

Régimen jurídico de los proveedores de servicios de criptoactivos

ISAAC FRANCISCO PÉREZ PÉREZ

PRÓLOGO

JAVIER PLAZA PENADÉS
MARINA SANCHO LÓPEZ

Índice General

	<i><u>Página</u></i>
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	15
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN.....	23
 I	
CONCEPTOS LEGALES. CONTEXTO HISTÓRICO	29
1. Conceptos legales	29
2. Origen de los criptoactivos	32
3. Contexto actual	37
 II	
REGULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA	43
1. Consideraciones preliminares	44
2. Ámbito de aplicación y alcance	47
3. Clases de criptoactivos.....	51
3.1. <i>Ficha de servicio o «utility token»</i>	52
3.2. <i>Ficha referenciada a activos o «asset-referenced token»</i> ...	60
3.2.1. Obligaciones frente a los consumidores e in-	
versores	68
3.2.2. Obligaciones internas	72
3.2.3. Obligaciones de solvencia	75

	<i><u>Página</u></i>
3.2.4. Prohibiciones y transmisiones de acciones o participaciones	80
3.2.5. Categorías especiales de «asset-referenced token»	81
A. Fichas superiores	81
B. Fichas cualificadas	82
C. Fichas significativas referenciadas a activos.....	83
3.2.6. Liquidación del emisor de fichas referenciadas a activos	85
3.3. <i>Ficha de dinero electrónico o «e-money token»</i>	88
3.4. <i>Criptoactivos no regulados en el MiCA.....</i>	93
4. Proveedores de servicios de criptoactivos.....	96
4.1. <i>Autorización para el ejercicio de la actividad de proveedor de servicios de criptoactivo.....</i>	97
4.2. <i>Obligaciones de los proveedores de servicios de criptoactivos</i>	105
4.2.1. Obligaciones genéricas	105
4.2.2. Obligaciones específicas	109
A. Actividad del artículo 75 «Custodia y administración de criptoactivos por cuenta de clientes.»	109
B. Actividad del artículo 76. «Gestión de una plataforma de negociación de criptoactivos».....	111
C. Actividad del artículo 77. «Canje de criptoactivos por fondos u otros criptoactivos.».....	115
D. Actividad del artículo 78. «Ejecución de órdenes relacionadas con criptoactivos por cuenta de clientes.».....	115
E. Actividad del artículo 79. «Colocación de criptoactivos.»	116

	<u>Página</u>
F. Actividad del artículo 80. «Recepción y transmisión de órdenes relacionadas con criptoactivos por cuenta de clientes.»	117
G. Actividad del artículo 81. «Prestación de asesoramiento en materia de criptoactivos y de servicios de gestión de carteras de criptoactivos.»	117
H. Actividad del artículo 82. Prestación de servicios de transferencia de criptoactivos por cuenta de clientes.....	119
4.3. <i>Transferencias de fondos de criptoactivos</i>	119
5. Actividades de control	124
5.1. <i>Abuso de mercado</i>	125
5.2. <i>Autoridades competentes para el control y supervisión</i>	127
6. Otras consideraciones críticas de la propuesta regulatoria	130
6.1. <i>Establecimiento de un criterio para valorar un activo fluctuante de la forma más objetiva posible</i>	131
6.2. <i>Proporcionalidad en la exigencia de antecedentes penales</i> .	132
6.3. <i>Prohibición del staking</i>	135
6.4. <i>Establecimiento de una fuerte limitación de acceso al mercado</i>	137
6.5. <i>Criptoactivos o proveedores de servicios de criptoactivos extranjeros</i>	139
6.6. <i>Inaplicabilidad a los principales criptoactivos</i>	141
6.7. <i>Régimen transitorio y entrada en vigor</i>	143
 III	
RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CRIPTOACTIVOS EN ESPAÑA	145
1. Legislación fiscal	145

	<i><u>Página</u></i>
1.1. <i>Primera respuesta jurídica. Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos</i>	146
1.2. <i>Tributación actual</i>	178
1.2.1. <i>Tributación de los criptoactivos en el ámbito de actividades económicas</i>	178
1.2.2. <i>Tributos relacionados con las actividades económicas</i>	188
1.2.3. <i>Tributación de los criptoactivos fuera de una actividad económica</i>	191
2. Legislación de blanqueo de capitales	200
2.1. <i>Regulación</i>	202
2.2. <i>Problemas prácticos</i>	212
3. Legislación publicitaria	219
 IV	
PROVEEDORES DE SERVICIOS DE CRIPTOACTIVOS	223
1. Ecosistema de proveedores de servicios de criptoactivos .	224
2. Relaciones del proveedor de servicios	228
2.1. <i>Relaciones con sus clientes</i>	229
2.1.1. <i>Consumidores</i>	230
2.1.2. <i>Inversores profesionales</i>	239
2.2. <i>Relaciones con las Administraciones Públicas</i>	241
2.3. <i>Relaciones con los emisores de criptoactivos</i>	250
2.4. <i>Relaciones con terceros</i>	253
3. Responsabilidad civil y de los administradores	256
4. Proveedores de servicios de criptoactivos extranjeros ...	265
 V	
CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CRIPTOACTIVOS	273
1. Concepto de criptoactivo	274

