IUS ET SCIENTIA
2023 • Vol. 9 • Nº 2 • ISSN 2444-8478
https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia
https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA • © Editorial Universidad de Sevilla 2023

El reglamento MiCA: responsabilidad y sanción frente al incumplimiento de la regulación del mercado de criptoactivos

THE MICA REGULATION: LIABILITY AND SANCTION FOR NON-COMPLIANCE ON MARKET IN CRYPTO-ASSETS REGULATION

María Ángeles Pérez Marín*
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla
mapmarin@us.es 0000-0003-2503-535X

Recibido: 10 de noviembre de 2023 | Aceptado: 06 de diciembre de 2023

RESUMEN

Los criptoactivos se han convertido en una vía de financiación dentro del mercado único y, aunque el uso de los mismos es todavía limitado, se espera un exponencial aumento de sus aplicaciones. Incorporan, además, debido a su naturaleza digital, una clara proyección transnacional que es connatural a su naturaleza, que exige la convergencia entre la Unión y otros ordenamientos, órganos y organismos internacionales para prevenir la falta de confianza de los inversores e impedir la inestabilidad que se deriva de las regulaciones hasta ahora existentes.

El Reglamento MiCA pretende regular los denominados activos no regulados, clasificándolos en función del riesgo que conlleven e instituye una infraestructura de negociación, que se basa en un régimen sancionador frente al cumplimiento de las obligaciones impuestos a los proveedores de servicios. Es necesario distinguir, no obstante, entre las funciones sancionadoras frente al incumplimiento y la tipificación penal de las conductas.

PALABRAS CLAVE

Criptoactivos
Mercado financiero digital
Delincuencia financiera
Responsabilidad penal

* Este trabajo ha sido realizado en el contexto de las Ayudas para la recualificación del sistema universitario español para 2021-2023 (Modalidad B. Ayudas para la recualificación del profesorado universitario funcionario), desarrollada en la Universidad de Coímbra.

Miembro del Proyecto I+D+i DER PID2021-124027NB-100 "El Derecho procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia", dirigido por la Profª Mar Jimeno Bulnes, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos.

IP Grupo de Investigación SEJ-308, La Administración de justicia en España y en América.

ABSTRACT

Crypto-assets have become a means of financing within the single market and although their use is still limited, an exponential increase in their applications is expected. They also incorporate, due to their digital nature, a clear transnational projection that is connatural to their nature, which requires convergence between the Union and other international systems, bodies and organisations in order to prevent a lack of investor confidence and prevent the instability resulting from the regulations that have existed up to now The MiCA Regulation aims to regulate so-called unregulated assets, classifying them according to the risk they entail and instituting a trading infrastructure, which is based on a sanctioning regime for compliance with the obligations imposed on service providers. However, it is necessary to distinguish between the sanctioning functions for non-compliance and the criminalisation of conduct.

KEYWORDS

Cripto-assets
Digital financial market
Financial crime
Criminal liability

I. Encuadramiento del tema

La dificultad de prevenir y perseguir la delincuencia transfronteriza, así como la complejidad de los procedimientos de cooperación penal instaurados en la Unión Europea se tornan aún más arduas en el ámbito la delincuencia económico-financiera, pues, en este caso, no solo es preciso adoptar medidas dirigidas a impedir y a prevenir la comisión delictiva, sino a proteger las vías financieras que, como instrumentos del delito, son utilizadas con miras a blanquear los beneficios del delito o a financiar la delincuencia organizada, incluyendo el terrorismo.

Tengamos en cuenta, así, varias circunstancias que nos pueden ayudar a entender el problema que entraña lo que estamos refiriendo. Por ejemplo, los límites de aquello que podemos considerar delincuencia económico-financiera dibujan en la Unión un contorno extraordinariamente difuso, incorporando conductas que pueden incidir exclusivamente en intereses particulares o extenderse hasta alcanzar a los intereses públicos –nacionales, compartidos o exclusivos de la Unión–. Por otro lado, los intereses financieros de la Comunidad, en un primer momento, y de la Unión, hoy, han constituido y constituyen una preocupación connatural a la esencia de la Unión Europea que instituyó como objetivo de los Tratados la prevención y la protección de sus intereses financieros, dando lugar a una producción normativa incesante que, con el paso del tiempo, ha derivado en un paisaje legislativo ambiguo, a veces de difícil comprensión y altamente especializado en el que confluyen instrumentos jurídicos de distinta naturaleza –mercantil, penal y administrativa– a los que se debe encontrar su propia ubicación para que surtan la eficacia que se espera de ellos. A este paisaje sumemos que las decisiones marco y las directivas no son directamente aplicables, sino que lo son las normas nacionales de transposición, generando tal circunstancia un panorama normativo no siempre compatible con aquella idea de "protección sin fisuras" que se proclama para todos los ámbitos de la Unión, porque ello exige una armonización o equivalencia normativa que no siempre se logra.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

Esta irremediable necesidad de intentar legislar todos los aspectos relacionados con la delincuencia financiera con el afán de conseguir un espacio judicial blindando –que no se muestra como un objetivo fácilmente alcanzable–, no es sino huida hacia delante que tiene, básicamente, dos motivaciones: la primera, que la evolución del delito es más rápida que la evolución normativa de la Unión –sometida a criterios procedimentales rígidos y lentos, que hacen especialmente pesada y burocrática la discusión y la toma de decisiones–; la segunda, derivada de la anterior, que obliga a legislar a remolque de la realidad, porque los instrumentos jurídicos nacen, debido en parte a la lentitud de los procedimientos legislativos, con una eficacia limitada que, debido a su aprobación tardía, impiden hacer frente a una realidad que probablemente se haya transformado para contornar la legalidad. Así, la aprobación de una norma tras otra ha venido a provocar una concatenación de instrumentos jurídicos sobre una misma materia, que también es el reflejo de un cierto fracaso de las políticas implementadas, toda vez que, si se hubiese conseguido prevenir, perseguir y frenar el delito de forma eficaz, no sería hubiera sido necesario continuar buscando soluciones que aporten un mayor grado de efectividad. Esta situación de diversidad normativa, tanto en lo que hace a la cantidad como a la naturaleza de los aspectos regulados, y que traba la pretendida homogeneidad del tratamiento jurídico de las situaciones, debilitan al mercado único.

Por otro lado, la afirmación de un espacio económico común y sin fronteras interiores, pero al mismo tiempo sólido, no solo hace referencia a las características del sistema implementado a fin de facilitar las transacciones dentro del territorio de la Unión, sino que componen el concepto que se promociona hacia el exterior de cara a la captación de inversiones de terceros Estados que permitan fortalecer la posición de la Unión como uno de los bloques económicos del actual tablero geopolítico (Jarne Muñoz, 2018, 119-120). Podemos decir de una manera más coloquial que Europa "vende al exterior" su estabilidad, ya sea esta política o financiera, y que las inversiones externas constituyen un elemento esencial para su desarrollo y el de los Estados, si bien no debe perderse de vista que la ausencia de fronteras internas en este espacio financiero único provoca las mismas consecuencias que se advierten de la eliminación de las fronteras físicas entre Estados, y es que unas vías financieras aparentemente menos controladas permiten la circulación del delito que se comete a través del uso de estas.

