

# Criptoactivos: primeras regulaciones en el Derecho español (RDL 5/2021 y RDL 7/2021)

## Reyes Palá Laguna

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

---

*El creciente recurso a la inversión en criptoactivos y la transposición de la quinta directiva de prevención del blanqueo de capitales son la causa de las reformas legales para controlar su publicidad y la actividad de cambio de moneda virtual y custodia de claves criptográficas.*

1. El sector de las criptomonedas, entendido en su acepción más amplia, ha permanecido al margen de la legalidad hasta el pasado mes de marzo, cuando se modificó el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y, posteriormente, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, para abordar, de un lado, el control de la publicidad de los criptoactivos como inversión financiera y, de otro, el de las entidades que prestan determinados servicios sobre criptomonedas o monedas virtuales.

En este análisis nos ocuparemos, en primer lugar, del control de la actividad de determinados prestadores de servicios sobre monedas virtuales a efectos de la prevención del blanqueo de capitales y, en segundo lugar, de la supervisión por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la actividad publicitaria sobre cualquier criptoactivo que se ofrezca como inversión.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

Como se indica en el preámbulo del Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, los criptoactivos —entendidos como representaciones digitales de valor o derechos que pueden transferirse y almacenarse electrónicamente mediante la tecnología de registros distribuidos u otra similar— tienen cada vez más presencia en nuestro sistema financiero, sin que exista todavía un marco regulatorio específico apropiado a nivel europeo.

Las primeras regulaciones nacionales traen causa, por orden cronológico, de la preocupación de los supervisores financieros por esta nueva forma de instrumentación de las inversiones y de la necesaria transposición de la quinta directiva de blanqueo de capitales.

Con anterioridad al 2021, la Dirección General de Tributos se había pronunciado sobre el régimen fiscal de los criptoactivos en diversas consultas vinculantes. Respecto al impuesto sobre el valor añadido, ya la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre del 2015, asunto C-264/14, consideró que el *bitcoin* es un medio de pago contractual y, por ello, el intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual *bitcoin*, y viceversa, está sujeto al impuesto sobre el valor añadido, pero exento de él.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su Sentencia 2109/2019, de 26 de junio, afirma que el *bitcoin* «en modo alguno es dinero o puede tener tal consideración legal»; «el *bitcoin* no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica [...] cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de *trading Bitcoin*».

En el ámbito del Derecho privado, se ha constituido alguna sociedad de capital mediante aportaciones no dinerarias instrumentadas en criptomonedas.

2. Como hemos indicado, la necesaria —y tardía— transposición de la Directiva (UE) 2018/843 (V Directiva relativa a la Prevención de la Utilización del Sistema Financiero para el Blanqueo de Capitales o la Financiación del Terrorismo) es la causa de la modificación de la Ley 10/2010 por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril.

La novedad más destacada de la reforma es, a nuestros efectos, la introducción del concepto legal de 'moneda virtual' y de 'proveedor de servicios de custodia de monederos electrónicos'. Aclaremos que la moneda virtual no tiene la condición de moneda de curso legal; se define en el artículo 1.5 de la Ley 10/2010 como «aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente».

Se define además la actividad de cambio de moneda virtual (como puede ser el *bitcoin* o el *ether*) por moneda de curso legal (moneda fiduciaria o *fiat currency*) 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» (nuevo art. 1.6 de la Ley 10/2010, de Prevención de Blanqueo de Capitales).

Los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos quedan sometidos, como sujetos obligados, a la Ley 10/2010 (art. 2.1, letra z) y, por ello, habrán de designar a un administrador o directivo como representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (Sepblac). Son considerados entidades financieras obligadas a identificar al titular real y habrán de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones (art. 2). Se define a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos 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» (nuevo art. 1, apdo. 7, de la Ley 10/2010). Al ser las criptomonedas o monedas virtuales bienes inmateriales que se crean con tecnología de registros distribuidos, la actividad de custodia, a diferencia de la de los fondos o activos financieros tradicionales, se concreta en la guarda de las claves criptográficas privadas que permiten el acceso y transmisión de la unidad o unidades de monedas virtuales de que se trate y cuya pérdida conlleva la de la legitimación de su titular para realizar operaciones sobre los criptoactivos que ha adquirido.

