



San Martín de los Andes, 4 de Noviembre del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: **"ANDINA INTERNACIONAL CAMBIO Y TURISMO S.A C/ BANCO PATAGONIA S.A SUCURSAL SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** (Expte. Nro. 43941, Año 2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Llegan los autos del epígrafe a estudio de este tribunal de alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el interlocutorio obrante a fs. 78/83.

Mediante la resolución en crisis, el magistrado de primera instancia declaró la inadmisibilidad de la acción de amparo promovida por la accionante (ANDINA INTERNACIONAL CAMBIO Y TURISMO S.A.) contra el BANCO PATAGONIA S.A. - SUCURSAL SAN MARTIN DE LOS ANDES (en adelante, "el Banco") cuyo objetivo era evitar que este último cierre la cuenta corriente de titularidad de aquélla y que le permite operar en el mercado de divisas como agencia de cambios.

Para así decidir, el *a-quo* argumentó que de la lectura de la documental y del escrito inicial no se advierte la ilegitimidad, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el accionar del banco.

También consideró que la acción era inadmisibile puesto que para dilucidar la eventual invalidez del acto se requiere de un debate más amplio (art. 3, punto 4, de la Ley 1981) y porque no se advertía la manifiesta arbitrariedad o



ilegitimidad en la decisión de la entidad bancaria de cerrar la cuenta corriente.

Invocando doctrina, redundó en la legalidad del temperamento de la accionada a la luz de lo prescripto en el artículo 1404 del Código Civil y Comercial de la Nación y, enlazando jurisprudencia, remarcó el carácter excepcional del remedio incoado por la Agencia.

Con nuevas citas de precedentes y de la opinión de destacados juristas el *a-quo* insistió en que se requería de un mayor debate y de un amplio margen de prueba, haciendo alusión a la "notoria discriminación" que la empresa le atribuye al Banco.

El magistrado señaló, además, que a partir de los elementos incorporados a la causa, es evidente que no resulta palmaria la existencia de un perjuicio grave e irreparable derivado del supuesto accionar de la demandada que amerite otorgar tutela jurisdiccional por esta vía, porque no se comprende cabalmente cuales son los motivos concretos y reales que le impiden a la Empresa solicitar la apertura de una cuenta corriente en otra entidad bancaria de San Martín de los Andes, o requerir la apertura en el BCRA, tal como lo dispone en su punto primero la Comunicación "A" 4176 del 26/07/2004 y como lo hace notar la propia actora en su libelo inicial.

También descartó la aplicabilidad de la Comunicación "A" 5388 del BCRA sobre "Protección de los Usuarios de Servicios Financieros", en la cual la accionante busca resguardo como "consumidor", por entender que no mediaba entre la Empresa y el Banco una relación de consumo.

Por último, indicó que si bien la improponibilidad objetiva de la demanda debe resolverse con extrema prudencia, tratándose de una acción de amparo, el análisis debe realizarse de oficio en este estadio (art. 11 de la Ley 1981). Citó jurisprudencia que considera aplicable al sub-lite.



II.- Contra la resolución cuyos argumentos fueron brevemente sintetizados en el apartado anterior alza su queja la parte actora, a través del memorial obrante a fs. 84/88.

Luego de explicar los motivos por los cuales inició el "recurso de amparo", la apelante hace hincapié en que su empresa es la única autorizada a operar como agencia de cambio en las localidades de Villa La Angostura, San Carlos de Bariloche y San Martín de los Andes, por lo que la decisión del a-quo genera un "daño social" que no hace más que sostener la arbitrariedad del Banco.

Amén de ello -continúa-, se le provoca daño a la planta de empleados de la firma, que deberán ser suspendidos por falta de trabajo "hasta tanto la burocracia bancaria permita y termine la apertura de una nueva cuenta corriente en otro banco de una de las plazas antes señaladas", puesto que si el a-quo "se hubiera interiorizado", habría advertido que no se trata de una cuenta corriente común como a la que puede acceder cualquier persona, sino una "especial", sujeta a otro tipo de controles y que requiere de una operatoria bancaria determinada.