A partir de este panorama inicial la Unión bifurcó su actividad legislativa para contener las operaciones o transacciones sospechosas que pudieran ser constitutivas de una infracción administrativa o de un delito de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. El primer paso para evitar los comportamientos irregulares consistió en la implantación de criterios reguladores dirigidos a las entidades financieras para que estas incorporasen medidas de diligencia debida frente a los clientes, esto es, controles que permitiesen prever la finalidad ilícita o irregular de las operaciones pretendidas y, en su caso, obstaculizar la transacción. A pesar de la relevancia que cabe apreciar en esta función preventiva, esencial en la actualidad, y que se fue perfeccionando hasta convertir a las entidades financieras y a los profesionales vinculados a este sector en la primera frontera frente al delito (Pérez Marín, 2022, 297-301), tal decisión no terminó de mostrare suficiente, optándose entonces por acudir al Derecho penal en tanto que

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

instrumento que, en general, se presume más eficaz no solo como consecuencia de la imposición de la pena al comprobarse la comisión de la conducta ilícita, sino porque la amenaza que la sanción penal alberga la convierte en un elemento de prevención.

Así, la confluencia de normas penales y administrativa, con regulaciones cercanas al derecho privado, que prevén los arts. 310 y 325 TFUE, ha dado lugar a un sistema de prevención y represión de la delincuencia económico-financiera al que no solo se encuentran vinculados los órganos penales tradicionales, sino las entidades y los profesionales directamente ligados a la gestión financiera y a los procedimientos administrativos a partir de los cuales se pudiera deducir la comisión del delito o la intención delictiva (Pérez Marín, 2021)[1]. De este modo, el control de las vías financieras que pudieran ser usadas como instrumento de transacciones económicas sospechosas o de dudosa legalidad se separa, apuntando en dos direcciones: por un lado, evitar, como hemos dicho, la operación irregular o ilícita; por otro lado, garantizar que las entidades financieras adoptan las medidas necesarias para antever los comportamientos irregulares, de forma que una actividad negligente en la incorporación de las medidas de diligencia debida o en la aplicación de las mismas podría desembocar en la sanción –administrativa y/o penal– de la entidad responsable o de quienes hubieran facilitado, permitido o consentido, dentro de la misma, la operación ilícita a través de los medios operacionales ofrecidos por aquella.

Por último, en este escenario complejo, y como ejemplo de aquella evolución continuada del delito, en un periodo temporal relativamente corto han alcanzado especial relevancia ciertos productos virtuales que se utilizan como instrumentos alternativos de financiación: los criptoactivos, Estos no pueden ser confundidos con las monedas electrónicas de curso legal, que son implementadas a través de los correspondientes Bancos Centrales nacionales –esto es, organismos centralizados– y que, dicho de forma sencilla, constituyen la representación digital de la moneda física con la que se corresponde, teniendo, por lo tanto, el mismo valor fiduciario que esta[2] (Chiu, 2021, 243-246). Los criptoactivos no constituyen, así, dinero FIAT, aunque sean usados como medio de pago en determinadas transacciones, y al ser un producto creado por entidades privadas descentralizadas no les puede ser atribuido –o al menos no era factible hasta hace relativamente poco tiempo– un valor de referencia concreto y estable, siendo una de sus características, precisamente, la volatibilidad o la fluctuación de su valor al depender su cotización de las circunstancias económicas vigentes y de las propias oferta y demanda del producto.

Como contrapartida, las operaciones con criptomonedas son considerablemente sólidas. Incorporan, en el caso de los efectos t*okenizados*, un *smart contract*, resultando que la seguridad y la agilidad de estas transacciones son importadas de la *blockchain*

1. Véase el trabajo referenciado un análisis de las medidas que deben adoptar las entidades financieras y los profesionales ligados al sector para evitar el uso ilícito de las vías financieras.

2. En la actualidad, por ejemplo, está siendo objeto de análisis la implantación del euro virtual por parte del Banco Central Europeo. Una información más completa al respecto puede obtenerse en https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/html/index.es.html (último acceso 26 de octubre de 2023).

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

que las sustenta y que exige, para alterar una anotación, la autorización mayoritaria de los componentes de la cadena. No puede, pues, un único nodo manipular los registros distribuidos ni el hash que se genera como clave criptográfica de la operación efectuada y que delata la autenticidad y la validez de la misma (Martín Ríos, 2020, 20). Pero tampoco podemos olvidar que la fluidez de las intervenciones con criptoactivos se justifica por una escasa regulación legal y, por consiguiente, por la inexistencia de requisitos que deban ser cumplidos para garantizar la validez para las partes de la operación realizada. Ello ha dado lugar al nacimiento de un mercado paralegal –paralelo a los mercados financieros físicos o digitales regulados– que no deja de tener una evidente trascendencia en el tráfico jurídico debido el empuje de la negociación con tales activos, pero que también ha provocado una especie de asociación automática de ideas que vinculaba a los criptoactivos con actividad delictiva, a pesar de que ni el origen ni la finalidad de su uso sean ilícitos por sí mismos. No podemos desconocer, sin embargo, que la protección que ofrece el anonimato o la privacidad de las operaciones ha puesto a este sector en el punto de mira de la delincuencia organizada[3] porque facilita la financiación de sus actividades sin el riesgo de que estas sean identificadas[4].

II. La necesaria transparencia de las transacciones

Aunque no fue la primera ocasión en la que el legislador europeo abordó la problemática de los criptoactivos[5], *la Directiva (UE) 2018/843 relativa a la prevención del uso*

3. Aunque el uso de criptomonedas va en aumento, el número total de transacciones es aún muy limitado si lo comparamos con la delincuencia financiera vinculada al dinero efectivo y otras transacciones, especialmente debido a la volatilidad de las criptodivisas. Sin embargo, el ámbito delictivo se ha ampliado y ya no queda circunscrito a la ciberdelincuencia, sino que se vincula a cualquier delito de naturaleza económico financiera, el fraude y el narcotráfico. Vid. Europol Spotlight *Cryptocurrencies: tracing the evolution of criminal finances*, 2022, https://www.azarplus.com/wp-content/uploads/2022/01/Europol-Spotlight-Cryptocurrencies-Tracing-the-evolution-of-criminal-finances.pdf (último acceso 17 de octubre de 2023).

