejandro Petitti Automotores A.A s/ Daños y perjuicios”; N° 1084 del 21/12/2001, en “Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán vs. Rodríguez Joaquín y otro s/ Cobro de pesos”) lo que tampoco acontece en el sub examen, en tanto que el agravio del impugnante permanece indemostrado, resultando irrazonable una declaración de nulidad como la pretendida, atento los intereses en juego y el carácter restrictivo que el régimen de las nulidades merece en su interpretación (CSJTuc., sentencias N° 87 del 28/02/2001, en “Ovejero, Norma Patricia vs. Comaschi de Said, María del V. y/o Rotisería La Rueda s/ Cobros”; N° 924 del 21/10/2002, en “Ruiz René Orlando vs. Martínez Guillermo Clemente s/ Cobro de indemnización por despido sin causa”).

Así las cosas, la falta de demostración del perjuicio al IPSST y la aplicación del “principio de trascendencia” impiden receptor la pretensión nulidificante del impugnante (cfr. CSJTuc., sentencia N° 844 del 09/10/2001, en “Maria Estela de Villa Zerda s/ Incidente de caducidad de instancia-amparo, medida de no innovar”; en semejante sentido sentencias N° 251 del 16/4/2007, en “Herrera Cristian Martín y Salcedo Eduardo Benjamín s/ Robos agravados y lesiones”; N° 351 del 18/5/2001, en “Terán Alfredo y Sálica José Francisco s/ Libramiento de cheques sin provisión de fondos y con cuenta cerrada”; N° 272 del 23/4/1999, en “Austerlitz, Roberto Guillermo vs. Federico Fernando Austerlitz y otro s/ Indemnización por accidente de trabajo”). Por todo lo cual, no se vislumbran acaecidos los extremos que ameritan declaración de nulidad alguna.

2. Formuladas las precisiones anteriores y a los fines de dar respuesta a los restantes agravios contenidos en el recurso de casación, corresponde remarcar que el impugnante se limitó a sostener su oposición a la incorporación del menor, con supuesto sustento en el contenido de la Resolución de ese organismo n° 4021 (citada por el impugnante) que establecería: “...la incorporación de menores a cargo del afiliado titular...será procedente únicamente cuando la guarda acordada lo haya sido con carácter amplio y/o conlleve la efectiva asunción por parte del titular, de la responsabilidad integral que abarca el conjunto de las necesidades impuestas por la crianza del menor...; apartado b)...la guarda...que tienen por único objeto, directa o indirectamente expresado, la incorporación del niño como beneficiario de la obra social Subsidio de Salud o la percepción de asignaciones familiares u otros beneficios sociales, no generan el derecho a incorporar al menor al grupo familiar del afiliado...”. Tal fundamento recursivo resulta ostensiblemente improponible por las siguientes razones.

En primer lugar puesto que el vínculo familiar alegado por el peticionante de la guarda (abuelo del menor) ha sido suficientemente acreditado en el presente proceso, conforme actas de nacimiento de la madre del menor (fs. 4) y de su hijo (fs. 5); lo mismo que la convivencia de ellos en el hogar del guardador y bajo su exclusivo cargo (fs. 9). A su turno, es dable mencionar que la testigo Olga Graciela Del Río declaró que el menor y su madre viven junto a los abuelos del primero y que éstos ayudan económicamente a la madre del menor “ya que ella no tiene trabajo” (fs. 20). Agregó la declarante que los abuelos: “son de moral intachable, viven para su nieto y le brindan mucho amor”. A su vez Cristina Mercedes Alarcón también manifestó que el menor vive con sus abuelos y que éstos “siempre se hicieron cargo de todos los gastos del niño ya que...(la madre)...no tiene los medios para hacerlo”. Añadió que le consta que los abuelos “tiene una conducta intachable y sobre todo viven pendiente de su nieto ya que le dan con todos los gustos y le brindan mucho cariño” (fs. 21). Por su parte, de la propia documentación acompañada por el IPSST (fs. 56/57) se desprende que dicho ente

reconoció que el designado guardador es afiliado titular de la obra social Subsidio de Salud. Tales acreditados antecedentes demuestran que las circunstancias fácticas de la causa encuadran enteramente en el supuesto previsto en el art. 29.b.4 del Decreto 4143/21 MAS del 25/10/1984, sin que el impugnante haya logrado desvirtuar tales comprobaciones; por lo que lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, cuya nulidad en definitiva persigue el impugnante, solo constituye la concreción efectiva del mandato legal que le viene impuesto al IPSST en virtud de la regulación legal recién citada. Simplificando la cuestión, el deber de incorporación del menor a la obra social no tiene su causa en la declaración contenida en la sentencia que concede la guarda, sino que es el efecto del imperativo legal que surge del decreto que regula la actividad del IPSST. En otras palabras, la sentencia solo determina si se cumplen o no los presupuestos para otorgar la guarda requerida en un proceso no contencioso, y dicha declaración judicial (otorgamiento de la guarda) subsume el caso del menor en el supuesto de hecho contenido en la norma (art. 29.b.4 del Decreto 4143/21), cuya consecuencia jurídica forzosa es el deber del IPSST de incorporar al menor en la obra social, resultando impertinente que el IPSST cuestione las razones que han llevado al magistrado a conceder la guarda.

En segundo lugar, la incorporación del menor a los beneficios de la obra social, cuando se encuentran cumplidas las exigencias legales previstas en el art. 29.b.4 del Decreto 4143/21, no constituye el ejercicio de una facultad discrecional del ente estatal, como el recurrente lo alega, sino un deber del IPSST que se ve constreñido legalmente a aceptar tal incorporación. Dicho comportamiento administrativo específico se enmarca dentro del ámbito de las facultades regladas de la administración, aplicables también a éste ente autárquico. Lo supuestamente dispuesto en el apartado b) de la antes aludida -por el impugnante- Resolución N° 4021 del IPSST constituye un notorio exceso en la reglamentación de lo regulado en el art. 29.b.4 del Decreto 4143/21, y una evidente distorsión de la teleología perseguida por el legislador; en tanto dicho sistema legal estatuye la posibilidad de que los afiliados titulares puedan incorporar, como beneficiarios del subsidio de salud en calidad de miembros del grupo familiar, a aquellos menores que le han sido entregados en guarda por autoridad competente, sin más requisitos. Extremos éstos que lucen sobradamente atestiguados en el presente proceso y que, por tanto, impiden convalidar la reticente conducta del impugnante. Una hermenéutica como la propuesta por el IPSST no solo implicaría una deformada interpretación del art. 29.b.4 del Decreto 4143/21, sino también un quebrantamiento de la autoridad judicial en este tipo de procesos no contenciosos, que en el caso concreto ha considerado que se encuentran cumplimentados los recaudos para el reconocimiento de la guarda requerida, lo que no puede ser luego controvertido por la autoridad administrativa, so pretexto de ejercitar pretensas facultades discrecionales. La interpretación propuesta por el recurrente debe ser descartada, puesto que las disposiciones administrativas no pueden tornarse en fuente de derecho contravenidor de normas jerárquicas superiores, como acertadamente lo juzga el fallo en crisis.