	<u><i>Página</i></u>
1.1. <i>Concepto de Criptomoneda</i>	277
1.2. <i>Concepto de NFT</i>	280
2. Clases de criptoactivos.	283
2.1. « <i>Stablecoin</i> » o « <i>e-money token</i> »	287
3. Naturaleza jurídica de los criptoactivos.	289
CONCLUSIONES.....	291
BIBLIOGRAFÍA.....	303

Conceptos legales. Contexto histórico

SUMARIO: 1. CONCEPTOS LEGALES. 2. ORIGEN DE LOS CRIPTOACTIVOS. 3. CONTEXTO ACTUAL.

1. CONCEPTOS LEGALES

El punto de partida de este estudio es uno de los conceptos elementales para comprender su contenido, el de los criptoactivos, una realidad muy reciente para nuestro Derecho, pero del que ya se encuentran definiciones en distintos cuerpos normativos. El presente apartado se centra únicamente en las definiciones legales, siendo el último apartado de esta monografía el que desglosará la naturaleza jurídica y concepto de criptoactivo, rompiendo el esquema tradicional de exposición de los temas, que se justifica en la necesidad de conocer las distintas variantes y manifestaciones de los criptoactivos para poder conceptualizarlo correctamente. No obstante, es necesario abordar desde un primer momento el concepto, en aras de poder comprender el conjunto del texto; sin perjuicio que para profundizar en su concepto y naturaleza se requiere conocer la compleja realidad que implican los criptoactivos y todos los participantes de su entorno. La primera definición legal y regulación se encuentra en la Directiva (UE) 2018/843, de 30 de mayo de 2018, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo¹ (en adelante D 2018/843):

«"monedas virtuales": representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos».

1. La definición aparece en una modificación operada en el año 2018.

Esa definición, salvando por unas leves modificaciones gramaticales², se acoge íntegramente en el Derecho español a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, (en lo sucesivo RD 7/2021). No obstante, recientemente se ha aprobado el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) N.º 1093/2010 y (UE) N.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 (en lo sucesivo MiCA), que contiene una definición similar: «*"Criptoactivo": una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar*», aplicable está directamente en todos los Estados de la Unión.

Es pertinente destacar que la nomenclatura sufre constantes variaciones en el ámbito de los criptoactivos, desde el concepto original, «criptomonedas», pasando a monedas virtuales, y el actual, «criptoactivos». Esto se debe al constante incremento de activos que emplean la tecnología *block-chain* y el funcionamiento de las criptomonedas, superando las limitaciones propias de una moneda, para ser auténticos activos que pueden representar cualquier realidad (acciones, propiedades inmobiliarias, derechos de crédito...), a través de nuevas formas, como los «non fungible tokens», los conocidos como NFT, que en castellano son los tokens no fungibles, cuya definición completa se aborda con posterioridad, al carecer de definición legal. Por ello, el concepto en vigor en la legislación interna de España se limita a las criptomonedas, siendo la realidad que contempla el MiCA la de los criptoactivos. No obstante, la evolución de los conceptos recogidos en las normas permite vislumbrar la velocidad de evolución de esta tecnología.

Entre las dos definiciones legales que existen en el ámbito del Derecho español, se aprecia esa constante evolución del «sector cripto»³. La primera definición, de apenas un año anterior a la recogida en la propuesta de reglamento de la que dimanaría el MiCA, y acogida por el derecho español dos

2. En la versión de la norma española, el final del artículo queda redactado de la siguiente manera: «y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente».

3. Entendiéndose por sector cripto todo el relativo a los criptoactivos, criptomonedas, tokens, etc. y su cotización, explotación, regulación...

años después, es mucho más restrictiva que la segunda. Ambas coinciden en que los criptoactivos son una representación digital de valor y su capacidad de transferirse y almacenarse electrónicamente, pero la Directiva está limitado a activos no emitidos ni garantizados por autoridades públicas; que no posee estatuto jurídico de moneda. Estos cambios obedecen a la propia evolución del mercado de los criptoactivos, pues ya existen experiencias de criptoactivos respaldadas por Estados, como es el caso del criptoactivo *Petro*, desarrollado por el Gobierno de Venezuela⁴. También desaparece la característica de «negociado» de la definición, esto se debe a la amplitud de la definición que se detalló antes, existen criptoactivos que no presentan ningún tipo de variación en su valor, que permanecen siempre estables, conocidas como «stablecoin»⁵, o que no actúan como medios de cambio si se someten a negociación, como algunos NFT.