4. Interpol ha creado un Centro contra la Delincuencia Financiero y la Corrupción que presta apoyo en las investigaciones transnacionales sobre la delincuencia facilitada por internet y que, con relación a los criptoactivos, está especializado en el rastreo de activos para interceptar los fondos ilícitos antes de su desaparición, en https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-financiera/Papel-de-INTERPOL-en-la-lucha-contra-la-delincuencia-financiera (último acceso 23 de octubre de 2023).

5. La Directiva MIDFI (Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, *Diario Oficial de la Unión Europea, L173*, de 12 de junio de 2014. http://data.europa.eu/eli/dir/2014/65/oj) incorpora en su regulación los *security tokens* o tokens de inversión, mientras que a los criptoactivos de dinero electrónico, o *payment tokens,* resultan de aplicación la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europea y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea, L267*, de 10 de octubre de 2009. http://data.europa.eu/eli/dir/2009/110/oj), cuando puedan ser encuadrados en las condiciones especificadas en este instrumento.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo[6] -5ª Directiva o 5AMLD por sus siglas en inglés– constituyó la ocasión en la que el foco se posaba, de un forma indubitada, en las divergencias que se apreciaban en las normas nacionales que, ante la falta de un instrumento normativo común, vinieron a ofrecer una regulación "territorialmente limitada" de los *tokens* o criptoactivos no regulados, esto es, los excluidos de las Directivas de 2009/110/UE (Directiva del dinero electrónico) y de 2014/65/UE (Directiva MIFID II por sus siglas en inglés). La Directiva de 2018 no nacía, sin embargo, como un elemento normativo autónomo, ni su objetivo principal era instaurar la regulación de tales criptoactivos, sino complementario y, en principio, dirigido a superar la falta de previsión de medidas específicas de diligencia debida para ciertas situaciones o la insuficiencia de las implementadas a través de la 4.ª Directiva –o 4AMLDpor sus siglas en inglés[7]- y que facilitaban transacciones que podían tener como objeto el blanqueo de capitales y/o la financiación del terrorismo y de la delincuencia organizada, usando las vías financieras legales.

Ya las directrices GAFI de 2015, prácticamente reiteradas en 2020[8], previnieron que los Estados no se encontraban en disposición de afrontar, con la regulación entonces vigente, los riesgos derivados del uso de determinados efectos financieros, apuntando directamente hacia el anonimato de los criptoactivos y a la dificultad de forzar la identificación real de las partes, protegidas por la privacidad de los protocolos subyacentes de la *blockchain*[9], debiéndose introducir organismos o mecanismos centralizados –que no existían– y a los que las autoridades competentes pudieran dirigirse para procurar información sobre las operaciones investigadas (Zaragoza Tejada, 2019, 10).

Nos encontrábamos, así, con que la imposibilidad de identificar a las partes intervinientes en este tipo de negociaciones tenía un doble motivo: por un lado, que no existía regulación que así lo exigiese; por otro, que la técnica de *blockchain* que le sirve de base dificulta la identificación, aunque no tanto la precisión del *iter* operacional que puede ser reconstruido a través de los diferentes nodos que conforman la cadena. Evidentemente, la imposibilidad de conocer quiénes están detrás del origen y del destino de la operación

6. Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, *Diario Oficial de la Unión Europea, L156*, de 19 de junio de 2018, http://data.europa.eu/eli/dir/2018/843/oj).

7. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, *Diario Oficial de la Unión Europea, L141*, de 5 de junio de 2015, http://data.europa.eu/eli/dir/2015/849/oj.

8. https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Directrices-para-enfoque-basada-en-riesgo-Monedas-virtuales.pdf y https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/recursos-del-gafic/14971recomendaciones-del-gafi-2012-actualizadas-a-octubre-de-2020–1 (último acceso a ambos documentos 20 de octubre de 2023).

9. Vid. p. 13 Directrices GAFI 2015.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

obstruye la investigación penal y, por ello, en los considerandos 8 y 9 la Directiva (UE) 2018/843 el legislador insiste en el hecho de que la privacidad –anonimato– de los criptoactivos promueve un uso irregular de los mismos, en tanto que permite a los usuarios completar estas operaciones y proceder al cambio de moneda virtual por moneda FIAT sin levantar sospechas. En este escenario, el mercado único se convierte en un espacio altamente vulnerable que no puede evitar el uso ilícito de sus vías financieras y que, en el fondo, permite a las organizaciones delictivas transnacionales disfrutar de cierta impunidad para transferir fondos desde o hacia el sistema financiero de la Unión.

También el *Plan de acción en materia de tecnología financiera,* definido en el año 2018[10], puso de manifiesto que ni los Estados ni la Unión contaban con normas reguladoras suficientes para hacer frente al uso irregular de los medios alternativos de financiación no regulados y que, como consecuencia y por derivación, el espacio financiero se encontraba desprovisto de protección legal en este aspecto (Barrio Andrés, 2022). Se abordaba, además, una nueva perspectiva al reconocerse que el problema podía verse exponencialmente agravado no por la ausencia absoluta de previsión legal, toda vez que, en aquel momento, algunos ordenamientos habían ido incorporando de forma incipiente ciertas previsiones y ya la Unión se encontraba inmersa en una discusión sobre las estructuras de financiación de los criptoactivos no regulados, sino por la constatación de la falta de homogeneidad de las normas nacionales, siendo la armonización normativa una condición imprescindible a la que la Unión y los Estados debían aspirar (Kapsis, 2021, 97). No olvidemos que de cara al exterior la fortaleza del mercado financiero interno reside en que es precisamente "único", por lo que no podían tener cabida pormenores legislativos que vinieran a distinguir un ordenamiento de otro –un mercado de otro–, remarcando con ello las fisuras que en un espacio digital que podían ser optimizadas por las organizaciones delictivas para contornar la legalidad (Aben, 2022, 98).

En consonancia con lo anterior, en el *Plan de acción para una política global de la Unión en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*[11], que adelantaba los criterios para afrontar los riesgos que supone la inestabilidad de un sistema financiero amenazado por la inseguridad que suscita su uso con fines ilícitos, se hacía especial hincapié en el riesgo de la proyección transnacional de las operaciones realizadas a través de las vías digitales que obliga a las entidades a atender a la evolución constante del mercado financiero digital.

Como resultado, las especialidades de los criptoactivos –ya fueran estos regulados o no regulados– no permitían aprovechar un sistema pensado para formas de financiación

10. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones - Plan de acción en materia de tecnología financiera: por un sector financiero europeo más competitivo e innovador, Bruselas, 8 de marzo de 2018, COM (2018) 109 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018DC0109.