Contrariamente al razonamiento desplegado en el recurso deducido, esta Corte ha distinguido que “en el supuesto de ejercicio de facultades regladas, la norma predetermina rigurosamente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que al mismo imputa, de modo tal que, configurado el primero en el orden real de las conductas (factum), el órgano administrativo debe limitarse a actuar la consecuencia jurídica idealmente prevista en la figura normativa” (cfr. CJSTuc., sentencia del 26/11/1998 en autos "Machado, Carlos E. vs. Banco Municipalidad de Tucumán s/ Especiales"; con cita a Sesin, Juan Domingo, "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 143; ídem sentencia N°

750 del 14/9/2000, en “Nuñez José Fernando vs. Municipalidad de Juan Bautista Alberdi s/ Daños y perjuicios”) e, indudablemente, la incorporación de un menor -dado en guarda- a los beneficios de la obra social, cumplidas las exigencias prescriptas por el dispositivo legal antes aludido, no conlleva un análisis de oportunidad ni depende de la apreciación discrecional del ente estatal, sino que nos sitúa en el ámbito de las facultades regladas, donde el IPSST está forzado por la norma a brindar la cobertura de salud en cuestión al menor cuya guarda se ha concedido.

En otros términos, si existe una sentencia judicial que otorga la guarda, la autoridad administrativa -a cargo de proporcionar los beneficios de la obra social- no puede obstaculizar ni denegar la incorporación del menor a la obra social bajo la excusa de no haber sido parte de la petición procesal extracontenciosa de guarda con fines asistenciales.

Los planteos del recurrente tienen un efecto perjudicial tangible y grave en el interés del menor, por cuanto importan la privación de un servicio de salud y la indefinida postergación de la satisfacción de intereses y necesidades que no admiten demoras. En este particular contexto, pretender que el peticionante transite el carril administrativo para acreditar condiciones que ya están suficientemente probadas en este proceso, sin que el recurrente las haya logrado impugnar, o controvertir innecesariamente un proceso no contencioso como el que nos ocupa, deviene irrazonable y constituye un excesivo rigor formal que sólo conduciría a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, al continuar en ese lapso desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere.

Por cierto, el deber del IPSST no solo es consecuencia del imperativo de la norma local que expresamente regla la actividad de dicho organismo (art. 29.b.4 del Decreto 4143/21), sino que también encuentra fundamento jurídico en el “interés superior del niño”, que constituye un principio rector que debe guiar todas las medidas -concernientes a los niños, niñas y adolescentes- que adopten los tribunales y las autoridades administrativas. La discrecionalidad argüida por el IPSST, en virtud de la cual ese ente se arroga la potestad de determinar cuándo la guarda acordada conlleva la efectiva asunción de la responsabilidad integral de las necesidades del menor o cuándo solo persigue la percepción de beneficios sociales, negando la incorporación del menor al grupo familiar del afiliado guardador en la segunda hipótesis (ver Resolución del IPSST N° 4021 citada por el recurrente, fs. 118 y vta.), no solo constituye un intolerable avasallamiento a la autoridad judicial que se expidió concediendo la guarda, emplazamiento éste que debe ser acatado por el ente administrativo, sino que implica una restricción al “interés superior del niño”, en tanto principio elevado al carácter de norma fundamental por los tratados internacionales analizados infra. Es que, como lo ha sostenido la doctrina: “el interés superior del niño no debe comprenderse como una mera inspiración de las decisiones judiciales, sino que por el contrario su acatamiento implica una limitación a sus resoluciones, una obligación y una prescripción imperativa, entornándose en definitiva como un límite a la discrecionalidad de las autoridades” (Tavip, Gabriel Eugenio, “La especial aplicación del interés superior del niño”, en “El interés superior del niño. Visión jurisprudencia y aportes doctrinarios”, dir: Graciela Tagle de Ferreya, ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009, pág. 202, citando a Cillero Bruñol Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, pág. 77).

3. Un recto juzgamiento del caso traído a esta instancia impone tomar en particular consideración que lo que realmente se encuentra en juego es, en definitiva, si se incorpora o no a un menor a la obra social de su abuelo materno a cuyo cargo está, como consecuencia de la incapacidad económica de la madre del menor, que a la fecha

de inicio del presente proceso tenía 20 años de edad. Es necesario enfatizar que el proceso judicial de guarda se inició el 24/7/2007 (fs. 10), es decir que han transcurrido más de cinco años, a la fecha, sin que el menor haya podido obtener efectivamente la provisión del servicio de atención de salud, que constituye la finalidad mediata implícita del proceso de guarda incoado. Una solución contraria a la juzgada en las instancias inferiores, implicaría dilaciones temporales directamente lesivas de los más elementales derechos humanos.

Como se expresara en un reciente pronunciamiento de semejante plataforma fáctica a cuyas consideraciones cabe remitir (CSJTuc, sentencia N° 915 del 25/11/2011, en “Faur Jacinto Manuel s/ Guarda”, del voto en minoría) la cuestión subyacente involucrada en estos actuados involucra el interés superior de los menores y su derecho a la salud, conforme los imperativos provenientes de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 24, 26, 27), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), entre otros; todos de rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN); y en el orden local de los arts. 24 y 40 inc. 4 de la Constitución de la Provincia. Especialmente cabe tener presente que el art. 3.1 de la citada Convención sobre los Derechos del Niño dispone que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El art. 24.1 de dicho cuerpo legal establece: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán para asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. A su turno, el art. 26 de la misma convención prescribe que: “Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social...y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho... Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño...”.