Dice que el magistrado cree equivocadamente que se puede abrir una cuenta corriente en el BCRA cuando en realidad no se puede, pese a lo establecido en la Comunicación "A" 4176.

Manifiesta que el primer agravio lo lleva a dos aspectos destacables: a) el uso abusivo de las facultades contractuales, sean las concedidas por el Código Civil y Comercial o por la legislación específica del BCRA y; b) el daño que causará el cierre de la cuenta corriente y "la actitud que deben tomar el Banco y el propio V.S., ante ello, porque aunque parezca mentira, la actitud del juez, en la perspectiva del nuevo Código, debe ser proactiva y no meramente de apego a la norma estricta" (sic).



Insiste en que entre su parte y la accionada existe una relación de consumo, en los términos del artículo 1092 del C.C. y C. por lo que le resultan aplicables el artículo 1094 (protección del consumidor), y 1096 a 1099 (prácticas abusivas).

Discurre sobre el aspecto, cita la definición que el flamante código civil y comercial otorga en el artículo 1119 sobre las cláusulas abusivas y afirma que es encuadrable en su situación, porque la entidad bancaria demandada no puede ignorar que la cuenta corriente cuyo cierre dispone de manera intempestiva y sorpresiva, conlleva necesariamente el cese de la actividad de ANDINA, dado que como dijo, sólo puede operar a través de esta cuenta corriente especial.

Enfatiza en que el Banco, que no desconoce la normativa a la que están sujetas las entidades habilitadas para operar en cambios -porque él también opera en el cambio de moneda extranjera-, actúa abusivamente al proceder arbitrariamente y sin razón alguna al cierre de la cuenta corriente de Andina.

Concluye que la presente causa es meritoria del "amparo" de la Justicia y que lo diferencia de toda persona física o jurídica con relación al cierre de la cuenta corriente porque: 1.- Para su parte es obligatorio contar con la cuenta para operar por disposición del BCRA; 2.- La cuenta es indispensable para operar (cuestión que, en realidad, es subsumible en el primer punto); 3.- el Banco no desconoce esta situación, porque el BCRA es su organismo de control; 4.- El Banco también ofrece el servicio de cambio de divisas; 5.- Andina es la única agencia de cambio habilitada por el BCRA para operar en la zona.

Dice que esos puntos sólo alcanzan a su parte, no así a un particular, y a tal efecto, agrega el listado de la página del BCRA que demuestra que es la agencia habilitada en la localidad.



El segundo punto que según su parecer el magistrado pareciera no haber tenido en cuenta es el referido al daño y a la teleología del nuevo C.C. y C. sobre el "deber de prevención del daño", previsto en el artículo 1710, que transcribe.

Indica que, "por si alguna duda queda, ella queda despejada por el artículo 1711..." que regula la acción preventiva, y porque ya no es facultativo del Juez sino una imposición de la ley el adoptar una actitud proactiva en materia de prevención del daño, el que, en su caso y según su entender, aparece palmario.

Dice que no se trata de si el Banco puede o no cerrar una cuenta corriente, sino de si puede llevarlo a cabo de manera intempestiva e irrazonable causando los daños descriptos.

Que distinta habría sido la situación si el Banco hubiese comunicado la intención de cierre con suficiente antelación que le permitiera a su parte gestionar la apertura de otra cuenta corriente en otra entidad de San Martín de los Andes.

Señala que no se requiere ningún "amplio debate" porque su parte acreditó no sólo la comunicación de cierre sino la necesidad de contar con la cuenta corriente para operar.

Dice que el artículo 1404 inciso a) del C.C. y C. es prácticamente idéntico al viejo 792 del Código de Comercio, por lo que no es ninguna novedad que cualquiera de las partes puede disponer el cierre de la cuenta. Que lo novedoso está en que la clausura causa perjuicios irreparables para su parte, que están más allá de la actividad comercial normal y habitual, y en que el Juez no entienda ni quiera evitar ese daño, como manda la novísima legislación de fondo.

Que la premura que impone el término con que ha sido conminada al cierre, y la lentitud de los procedimientos



judiciales, implican que sólo el amparo sea apto para evitar el daño a Andina.