11. Comunicación de la Comisión sobre un Plan de acción para una política global de la Unión en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, Bruselas, 7 de mayo de 2020, COM (2020) 2800 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=PI_COM:C(2020)2800.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

tradicionales, porque los problemas surgidos a partir del uso de aquellos en muy poco o en nada se compadecían con las dificultades que habían ido emergiendo como consecuencia de la modernización del mercado financiero tradicional y que habían ido siendo progresivamente resueltas atendiendo a las necesidades de cada momento. La irrupción de un "modo disruptivo" de financiación que se contraponía a lo que se conocía hasta entonces, en lo que a sus características y condiciones de uso se refiere, y que prometía, cumpliéndolo, una mayor agilidad de las transacciones gracias a la inexistencia de requisitos legales, supuso una revolución para la que la Unión y los Estados no estaban preparados por mucho que, como ya adelantamos, todos fueran conscientes de la situación que se avecinaba.

Como el problema residía no tanto en las operaciones efectuadas a través de los criptoactivos, sino en las circunstancias aparejadas a esta –la imposibilidad de identificar a las partes, la dificultad de deducir la finalidad de las mismas (Pérez López, 2019, 91-94; Navarro Cardoso, 2019, 10-14) y la inexistencia de órganos centralizados que faciliten el acceso a los datos de la operación– la regulación recientemente aprobada se vuelca en el control de las condiciones que deben cumplir los criptoactivos, las entidades que los emite y los mercados en los que se opera con estos para garantizar la transparencia del sistema y la seguridad del mercado financiero en el que operan.

III. La infraestructura de mercado diseñada por el reglamento TRD para las operaciones con security tokens

Aunque en general se suele decir que los criptoactivos estaban desprovistos de regulación en la Unión Europea hasta la reciente aprobación del Reglamento MiCA, la realidad no es exactamente esa. Hemos viso que, desde su entrada en vigor, la Directiva MIFID II ha atendido a determinados criptoactivos –activos *tokenizados*– que sustentan un *smart contract* afianzado por la *blockchain*[12], siempre que, conforme a dicha Directiva, tales instrumentos tengan la consideración de activos financieros o *security tokens* y, por otro lado, la Directiva 2009/110/CE avanzó en la regulación del dinero electrónico, amparando sus previsiones a los criptoactivos que pudieran tener tal consideración. No obstante, aunque todos los criptoactivos estén basados en una técnica de registro descentralizado, no todos incorporan un contrato inteligente ni, por ejemplo, todos tienen la misma eficacia que la Directiva de 2009 atribuye al dinero electrónico, por lo que no es difícil concluir que no todos los criptoactivos son iguales. Como no puede afirmarse, pues, que estos, con independencia de su naturaleza y/o finalidad, sean siempre activos financieros y/o dinero electrónico, tales directivas carecían de una aplicabilidad genérica –no estaban referidas a todos los criptoactivos–, siendo imposible que una

12. Aunque normalmente –excepto en los ámbitos verdaderamente especializados– se usan de forma indistintas los términos criptoactivo y *token*, no son vocablos equivalentes. En concreto, los activos *tokenizados* regulados por esta Directiva llevan incorporado un *smart contract* y constituyen un tipo específico de criptoactivos.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

norma tuviera un ámbito material de aplicación tan amplio como para abarcar a cualquier criptoactivos de ahí que el legislador tuviera que hacer frente a la regulación de los mismos a través de distintos instrumentos jurídicos que han de atender a las diferencias existentes entre ellos.

Por su parte, los criptoactivos –o *security tokens*– comprendidos en la Directiva MIFID II constituyen, dicho de forma sencilla, la representación digital de un activo financiero tradicional, aunque también puede ser un activo nativo digital –considerando 3–. En cualquier caso, y en tanto que instrumentos o activos financieros les resultan de aplicación las normas que regulan tales elementos en el mercado sin tener en cuenta su condición digital[13]. No obstante, esta arquitectura legal se topaba con algunos problemas específicos vinculados a la natural digitalización de los criptoactivos y, de hecho, la dificultad de aplicar completamente los instrumentos jurídicos vigentes –planeados para un mercado tradicional o para formas o instrumentos de inversión tradicionales– a la negociación con estos nuevos activos demostraba que los presupuestos en los que el mercado tradicional se basaba no se correspondían de forma exacta con las características y exigencias de los activos *tokenizados*, e, incluso, se advertía con facilidad que los problemas que surgían con ocasión del negocio jurídico en el que estos eran utilizados diferían de los advertidos en la sistemática tradicional. Verdaderamente el mercado carecía de respuestas frente a las necesidades interpretativas y de aplicación de este tipo de activos y de su sistema subyacente, siendo ello considerado una fragilidad que debía

13. Reglamento (UE) 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, *Diario Oficial de la Unión Europea, L86*, de 24 de marzo de 2012. http://data.europa.eu/eli/reg/2012/236/oj; Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, *Diario Oficial de la Unión Europea*, *L173*, de 12 de junio de 2014. http://data.europa.eu/eli/reg/2014/596/oj; Reglamento (UE) 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores y por el que se modifica la Directiva 98/26/CE y 2014/65/UE y el Reglamento (UE) 236/2012, *Diario Oficial de la Unión Europea, L257*, de 28 de agosto de 2014. http://data.europa.eu/eli/reg/2014/909/2022-06-22 (versión consolidada); Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea, L168*, de 30 de junio de 2017. http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1129/oj; Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, *Diario Oficial de la Unión Europea, L166*, de 11 de junio de 1998. https://www.boe.es/doue/1998/166/L00045-00050.pdf (versión consolidada http://data.europa.eu/eli/dir/

2019/879/oj); Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea, L 294*, de 6 de noviembre de 2013. http://data.europa.eu/eli/dir/2013/50/oj.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

ser superada. A pesar de todo, no puede dejar de reconocerse que existía un cuerpo de normas sustantivas que, aunque mejorables y, aun debiendo ser adaptadas, constituían la base reguladora de los negocios realizados con estos instrumentos.

Para dotar de una base de mercado a los activos regulados por la Directiva MIFID II, el *Reglamento relativo al establecimiento de un régimen piloto de infraestructuras de mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado*[14] (Reglamento TRD) ponía en funcionamiento en el año 2022 un régimen de prueba –como su propia denominación indica un *régimen piloto*– con el que se pretende dotar al mercado de los *security tokens* de la base que específicamente requiere su negociación y que hasta ese momento no existía. No cabe olvidar que el mercado tradicional ofrecía para este sector una cobertura que no era pequeña –todos los instrumentos legales que regulaban el mercado financiero les resultaba prácticamente de aplicación–, pero al mismo tiempo limitada dadas las diferencias entre estos activos y los tradicionales, por lo que el mercado debía contar con una infraestructura legal adecuada que finalmente vendría a ser diseñada en este Reglamento. Ha de quedar claro que este únicamente resulta de aplicación a los *security tokens* o activos financieros de la Directica MIFID II, excluyendo cualquier otro tipo de criptoactivo que, basado en la misma tecnología de registro descentralizado, carezca de la consideración de "activo financiero" en la forma prevista por tal instrumento.

