RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

Dirigida por **Héctor Alegria** y **Graciela Medina**

Año IX | Número 2 | Abril 2023

DIRECTORES EJECUTIVOS:
Pablo D. Heredia
Carlos E. Camps
María Fabiana Compiani

COORDINADORES:
José H. Sahián
María Carolina Abdelnabe Vila

ISSN 2469-049X

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD DIGITAL

Transferencias de criptoactivos. Billetera virtual. Rechazo de la medida cautelar solicitada.

Con nota de Macarena María Szylko

> Se rechaza la solicitud de medida cautelar de no innovar y de embargo preventivo. La naturaleza de los hechos invocados como sustento de la medida cautelar, consistentes en la supuesta "suplantación de identidad digital" mediante la cual un tercero habría utilizado la firma electrónica de la demandante para operar su billetera virtual y cuenta, ejecutando dos transferencias de criptoactivos Bitcoins, resulta ser algo que deberá ser objeto de prueba y debate y que, en este estado inicial del proceso, no aparece como verosímil el derecho invocado.

JNCom. Nro. 3, 04/11/2022. - B., C. c. Xapo Bank Limited y otro s/ medida precautoria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/187844/2022]

1ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 4 de 2022.

Vistos:

1.1. C. B. presentó "...demanda de medida cautelar de no innovar contra XapoBank Limited y Xapo VASP Limited (...) solicitando se ordene la inmediata restitución en mi billetera virtual y cuenta (wallet) abierta en Xapo Bank, la cantidad de 5,76571522 bitcoins (BTC) con más los intereses que aplique el Juzgado desde la fecha de ejecución de las transacciones impugnadas" (apartado I).

Invocó que el 16/02/2022 le sustrajeron su teléfono celular marca Iphone y que el 01/03/2022 ingresó al banco digital Xapo Bank y "...notó que tenía dos transferencias de criptoactivos Bitcoins BTC 5,00000911 y BTC 0,76570611 ambas de fecha 18/02/2022 hacía la cuenta..." que individualizó en el apartado III.

Dijo que formuló el reclamo por e-mail al Xapo Bank pero que éste le respondió "...que no hubo brecha de seguridad en los sistemas de Xapo, lo que significa que no es posible ninguna otra acción por nuestra parte".

Afirmó que "las operaciones cuestionadas [de transferencia de bitcoins] fueron ejecutadas sustituyendo mis credenciales digitales, ante lo cual el banco autorizó la ejecución de las transacciones de forma remota. Esa autorización se efectúa a través de una firma electrónica, cuya autenticidad en este caso desconozco".

Consecuentemente, solicitó la presente medida cautelar dirigida a que sea ordenada la devolución a su billetera virtual de 5,76571522 bitcoins.

De no admitirse aquello, en forma subsidiaria, solicitó que disponga el embargo preventivo "...sobre los fondos de la accionada por la suma equivalente a la totalidad de las transferencias ejecutadas fraudulentamente..." (apartado V).

1.2. En función de lo solicitado en el escrito que antecede, corresponde resolver la solicitud de medida cautelar.

2.1. La CSJN ha recordado siempre que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar prima facie, la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 344:355; 344:759; 344:1033; 344:1051).

También ha afirmado que el examen de las medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses del demandante y el derecho constitucional de defensa del demandado (Fallos: 344:316; 343:930).

Y, concretamente en asuntos como el presente en el que se peticiona una medida cautelar de no innovar, la CSJN ha señalado reiteradamente que, si bien la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, la innovativa constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y por ello justifica una mayor estrictez en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 326:3729; 328:3638; 328:3720; 329:3464; 342:645).