En conclusión, es la definición del MICA de la que se debe partir, puesto que, si bien no todo el cuerpo normativo del Reglamento está en vigor actualmente, el artículo relativo a las definiciones sí lo está, y, por tanto, y dada la aplicabilidad directa de los Reglamentos en los Estados miembros de la U.E., es la definición en vigor, siendo que además resulta más adaptada a la realidad actual de los criptoactivos, en tanto en cuanto, ya supera el concepto de criptomoneda. Conforme a esta definición, se debe entender como características elementales de los criptoactivos:

1. Representación digital de valor o derechos.
2. Transferible mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar.
3. Almacenable electrónicamente.

No obstante, más adelante se detallará como el MiCA clasifica los criptoactivos en distintas categorías con específicas características en cada una de ellas.

En lo que respecta al derecho positivo ya vigente en España, se pueden incardinar en distintas categorías del Código Civil, cuyas notas característi-

4. RANGEL GUTIÉRREZ, LUIS JOSÉ, *Aproximaciones jurídicas al marco regulatorio de las criptomonedas*, Universidad Metropolitana de Caracas, 1ª Edición, Caracas, 2019, p. 26.

5. HERNÁNDEZ-BEJARANO, ESPERANZA MACARENA, GARCÍA MANDALONIZ, MARTA, «El rol de la moneda y criptomoneda social en el nuevo contexto económico social y digital», *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, N.º 37, 2020, pp. 283-323.

cas deben llevar a entenderlo como bien parte de la propiedad privada, de carácter mueble, ello de conformidad con los artículos 335, 337 y 345⁶, sin embargo, es una categorización bastante genérica, que simplemente permite entender elementos muy básicos de su naturaleza, como el carácter mueble del bien. También se encuentra la definición de los criptoactivos que se ofrece en la Circular 1/2022 de la CNMV, «*representación digital de un derecho, activo o valor que puede ser transferida o almacenada electrónicamente, utilizando tecnologías de registro distribuido u otra tecnología similar*», muy similar a la del MiCA, por lo que se empleará la de la norma de la Unión como definición básica, dado el alcance general de la norma frente al limitado alcance de una norma reglamentaria como la circular.

2. ORIGEN DE LOS CRIPTOACTIVOS

El origen de los criptoactivos se remonta al año 2008, como una respuesta a la crisis financiera que acababa de estallar en el Globo, y con una filosofía subyacente inequívocamente anarcocapitalista, disponer de un sistema de finanzas ajeno al control estatal y a las entidades financieras tradicionales; diseñado para funcionar al margen de estos y fuera de su capacidad de control. Estos activos surgen cuando Satoshi Nakamoto, un pseudónimo del que se desconoce la identidad real o si es una persona o pluralidad de personas, publicó el *Whitepaper* de Bitcoin. Así, Satoshi propuso utilizar el algoritmo SHA-256⁷, como función hash de criptografía y un sistema de *Proof-of-Work* (*PoW*)⁸. Además, bitcoin estaba limitado a una emisión de tan solo 21 millones

6. CASANUEVA CAÑETE, DANIEL, LÓPEZ DE LA CRUZ, NESTOR, «El concepto de criptomoneda y breves consideraciones en torno a su tributación», en GARCÍA-HERRERA BLANCO, CRISTINA (Dir.), *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 77-85.

7. Este algoritmo hace referencia la función hash con el que funcionan muchas criptomonedas, es lo que ofrece un alto nivel de seguridad. Es la forma en la que se codifica la información de las mismas, generando hashes o códigos únicos en base a un estándar con el que se pudieran asegurar documentos o datos informáticos frente a cualquier agente externo que desee modificarlos. Información de BIT2ME, «¿Qué es SHA-256?», en Bit2me Academy, [Online], Disponible en: <https://academy.bit2me.com/sha256-algoritmo-bitcoin/>, Acceso el: 02/02/2023.

8. El sistema *Proof of Work*, que en castellano sería Prueba de Trabajo, funciona como el sistema de verificación de los nuevos bloques en una blockchain, o el protocolo en que se basa la minería de criptomonedas. De esta forma, se requiere un trabajo al validador (o minero) en cada transacción de criptomonedas, este trabajo se verifica en la totalidad de la red de mineros de acuerdo con la posición de la operación en la blockchain (o registro distribuido), de forma que se rechaza toda operación en la que no se pueda validar el origen del activo que se transmite. Información de BIT2ME, «¿Qué es Prueba de trabajo / Proof of Work (PoW)?», en Bit2me Academy, [Online], Disponible en: <https://academy.bit2me.com/que-es-proof-of-work-pow/>, Acceso el: 06/03/2023.

de monedas⁹. El *Whitepaper* o como se conoce en castellano, Libro Blanco, es la guía de funcionamiento que explica la emisión de bitcoin, detalla el sistema criptográfico que utiliza para garantizar que las transacciones que se hagan con la moneda resultan seguras e inmodificables, así como las formas en que puede producirse el intercambio y la limitación en la emisión de la criptomoneda. Este era el nacimiento de la primera criptomoneda completamente descentralizada, la emisión data del 09 de enero de 2009.