Se agravia también porque el *a-quo* consideró que no existía discriminación del Banco para con la agencia de cambio.

Reitera, en este aspecto, que la cuenta corriente de su titularidad es especial, no equiparable a la de un cuentacorrentista común, porque la suya determina la posibilidad de operar en el mercado de divisas.

Que por ello, como su parte está forzada a utilizar esta modalidad y que es la única agencia en la zona, la discriminación consiste en no darle un trato especial, "porque lo igualitario que prescribe la Constitución nacional es que tengan trato igual aquellos que se encuentran en iguales condiciones".

Se agravia además porque el magistrado ignoró la prescripción contenida en el punto 2.1 de la Comunicación "A" 5388, t.o. 2014, sobre protección de los usuarios de servicios financieros, que considera aplicable a su parte. Dice que en virtud de la misma, tiene derecho, en la relación de consumo, a la protección de su seguridad e intereses económicos; y que el Banco deberá adoptar las acciones necesarias para garantizar esos derechos a los usuarios actuales y potenciales del servicio que ofrecen y prestan, de manera de asegurarles condiciones igualitarias de acceso a tales servicios.

Que la notificación de cierre de la cuenta corriente es un claro incumplimiento de la normativa transcrita y que la arbitrariedad es palmaria si se considera que ningún comercio está obligado a cerrar sus puertas por un cierre de cuenta, pero Andina sí.

Por último, le achaca al magistrado una interpretación *contra legem* del artículo 1384 del Código de fondo, porque a su entender resulta claro que el vínculo jurídico que la une con el banco constituye una relación de



consumo. Considera inaplicable la cita de doctrina realizada por el *a-quo* en este aspecto y que, de todas formas, es la propia normativa del BCRA la que trata este tipo de relaciones como de consumo, por lo que el criterio del sentenciante también sería arbitrario.

III.- A) Esta Sala, en innumerables precedentes, siguiendo el inveterado criterio de la Corte Suprema de nuestro país, ha señalado que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no es obligatorio seguir a la recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio [Cfr., en este sentido, autos "CONTRERAS MONICA ADRIANA C/ LILLO OSCAR ISAAC S/ DESPIDO", (Expte. Nro.: 2367, Año: 2010), en Acuerdo N° 60/2015, del Registro de la Oficina de trámite, entre muchos otros].

En este sentido, adelantamos que no seguiremos en un todo la línea argumentativa del apelante, porque la cuestión se resolverá transitando por otro carril.

Realizada la aclaración previa, hemos de principiar el análisis marcando nuestro disenso en el enfoque procesal con el que el magistrado de primera instancia juzgó la admisibilidad *ab initio* de la demanda.

Resulta un dato indiscutido el hecho de que la Agencia de cambios ha promovido "recurso de amparo" contra actos provenientes de una persona jurídica privada (el BANCO PATAGONIA S.A.), y no de una autoridad pública. Luego, no es la ley provincial 1.981 la que otorgará el marco procedimental sobre el que debe desenvolverse la litis, sino el artículo 321 del Código Procesal.

En efecto, mientras que la ley provincial 1981 regula el remedio constitucional para "actos, decisiones u



omisiones" provenientes de la autoridad pública, el Código de forma hace lo suyo para la misma gama de comportamientos, pero que emanen de particulares.

Para una exposición más clara de la diferencia, vale transcribir los artículos pertinentes.

Así, mientras el artículo 1º de la ley 1981 establece que: "**La acción de amparo**, en sus aspectos de mandamiento de ejecución y prohibición, **procederá contra todo acto, decisión u omisión de autoridad pública** que en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus" el artículo 321 del C.P.C. y C., dice: "*Proceso sumarísimo. Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: 1º Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Provincial, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes...*".

En pocas palabras, ha errado el magistrado de grado al encaminarse en el examen de admisibilidad previsto en el artículo 3º de la ley 1981, por no ser el que correspondía al trámite procesal de la acción promovida.

B) Sobre la última aseveración realizada, las enseñanzas del maestro Adolfo Rivas resultan muy ilustrativas, por su claridad expositiva, y concluyentes, por la exhaustividad del estudio.