2.2. En otro orden de ideas, advierto que el peticionario aún no ha promovido el proceso principal. Y, sobre el punto, un distinguido autor procesalista que aborda concretamente esta temática, indica que "...las pretensiones cautelares pueden interponerse, como regla general, antes o después de promovido el proceso principal. [Si se interpone antes, como sucede en este asunto], las cargas cuyo cumplimiento impone el art. 195 son exigibles con mayor estrictez pues en el segundo supuesto [cuando se interpone después] el juez cuenta, normalmente, con elementos de juicio susceptibles de acreditar el derecho que se intenta

asegurar y los requisitos a que se halla supeditada la medida solicitada, circunstancia que exime al actor de la necesidad de fundamentar detalladamente tales extremos y atempera la carga probatoria que aquél debe asumir en su presentación…" (Palacio Lino, "Derecho Procesal Civil", actualizado por Camps, Carlos E., T. VIII, 2° edición, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, p. 23).

3.1. Con ese enfoque conceptual, anticipo que no encuentro, prima facie y en el estado actual del proceso, acreditado —al menos indiciariamente— la existencia de peligro en la demora ni la verosimilitud del derecho invocado por el demandante.

En efecto, el demandante afirmó que el peligro en la demora "…se evidencia en la pérdida inmediata de mi capital y ahorros en dólares, el cual es utilizado para la manutención de mi familia…" (apartado b.2).

Pese a lo que manifiesta, no ha acompañado —hasta el momento— alguna prueba tendiente a acreditar, aunque de manera indiciaria, que aquello sea cierto.

Desde esa perspectiva, la CSJN ha señalado que el requisito de peligro en la demora que exige la adopción de una medida de no innovar debe juzgarse de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros (Minera Tritón Argentina SA c. Santa Cruz, Provincia de s/ medida cautelar del 30/06/2015; 330:4144 disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Zaffaroni; 330:1261; 329:2764 disidencia del juez Fayt; 329:789; 326:3658; 326:1999; 325:2842; 325:2367; 325:1873; 314:711), cuestión que —con la sola aseveración que transcribí— no aparecería configurado, al menos en este estado embrionario del proceso.

Agrego, también, que la CSJN señaló que el factor temporal se vuelve imprescindible para examinar si concurre el peligro en la demora, esto es, si la circunstancia de mantener el status quo erat ante convierte la sentencia, o su ejecución, en ineficaz o imposible (Fallos: 329:4161).

Y, también desde esta perspectiva, el demandante no invoca razones para sostener que una hipotética sentencia de fondo que, eventualmente, se dicte en caso de que aquella promueva la acción de fondo que anuncia en el apartado VIII (nulidad de acto jurídico y daños y perjuicios) se tornaría en ineficaz o de imposible ejecución.

3.3. En segundo lugar, y en lo atinente al requisito de la verosimilitud en el derecho invocado, estimo adecuado recordar que tradicionalmente la jurisprudencia tiende a considerar que "a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor del "fumus" se puede atemperar" (Cám. Contencioso Administrativo Federal, Sala I, "Banco Popular de La Plata", del 18/10/1965; y Sala II, "Pesquera del Atlántico SA", del 14/10/1983).

Con ese enfoque conceptual, y en función de la valoración —provisional, por cierto— que formulé acerca de la falta de peligro en la demora, cobra particular virtualidad aquella pauta interpretativa, por lo que —en el concreto contexto de este expediente— parece que deba apreciarse con mayor rigurosidad la probabilidad de buen derecho.

Desde esa perspectiva, estimo que la naturaleza de los hechos invocados como sustento de la medida cautelar, consistentes en la supuesta "suplantación de identidad digital" mediante la cual un tercero habría utilizado la firma electrónica de la demandante para operar su billetera virtual y cuenta abierta en Xapo Bank ejecutando dos transferencias de criptoactivos Bitcoins el 18/02/2022 (ver apartados I, III y IV. A), resulta ser algo que deberá ser objeto de prueba y debate y que, en este estado inicial del proceso, no aparece como verosímil el derecho invocado. Ello sin perjuicio —claro está— de lo que pudiera surgir de la acción de fondo que anuncia que promoverá.