El «*Bitcoin puede definirse como una moneda virtual no regulada de carácter bilateral basada en un complejo sistema de criptografía (de ahí deriva el término de criptomoneda) y de carácter descentralizado. Su abreviación para identificarla en los mercados es BTC. Además, el nombre de Bitcoin se aplica también al software libre diseñado por el mismo autor para la gestión en la red Peer to Peer o P2P en la que opera.*»¹⁰

Esta criptomoneda se inserta en el mercado con un funcionamiento novedoso, basado en la tecnología *blockchain*, que resulta ser un paso más en la historia de la criptografía¹¹, donde aplicando las técnicas matemáticas de cifrado se genera una nueva forma de proteger la información y sus transacciones. La definición de esta tecnología que se emplea en la presente es la propuesta por FERNÁNDEZ MORALES y FRANCO PÉREZ del Centro de Estudios Garrigues y Tecnológico de Monterrey, por entender que la misma es la más clarificadora, al ser conceptos técnicos ajenos a la jerga habitual del mundo jurídico: «*blockchain o cadena de bloques es un registro (ledger) de comunicaciones o mensajes que son generados y transmitidos en una red descentralizada (distributed) en base a tecnologías de la sociedad de la información (technology). De ahí la sigla DLT (Distributed Ledger Technology).*

Este sistema permite que esos mensajes digitales transmitidos entre los nodos de la red queden registrados algorítmicamente en forma indeleble y con fecha cierta, no mediante la intervención de un tercero de confianza, como el Estado, un Banco o un profesional habilitado, sino mediante el consenso de una red de

9. NAKAMOTO, SATOSHI (pseudónimo), *El libro blanco. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2009.

10. PÉREZ BERNABEU, BEGOÑA, «La Administración tributaria frente al anonimato de las criptomonedas: la seudonimia del Bitcoin», en GARCÍA-HERRERA BLANCO, CRISTINA (Dir.), *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 149 a 161.

11. Según la RAE, el arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático, pero que en la actualidad se conoce como el conjunto de métodos de protección de la información y las comunicaciones mediante el uso de cifrados o códigos, para garantizar que solo el destinatario de la información acceda a la misma.

nodos coordinados mediante protocolos de base matemática. De modo que el registro no opera bajo el control de un sujeto ubicado en posición central, del cual todos los operadores dependen, llamado en las leyes modelo de CNUDMI sobre comercio electrónico "tercero de confianza", sino que se constituye en todos y cada uno de los servidores o nodos de la red que participan de la organización que provee el servicio de blockchain.»¹²

Este sistema funciona gracias a la minería de la *blockchain*, por minería se entiende la inversión de capacidad computacional para procesar las transacciones que se realizan en la *blockchain*, creando ese nuevo bloque de la cadena con la última transacción¹³, cada nuevo bloque supone un cálculo más complejo para su minado, pero lograr ser el primer minero en ejecutar los cálculos completos de la operación se ve recompensado con una comisión sobre la transacción. Esta tecnología descentralizada, ajena a cualquier tipo de control central, combinada con un activo intercambiable y único, hacen que el bitcoin alcance determinados hitos en su historia que explican la importancia alcanzada por los criptoactivos. El primer hito, que, si bien no fue de una elevada cuantía, despertó el interés general fue el 22 de mayo de 2010, cuando un programador de florida realizó un pago de 10.000 bitcoins a otro usuario a cambio de 2 pizzas, siendo el valor de la transacción de 42 dólares. Nueve meses después de esta transacción, en febrero de 2011, el bitcoin alcanza la paridad con el dólar, siendo esto un momento histórico, ante la realidad de que un activo digital alcanzara una cota de valor que lo igualara con una divisa fiat. Destacar que, entre estos dos hitos, en tan solo nueve meses, se produjo una revalorización del bitcoin del 23.809,53%. El 27 de noviembre de 2013, con dos años de cotizaciones cada vez más elevadas, el bitcoin alcanza un hito económico de alto valor simbólico, al superar el valor de la onza de oro. Cuatro años después, en abril de 2017, Japón se convierte en el primer Estado en legalizar el Bitcoin como forma de pago¹⁴. Entre los hitos más recientes, destaca que su cotización, en marzo de 2021, superó por primera vez el umbral de los 60.000€.

12. FERNÁNDEZ MORALES, MANUEL, FRANCO PÉREZ, RODRIGO, «Bitcoin no blockchain: Censura y centralismo», *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, N.º 8, 2020, pp. 19-34.

13. PEDREIRA MENÉNDEZ, JOSÉ, «La contabilización y tributación de la moneda digital (Bitcoins)», en GARCÍA-HERRERA BLANCO, CRISTINA (Dir.), *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 137-148.