La hermenéutica propuesta en la sentencia atacada es la única compatible con los principios provenientes de los tratados recién enunciados, de aplicación obligatoria y directamente operativa (doctrina emanada del fallo de la CSJN, del 07/07/1992, en “Ekmekdjian v. Sofovich”, LL, 1992 C 540, ED, 148 338). Tal operatividad normativa también emana del art. 2 de la Ley Nacional N° 26.061 (a la cual la Provincia de Tucumán adhirió mediante Ley Provincial N° 8.293) que dispone: “La Convención Sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad”. A su vez, el art. 3 de la referida ley nacional establece que debe entenderse por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley. Concordantemente el art. 5 de la Ley N° 26.061 regla la responsabilidad gubernamental de garantizar el cumplimiento de los objetivos previstos en dicha norma, entre los que se cuentan: el derecho a la salud (art. 14) y a obtener los beneficios de la seguridad social (art. 26). Respecto de éste último interés tutelado, la doctrina ha sostenido que: “...la ley de protección integral establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a obtener sus beneficios...y que es una obligación estatal proveerlos mediante los órganos competentes” (Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera Mariza, “Ley de protección integral de niñas,

niños y adolescentes – Ley 26.061”, Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 431); satisfacción que requiere tanto de acciones positivas como de la abstención de aquellas que sean vulneratorias de esos derechos (Crescente Silvia M., “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061”, García Méndez, Emilio (comp.), 2da ed. actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 35).

El Máximo Tribunal Federal ha resuelto reiteradamente que cuando se trata de resguardar el “interés superior del niño”, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional. La consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a estos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (cfr. CSJN, sentencia del 15/6/2004 en “Lifschitz, Graciela B. vs. Estado Nacional”, Fallos 327:2413; ídem “Guckenheimer Carolina Inés y otros c. Kleiman Enrique y otro”, del 06/02/2001, Fallos 324:122; ídem sentencia del 23/11/2004, en “M., S.A.”, AbeledoPerrot Online cita n° 35001153; en igual sentido: sentencia del 08/6/2004, en “Martín Sergio G y otros vs. Fuerza Aérea Argentina s/Amparo”, AbeledoPerrot Online cita n° 4/52193; sentencia del 20/02/2007, en “Gallardo. Guadalupe y otros vs. Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso”, cita online AR/JUR/72/2007; ídem sentencia del 01/11/1999, “D. de P.V., A c. O., C.H.”, Fallos 322:2701). Ampliando ese mismo razonamiento, cabe agregar que la Corte Nacional ha juzgado que: “Conviene tener presente asimismo que los menores, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de estos casos (v. doctrina de Fallos: 318:1269, cons.10; 322:2701; 324:122; citada en el dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en CSJN, “Guarino Humberto y otra”, del 19/02/2008, en Fallos: 331:147). En la misma orientación, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que: “Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente” (Comité de los Derechos del Niño, 34° período de sesiones, 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003, Observación General n° 5 -2003-, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 4 y 42 y párrafo 6 del art. 44-”, pág. 5). La Corte Nacional ha sido contundente en sostener que “el interés superior del niño consagrado en el art. 3 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño configura una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, en tanto proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos” (cfr. CSJN, “S., C.”, del 02/8/2005, Fallos 328:2870). “El concepto interés superior del niño constituye hoy día el prius determinante de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos fundamentales de la infancia” (CSJN Fallos: 318:1269 cons. 10; 322:2701; 324:122; citados en la causa “G., M.G.”, del 16/9/2008, Fallos 331:2047). Partiendo de

dichos criterios, no puede sino concluirse que la confirmación de la sentencia recurrida es lo que mejor se aviene con los enunciados principios.

En un caso de guarda con fines de adopción, la Corte Federal resolvió que: “La declaración de nulidad de todo el procedimiento realizado en un juicio en el cual se decretó...su entrega en guarda con fines de adopción, fundada únicamente en que el juez de primera instancia no extremó los recaudos para notificar a la madre biológica, peca de un exceso de rigorismo formal...” (del voto del dr. Maqueda en CSJN, “A.F.”, del 13/3/2007, en Fallos 330:642), agregándose en dicho precedente que “en los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, y en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos...” (en igual sentido puede verse CSJN, “M.D.H. c. M.B.M.F.”, del 29/4/2008, en Fallos 331:941; ídem: Fallos: 331:147; 333:1376).

Coincidentemente ha señalado la doctrina que: “el superior interés de la infancia es un concepto abierto al que los jueces, en el desenvolvimiento de su ministerio - eminentemente práctico-, están llamados a asignar unos contenidos precisos” (Mizrahi, Mauricio Luís, “Interés Superior del niño. El rol protagónico de la Corte”, en LL 13/9/2011, 1). En el presente caso, ese interés superior se traduce en evitar que excesos rituales e innecesarios procedimientos administrativos conspiran con la pronta protección del derecho a la salud de un menor dado en guarda. En tal escenario no resulta receptable la impugnación formulada por el IPSST, pues más allá de los cuestionamientos de índole formal y procesal, sobre los que ya nos expedimos supra, la autoridad pública tiene una ineludible obligación de emprender y ejecutar acciones efectivas, especialmente en todo lo que atañe a facilitar el acceso efectivo a los servicios de salud que requieran los menores cuyo interés superior debe ser tutelado por todos los departamentos gubernamentales, y ello impone otro tipo de conducta por parte del recurrente respecto de quien -en su calidad de afiliado- solo pretende cobertura asistencial para su nieto. Particularmente el Superior Tribunal Federal ha destacado, más cuando se trata de menores, la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (CSJN, sentencia del 24/10/2000, en “Campodónico de Beviacqua, Ana C. vs. Estado Nacional”, JA 2001-I-464, Fallos 323:3229). El Estado ha asumido compromisos explícitos ante la comunidad internacional encaminados a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes...a esforzarse para que no sean privados de esos servicios y a procurar una cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social (cfr. CSJN, sentencia del 16/10/2001, “Monteserin, Marcelino vs. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la integración de personas discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con discapacidad”, Fallos 324:3569; ídem sentencia del 01/6/2000, en “Asociación Benghalensis y otros vs. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ Amparo Ley N° 16.986”, Fallos 321:1684).