Por lo expuesto resuelvo: Rechazar la solicitud de medida cautelar de no innovar y de embargo preventivo. Sin costas por no mediar sustanciación. Notifíquese por Secretaría del Juzgado al demandante. — *Jorge S. Sicoli.*

SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD DIGITAL

Transferencia de activos digitales. Bitcoins. Billeteras virtuales. Rechazo de la medida cautelar solicitada.

Con nota de Macarena María Szylko

1. — Se rechaza la medida cautelar solicitada. La actora pretende retrotraer el estado de las cosas al momento anterior a que se hizo la transferencia de los bitcoins que alega fue realizada por un tercero sin su autorización. El banco accionado contestó a su reclamo que no hubo brecha de seguridad en sus sistemas. Ello, dentro del marco precario de la cautela, impide tener por acreditada la fuerte probabilidad de la existencia del derecho, y es claro que abona la falta la demostración de una conducta antiju-

rídica evidente, requisitos que son necesarios para el dictado de la medida requerida en el marco del art. 1711 Cód. Civ. y Com. **[1]**.

2. — Se rechaza la medida cautelar solicitada. Se pretende la restitución de las sumas transferidas sin autorización mediante una billetera virtual, materia que sería objeto de la acción de fondo al haberse postulado que se iniciaría una acción de nulidad de acto jurídico, con lo que se aprecia que se proveería una suerte de ejecución de condena anticipada con desmedro del pronunciamiento que se dicte en definitiva, erigiendo la medida cautelar en un fin en sí misma, lo que resultaría inadmisible.

CNCom., sala A, 26/12/2022. - B. C. c. Xapo Bank Limited y otro s/ medida precautoria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/187843/2022]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 3, "B., C. c. Xapo Bank Limited y otro s/ medida precautoria", 04/11/2022, TR LALEY AR/JUR/187844/2022.

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 26 de 2022.

Vistos:

1. Apeló la actora la resolución dictada el 04/11/2022 en donde el juez de grado rechazó la medida cautelar de no innovar y el embargo preventivo solicitados.

Los fundamentos fueron desarrollados en la presentación de fecha 28/11/2022.

De su lado, la Sra. Fiscal General se expidió en el dictamen que antecede en el sentido de rechazar el presente recurso.

2. En autos se presentó C. B. solicitando una medida cautelar de no innovar contra Xapo Bank Limited y Xapo Vasp Limited, solicitando que se ordenara la inmediata restitución en su billetera virtual y cuenta (wallet) abierta en Xapo Bank la cantidad de 5,76571522 bitcoins.

Relató que el 16/02/2022 le sustrajeron su teléfono celular marca Iphone y que, luego, el 01/03/2022, al ingresar a su cuenta en el banco digital Xapo Bank "...notó que tenía dos transferencias de criptoactivos Bitcoins BTC 5,00000911 y BTC 0,76570611 ambas de fecha 18/02/2022..." hacia una cuenta desconocida. Indicó que realizó la denuncia por e-mail al Xapo Bank, quien bloqueó su cuenta, pero después le respondió "...que no hubo brecha de seguridad en los sistemas de Xapo, lo que significa que no es posible ninguna otra acción por nuestra parte".

La accionante alegó que las operaciones fueron realizadas sustituyendo sus credenciales digitales, ante lo cual el banco autorizó la ejecución de las transacciones de forma remota.

Consecuentemente, solicitó la presente medida cautelar dirigida a que se restituyeran los fondos transferidos a terceros sin su consentimiento, hasta tanto se determinara la responsabilidad penal y/o se dicte sentencia en el proceso ordinario que iniciará. En forma subsidiaria peticionó un embargo sobre los fondos de la accionada por la suma equivalente a la totalidad de las transferencias ejecutadas fraudulentamente por los estafadores.

Señaló que el peligro en la demora se configuraba con la pérdida inmediata de su capital y ahorros en dólares que utiliza para mantener a su familia.

Indicó que la acción de fondo que iniciará será un juicio de nulidad de acto jurídico y daños y perjuicios.