14. Todos los hitos de la historia de Bitcoin se han obtenido de la: OFICINA DE SEGURIDAD DEL INTERNAUTA, «*Historia de las Criptomonedas en un clic*», [Online], Disponible en: <https://www.osi.es/es/campanas/criptomonedas/historia-criptomonedas>, Acceso el 14/04/2023.

El increíble desarrollo de bitcoin, sobre todo por las elevadísimas cotizaciones que alcanzó, llamó la atención sobre las criptomonedas y la tecnología *blockchain*. Los criptoactivos utilizan esa tecnología descentralizada y capacidad de ser una representación digital única, para aplicarse a numerosos otros sectores además del de las divisas, como la representaciones de acciones o participaciones, de propiedad sobre bienes inmuebles¹⁵ entre otros, aunque para ello ha mutado de forma, de la original criptomoneda, que tenía por fin el funcionar como una divisa segura y descentralizada, a los NFT, de las siglas en inglés «non fungible tokens», activos que funcionan sobre la misma base de un registro descentralizado, pero como tokens únicos no divisibles e irreplicables, pudiendo representar casi cualquier realidad, desde obras de arte hasta propiedades inmobiliarias¹⁶, cuya aparición es bastante posterior a la de las criptomonedas, ya que el primer NFT data de 2017¹⁷. Dentro de cada grupo, se encuentran tantas variedades como activos, algunos con protocolos pensados para mantener su anonimato al máximo posible, otros pensados para reducir al máximo los costes de validación y funcionar en transacciones internacionales entre una amplia variedad de opciones. A raíz de todos estos avances comienza a desarrollarse un vasto ecosistema entorno a la tecnología *blockchain*, siendo sencillo localizar los pertenecientes a este sistema, pues se agrupan entorno a la misma familia de palabras, ya que comparten la denominación común del prefijo «cripto», como criptomoneda, criptoactivo o criptomercados; o la expresión «token», como forma genérica de definición del activo digital, como los «security tokens», los «non fungible tokens» o los «utility tokens».

Como lógica consecuencia de la amplitud de formas adoptadas por los criptoactivos, así como la evolución exponencial de la tecnología, se ha generado un considerable ecosistema de empresas dedicadas a prestar servicios con estos elementos, primero las conocidas como *exchanges*, empresas donde comprar y vender criptoactivos a partir de moneda fiat, que han ido evolucionando para prestar servicios de inversión, de depósito de criptoactivos, de intercambio de los mismos etc. Ante la generalización de nuevos servicios, las empresas se han ido especializando, y la normativa

15. CRIADO ENGUIX, JAIME, «Blockchain: criptomonedas y tokenización de activos inmobiliarios. Efectos en el ámbito registral», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N.º 16, Iure Licet, Enero – Junio 2020, pp. 253-277.
16. PLAZA PENADÉS, JAVIER, «La adquisición de derechos sobre obras de arte en NFT (non fungible token)», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Editorial, N.º 60, 2022.
17. DOMÍNGUEZ PADILLA, CARLOS, «La responsabilidad contractual y extracontractual de los NFT desde la perspectiva europea», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 18, 2023, pp. 1198-1217.

comienza a englobarlas en el concepto más amplio de «proveedores de servicios de criptoactivos», para incluir a los *exchanges*, los *wallets*, los creadores de NFT, las empresas de inversión, así como todos los servicios que se realicen en el entorno de los criptoactivos. Al igual que ocurre con los conceptos de criptomoneda y criptoactivo, se encuentran diferentes definiciones legales de los *exchange* de acuerdo con la evolución de sus funciones. La más básica es la contenida en el RD 7/2021, en la trasposición de las directivas y en su modificación de la legislación de blanqueo de capitales, que contempla el concepto de «proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos», y los define como *«aquellas personas físicas o entidades que prestan servicios de salvaguardia o custodia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes para la tenencia, el almacenamiento y la transferencia de monedas virtuales»*. Igualmente, define el concepto de la actividad de «cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria», como: *«la compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de pago en el país en el que haya sido emitido»*. En este caso no se llega a definir el concepto de proveedor de servicios de cambio de moneda virtual, pero es suficiente con esta definición de la actividad para poder entender que las entidades dedicadas a la misma son las que entran en el concepto, y en consecuencia están vinculados a la normativa de blanqueo de capitales por la reforma que implementa el RD 7/2021.