En tal tesitura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC 17/2002 del 28/8/2002 sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño” (LL 2003-F, 108) -en el párrafo 86-, reafirmó que el cuidado de la salud de los niños supone diversas medidas de protección y constituye uno de los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su

inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos. Los parágrafos 87 y 88 son contundentes en la necesidad de que los Estados adopten providencias positivas para asegurar el pleno ejercicio del disfrute pleno de tales derechos.

Tomando en cuenta los expuestos lineamientos debe concluirse que, contrariamente a lo pretendido por el recurrente, no se encuentra ajeno a tales deberes el IPSST.

En definitiva, en el presente caso se encuentran comprometidos derechos fundamentales y especialmente sensibles para la sociedad como lo son los de la infancia; por lo que resulta prioritario que todas las estructuras del poder público reaccionen de pos de garantizar el respeto de tales derechos. La postura asumida por el IPSST resulta reñida con tales principios. Es que cuando se encuentran en juego el derecho a la salud de menores, las instituciones públicas (como lo es el recurrente) y las privadas, deben adoptar las decisiones que satisfagan del mejor modo posible tales intereses. La innecesaria reiteración de un proceso y la dilación temporal que ello conlleva, conspira contra los indicados imperativos. En ese contexto, la consideración del interés superior del niño debe encontrarse particularmente presente en el ámbito procesal en donde se diriman sus derechos, puesto que no puede permitirse que las formas procesales puedan frustrar la sustancia del interés cuyo reconocimiento se persigue. Esto implica que las normas de forma deberán ser aplicadas respetando la perspectiva y el enfoque que impone el interés superior del niño, condicionando y orientando las decisiones referidas al proceso, a la plena satisfacción del menor.

Concretamente, el inicio de un nuevo proceso y la desprotección durante ese lapso de los intereses cuya satisfacción se requieren configura un rigor formal que conduce a frustrar derechos que cuentan con tutela constitucional (CSJN, Fallos 327:2413). Bajo tal prisma, en atención a los particulares ribetes del presente caso, a la ausencia de demostración de un interés jurídico que justifique la pretensión impugnativa y a la necesidad de priorizar el superior interés del menor conforme el mandato constitucional, se concluye que la fundamentación recursiva del IPSST no puede prosperar.

4. Tampoco es receptable el agravio del recurrente orientado a demostrar que el decisorio atacado equivocó el alcance de la sentencia de guarda y la pretensión de los actores.

Es que, en rigor, la sentencia que resuelve otorgar la guarda no conlleva, como lo entiende el impugnante, un avasallamiento de las potestades del ente, sino que la notificación al IPSST del mentado pronunciamiento para que incorpore al menor a la obra social Subsidio de Salud constituye, como se anticipara, una consecuencia del objeto del proceso de guarda amplia con fines asistenciales, entendido como “medio tutelar por el cual un tercero sin derecho de representación...se convierte en tenedor de un menor para darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad” (D’Antonio, Daniel Hugo, "Derecho de menores", 4ª edición actualizada y ampliada, pág. 411, Astrea, Bs. As., 1994, citado en Grisetti, Ricardo Alberto y Kamada Luís E., “Guarda de menores. Derechos y Obligaciones que involucra”, LLNOA 2012 -abril-, 260; en similar sentido ver Graciela Tagle de Ferreira y otros, “El interés Superior del Niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios”, ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009, pág. 76).

Tampoco se verifica en el decisorio atacado el vicio de incongruencia alegado, en tanto el peticionante expresamente solicitó “...una guarda legal, a los efectos de proteger y beneficiar al menor con todo tipo de oportunidades de ley. Asimismo brindarle la protección de una obra social” (fs. 10).

Así las cosas, el contenido del decisorio de primera instancia no implica strictu sensu una mengua de los derechos de un tercero ajeno al proceso (IPSST), sino que -como se

anticipara- la incorporación del menor a la obra social importa una derivación necesaria de la finalidad contenida en este tipo particular de procesos y un efecto forzoso de la prescripción legal contenida en el art. 29.b.4 del decreto n° 4143/21, interpretada a la luz de los lineamientos señalados. En tal inteligencia, cabe confirmar la razonabilidad de lo resuelto en las instancias inferiores, más cuando la Corte Nacional ha juzgado que “queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de aspectos formales o de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose del caso concreto que la ley les manda valorar...” (cfr. CSJN, “A.F., del 13/3/2007, en Fallos 330:642; ídem Fallos 323:91). Los pronunciamientos de las instancias inferiores han razonado respetando la transcripta premisa y haciendo efectivo los criterios constitucionales enunciados en el presente; por lo que no merecen su descalificación.

5. No resulta procedente el agravio tendiente a justificar que, en virtud de lo normado por el art. 146 de la Constitución de Tucumán, el verdadero obligado a satisfacer el interés superior del niño sería la Provincia de Tucumán y no el IPSST.

En sentido notoriamente opuesto al argüido por el impugnante, la Corte Federal ha juzgado que: “la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución” (CSJN, “M.D.H. c. M.B.M.F., del 29/4/2008, en Fallos 331:941, del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo). Nótese que son todas las “instituciones” las llamadas a garantizar los derechos de los menores, no pudiendo valerse el IPSST de su condición de ente autárquico para escapar de la responsabilidad que le viene asignada por normas de raigambre constitucional. Es toda la sociedad y el Estado en su conjunto, incluyendo obviamente a entes como el IPSST, los que deben velar por cumplir con los ut supra referidos imperativos constitucionales. Es que “el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional” (Caso "Ultima tentación de Cristo -Olmedo Bustos y otros-" Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citado en CSJN, Fallos 331:2691); lo que descarta la interpretación propuesta por el recurrente de deslindar su responsabilidad, atribuyéndosela exclusivamente a la Provincia de Tucumán.