3. En la resolución apelada, el magistrado de grado señaló, que no encontraba acreditado, al menos indiciariamente la existencia de peligro en la demora, ni la verosimilitud del derecho invocado por el demandante.

Indicó que la accionante no había adjuntado prueba que acreditara que los fondos objeto de este proceso fueran utilizados para mantener su familia, ni había invocado razones para sostener que una hipotética sentencia de fondo que se tornaría en ineficaz o de imposible ejecución.

Por otra parte, respecto de la verosimilitud del derecho, consideró que la naturaleza de los hechos invocados como sustento de la medida cautelar, consistentes en la supuesta "suplantación de identidad digital" mediante la cual un tercero habría utilizado la firma electrónica de la demandante para operar su billetera virtual y cuenta abierta en Xapo Bank ejecutando dos transferencias de criptoactivos Bitcoins, resultaba objeto de prueba y debate, por lo que en este estado inicial del proceso, no aparecía como verosímil el derecho invocado.

4. Se quejó la actora de lo decidido en la anterior instancia porque se consideró no acreditado el peligro en la demora cuando en su escrito había señalado que la cautelar estaba dirigida a no agravar más su situación económica y moral y de toda su familia, atento la volatilidad del valor de los activos. Refirió que

esa volatilidad menoscababa su capital y, al no poder disponer de ellos para convertirlos en una moneda estable, se pulverizaba su capacidad adquisitiva. Refirió la causa penal iniciada y la investigación que allí se estaba llevando a cabo. Invocó el carácter protectorio del consumidor y la interpretación que debería efectuarse a favor de éste. Puntualizó que el diseño de la mecánica de validación de la identidad para la ejecución transaccional de la plataforma digital financiera fue desarrollado exclusivamente por la demandada.

5. Cabe señalar, que en principio, la medida cautelar de no innovar, como en general toda otra medida de seguridad, se orienta a preservar, mientras se sustancia el proceso principal, la inalterabilidad de determinada situación de hecho o de derecho (conf. Palacio L., "Derecho Procesal Civil", T. VIII, p. 176). Su finalidad consiste en impedir que, mediante la alteración de esa situación por las partes durante el curso del proceso, la sentencia se haga de cumplimiento imposible o el derecho que ella reconoce, ilusorio.

Por ello, al tratarse de un remedio de excepción dentro de las medidas cautelares, la valoración de las circunstancias que conducen a su reconocimiento debe ser extremadamente cuidadosa, y necesariamente restringida, en especial, cuando se trata de limitar facultades que son inherentes a la propiedad (Arazi, Roland, "Medidas Cautelares", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 265), siendo por ello su aplicación de carácter restrictivo (CNCom., Sala "E", in re: "Corafro, Alfredo y otros c. Banco de la Provincia de Buenos Aires", del 09/12/1989).

De otro lado, es requisito de procedencia de las medidas cautelares la acreditación de la verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora. El primero de dichos recaudos está regido por la apariencia que presente el pedido respecto de la probabilidad de que el derecho exista y no, como una incontestable realidad, que sólo se logrará al agotarse el trámite.

El peligro en la demora significa, que debe existir un temor grave y fundado en el sentido en que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore, o sufra un menoscabo, durante la sustanciación del proceso. De este modo, se trata de evitar que la sentencia a dictarse sea una mera declaración, sin posibilidad de cumplimiento concreto.

6. Sentado ello, se analizará la medida solicitada, en primer término, en el marco de una tutela preventiva como fue introducida como fundamento en el memorial.

Al respecto, cabe señalar que el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación en su art. 1708 incluye a la prevención, como función propia de la responsabilidad civil, constituyendo el soporte en el que se asienta el sistema de responsabilidad civil en el derecho privado patrimonial. En ese orden, el código contempla la función preventiva en su art. 1711 donde se establece que: "La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento" y que "No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución".