A lo largo del Reglamento TRD, el legislador hace expresa referencia a los problemas que constituyen los principales obstáculos con los que se topa el mercado de los activos tokenizados y concreta los criterios o los procedimientos a fin de superar tales inconvenientes. Por un lado, había de afrontarse eficazmente los riesgos que se derivarían de la negociación y, por otro, era necesario fortalecer las garantías ofrecidas a los inversores y a los consumidores sobre la integridad del mercado, así como sostener una estabilidad financiera continuamente tocada por la evolución o la aparición de nuevos elementos financieros. Como consecuencia, la seguridad del mercado –y, en general, la del tráfico jurídico– quedaba vinculada a una regulación eficaz del mismo, siendo este, en definitiva, el objetivo que se marca el legislador con el Reglamento TRD. Así, con respecto a la creación de nuevas infraestructuras se detallan las formalidades legales que permiten otorgar las autorizaciones específicas para gestionar los diferentes soporte de negociación multilateral[15], y se exige la publicación de un libro blanco que contenga información relativa al negocio en cuestión y la descripción de las tecnologías utilizadas, introduciendo la noción de responsabilidad frente al riesgo soportado por el negocio, de tal manera que el solicitante [de la gestión del servicio] debe probar que "cuenta con

14. Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 600/2014 y (UE) n.º 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE, *Diario Oficial de la Unión Europea, L151*, de 2 de junio de 2022, http://data.europa.eu/eli/reg/2022/858/oj.

15. SMN - sistema multilateral de negociación, basado en la TRD, art. 2.6 del Reglamento (UE) 2022/858– SL –sistema multilateral de negociación, basado en la TRD, art. 2.6 del Reglamento (UE) 2022/858– y SN –sistema de liquidación y negociación basado en la TRD, art. 2.8 del Reglamento (UE) 2022/858-.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

garantías prudenciales suficientes para satisfacer sus responsabilidades y compensar a sus clientes"[16].

Pero también cabe apreciar en este instrumento cómo el legislador establece los puentes para compatibilizar el régimen tradicional de cuenta de valores con la tokenización de los activos financieros, concretando las posibles exenciones a las que se pudieran acoger los sistemas basados en la técnica de registro descentralizado –considerando 30 y art. 5– y obligando a implementar condiciones diferentes a las del mercado tradicional sin afectar a la seguridad y sin dejar de ofrecer garantías a los inversores de tales servicios[17]. En este punto, volvemos a traer a colación que la tecnología subyacente de estos activos financieros se basa en la descentralización y que ello facilita la protección de la identidad de quienes intervienen, por lo que se debían fijar criterios de fiabilidad de los protocolos de los *smart contracts* incorporados a los activos. Como correlato de lo anterior, el considerando 5 del Reglamento anticipaba que la complejidad de este tipo de activos era doble, pues con independencia de las condiciones especiales de estos, la tecnología de registro descentralizada también debía afrontar los mismos riesgos que encontraban las tecnologías más convencionales, apuntando directamente el legislador hacia la necesidad de controlar la validez legal de los tokens, es decir, de los activos. Luego, el desarrollo del sistema implementado para la negociación con criptoactivos debía ser compatible, necesariamente, con la protección de los inversores y con la integridad el mercado, favoreciendo, como refiere el considerando 6, la instauración de "cadenas de responsabilidad [de las entidades emisoras y negociadora] frente a los clientes […] por toda pérdida debida a fallos operativos".

Por ello, cuando una entidad solicite autorización para gestionar un servicio multilateral basado en la técnica de registro descentralizado, también deberá incluir, para el caso de que se produzca un conflicto, medidas de mitigación que permitan asegurar la posición de los inversores, la integridad del mercado y la estabilidad financiera y detallar una relación de los mecanismos de tramitación de reclamaciones –art. 8.4 f)-. Por su parte, el apartado 6 del art. 7 advierte que "[l]os organismos rectores de infraestructuras del mercado basadas en la TRD establecerán disposiciones transparentes y adecuadas para garantizar la protección de los inversores […]", pudiendo las autoridades competentes revocar las autorizaciones otorgadas a las entidades para emitir y operar con tales activos cuando detecten un defecto en la tecnología utilizada o en los servicios prestados que pongan en riesgo la integridad del mercado o la estabilidad financiera.

Pero en otro orden de consideraciones, no podemos dejar de insistir en que, como el título indica, todas estas directrices no dejan de ser hoy un régimen piloto, esto es, en cierta manera un modelo experimental o un banco de pruebas provisional o temporal, por lo que se desenvuelve como una especie de laboratorio a través del cual se logra información para ordenar una futura infraestructura definitiva de mercado, superando las incompatibilidades observadas en la negociación desarrollada con activos financieros tokenizados a la luz de este Reglamento. De hecho, podemos leer

16. Vid. arts. 8, 9 y 10 del Reglamento (UE) 2022/858.
17. Vid. considerandos 3 y 4 del Reglamento (UE) 2022/858.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

en el considerando 5 que ante "la limitada experiencia en cuanto a la negociación de criptoactivos que tienen la consideración de instrumentos financieros […] sería prematuro realizar en este momento modificaciones significativas de la normativa de la Unión" para permitir el pleno despliegue de dichos criptoactivos y su tecnología subyacente, reconociendo que "la creación de una infraestructura del mercado financiero para los criptoactivos que tienen la consideración de instrumentos financieros se ve actualmente constreñida por requisitos imbricados en la normativa de la Unión en materia de servicios financieros que no son apropiados para los criptoactivos que tienen la consideración de instrumentos financieros ni al uso de la tecnología de registro descentralizado". Por ello, a más tardar el 24 de marzo de 2026, la AEVM deberá presentar a la Comisión un informe sobre el funcionamiento de las infraestructuras, pudiéndose prorrogar la validez del Reglamento tres años.

IV. El reglamento MiCA y la lucha contra la delincuencia financiera

4.1. Un análisis general de la norma

Cabe entender que tanto las Directivas 2015/849 y 2018/843, como el Dictamen elaborado sobre el *Plan de acción en materia de tecnología financiera*[18], constituyeron un paso decisivo para regularizar los criptoactivos "no regulados" por la Directiva MIFID II o por la Directiva de dinero electrónico.

En el año 2020 era publicada una Propuesta de Reglamento relativo a los mercados de criptoactivos "no regulados"[19], que no dejaba de ser una declaración de intenciones por parte de la Unión. Esta no estaba dispuesta a perder las oportunidades que ofrecía la evolución de un mercado financiero adaptado a las nuevas tecnologías y, especialmente, no podía dejar de beneficiarse de las ventajas de los nuevos instrumentos cuando las técnicas de registro descentralizado fuesen adaptadas de manera definitiva a los activos digitales de financiación, si bien no olvidaba la necesaria protección de inversores y consumidores (Maume, 2022, 110).