6. Por análogos fundamentos que los antes vertidos, tampoco resulta receptable el argumento recursivo por el que el IPSST pretende justificar su accionar, en razón de su deber de “administrar los aportes que realizan sus afiliados; por lo que la incorporación de nuevos beneficiarios con derecho a utilizar gratuitamente los servicios que brinda el Subsidio de Salud es cuestión que interesa al conjunto de sus afiliados aportantes...” (fs. 118).

Contrariamente a la lógica seguida por el recurrente, la doctrina ha señalado que: “La primacía del interés del menor, o del niño, niña y adolescente, se sobrepone al interés de todos, como resultado de que ese interés se emplaza como prioridad en toda cuestión a decidir sobre los sujetos de derecho que son los niños, niñas y adolescentes. Y no solo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además es el mejor interés del niño, niña y adolescente” (cfr. Lloveras, Nora, “El interés superior del niño”, en “El interés superior del niño. Visión jurisprudencia y aportes doctrinarios”,

dir: Graciela Tagle de Ferreya, ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009, pág. 215); visión ésta última que condice con los lineamientos legales y jurisprudenciales apuntados.

De hecho, esta Corte Local ha sostenido que: "...las autoridades públicas de la Provincia se encuentran obligadas a observar y hacer observar los derechos, obligaciones y garantías, consagrados en tales tratados, como también a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y a promover las condiciones para que los mismos sean reales y efectivos. Es del caso destacar, que tales Tratados Internacionales contienen cláusulas específicas referidas a la garantía y resguardo de la vida y de la salud de los ciudadanos, que por tratarse de derechos esenciales del hombre, gozan de operatividad (Capítulo primero, arts. I, VII y XI, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; arts. 4, 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Igualmente, la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al derecho nacional y provincial, ha modificado el sistema de jerarquía de fuentes normativas de derecho público provincial, dando prioridad en la pirámide jurídica a dichos Tratados y a los derechos humanos por ellos reconocidos, frente a cualquier otra disposición de carácter local que, vulnerando los principios de intangibilidad, no regresividad e igualdad en la protección de los derechos humanos, limite el goce y ejercicio pleno de tales derechos. La recientemente reforma parcial de la Constitución Provincial de 2006, adecuándose formalmente a las exigencias de la reforma Constitucional Nacional de 1994 y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ha acordado carácter operativo a los derechos y garantías establecidos en los mismos. Así, las regulaciones de la obra social IPSST...en cuanto limitan por razones económicas, entre otras, las prestaciones de salud debidas a sus afiliados y adherentes, han quedado abrogadas institucionalmente por la vigencia de los mencionados Tratados de Derechos Humanos, incorporados a nuestro derecho interno a partir de la reforma de 1994..." (CSJTuc., sentencias N° 438 del 11/5/2009, en "Ferro Julio Cesar vs. Instituto Provincial de Seguridad Social de la Provincia de Tucumán s/ Amparo"; con similar sentido CSJTuc, N° 575 del 11/6/2009, en "F.P.L. vs. I.D.P.Y.S.S.D.T.-S.D.S.S. s/ Amparo"); conclusiones éstas que, a pesar de la diferencia de plataforma fáctica entre el antecedente juzgado y el caso que ahora nos ocupa, devienen plenamente extensibles a este último.

De ello se concluye, que ni las razones económicas invocadas, ni la reglamentación interna del organismo ni su autarquía administrativa constituyen argumentos válidos para sostener la posición asumida por el recurrente, contraria a la tendencia jurisprudencial descripta a lo largo del presente.

VI.- Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado el Ministerio Fiscal (fs. 146 y vta.) corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto.

Atento la complejidad de la cuestión en debate y la existencia de jurisprudencia que dio lugar a la convicción del impugnante sobre la viabilidad de sus planteos, las costas de la presencia vía extraordinaria local se distribuyen por su orden..-

El señor vocal doctor Daniel Oscar Posse, dijo:

Estando de acuerdo con los fundamentos dados por el señor vocal preopinante doctor Antonio Gandur, vota en idéntico sentido.

El señor vocal doctor Antonio Daniel Estofán, dijo:

I.- Doy por íntegramente reproducida la relación de antecedentes de la causa contenida en el voto del señor vocal preopinante, doctor Antonio Gandur.

II.- También doy por reproducidas las consideraciones vinculadas al juicio de admisibilidad, que lucen el Considerando IV del voto del señor vocal preopinante.

III.- Corresponde, en consecuencia, examinar la procedencia de la vía intentada, para lo cual anticipo que también he de coincidir con el vocal preopinante en que el recurso no puede prosperar, por los motivos que más adelante se habrán de exponer.

Pero, en forma previa a dicho análisis y a los fines de delimitar el marco teórico dentro del cual éste habrá de realizarse, resulta conveniente efectuar algunas precisiones de carácter conceptual.

1.- Por sus especiales características, la acción tendiente a discernir una guarda legal, bien podría encuadrarse analógicamente dentro de aquella categoría que cierta doctrina ha denominado “acciones de emplazamiento en el estado de familia” que, al decir de BELLUSCIO, «son todas aquellas que tienen por objeto emplazar en un estado, es decir, colocar a una persona en un estado de familia determinado, de manera que la sentencia es el título del estado de familia»; se contraponen a las “acciones de desplazamiento”, que, son las que «tienden a destruir el título existente» (BELLUSCIO, Augusto: Derecho de Familia, T, I, N° 45, pág. 91). Constituiría una expresión analógica de tales acciones – salvando las distancias, y conceptualizándolas con un criterio amplio, que trascienda los meros estados matrimonial y filial, para extenderlas a otros vínculos y situaciones que hoy contempla el Derecho de Familia- porque, como correctamente lo puntualiza la sentencia recurrida, la guarda es un elemento esencial del ejercicio de la autoridad parental, y toda sentencia que la acordare a quien no revistiera la condición de progenitor, vendría a emplazarlo en un status del que antes carecía para generar un conjunto de deberes y facultades respecto del menor, de modo análogo al que acontece con el emplazamiento en la filiación adoptiva. En otros términos, y justificando más acabadamente el empleo de tales categorías jurídicas en la concreta especie traída a conocimiento del Tribunal, una parte del contenido de la relación jurídica generada por la autoridad parental, entendiendo por tal el conjunto de facultades, expectativas y deberes que la componen, es asignada a un tercero, y en ese sentido la sentencia que lo decide viene a emplazar al menor y su guardador legal, en un status del que carecían.