No obstante, estas definiciones que derivan de la D 2018/843, quedan superadas por el MiCA, que contempla una definición global de todas las actividades bajo el concepto de «proveedores de servicios de criptoactivos», los que se definen como: *«una persona jurídica u otra empresa cuya actividad o negocio consiste en la prestación profesional de uno o varios servicios de criptoactivos a clientes y que está autorizada a prestar servicios de criptoactivos de conformidad con el artículo 59»*. Esta definición contiene dos elementos principales, dedicarse a la prestación de los distintos servicios de criptoactivos que contempla la norma, un catálogo amplio de estos servicios, y haber obtenido la autorización pertinente por parte de las autoridades. Este concepto es poco genérico, se centra en ser útil a la norma que lo contempla y se vincula tanto a los servicios como a la autorización otorgada por la misma. Esto impediría aplicar esta definición a proveedores de servicios de terceros países ajenos a la U.E., no obstante, en aras de ser sistémico en el estudio de la norma, se usará el concepto *exchange*, que es el utilizado en el argot del entorno crypto, como genérico de proveedor de cualquier servicio relacionado con criptoactivos.

La práctica totalidad de la Doctrina jurídica coincide en afirmar que esta nueva tecnología (*blockchain*), su aplicación a los tokens o criptoactivos y el nuevo ecosistema empresarial que se ha desarrollado, precisa de una regulación propia y específica, que ampare las nuevas realidades que supone. En este sentido, y como señala GARCÍA GARCÍA: «*Es preciso, por ello, ofrecer un marco legal a este tipo de realidad económica y social, más allá de ofrecer soluciones puntuales a su posible utilización para fines criminales o al tema de su fiscalidad; se hace preciso además que el legislador se mantenga neutral respecto de una tecnología que aún se encuentra en sus primeras etapas de desarrollo, evitando petrificar el marco legal que imposibilite que este se adapte a los desarrollos y evoluciones futuras.*»¹⁸, en idéntico sentido se manifiesta PASCUA MATEO¹⁹. Además, la Doctrina afirma que la respuesta no solo tiene que ser innovadora, sino global, ante una realidad que funciona de forma global, en este sentido GIL SORIANO expresa «*Como fenómeno global, las soluciones deben ser también globales. Ello requiere una acción regulatoria armonizada y consistente a nivel de G20. Sin embargo, y hasta la fecha, esta ha sido muy fragmentada*»²⁰. Así, la Doctrina española es considerablemente unánime al concluir que la situación actual de los criptoactivos en España merece una regulación singular, aunque esta provenga de la Unión Europea o de otras instancias internacionales mediante acuerdo entre los distintos Estados. Sin embargo, es preciso señalar que se coincide con el último autor citado, no se puede obviar que los criptoactivos son una realidad nativamente global, que funciona a través de la red y que no sigue ningún límite territorial de los Estados, por lo que su regulación solo podrá ser efectiva en tanto en cuanto se produzca un acuerdo de las principales economías del mundo.

3. CONTEXTO ACTUAL

En la actualidad, los criptoactivos suponen una nueva tecnología de relevancia económica y jurídica innegable. En febrero de 2022, hubo 10.397

18. GARCÍA GARCÍA, JUAN ANTONIO, *Régimen jurídico civil de los criptoactivos*, Colex, 1ª Edición, A Coruña, 2022, p. 45.

19. PASCUA MATEO, FABIO, «Criptomonedas», en GARCÍA MEXÍA, PEDRO (Dir.), *Criptoderecho. La regulación del blockchain*, Wolters Kluwer, 1ª Edición, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 363-413.

20. GIL SORIANO, ALBERTO, «Monedas virtuales: encaje jurídico y control tributario», en GARCÍA-HERRERA BLANCO, CRISTINA (Dir.), *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018, pp. 99 a 113.

criptomonedas en circulación²¹, sin tener en cuenta las emisiones de otro tipo de criptoactivos. Este mercado de criptomonedas ha alcanzado una cotización total, a fecha de 04 de mayo de 2024 de 23.300.000.000.000\$, según los datos de la plataforma INVESTING.COM, dato que, debido a las fuertes fluctuaciones de este mercado, cambia cada día. Llevando este mercado a España, en el Informe de Estabilidad Financiera de Primavera de 2022, emitido por el Banco de España, se indica la importancia de los criptoactivos en el Estado español, siendo la quinta economía europea en el volumen de transacciones y la primera región, a nivel global, de recepción de dichos activos²². La relevancia alcanzada ha logrado desplazar otros activos económicos habituales de los mercados, sirva de ejemplo que directivos de Telefónica y BBVA, dos grandes empresas españolas, hayan afirmado que ven el Bitcoin una alternativa como reserva del valor mejor que el oro²³.