Pero tanto con respecto a los activos regulados, como respecto de los activos digitales no regulados, se apreciaban riesgos similares. Por ejemplo, como sabemos no era posible forzar la identificación de las partes sin la colaboración de estas debido a que la técnica de registro descentralizado viabiliza el anonimato de quienes intervienen

18. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones - Plan de acción en materia de tecnología financiera: por un sector financiero europeo más competitivo e innovador, Bruselas, 8 de marzo de 2018, COM (2018) 109 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018DC0109.

19. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 24 de septiembre de 2020, COM (2020) 593 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

en estas transacciones, insistiéndose en otras circunstancias que debían ser tenidas en cuenta por contribuir al uso ilícito o irregular de los criptoactivos y que afectaban a la seguridad del mercado financiero, como ocurría con la falta de instrumentos jurídicos comunes –situación que abría la puerta a la impunidad de la delincuencia organizada que negociaba con criptoactivos–, que al amparo de las diferencias entre ordenamientos permitían esconder el blanqueo de capitales u otras operaciones delictivas (Patz y Wettlaufer, 2022, 255). Evidentemente, la falta de una regulación común y la existencia de normas reguladoras nacionales –diferentes– no determinaban necesariamente la ilicitud de estas operaciones, pero tampoco permitían asegurar la legalidad de las mismas.

Junto con este mismo trasfondo –garantizar la licitud y la transparencia de las transacciones con criptoactivos– el texto del Reglamento (UE) 2023/1114, recientemente aprobado[20] (Reglamento MiCA por sus siglas en inglés), se centra en inyectar un más elevado grado de seguridad al mercado financiero que constituye la infraestructura de negociación (Parrondo, 2023), contribuyendo a combatir el delito. Sin embargo no implanta medidas destinadas a sancionar penalmente el delito de blanqueo o de financiación del terrorismo que pudiera esconder la transacción de criptoactivos –al no ser un instrumento penal–, sino que establece medidas, obligaciones y deberes –medidas de diligencia debida– que necesariamente han de ser respetados por los operadores de activos digitales a fin de demostrar a los inversores que este es un mercado seguro, pues el blanqueo de capitales suele ser considerado como un delio indirecto en el contexto de la criminalidad que pudiera desenvolverse en el ámbito de los activos digitales (Huang, 2021, 132 y 133). Vemos, así, que la Unión avanza hacia la creación del entorno de negociación de los mismos, distinguiendo, como ya hizo con las Directivas AMLD, la regulación administrativa de la regulación penal. Este Reglamento instituye, por consiguiente, las infraestructuras administrativas y los requisitos para autorizar la prestación de servicios de criptoactivos y las condiciones de negociación que, al estar concretadas, dotan al sistema de un evidente grado de seguridad, permitiendo controlar la licitud de la actividad negociadora, pero no tiene como finalidad directa –aunque esté intrínsecamente ligada al espíritu de la norma– estipular criterios legales para el combate de este tipo de delincuencia financiera. Incorpora, por el contrario, un régimen sancionador (administrativo) frente al incumplimiento de los requisitos exigidos.

Así, los principios que rigen el nuevo mercado han de tener como objeto, tal y como indica el considerando 5, la seguridad de las empresas, de los inversores y del mercado ante la perspectiva de que, aun teniendo todavía un uso limitado, estos activos alcancen una gran proyección cuando estabilicen su precio y se conviertan en un instrumento de financiación estable no sujeto a las eventualidades de la oferta y la demanda. Por ello, y también para evitar desafíos que afecten al equilibrio financiero, el Reglamento

20. Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, 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, *Diario Oficial de la Unión Europea, L150*, de 9 de junio de 2023. http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1114/oj.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

pretende superar la desconfianza de los consumidores, evitando que una actitud conservadora obstaculice el desarrollo del mercado e impida la expansión transfronteriza de las actividades desarrolladas por los proveedores de criptoactivos. A mayor abundamiento, se reconoce que este mercado es naturalmente transfronterizo, por lo que no es suficiente con regular las transacciones a nivel de la Unión, sino que se ha de potenciar la colaboración con organismos y organizaciones internacionales para mantener una convergencia globalizada –considerando 6–. Debemos entender, pues, que la regulación europea, siendo el medio a través del cual se concretan las condiciones del mercado de criptoactivos en el espacio financiero común, se encuadra en un contexto más ambicioso que procura la estabilidad financiera global para evitar riesgos de contagio que no solo perjudican a las transacciones, impidiendo un desenvolvimiento normal del mercado, sino que afecta, por ejemplo, a la seguridad que precisan percibir los inversores en el negocio jurídico que se disponen a realizar. De hecho, el riesgo de las operaciones reside, además de en el volumen del negocio, en la proyección transfronteriza de la operación, motivo por el cual los proveedores de servicios están obligados a cuidar la aplicación de medidas de diligencia debida.

Con este objeto se instituye un sistema de control dirigido a comprobar que los servicios se sujetan a las condiciones de legalidad previstas y se otorgan a las autoridades nacionales, a la Autoridad Bancaria Europea –en adelante ABE– y a la Autoridad Europea de Valores y Mercado –en adelante AEVM– facultades de control e inspección, entre las que, sin embargo, no se aprecia de forma nítida la naturaleza de las mismas, esto es si las medidas de inspección están dirigidas a realizar una mera comprobación o si, por el contrario, tienen finalidad sancionadora.

En cuanto a los activos virtuales, o criptoactivos definidos en el Reglamento MiCA, con la clasificación adoptada por la Unión se aparta de la ordenación tradicional de la AEVM sobre la materia. El nuevo instrumento prevé a grandes rasgos tres tipos de criptoactivos que están regulados de forma amplia por lo que abarcan diferentes opciones (Patz y Wettlaufer, 2022, 251-255), distinguiéndolos en función del riesgo que conlleve su negociación y a si pretenden estabilizar su valor con referencia al valor de otros activos (Chiu, 2021, 19-21), pues los activos de los que trata el Reglamento son, si utilizamos otra clasificación, los *stablecoins* cuya negociación se ha extendido de forma exponencial en los últimos años (Alvarado Herrera, 2022).

