



Poder Judicial de la Nación  
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

**... B. C. c/ XAPO BANK LIMITED Y OTRO S/ MEDIDA  
PRECAUTORIA**

Buenos Aires, 26 de diciembre de 2022.

**AUTOS Y VISTOS:**

1. Apeló la actora la resolución dictada el 4/11/22 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 28/11/22.

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 16/02/22 le sustrajeron su teléfono celular marca Iphone y que, luego, el 1/3/22, 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 petitionó 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 (2) 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*", tº 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, pág. 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 9/12/89).

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 Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1.708 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 CCCN 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. 1.710), 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”*, pág 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 Código Civil y Comercial 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 convertírsele 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 11/12/91. *in re* "*Manente German T. C/ Antonio Manente SA S/ Sumario s/ inc. medida precautoria.*"; esta Sala, *in re*: "*Administración Antonini S.R.L. c/ Antonini, Maria Teresa s/ medida precautoria*", del 22/5/01).



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 inadmisibile.-

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.

**10.** 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 OSVALDO CHOMER**

**MARÍA ELSA UZAL**

**ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS**

**MARÍA VERÓNICA BALBI**

**Secretaria de Cámara**