Dice el especialista en derecho procesal constitucional, analizando las normas del ordenamiento nacional: *'El amparo, como consecuencia de su excepcionalidad, impone al juez la realización de una actividad liminar destinada a desestimar la respectiva pretensión, sin darle curso. Así lo establece la ley 16.986, en su art. 3º al decir que "Si la acción fuese manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones".'*

Por su parte, el art. 321 parte final, del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, dice que "Si de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor, no procediese el trámite del juicio sumarísimo, el juez resolverá cuál es la clase de proceso que corresponde".'

En uno y otro caso, el magistrado debe realizar un juicio de admisibilidad, que no se exteriorizará, salvo que tenga sentido negativo, es decir que se incline por desestimar la demanda sin sustanciarla, o sostenga -en el amparo contra actos de particulares- que no corresponde la vía elegida. Esta actividad inicial, está sujeta al requisito de que la inadmisibilidad, sea palmaria, visible, manifiesta; en la duda, corresponderá dar curso a la demanda y sustanciarla.

En el proceso de amparo de la ley 16.986, la decisión de inadmisibilidad podrá obedecer a las siguientes causas [...]

En el amparo del art. 321 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultan aplicables en líneas generales los mismos supuestos de declaración de inadmisibilidad (Palacio, Lino Enrique, obra y lugar citado en el punto 4), sin embargo, es menester formular diversas consideraciones al respecto.

La ley no sujeta al amparo contra actos de particulares, a ningún juicio de admisibilidad, salvo el



correspondiente a la improcedencia del trámite del juicio sumarísimo.

En realidad, la parte final del artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación está redactada teniendo en mira, no tanto la presencia del inciso 2, sino la posibilidad de que se pretenda desarrollar por vía de plenario excepcionalmente abreviado, litigio al que específicamente la ley le haya establecido un trámite propio (por ejemplo, un especial o un voluntario de los previstos en los libros IV y VII del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o cuando se intente un sumarísimo, cuando en realidad, y de conformidad con la norma básica del art. 319 de dicho Código, corresponda el juicio ordinario).

De todas formas, es claro que el inc. 2 del art. 321, está sujeto a la disposición de la parte final de tal dispositivo, de manera que, malgrado las posibles deficiencias de redacción señaladas, es claro que habrá que practicar la pertinente tarea de adecuación.

*Entonces, y siendo el amparo una respuesta jurisdiccional especialísima, con presupuestos propios y exclusivos algunos de ellos, no puede concebirse que el juez, pueda remitir a otras vías procesales que por sus características, no son amparo. De ahí, que **el art. 321 parte final, tiene el alcance de permitirle descartar la vía sumarísima por no haber amparo, tornando así inadmisibles la pretensión destinada a obtenerlo, sin perjuicio de señalar, si ello es posible conforme el contenido y sentido de la demanda, el tipo de proceso -no ya de amparo- al que se debe recurrir'** [Título: "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional"; Autor: Rivas, Adolfo A.; Publicado en: LA LEY1984-B, 931 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 301; Cita Online: AR/DOC/11644/2001. La negrita nos pertenece].*



En la misma línea de interpretación, y con cita de jurisprudencia del foro nacional, Morello y Vallefin dicen que: 'Esta misma filosofía impone que, habiéndose deducido una acción de amparo, genéricamente contra una empresa telefónica privada, corresponde encuadrar la pretensión en los términos del art. 321 inc. 2º del CPC y aplicar el procedimiento previsto para los juicios sumarísimos. Véase Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, sala I, *in re* "Cascallar Carrasco, Saúl F. c Telefónica de Argentina S.A.", sent. Del 27-8-1991, en JA, del 13-11-1991. La conclusión no varía porque se invoquen expresamente las normas de la ley 16.986 o de su análoga bonaerense, en tanto por aplicación del principio *iura curia novit*, es deber de los jueces efectuar la correcta calificación jurídica de las pretensiones deducidas por las partes. En otros términos, si se ha promovido acción de amparo contra Telefónica de Argentina con fundamento en las disposiciones de la ley 16.986, no corresponde rechazar *in limine* la demanda por no ser aplicable dicha normativa a los actos y omisiones de entidades privadas, sino encauzar el litigio de acuerdo a las prescripciones del art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación' [Augusto M. Morello, Carlos A. Vallefín, "El Amparo. Régimen Procesal", pág. 76. Tercera edición. Librería Editora Platense S.R.L., 2008].