A nivel de esta norma se distinguen las fichas de dinero electrónico (ART, por sus siglas en inglés), que estabilizan su valoración en función del valor de una moneda de curso legal[21], las fichas referenciadas a activos (EMT, por sus siglas en inglés)[22], que acogen a la mayoría de los criptoactivos que no son fichas de dinero electrónico y que mantienen constante su valor gracias al valor o la cotización de un concreto bien o activo –por ejemplo el oro–, sobre un derecho o a la combinación de diferentes valores

21. Art. 3.1.7) del Reglamento (UE) 2023/1114.

22. Las fichas referenciadas concretan su valor en atención a una combinación de activos, mientras que el valor de las fichas de dinero electrónico se determina en tención a una única moneda de curso legal. Vid. art. 3.1.6) del Reglamento (UE) 2023/1114.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

que le sirven de referencia y, por último, un tercer grupo en el que se incluyen todos aquellos criptoactivos que no se compadecen con los requisitos de las dos tipologías anteriores y que serían, en parte, las que la AEVM denomina como *utility tokens* y que el Reglamento MiCA regula como fichas de consumo[23]. Estas, normalmente dan acceso a un determinado servicio ofrecido por el emisor del criptoactivo y no pueden ser usadas fuera del contexto o del entorno para cuyo desarrollo fueron creadas, aunque lo que verdaderamente identifica a este tipo de activos es que no incorporan un derecho de crédito frente al emisor ni es posible, en general, negociar con ellos fuera de su infraestructura de desarrollo específica. No obstante, también incluyen criptomonedas como *bitcoin*, *aethereum* y *litecoin*, en tanto que criptomonedas volátiles no referenciadas a activos (Gonçalves, da Costa Vale, 2023, 34 y 35).

Tengamos en cuenta, por último, que, a pesar de que pasen a ser "activos regulados" a partir de la entrada en vigor del Reglamento, las fichas referenciadas a activos tienen una naturaleza distinta a la de los activos financieros regulados en la Directiva MIFID II, por lo que esta y el conjunto de normas que disciplinan este mercado continúan sin serles de aplicación, conservándose dos regulaciones separadas e infraestructuras diferenciadas –por un lado el Reglamento TRD y por otro el Reglamento MiCA– que permitan desarrollar el negocio jurídico con garantías. Sin embargo, con las fichas de dinero electrónico no ocurre lo mismo en tanto que estas vienen a actuar como medio de pago y, por lo tanto, podrían ser encuadradas en las condiciones de la Directiva de dinero electrónico. Cuando ello acontezca, a estas fichas también les resultarán de aplicación las previsiones de los Títulos II y III de dicha Directiva, como refiere el Reglamento MiCA en su art. 48.2, alcanzándose un estatuto más completo al disfrutar estos activos de una doble naturaleza como *stablecoins* –fichas de dinero electrónico– y como dinero electrónico al mismo tiempo.

4.2. Las obligaciones de información y transparencia de los operadores de servicios de criptoactivos: la responsabilidad civil frente a la infracción

Para cada uno de los activos regulados el Reglamento introduce requisitos específicos que delimitan, en cada caso, las condiciones de la oferta pública o admisión a negociación de las fichas, pero, para todos en general, se impone a los oferentes, a los emisores, y a quienes soliciten la negociación de los mismos, la obligación de publicar un libro blanco, como ya se determinó en el Reglamento TRD para los *security tokens*, que incluya toda la información relativa al proveedor del servicio, las fichas, la oferta y la operación, así como una explicación de la tecnología subyacente, de los riesgos y una declaración de que el libro blanco no incurre en ninguna omisión que pudiera afectar a su contenido. Este debe contar, además, con un resumen claro a modo de introducción, que proporcionará información relevante de forma precisa, concisa y sin tecnicismos

23. Art. 3.1.9) del Reglamento (UE) 2023/1114.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

sobre la oferta pública de la ficha en cuestión[24]. Se trata, por lo tanto, de un deber general de información, transparencia y claridad que excluye, sin embargo, el deber de referir aquellos riesgos que difícilmente puedan materializarse, como adelantan los considerandos 24 y 27 y puede advertirse en los arts. 19 y ss.

De forma paralela, el legislador construye el régimen de responsabilidad civil de los operadores que incumplan este deber de información transparente. En este sentido, y en el caso de que la información recogida en el libro blanco no sea completa o se demuestre engañosa, tanto el emisor como los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión serán responsables de las pérdidas sufridas por los titulares de las fichas cuando hubiera sido aquella información, errada o insuficiente, determinante para suscribir la operación[25], previendo el art. 37 un derecho permanente de devolución que mantienen los titulares de las fichas referenciadas frente a los proveedores para el caso de que estos no puedan cumplir las obligaciones que conllevan los planes de recuperación o de reembolso y que, previa decisión de la autoridad competente, serán ejecutados cuando el emisor no pueda –o se prevea que no pueda– cumplir con sus obligaciones, en los casos de insolvencia o en los casos de revocación de la autorización por el emisor[26].

Esta responsabilidad de naturaleza civil no es incompatible con el régimen de responsabilidad civil previsto en el ordenamiento nacional[27]. De esta manera, para los activos distintos de los referenciados a activos y a los activos de dinero electrónico, el art. 15 declara la nulidad de las cláusulas que excluyan la responsabilidad civil de los proveedores de servicios, recordando que el grado de responsabilidad determinado en el Reglamento es plenamente compatible con otras responsabilidades civiles precisadas en el Derecho nacional –art. 15.6–, recogiendo idéntica previsión para las fichas referenciadas a activos –art. 26.2– y para las fichas de dinero electrónico –art. 52.2-.

Complementando la obligación de información y transparencia, se requiere de los emisores de fichas referenciadas que, además de contar con una sistema de gobernanza sólido y con una estructura organizativa clara, establezcan pautas de responsabilidad bien definidas frente al incumplimiento del deber de información –considerando 51 y art. 34–, al tiempo que se les exige la constitución y el mantenimiento de una reserva de activos –art. 36– para garantizar la estabilidad de los mismos y que esta se corresponda con la naturaleza de los riesgos derivados de las operaciones. De forma paralela,

24. Exactamente las mismas disposiciones se recogen para los diferentes tipos de activos en los arts. 6, 19 y 51 del Reglamento, teniendo en cuenta las diferencias en el contenido del libro blanco, pues este debe adaptarse a las condiciones de cada activo.

25. Art. 26 del Reglamento (UE) 2023/1114.

26. Vid., así, arts. 56 y 47 del Reglamento (UE) 2023/1114. Ahora bien, corresponde a los inversores demostrar la infracción cometida por el emisor para que se deduzca la responsabilidad civil y estos no tienen responsabilidad por el uso erróneo que se haga de la información que se desprenda del resumen del libro blanco salvo cuando "a) sea engañoso, inexacto o incoherente con las demás partes del libro blanco de criptoactivos, o b) no proporcione, leído junto con las demás partes del libro blanco de criptoactivos, información relevante para ayudar a los potenciales titulares a tomar una decisión sobre la compra de la ficha referenciada a activos".

27. Art. 26.5 del Reglamento (UE) 2023/1114.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

el art. 52 aborda la responsabilidad de los emisores de fichas de dinero electrónico respecto de la información facilitada en el libro blanco sobre el criptoactivo, siendo el art. 14 la sede que recoge las obligaciones de los proveedores de servicio de activos distintos de las fichas referenciadas a activos y de las fichas de dinero electrónico, para las que también se prevé, a favor de los titulares minoristas, un derecho de desistimiento de la operación conforme a lo previsto en el art. 13.