A nivel global, las iniciativas legislativas se suceden sin coordinación alguna entre los Estados. Hay posiciones que optan por la prohibición, como Corea del Norte, donde la prohibición es total, o China²⁴, que tan solo admite unas pocas y bajo estricto control gubernamental, sin que ello haya impedido un uso real por parte de la población, pues la lógica de la tecnología *blockchain* supera las barreras y legislaciones de los Estados, incluso en países como China, donde el control estatal sobre el acceso a internet es muy amplio y restrictivo²⁵. Esto se debe, en gran medida, a los esfuerzos porque estos activos funcionaran de forma independiente a cualquier regulación o control Estatal, no olvidar que nacen de una filosofía anarcocapitalista y como respuesta a la gran crisis financiera del año 2008. Hay países que han optado por regulaciones muy laxas de las cuestiones puntuales que

21. BOLSAMANÍA, «El número de criptomonedas en circulación en todo el mundo supera ya las 10.000», 2022, [Online], Disponible en: <https://www.bolsamania.com/noticias/criptodivisas/numero-criptomonedas-circulacion-mundo-supera-10000--9738942.html>, Acceso el: 04/05/2023.
22. BANCO DE ESPAÑA, *Informe de Estabilidad Financiera. Primavera 2022. Especial Criptoactivos*, B.E., 2022, p. 25.
23. DEL CASTILLO, CARLOS, «Telefónica y el BBVA se rinden al bitcoin: "Es una alternativa mejor que el oro"», ElDiario, [Online], Disponible en: https://www.eldiario.es/tecnologia/telefonica-bbva-rinden-bitcoin-alternativa-mejor-oro_1_11275673.html, Acceso el: 04/05/2024.
24. ARTEMOV, NIKOLAY MIKHAILOVICH, ARZUMANOVA, LANA LVOVNA, SITNIK, ALEXANDER ALEXANDROVICH, SMIRNIKOVA, YULIA LEONTYEVNA, ZENIN, SERGEY., «El modelo de regulación legal de la circulación de monedas virtuales: La investigación sociológica y legal.», *Jurídicas Cuc*, N.º 16(1), 2020, pp. 127–144.
25. PARKER, EMILY, «China nunca prohibió completamente las Cripto», CoinDesk, 2024, [Online], Disponible en: <https://www.coindesk.com/es/consensus-magazine/2024/02/05/china-never-completely-banned-crypto/>, Acceso el: 04/05/2024.

consideran más relevantes o lesivas de los criptoactivos, como los Estados Unidos de América, que a través de la Red de Ejecución de Delitos Financieros emite dictámenes sobre aspectos concretos, sobre su tributación, la necesidad o no de licencia para determinadas operaciones. Entre sus principales hitos están el determinar que las operaciones con criptoactivos están sujetas a la ley del secreto bancario, y la publicación de guías sobre el uso de los criptoactivos para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo²⁶.

No obstante, la experiencia actual que resulta más relevante para estudiar es la japonesa, al ser el primer Estado en regular el mercado de los criptoactivos con una norma específica para ello, como respuesta a la insolencia de MT Gox en 2014, un *Exchange* japonés donde fueron robados más de 850.000 BTC²⁷. La regulación japonesa implica la creación un registro de proveedores de servicios de intercambio de moneda virtual, donde se ejercen actividades de control administrativo previo al inicio de la actividad, con auditorías periódicas. Entre sus obligaciones está tomar las medidas necesarias para evitar fugas, pérdidas o daños de la información, igualmente, se regula su tributación, tanto directa como indirecta, con gravámenes especiales y elevados (pudiendo llegar al 55%). A cambio, las criptomonedas pueden ser utilizadas como forma de pago en cualquier operación, siempre que las partes libremente así lo acepten²⁸, y el Estado reconoce esas operaciones de forma muy similar a las realizadas con la divisa oficial del país²⁹. El nivel máximo de reconocimiento se encuentra en aquellos países que han decidido convertir el Bitcoin como la divisa oficial del país, como es el caso de El Salvador³⁰ y la República Centroafricana.

Como se observa, cada país ha optado por una regulación diferente, lo cual es perjudicial teniendo en cuenta que en este sector es global y los criptoactivos traspasan las fronteras entre países sin ningún tipo de limitación o inconveniente. Además, la ausencia de entidades centrales que controlen las operaciones permite soslayar la normativa, ya que las operaciones

26. GARCÍA-RAMOS LUCERO, MIGUEL ÁNGEL, «Análisis del desarrollo normativo de las criptomonedas en las principales jurisdicciones: Europa, Estados Unidos y Japón», *Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 35, 2022.

27. VILLAROIG MOYA, RAMÓN, «Regulación y tributación...», *obcit* nota 3.

28. VILLAROIG MOYA, RAMÓN, «Regulación y tributación...», *obcit* nota 3.

29. GARCÍA-RAMOS LUCERO, MIGUEL ÁNGEL, «Análisis del desarrollo...», *obcit*, nota 31.

30. TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER, «Bitcoin: su regulación como moneda de curso legal en el Salvador. Una primicia mundial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 164, 2021.

son *peer to peer*³¹, siendo únicamente necesario para ello disponer de acceso a internet. Actualmente para operar en la mayoría de las *blockchains* es necesario disponer de una doble clave, una pública y otra privada, la pública es la que se conoce en la *blockchain*, y la que se necesita para remitir un criptoactivo a esa cartera. La privada es la que permite a los usuarios acceder a su cartera, para operar con él³². Este sistema, protegido mediante criptografía es lo que ha permitido el éxito de estos activos, al existir tantas copias de la *blockchain* como usuarios de la red, y si uno fuera manipulado, al validar las operaciones con el resto de la red, el corrompido sería descartado. El funcionamiento es global, los ordenadores que forman parte de la red pueden estar ubicados en cualquier lugar del mundo, y se pueden enviar criptoactivos a cualquier cartera, con conocer su clave pública, por ello, un atractivo importante de las criptomonedas es la emisión de transferencias internacionales a bajo coste en comparación con el sistema financiero tradicional.