El Cód. Civ. y Com. de la Nación recepta así la tutela preventiva que permite, en ciertos y excepcionales supuestos conjurar la producción de un daño, su continuación o agravamiento, ante actos u omisiones antijurídicas como correlato del deber de prevención de daño que aparece en los supuestos de responsabilidad civil (art. 1710), ya sea, evitando causar un daño no justificado o, adoptando medidas razonables para evitar que se produzca un daño, para disminuir su magnitud o, para no agravarlo si ya se produjo. Indica la norma que no es exigible la concurrencia de un factor de atribución (art. 1711) estando legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del perjuicio (art. 1712). Se ha señalado, en este marco que, este tipo de acción preventiva se suma como elemento específico de la responsabilidad civil al sistema cautelar preventivo procesal y sustancial establecido en leyes adjetivas y sustanciales especiales. (Falcón Enrique, "El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación", ps. 382/383).

Sentado lo anterior es claro que subsisten las medidas cautelares clásicas y propias de las regulaciones legales y que a ellas se agrega la tutela preventiva, cuya articulación procesal se deducirá mediante remedios procesales clásicos para validar la tutela requerida. En esa línea es de menester, en este último caso, una fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible y no la mera verosimilitud, con que se contenta la diligencia cautelar.

En efecto, se exige que se configure una fuerte probabilidad de la existencia del derecho, esto es, la demostración de una conducta antijurídica, extremo que sobre la plataforma fáctica propuesta en autos no se aprecia acreditado del modo necesario, que es exigible en esta instancia.

7. En efecto, la actora pretende a través de esta cautelar retrotraer el estado de las cosas al momento anterior a que se hizo la transferencia de los bitcoins que alega fue realizada por un tercero sin su autorización.

Ahora bien, como lo señala el juez de grado, dicha aseveración requiere de una debida sustanciación y de la producción de prueba, sin que pueda tenerse,

en el estrecho marco cognoscitivo de una cautelar, por acreditado lo manifestado por la accionante.

Véase que el banco accionado contestó a su reclamo que no hubo brecha de seguridad en sus sistemas. Ello, se reitera, dentro del marco precario de la cautela, impide tener por acreditada la fuerte probabilidad de la existencia del derecho, y es claro que abona la falta la demostración de una conducta antijurídica evidente, requisitos que son necesarios para el dictado de la medida requerida en el marco del art. 1711 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación.

8. Desde otro ángulo y considerando ahora la pretensión como mera medida cautelar, cabe señalar que si bien la jurisprudencia, en general, tiende a valorar con criterio amplio las cuestiones que hacen al otorgamiento de las medidas cautelares, en tanto con ello se procura que no resulten inocuos los pronunciamientos que dan término al litigio, está conteste también que debe meritarse al mismo tiempo, que su dictado no signifique anticipar su resultado ante la gravedad de su admisión o de las consecuencias que ello acarree (CNCiv. Sala B, noviembre 17-983, "Bordon, Angel P c. Centro Suboficiales Retirados del Ejército y Aeronáuticos A. M.", LA LEY, 1984, B, 22).

Así, el contenido de la medida cautelar debe detenerse allí donde su materialización conlleva la concesión del objeto mismo de la demanda, porque se compromete la propia materia debatida en la causa de conocimiento, afectándose precisamente el objeto del pleito, con menoscabo de garantías constitucionales como la defensa y la igualdad.

Tal pretensión desvirtuaría el instituto cautelar al convertírselo en un medio para arribar, precozmente, al resultado buscado a través del dictado de la sentencia definitiva, sin necesidad de aguardar a ésta (conf. CCom, Sala C 11/12/1991. in re "Manente, German T. c. Antonio Manente SA s/ Sumario s/ inc. medida precautoria."; esta Sala, in re: "Administración Antonini SRL c. Antonini, María Teresa s/ medida precautoria", del 22/05/2001).

En el caso, la medida solicitada pretende la restitución de las sumas transferidas, materia que aparentemente sería objeto de la acción de fondo al haberse postulado que se iniciaría una acción de nulidad de acto jurídico, con lo que se aprecia que se proveería una suerte de ejecución de condena anticipada con desmedro del pronunciamiento que se dicte en definitiva, erigiendo la medida cautelar en un fin en sí misma, lo que resultaría inadmisible.