Ahora bien: la sentencia que recae en una acción de emplazamiento en el estado de familia, genera un título de estado de familia, que configura «la prueba privilegiada de dicho estado», y «habilita para ejercer todos los derechos resultantes de él sin otra obligación que la de exhibirlo. Se diferencia, pues, de la simple prueba del estado, en que produce efectos por sí mismo y únicamente puede ser privado de ellos mediante el acto jurídico o el ejercicio de la acción judicial cuyo progreso tenga por consecuencia el desplazamiento del estado de familia» (BELLUSCIO, Augusto: op. cit. T I, N° 28, pág. 71).

2.- En la doctrina y en la jurisprudencia -tanto nacional, como extranjera, y de orden civil, cuanto procesal- se ha debatido vivamente el problema de los efectos de las sentencias que recaen en las acciones de estado de familia, pues se discute si tienen efectos erga omnes, o si se aplica a ellas el principio de autoridad relativa de la cosa juzgada (limitándonos a la doctrina nacional, ver, entre otros: BUSSO, Eduardo: Código Civil anotado, T. II, comentario al art. 262, N° 58 a 78; LLAMBÍAS, Jorge J.: Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, Bs. As. 2007, T I, N° 485 a 493, pág. 333 a 339; BELLUSCIO, Augusto: op. cit. T I, N° 64 a 71, pág. 128 a 154; RIVERA, Julio César: Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Bs. As. 2004, T I, N° 583, pág. 569 a 571; ARAUZ CASTEX, Manuel: Derecho Civil. Parte General, T. I, N° 417, pág.

247; ABELENDIA, Augusto: Derecho Civil. Parte General, T. I Bs. As. 1980, N° 373 a 377, pág. 417 a 419; ALSINA, Hugo: Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. IV, Bs. As. 1961, cap. XXIX, N° 31, pág. 143 a 147; ZANNONI, Eduardo: Derecho de Familia, T I, Bs. As. 1998, N° 50, pág. 96 a 99).

2.1. Siguiendo las enseñanzas de la doctrina francesa (ver, entre otros: PLANIOL, Marcel: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, T I, Paris 1904, N° 440 a 450, pág. 165 a 169; COLIN et CAPITANT: *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, T. I, Paris 1923, pág. 341 a 346), nuestros autores suelen distinguir cuatro doctrinas principales y que, respectivamente, se exponen bajo las siguientes denominaciones, a saber: a) teoría del legítimo contradictor; b) teoría del valor relativo de la cosa juzgada; c) teoría de su autoridad absoluta; y d) teorías intermedias de la autoridad absoluta provisional, que distingue entre los efectos de la sentencia y su autoridad de cosa juzgada. Existen, además, otras posiciones aisladas, de menor importancia práctica dada su escasa difusión, pero que podrían eventualmente revestir interés, en atención a la naturaleza del proceso por el que transitara la acción.

2.2. De esas cuatro teorías, las dos primeras no han hecho fortuna entre nuestros autores, quienes se han dividido entre la teoría de la autoridad absoluta, y las teorías intermedias. A la tesis de la autoridad absoluta han adherido DÍAZ DE GUIJARRO (op. y loc., antes citados), LLAMBÍAS (Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, T I, N° 488, pág. 384 a 386), BIBILONI (Anteproyecto, nota a los arts. 786 y 787), y CRESPI, entre otros, y se encuentra fundada en la indivisibilidad del estado de familia, pues se afirma que resulta contradictorio sostener la autoridad relativa de la cosa juzgada en cuestiones de estado, y simultáneamente, la eficacia erga omnes de los pronunciamientos judiciales que otorgan o reconocen un título que, por definición, resulta indivisible.

2.3. El resto de la doctrina nacional, sostiene, en alguno de sus variados matices, teorías intermedias. Las teorías intermedias, distinguen entre la sentencia, dictada en el juicio de estado, y el título que ella importa para el solicitante. Dicho título produce efectos erga omnes, pero no tiene los efectos de cosa juzgada frente a los terceros que no intervinieron en el juicio, y que, por lo tanto, podrían atacarlo como si se tratara de otro título cualquiera. Con algunos matices, enseñan esta teoría, los siguientes autores en el orden nacional: BELLUSCIO, Augusto: Derecho de Familia, T I, N° 71, pág. 148 a 154; MAZZINGHI, Jorge: Derecho de Familia, T I, Bs. As. 1995, N° 31, d), pág. 89; ZANNONI, Eduardo: Derecho de Familia, T I, Bs. As. 1998, N° 50, pág. 98; FERRER, Francisco, en MENDEZ COSTA y OTROS: Derecho de Familia, T I, Santa Fe 1982, T I, pág. 71; SAMBRIZZI, Eduardo: Tratado de Derecho de Familia, T I, Bs. As. 2010, N° 29, pág. 75.

En general, estos últimos autores, discurren sobre las huellas que trazara Antonio CICU. Refiriéndose a la filiación, el jurista italiano sostuvo que las dificultades que exhibe la cuestión, derivan en gran parte de prescindir de algunos presupuestos esenciales para su correcta solución. Entre ellos, se prescinde de discernir la eficacia que tiene la sentencia que declara la filiación, sobre las relaciones de parentesco que dependen de ella, por ser ésta su presupuesto necesario, eficacia que entra dentro de los llamados efectos reflejos de la sentencia. La eficacia erga omnes, que se quiere considerar como característica de las sentencias de estado, y que es en cambio eficacia del título que se valida o modifica o elimina con la sentencia, queda comprendido dentro de esos efectos reflejos. Por último se olvida que la eficacia de la sentencia en los juicios de estado tiene esta particularidad; que se extiende aún a las personas autorizadas a accionar que no fueron parte en el juicio o que no intervinieron, cuando su derecho se acuerda con el fin de controvertir las relaciones de otros. Pero fuera de los efectos reflejos señalados, queda firme también para las sentencias de estado de filiación, el principio de la relatividad.

Pues si la controversia de estado debatida, p. ej., entre hijo y padres, termina con una sentencia que declara la calidad, respectiva del hijo y de los padres, ello no impide a quienes se consideran los verdaderos padres o al mismo hijo, el pedir la comprobación de su relación de filiación (CICU, Antonio: La filiazione, Torino 1939, N° 43, pág. 50).