Las iniciativas normativas a lo largo del globo suelen intentar coartar los usos delictivos de los criptoactivos, que se estudiarán posteriormente, pero que afectan a amplios sectores, ya que se han convertido en refugio de valor para la actividad de blanqueo de capitales, y se ha generalizado su uso como divisa del mercado negro. En consecuencia, se ha intentado por diversos caminos su control, algo complejo, ya que los criptoactivos están diseñados precisamente para eludir la acción estatal, y actuar de forma independiente a cualquier tipo de regulación o entidad centralizada. Precisamente, es esa la clave de su éxito, ser activos que representan un valor, que son inembargables, se pueden poseer de forma anónima, se pueden transmitir libremente a cualquier persona con independencia del lugar en que se encuentre, y las operaciones de transmisión no se pueden interrumpir ni revertir. En la actualidad, las tecnologías de registro distribuido están generando un amplió ecosistema de criptoactivos, con elementos tan distintos en sus funciones como una criptomoneda como el bitcoin o un NFT que contiene una obra de arte, y la tecnología, como suele ser habitual, es más rápida que los propios reguladores, desarrollando nuevos criptoactivos que no se ven afectados por las normas ya dictadas, dado lo cambiante de sus características y su naturaleza.

31. Peer to peer (P2P), es el equivalente a parte a parte, se utiliza esta expresión para definir los intercambios entre los propios usuarios, sin pasar por un intermediario. En el caso de las blockchain, cada usuario tiene una cartera y puede enviar sus activos a la dirección de cualquier otro.

32. REINHART SCHULLER, ROBERT, «Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, N.º 2, octubre 2022, pp. 737 - 769.

En Europa, la iniciativa legislativa recae en las instituciones de la Unión Europea, si bien algún Estado de forma independiente ha adoptado alguna disposición para regular algún aspecto concreto, como las autoridades bancarias suizas o las autoridades francesas, las iniciativas más relevantes emanan de la autoridades de la Unión Europea, en concreto de la Comisión Europea, que ha lanzado iniciativas cuya tramitación está siendo considerablemente rápida, para regular los criptoactivos, con normas específicas para ello, para regular la tecnología que le sirve de base, y para su control desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. De hecho, es la primera institución internacional en crear una norma que regula, con carácter general, el mercado de los criptoactivos, aunque como se estudiará a continuación, su alcance es mucho más limitado que el que se esperaba, o el que se predicaba por parte de los actores de este mercado.

En lo que respecta a España, los criptoactivos y sus proveedores de servicios han tenido alguna regulación puntual desde distintas ramas del Derecho, se estudiará a continuación la respuesta a este fenómeno desde el Derecho fiscal, el Derecho de blanqueo de capitales, la regulación de su publicidad a partir de normas de potestad reglamentaria, cómo interpretar sus elementos extranjeros a partir del Derecho internacional privado y cómo se pueden la normativa de consumo y la normas del Derecho de obligaciones y contratos.



ARANZADI
DERECHO
MERCANTIL

La entrada en vigor del Reglamento MiCA marca un hito en la regulación de los criptoactivos en la UE. Este trabajo analiza los principales retos jurídicos que plantea su aplicación. MiCA define legalmente los criptoactivos y los clasifica en tres categorías, centrando su regulación en las «stablecoins», dejando fuera activos como el bitcoin y reabriendo debates como la consideración del dinero electrónico de los criptoactivos. Uno de sus aportes clave es establecer un criterio para valorar criptoactivos. También somete a los proveedores de servicios de criptoactivos a exigentes requisitos jurídicos y económicos. Ante el alcance limitado de MiCA, el régimen jurídico de los proveedores se enmarca en normas internas. En España, la respuesta comenzó desde el ámbito fiscal, reconociendo la tributación de actividades como la minería o el intercambio de criptomonedas. Sin embargo, persisten problemas en la valoración fiscal de estos activos. También se estudia su sometimiento a las leyes de blanqueo de capitales, dada su naturaleza anónima y descentralizada. También se estudian otras normas, como la de protección al consumidor o de derecho internacional privado. Finalmente, se proponen definiciones para criptoactivos, criptomonedas y NFT, así como una taxonomía completa.

ISBN: 978-84-1085-459-8



9 788410 854598



ER-0280/2005



GA-2005/0100