Lo expuesto, precedentemente, no implica en modo alguno adelantar opinión acerca de lo que debiera juzgarse en definitiva sino dejar en claro, al sólo efecto de emitir este pronunciamiento con la precariedad que caracteriza a esta etapa del proceso, que con las constancias arrimadas y los argumentos vertidos por la parte actora no se aprecia suficientemente justificado el derecho que se invoca para el dictado de la medida de no innovar pretendida.

9. De igual modo, tampoco se aprecian dadas las condiciones para el dictado del embargo solicitado en forma subsidiaria.

Así las cosas debe confirmarse el rechazo decidido por el juez de grado.

Por todo lo aquí expuesto, esta Sala resuelve: Rechazar el recurso deducido por la actora y, por ende, confirmar el pronunciamiento apelado en lo que decide y fue materia de agravio. Notifíquese a la parte actora y oportunamente, devuélvase a la anterior instancia. — *Héctor O. Chomer.* — *María E. Uzal.* — *Alfredo A. Kölliker Frers.*

Precisiones jurisprudenciales sobre la tutela del consumidor hipervulnerable

Macarena María Szylko (*)

Sumario: I. La identificación del problema.— II. El fallo.— III. Conclusiones.

I. La identificación del problema

El derecho del consumidor como disciplina jurídica se ha construido en torno al concepto de "desigualdad negocial", asumiendo que una de las partes se encuentra en un estado de poderío inferior a la otra. Es decir, se ha construido en torno a la parte vulnerable. Desde sus comienzos se instauró como una disciplina a efectos de asegurar el restablecimiento de la igualdad y libertad contractual en donde, en el marco de las relaciones entre los proveedores de bienes y servicios y sus destinatarios finales, el sistema de tutela del derecho patrimonial no bastaba.

La sistemática del tema obliga a considerarlo como un capítulo específico de la más amplia problemática de la tutela de la debilidad jurídica, que ha merecido atención del derecho desde épocas lejanas. Así llegó la sanción de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor delimitando a los sujetos que se verían beneficiados con un sistema tuitivo especial, definiendo al consumidor como un sujeto vulnerable. Sin embargo, con el pasar del tiempo ciertos sectores comenzaron a hablar de la necesidad de crear un nuevo consumidor con mayor protección, creándose administrativamente —través de resolución: la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior— al consumidor hipervulnerable.

Pero ¿qué significa ser un consumidor hipervulnerable? ¿Qué determina la hipervulnerabilidad? ¿Cuáles son sus alcances? Ciertamente, estas preguntas —y otras tantas— no quedan claras de la mencionada res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.

¿Será acaso un buen ejemplo de hipervulnerabilidad, los usuarios utilizando la tecnología?

Veamos: la tecnología ha traspasado transversalmente cada uno de los aspectos de nuestra vida cotidiana, sin importar la edad, sexo, o situación socioeconómica.

En este sentido, Internet trajo aparejadas muchas ventajas: aumentó las posibilidades de interacción con otros individuos, de elegir una amplia gama de productos y servicios reduciendo los costos de transacción en beneficio de los consumidores, incluso tuvo incidencia en la manera en que hoy por hoy las personas abonan sus deudas o maneja sus propios fondos.

En el presente artículo, nos proponemos analizar el fallo dictado por el Juzgado Comercial N° 3 - Secretaría N° 6 "B., C. c. Xapo Bank Limited y otro s/ medida precautoria" el cual trata temas interesantes en lo que respecta los consumidores hipervulnerables, el deber de seguridad en la comercialización de criptoactivos a través de billeteras virtuales y cuestiones procesales con relación a la medida cautelar solicitada y va dando un poco de luz a estos aspectos.