3.- La distinción entre los efectos directos, e indirectos o reflejos, del acto enunciada por CICU, ha sido efectuada por civilistas, a propósito del negocio jurídico, y por procesalistas, para aludir a los límites subjetivos de la cosa juzgada, y habrá de servir a los fines de este análisis.

Como su propio nombre lo sugiere, los primeros -también denominados jurídicos, o de derecho- inciden directamente sobre la concreta relación o situación jurídica de que se trate, creándola, modificándola, extinguiéndola, o, en su caso, declarándola. Los titulares, o partes en sentido substancial, de la relación jurídica constituida por el negocio, o reconocida mediante la sentencia, son los destinatarios del efecto directo, o jurídico del acto. Pero, obtenido ese efecto, todos están obligados a respetarlo y a obrar en consecuencia, y todos pueden invocarlo como existente. En ese sentido, quienes no fueron partes en sentido substancial en el concreto negocio o proceso de que se trate, son, sin embargo, sus destinatarios indirectos, y aunque no puedan sufrir un perjuicio jurídico o de derecho, si pueden experimentar materialmente, o de hecho, y tal es el efecto indirecto, también denominado material, reflejo, o de “rebote” del acto.

3.1. Tal es la exposición de insignes procesalistas, como lo revela una simple lectura de las obras de CHIOVENDA (Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, N° 80, I, y II pág. 429 a 431) y CARNELUTTI (Instituciones del Proceso Civil, T I, N° 79, p. 140 y 141), en pasajes altamente ilustrativos y de un elevado vuelo conceptual, que merecen una atenta y meditada lectura.

3.2. De lo expuesto, interesa aquí destacar que, tanto procesalistas como civilistas, enseñan que la regla -y de manera inversa a lo que proclama el tenor literal del conocido aforismo *res inter alios acta*- es que los efectos indirectos, materiales, o de rebote de los actos jurídicos afectan a todos; por excepción, ese efecto expansivo del negocio no se produce, y entonces es legítimo hablar de inoponibilidad. Por el contrario, la regla inversa rige los efectos directos o jurídicos, que en principio se producen sólo entre partes, cual lo predica el aforismo *res inter alios acta* (para ambos aspectos de la regla, ver, entre otros, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando: Teoría de los contratos, Tomo I, N° 28, I, 1. págs. 482/484; BIANCA, Massimo: Derecho Civil III. El contrato, N° 295 y 296, pág. 595/596, y N° 289, págs. 587/588), y son inoponibles a terceros.

IV.- A la luz de estas premisas, cabe abordar el análisis de los agravios de la recurrente, para lo cual, apartándose del orden en que fueran propuestos, se estima conveniente distinguir según aludan preponderantemente al discernimiento de la guarda en sí, o acto de emplazamiento en dicho estado, o se refieran a la inclusión del menor en la obra social de su guardador.

1.- El efecto directo de la sentencia de fecha 01 de junio de 2010 fue otorgar la guarda del menor, y emplazar a éste y a su guardador en dicho estado.

1.1. Contra dicha decisión, el Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán, carece de recurso, sea que se siga la tesis de la autoridad absoluta de las sentencias recaídas en acciones de estado que predicen autores como LLAMBÍAS, sea que en definitiva se adopte la postura que, en términos generales, esgrimen las tesis intermedias siguiendo las huellas del jurista italiano CICU. Si se admite la primera teoría, porque en dicha construcción jurídica el efecto directo mismo de la sentencia es oponible erga omnes; y si se sigue la segunda, porque aunque para esta tesis el efecto directo no es oponible erga omnes, sí lo es en cambio el indirecto, y todos están obligados a

respetarlo, a obrar en consecuencia, e invocarlo como existente, y vienen a sufrir el perjuicio de hecho o material que implica dicho status.

Pues llegados a este punto, conviene recordar que aún en la hipótesis de que lo que estuviera en juego fuere únicamente el efecto indirecto de la sentencia, el Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán vendría a sufrirlo de hecho o materialmente sin mayor remedio, y estaría obligado a respetarlo como si se tratara de una adopción, una sentencia de filiación, o incluso un reconocimiento en los términos del art. 248 del C. Civil, pues carecería de legitimación para controvertir dicho acto de emplazamiento. No sería, para emplear terminología de otra de las tesis enarboladas a propósito de los efectos de las sentencias en materia de estado, un “contradictor legítimo” que en un nuevo proceso llevado contra las partes del primero, pudiera impugnar lo resuelto en aquél.

Y aún en la hipótesis de que se le admitiera la posibilidad de impugnar aquél proceso invocando el fraude a sus derechos -que, en términos generales, configura usualmente un vicio que otorga un título suficiente para esgrimir la inoponibilidad del acto- lo cierto es que dicho defecto no ha sido alegado, ni mucho menos probado en esta causa. Por lo demás, en rigor, dicho vicio debiera ser introducido mediante una acción autónoma contra las partes del primer proceso, por quien se pretendiera afectado por él.

1.2. Con ello, queda al desnudo una de las falacias de la recurrente, y la improcedencia misma de todo su tercer agravio, pues contra lo que ésta pretende, no es jurídicamente acertado que pueda examinar en sede administrativa si la guarda es idónea para acordar los beneficios previsionales, y rechazar la afiliación cuando ella tenga “por único objeto, directa o indirectamente expresado, la incorporación del niño como beneficiario de la Obra Social Subsidio de Salud”, obligando al afiliado a promover acción ante el fuero en lo contencioso administrativo para solicitar la revocación de aquellos actos cuestionados dictados por el organismo; desde un punto de vista jurídico, la verdad es precisamente la opuesta, a saber: en caso de alegar fraude a sus derechos, sería el Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán quien debiera accionar judicialmente impugnando a dicho título el discernimiento de la guarda.

2.- Resta por examinar lo relacionado con la inclusión del menor en la obra social de su guardador, aspecto sobre el que giran los restantes agravios, y los reales alcances del punto III^o) de la resolutive de la sentencia de primera instancia, que dispusiera librar oficio, y que a fs. 55 se efectivizara en la persona del señor Director del Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán.