Nuestro máximo tribunal local también ha tenido oportunidad de aclarar la diferencia de la legislación procesal aplicable según el carácter público o privado de quien realiza el acto, emite la decisión u omite la conducta lesiva. En este sentido, ha señalado que: "...más allá de que en autos se ha promovido una acción de amparo y que una de las partes es la Provincia de Neuquén, es decir, una autoridad pública en los términos del Art. 2º de la Ley 1.981, resulta ajustado indicar que dicha parte resulta ser actora -no demandada-. Ergo, la normativa procesal aplicable al caso no



es la Ley 1.981, en tanto no se persigue la tutela judicial contra actos de autoridad pública, sino, a la inversa. Por ende, es el Código Procesal Civil y Comercial y consecuentemente, la Ley 1.406, los que han de aplicarse, sin las modificaciones introducidas por la Ley de Amparo. Tal ha sido el criterio adoptado por este Tribunal en casos similares (vide R.I. N°66/03). El elemento que determina el procedimiento aplicable viene dado por el acto, decisión u omisión que se intenta atacar. El Art. 1 de la Ley 1.981 dispone [...] A su vez, el Art. 321 del C.P.C. y C. establece [...]. En conclusión, la Provincia de Neuquén ha promovido acción de amparo contra tres particulares... De ello se infiere que el acto, decisión u omisión atacado no ha sido realizado por una autoridad pública, sino por particulares. Por consiguiente, las normas adjetivas por las que debe sustanciarse el procedimiento son, por un lado, los Arts. 321 y 498 del C.P.C. y C..." [Tribunal Superior de Justicia, autos "PETROLERA ENTRE LOMAS S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A PROVINCIA DE NEUQUEN C/ PETROBRAS ENERGÍA S.A. Y OTROS S/ ACCIÓN DE AMPARO", R.I. N° 61, año 2009, del 12/06/2009, publicada en la base de jurisprudencia del sitio oficial: www.jusneuquen.gov.ar].

IV.- Sin más en qué ahondar, ante la clara diferencia existente en el trámite inicial según se trate de uno u otro supuesto, corresponde decretar la nulidad de la resolución de fs. 78/83, y remitir los autos a origen a fin de que se siga el procedimiento pautado en el artículo 321 del Código Procesal.

A tal fin, toda vez que el titular del Juzgado de grado ya adelantó opinión sobre la suerte que a su entender correrá la pretensión de fondo de la accionante, habrá de apartarse del conocimiento de la causa al titular del Juzgado Civil N° 1 de Junín de los Andes, Dr. Joaquín Cosentino y, oportunamente, deberá remitirse el expediente al magistrado



que sigue en orden de subrogancias (Cfr. artículo 17, inciso 7° del C.P.C. y C.).

V.- Finalmente, en relación a la solicitud de la parte apelante de que se decrete la medida cautelar peticionada en el escrito de inicio, a estar a las constancias de autos, aquélla deberá incorporar material probatorio en la instancia de origen y reeditar el planteo, de conformidad a las circunstancias fácticas vigentes a la fecha.

VI.- Sin costas de Alzada, en virtud del estado de las actuaciones (sin traba de la litis).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Decretar la nulidad de la resolución de fs. 78/83 y, en consecuencia, ordenar que en la instancia de origen se siga el trámite previsto en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial.

II.- Apartar al titular del Juzgado Civil N° 1 de Junín de los Andes, Dr. Joaquín Cosentino, del conocimiento de la causa, la que deberá radicarse ante el magistrado que siga en el orden de subrogancia legal.

III.- Sin costas de Alzada, en virtud del estado procesal de autos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Resoluciones Interlocutorias N°: 108/2015

Dr. Alexis F. Muñoz Medina - Secretario Subrogante