II. El fallo

II.1. Hechos

C. B. (en adelante, "actora") (i) presentó un pedido de medida cautelar de no innovar contra Xapo

(*) Abogada (UBA). En PAGBAM especialista en Defensa del Consumidor. Ayudante de cátedra en la Universidad de Buenos Aires a cargo del Dr. Cuiñas Rodríguez en Derecho del Consumidor.

Bank Limited y Xapo VASP Limited (en adelante, "demandada") "solicitando se ordene la inmediata restitución en mi billetera virtual y cuenta (*wallet*) abierta en Xapo Bank, la cantidad de 5.76571522 bitcoins con más los intereses que le aplique el Juzgado desde la fecha de ejecución de las transacciones impugnadas" y, (ii) de forma subsidiaria, se disponga el embargo preventivo sobre los fondos de la demandada.

Ello toda vez que —según alega la actora— el 16 de febrero de 2022 advirtió que tras el robo de su teléfono celular se habrían efectuado dos transferencias de criptoactivos hacia la cuenta de un tercero.

Sin embargo, tras plantear la cuestión de manera directa con la demandada, la actora manifiesta que la entidad no asumió la responsabilidad alegando "que no hubo brecha de seguridad en los sistemas de XAPO, lo que significa que no es posible ninguna otra acción por nuestra parte". A pesar de ello, la actora afirma que "las operaciones cuestionadas [de transferencia de bitcoins] fueron ejecutadas sustituyendo mis credenciales digitales, ante lo cual el banco autorizó la ejecución de las transacciones de forma remota. Esa autorización se efectúa a través de una firma electrónica, cuya autenticidad en este caso desconozco".

II.2. La sentencia

Al tratarse de una medida cautelar, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial no revisaron la cuestión de fondo toda vez que ello debe analizarse en el proceso relativo a la nulidad del acto jurídico en cuestión, pero examinaron la procedencia de la medida cautelar, rechazándola. Ello, en virtud de que en las medidas de no innovar la Corte Suprema de Justicia de la Nación exigía mayor estrictez en la apreciación de los recaudos de admisión como la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

Sobre el peligro en la demora, la actora manifestó que se evidenciaba la pérdida de su capital y ahorros en dólares lo que se usaba para mantener a su familia, pero no acompañó prueba alguna para sustentarlo, y tampoco invocó razones para sostener que una hipotética sentencia de fondo se pudiera volver ineficaz. Por otro lado, en lo referente a la verosimilitud en el derecho, la supuesta "suplantación de identidad digital" para realizar las transferencias fraudulentas era algo que debía ser objeto de debate y prueba, no apareciendo como verosímil en este estadio procesal. Particularmente, se indicó que "la pretensión desvirtuaría el instituto cautelar al convertírselo en un medio para arribar, precozmente, al resultado buscado a través del dictado de la sentencia definitiva, sin necesidad de aguardar a esta (...). En el caso, la medida solicitada pretende la restitución de las sumas transferidas, materia que aparentemente sería objeto de la acción de fondo al haberse postulado que se iniciaría una acción de nulidad de acto jurídico, con lo que se aprecia que se proveería una suerte de ejecución de condena anticipada con desmedro del pronunciamiento que se dicte en definitiva, erigiendo la medida cautelar en un fin en sí misma, lo que resultaría inadmisible. Lo expuesto, precedentemente, no implica en modo alguno adelantar opinión acerca de lo que debiera juzgarse en definitiva sino dejar en claro, al solo efecto de emitir este pronunciamiento con la precariedad que caracteriza a esta etapa del proceso".

Por su parte, resulta interesante el análisis efectuado por la representante del Ministerio Público Fiscal (en adelante, el "MPF"), la Dra. Gabriela F. Boquin, sobre el alcance de la hipervulnerabilidad como consumidora alegada por la actora.