2.1. En el punto, es necesario ser tan claros como categóricos desde un principio mismo: la sentencia de fecha 02 de marzo de 2009 no podría válidamente contener una condena contra el Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán, ni ordenarle su inclusión en la Obra Social Subsidio de Salud, pues la presente Litis es de suyo inidónea para producir tales efectos, tanto desde un punto de vista subjetivo, como objetivo. Desde la primera perspectiva, porque el Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán no fue demandado en autos, y en consecuencia los efectos directos de la sentencia nunca podrían alcanzarlo, pues aquí rige en plenitud la regla res inter alios acta; y desde la segunda, porque, en puridad, el objeto de la Litis fue el discernimiento de la guarda, y no la inclusión del menor en la Obra Social Subsidio de Salud, cuestión ésta para la cual era necesaria la acreditación de otros extremos distintos del mero emplazamiento en un status familiar (v.g. edad del beneficiario, condición de afiliado del guardador, etc.), y que el IPSST deberá verificar en su momento, como órgano de aplicación.

De modo que si ese fuere realmente el alcance que cabe dar al punto III°) de la resolutive de la sentencia de primera instancia, por el que se dispusiera librar oficio, pretendidamente a fin de incluir al menor en la misma, asistiría razón a la recurrente en sus restantes agravios, y lo resuelto sería nulo por transgredir el principio procesal de congruencia, que exige que la Resolución que emita la autoridad judicial guarde estricta conformidad con lo peticionado, y así correspondería declararlo, aún de oficio. En dicho sentido, en otras causas anteriores, el suscripto se ha pronunciado por la invalidez de resoluciones judiciales que producen efectos sobre terceros que no tuvieron participación en el proceso (cfr. votos del suscripto en las causas “Gil, María Nélide s/ Guarda legal amplia (beneficio de previsión social)”, sentencia N° 812 del 26/10/2010, y “Chávez José Pascual s/ Guarda legal”, sentencia N° 1027/2012 del 20/11/2012; en el mismo sentido, ver: “Lazo Vda. de Carrizo Benjamina Rosa s/ Guarda con fines asistenciales”, sentencia N° 424, del 28 de junio de 2011).

Pues si tal fuere, en definitiva, la interpretación que correspondiere dar al punto III°) de la resolutive de la sentencia de primera instancia, también el sublite involucraría un supuesto de nulidad declarable aún de oficio, en cualquier estado y grado del proceso (arg. arts. 165, segundo párrafo y 166, tercer párrafo del CPCC), y el suscripto no dudaría en hacerlo, toda vez que la resolución dictada en las instancias de grado procedería a determinar todos los efectos de la guarda legal en relación a la obra social estatal de la que es afiliado el guardador, sin que la misma hubiera sido oída en este trámite no contencioso transitado a instancias del peticionante.

2.2. Sin embargo, es teóricamente posible dar otra interpretación distinta al punto III°) de la resolutive de la sentencia de primera instancia.

Según esta segunda exégesis posible, el oficio al Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán no se habría dispuesto a los fines de “ordenarle lisa” y llanamente y sin más la inclusión del menor en la Obra Social Subsidio de Salud, sino a los efectos de hacerle conocer su emplazamiento en el status de guarda legal, de tal modo que, verificando la concurrencia de los demás requisitos legales, si correspondiere y en la medida de dicha correspondencia, procediera a inscribirlo.

3.- Existen, en consecuencia, dos exégesis teóricamente posibles, la primera de las cuales conduciría a la nulidad parcial de la sentencia, declarable aún de oficio, y la segunda a su validez. Según la primera, el oficio -que literalmente, y a tenor del art. 149 procesal es un acto destinado a hacer conocer sus resoluciones a autoridades de la Provincia- se habría librado a los fines de poner en conocimiento del Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán que era alcanzado por el efecto directo de la sentencia recaída en un proceso en el que no había sido parte; a tenor de la segunda, el oficio se habría librado a los fines de poner en conocimiento del mismo organismo el acto de emplazamiento en un status, de modo que le fuere inmediatamente oponible el efecto indirecto de la sentencia, y procediera en consecuencia, verificando la concurrencia de los restantes requisitos para la inclusión del menor en la obra social, o incluso y eventualmente, adoptare los cursos de acción legales tendientes a impugnar de inoponible dicho acto de emplazamiento, en caso de pretender que fue otorgado en fraude a sus derechos.

Cabría preguntarse: ¿Cuál interpretación adoptar? ¿La que desemboca en la nulidad de la sentencia, o la que conduce a predicar su validez?

Entiendo que debe adoptarse la exégesis que conduzca a predicar su validez, que configura la pauta interpretativa contenida en el art. 218, inc. 3 del Código de comercio, según la cual: “Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resulte la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero”. Es el criterio de Fallos: 11:389 y 12:240, del art. 1157 del código Francés, 1367 del Código italiano,

y de la célebre regla segunda de POTHIER, a tenor de la cual “cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto, y no según aquél sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna”.

Es verdad que ha sido formulada para actos de carácter privado, pero como se dijera en la Sentencia N° 894/2012 de este Tribunal, se trata de principios generalizables -tarea que han realizado con singular brillo autores de la talla de Francesco CARNELUTTI (Teoría General del Derecho, Madrid 1955)- pues pertenecen al ámbito de la Teoría General del Derecho.

En consecuencia, generalizando estos principios, del mismo modo ha de procederse, cuando lo que esté en juego sea la exégesis de una sentencia judicial pasible de dos interpretaciones, y a de preferirse aquella que conduzca a predicar su validez

5.- Atento a la complejidad de las cuestiones tratadas, y a la existencia de causas de contenido semejante a la presente -aunque no exactamente iguales- donde se hiciera lugar a la nulidad articulada, las costas se imponen por el orden causado.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

RESUELVE:

I.- NO HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto (fs. 113/126) por el apoderado del Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán en contra de la sentencia N° 23 de fecha 22 de febrero de 2012 (fs. 104/107 vta.) dictada por la Sala I de la Excma. Cámara Civil en Familia y Sucesiones.

II.- COSTAS como se consideran.

III.- RESERVAR pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.

ANTONIO DANIEL ESTOFÁN
(con su voto)

ANTONIO GANDUR

DANIEL OSCAR POSSE

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