Se somete a la supervisión del Banco de España a los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos, puesto que han de inscribirse en el Registro administrativo *ad hoc* que cree el supervisor. Las personas físicas y jurídicas obligadas a solicitar la inscripción son no sólo las establecidas en España aun cuando los destinatarios radiquen en el extranjero, sino también quienes ofrezcan o provean estos servicios en nuestro país «cualquiera [que] sea su nacionalidad» (nueva disp. adic. segunda de la Ley 10/2010).

Esta disposición adicional segunda establece asimismo dos requisitos de acceso a la actividad de los custodios de monederos electrónicos (*wallets*) y de cambio de moneda virtual por moneda de curso legal o dinero electrónico:

- En primer lugar, estos empresarios deben contar con procedimientos y órganos adecuados para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- En segundo lugar, los miembros del órgano de administración han de acreditar ante el Banco de España la honorabilidad comercial y profesional necesaria para el ejercicio de su cargo. Nótese que la remisión de la disposición adicional segunda es al artículo 30 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades

de Crédito («Requisitos de honorabilidad comercial y profesional») y no al artículo 31 («Requisitos de conocimientos y experiencia»). Ello es debido, muy probablemente, a la juventud de los promotores de este tipo de negocios sobre criptoactivos, circunstancia que les impediría en la mayor parte de los casos demostrar acreditada experiencia en el sector bancario y de servicios financieros.

Se tipifica como infracción muy grave o grave, según corresponda, la realización de estos servicios sin estar previamente registrados en el Banco de España.

La disposición transitoria segunda del Real Decreto Ley 7/2021 prevé que el Registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda de curso legal y de custodia de monederos electrónicos (*wallets*) estará en funcionamiento en el plazo de seis meses a contar desde el 29 de abril del 2021. Quienes estuvieran prestando estos servicios a residentes en España deberán inscribirse en el referido registro con anterioridad al 29 de enero del 2022 conforme al plazo máximo previsto de nueve meses desde la entrada en 2 entrada en vigor del real decreto ley.

3. La captación de capitales por medio de criptoactivos no se agota en las criptomonedas o monedas virtuales, las más frecuentes hoy en día, sino que puede referirse a otras representaciones digitales de contenido patrimonial susceptibles de ser negociadas en mercados que utilizan tecnología de registros distribuidos, comúnmente conocida como *blockchain*.

Por ello, y tras sendos comunicados conjuntos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España de 8 de febrero del 2018 y de 9 de febrero del 2021, respectivamente, en los que se advertía del alto riesgo que implican este tipo de inversiones (se estima que hay más de 7000 criptomonedas en el mercado con características similares a las del *bitcoin*), la disposición final segunda del Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de Medidas Extraordinarias de Apoyo a la Solvencia Empresarial en Respuesta a la pandemia de la COVID-19, introduce un nuevo artículo 240 *bis* en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores en cuya virtud se habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para desarrollar, mediante circular, el sometimiento a autorización o a otras modalidades de control administrativo de la publicidad de criptoactivos o de otros activos e instrumentos presentados como objeto de inversión, aunque no sean actividades o instrumentos financieros sometidos al ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores.

Se tipifica asimismo como infracción grave (art. 292.4 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores) la realización de publicidad que incumpla lo previsto en el artículo 240 *bis* o en sus normas de desarrollo.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha sometido a consulta pública el pasado mes de abril los principales aspectos que incluiría la futura circular sobre criptoactivos. La

finalidad de la norma, centrada en la protección del inversor minorista, será que «quienes adquieran estos productos sean conscientes de los riesgos que entrañan y de que dicha inversión podría desembocar en algunos casos en pérdidas significativas por variaciones de precio, en situaciones de iliquidez sobrevenida o incluso en pérdida total por ciberataques o fallos en la custodia».

En el ámbito europeo se está tramitando en primera lectura la Propuesta del Reglamento relativo a los Mercados de Criptoactivos, de 24 de septiembre del 2020 (MiCA) (COM/2020/593 final), que ya ha recibido la opinión favorable del Comité Económico y Social Europeo el pasado 2 de marzo. Este reglamento pretende establecer un marco jurídico para los criptoactivos que no están sometidos a la legislación sectorial de los mercados financieros en virtud del principio de equivalencia funcional o por expresa previsión legal y que prevé un régimen armonizado para los emisores de criptoactivos y los proveedores de servicios sobre activos digitales.