A mayor abundamiento, el MPF descartó el planteo toda vez que, si bien entre la actora y la demandada existía un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas con una supuesta disparidad de poder entre las partes en la relación negocial, ello "no bastaría *per se*" para aplicarle a la actora tal calificación. Ello en virtud de "que nos encontramos ante una operatoria que requiere de un mínimo estándar de conocimientos técnicos por parte de los usuarios, lo cual se acentúa si se toma en consideración la cuantiosa suma aquí reclamada, que al momento de la alegada sustracción, superaba los USD 230.000" **(1)**.

II.3. Análisis

En el fallo, podemos apreciar que el MPF, por un lado, reconoce la relación jurídica que une a las partes, y por otro, niega el carácter de "consumidora hipervulnerable" a la actora.

(1) Ver: https://www.diariojudicial.com/nota/94095.

Ahora bien, la actora pretende que en función de la hipervulnerabilidad alegada se dé curso a la medida cautelar, con el fin de obtener el reembolso de sus fondos. Sin embargo, tal como se indicó anteriormente, la actora no encuadra en dicha calificación, ya que, a criterio del MPF, la operatoria requería de un mínimo de conocimiento técnico.

El planteo aquí es ¿quién determina ese límite?

Tal como fuera adelantado, mediante la res. 139/2020 **(2)** la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación dispuso: "A los fines de lo prescripto en el art. 1° de la ley 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores". Esta definición también comprende a "las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo".

El texto reconoce la convergencia de vulnerabilidades que confluyen en la idea de consumidor hipervulnerable, es decir la suma de ciertas fragilidades que orbitan la ya reconocida vulnerabilidad en la noción de consumidor "común". Esta, podría decirse, es una tendencia aceptada al abordarse la idea vulnerabilidad en general **(3)**, que se encontraría presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que analiza el fenómeno tanto desde la óptica de condiciones inherentes al individuo, como desde situaciones específicas que ubican al individuo en posición desventajosa para el ejercicio de sus derechos **(4)**. Ambas facetas deben ser contempladas al momento de realizar un test de vulnerabilidad respecto de un individuo.

Pero lo que no hay que perder de vista, son las implicancias jurídicas que conllevan el reconocimiento de dicha hipervulnerabilidad, si es que ella en rigor existe. En esta tarea cobran importancia los jueces así, como vemos en el fallo analizado, son estos quienes terminan definiendo el marco de alcance del concepto referido.

Cabe reparar en la amplitud que de la figura de hipervulnerable que se complementa en el art. 2° de la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior. En ese sentido, se contemplan reclamos que involucren derechos o intereses de: a) niños, niñas y adolescentes; b) personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) personas mayores de 70 años; d) personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) personas migrantes o turistas; f) integrantes de comunidades de pueblos originarios. También se enuncian como posibles causas de vulnerabilidad situaciones socioculturales tales como: la ruralidad y la residencia en barrios populares conforme ley 27.453, y situaciones de vulnerabilidad socioeconómica en los supuestos delimitados por la propia normativa.

Ciertamente, la amplitud desmesurada de la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio obliga necesariamente a una limitación que, en el caso bajo análisis, vino de la justicia.

III. Conclusiones

Lo expuesto revela que la identificación de vulnerabilidades en el interior del derecho del consumidor posibilita la consideración de las situaciones individuales incidiendo en el funcionamiento de las herramientas tuitivas existentes y muestra la necesidad de nuevas herramientas. Señalaba Fulchiron que al ser la vulnerabilidad descriptiva de un estado es al mismo tiempo prescriptiva de un estatuto protectorio que se construirá de manera parcial o completa según las particularidades de las concretas situaciones de vulnerabilidad a tutelar **(5)**. Dichas particularidades se evidencian en el fallo tratado al momento de definir el límite del concepto por parte del MPF. Sin embargo, es evidente que urge continuar dándole forma a fin de evitar inconsistencias jurídicas que generen problemas mayores para el futuro.

(2) BO del 28/05/2020.

(3) FRUSTAGLI, Sandra, "La protección de los consumidores hipervulnerables durante la pandemia", ob. cit., p. 310.

(4) https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf.

(5) FULCHIRON, H., "Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables", ob. cit., p. 5.