4.3. El régimen sancionador frente al incumplimiento de las obligaciones

El Reglamento MiCA supone un importante avance que dota de estabilidad a los criptoactivos, pero no resuelve ciertas opacidades que inciden en la seguridad de las operaciones y del propio mercado y tal vez por ello obliga, por ejemplo, a los emisores de las fichas significativas de dinero electrónico a aceptar auditorías independientes cada seis meses[28] y, con relación a las fichas significativas referenciadas a activos, que sus emisores se sometan periódicamente a pruebas de resistencia de liquidez que abarquen todos los productos que ofertan en el caso de ser más de uno, como precisa el art. 45.4. Por otro lado, el régimen jurídico diseñado también incorpora un régimen sancionador por el incumplimiento de los deberes y obligaciones fijados, que permite a las autoridades competentes imponer las sanciones y medidas concretadas, básicamente en el art. 94, una vez tramitada la investigación. Por su parte, el art. 111 prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan tipificar las infracciones del Reglamento como conductas delictivas, entrándose así en el delicado límite que construyen los principios *nemo tenetur* y *non bis in idem*.

De este modo, el art. 94 determina las facultades genéricas de las autoridades competentes para desempeñar las funciones relacionadas con el control y la supervisión de las actuaciones de los proveedores de servicios con criptoactivos, mientras que el art. 111 concreta las sanciones administrativas, multas y "otras medidas administrativas" que, por otro lado, no dejan de ser sanciones en la mayoría de los casos.

Digamos que la regulación relativa a la supervisión y a la investigación como funciones atribuidas a las autoridades administrativas designadas para controlar el cumplimiento de los requisitos que dotan de seguridad a los criptoactivos, ofreciendo garantías a los inversores, a las operaciones y al mercado de negociación, resulta cuanto menos difusa y, en principio, difícil de entender. Parecen mezclarse funciones de inspección y control que asumen una finalidad sancionadora que excede de la mera comprobación de los requisitos exigidos para la situación que estuviera siendo investigada, adentrándose el procedimiento en un ámbito sancionador que es el que permite imponer las multas y las medidas administrativas dispuestas en el Reglamento. Además, la investigación iniciada puede finalizar con la derivación de la misma a la vía penal por entenderse que los hechos constatados constituyen un delito, asumiendo, por lo tanto, la jurisdicción penal carácter preferente.

28. Art. 58 del Reglamento (UE) 2023/1114.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

En esta cuestión entran en juego diferentes elementos a partir de los cuales deberíamos poder vislumbrar la verdadera naturaleza de las inspecciones desarrolladas, los límites de las facultades de inspección atribuidas y las consecuencias de las medidas acordadas tras la investigación. Así, además del principio *nemo tenetur*, que engloba el derecho a no declarar para evitar la autoincriminación y que se extiende hasta el ámbito administrativo para justificar el incumplimiento del deber de colaboración con la Administración cuando de esta pudiera derivarse una sanción (Picón Arranz, 2022, 379), deberán valorarse los efectos del principio *non bis in idem* aplicado a la dualidad sancionadora, administrativa y penal, que pudiera confluir como consecuencia de la tramitación del proceso penal a partir de la denuncia efectuada por la Administración, si esta ya hubiera acordado una sanción frente a la infracción comprobada.

En realidad, la función de control del cumplimiento de los requisitos exigidos a cada uno de los proveedores, y que podemos denominar como control preventivo o como actividad de comprobación, está desarrollada a lo largo del texto del Reglamento para cada servicio, y se va aplicando cada vez que se solicita una autorización por los proveedores o futuros proveedores. De hecho, en diferentes ocasiones se advierte la posibilidad de que los servicios no sean autorizados o de que, aun habiéndolos sido, la autorización inicial concedida sea revocada. Lógicamente, la denegación de la autorización o la revocación se producen por el hecho de que los proveedores de servicios concernidos no cumplan –o parezcan no cumplir– las condiciones requeridas por el Reglamento, lo cual implica, de suyo, que las autoridades competentes desarrollan una función continua de control respecto de las condiciones que permiten operar con criptoactivos.

Así, por ejemplo, el art. 63 dispone, conforme a su apartado 5, la facultad de denegar la autorización solicitada por un proveedor o por un futuro proveedor de servicios, enunciando las medidas de las que podrán hacer uso las autoridades a efectos de comprobar que los solicitantes cumplen los requisitos exigidos para ejercer las funciones que pretende desarrollar. De la misma forma, el art. 64 obliga a revocar una autorización concedida ante la constatación de que el proveedor ha dejado de cumplir las condiciones que justificaron la concesión del servicio, atribuyendo a la ABE la facultad de adoptar medidas para encontrar los elementos probatorios de la infracción presuntamente cometida, que es deducida o intuida, como consecuencia del primigenio ejercicio de supervisión de las solicitudes de los proveedores de servicio y del control del cumplimiento sostenido de los requisitos que justificaron las concesiones.

Con respecto a estas medidas de las que hablamos, dirigidas a comprobar la infracción y no meramente destinadas a controlar o comprobar el cumplimiento de requisitos, el considerando 106 y el art. 124 reconocen la facultad de la ABE para realizar inspecciones *in situ* con miras a la supervisión de fichas significativas. Además, las facultades asignadas a las autoridades en el art. 94[29] transmite que la práctica de las

29. Las medidas facultadas por dicho precepto son a) "acceder a cualquier documento y dato bajo cualquier forma, y obtener copia del mismo"; b) " solicitar o exigir información de cualquier persona, inclusive de aquellas que intervienen sucesivamente en la transmisión de órdenes o en la ejecución de las operaciones consideradas, así como de sus directivos, y en caso necesario citar e interrogar a

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

mismas tiene una clara finalidad sancionadora, toda vez que se trata de la ejecución de medidas acordadas de cara a encontrar información o pruebas, de las que aparentemente se tienen constancia, para justificar la sanción frente a la sanción presumida. Así, por ejemplo, acceder a los locales de personas físicas o jurídicas, a fin de proceder a la incautación de documentos y datos, bajo cualquier forma, "cuando haya una sospecha razonable de la existencia de documentos o datos relativos al objeto de la inspección o investigación que pudieran ser pertinentes para probar un caso de operación con información privilegiada o de manipulación de mercado", obtener copias de estos documentos o solicitar registros sobre tráfico de datos, entre otras medidas concretadas en el art. 94.3, requiere, como indica el propio texto, que se tenga la sospecha de la existencia de tales pruebas y de la supuesta infracción, pues, en caso contrario, estaríamos –valga el símil traído del Derecho penal– ante una investigación prospectiva que dotaría a la Administración de facultades de control exorbitantes respecto de los administrados, que no encuentra ningún tipo de justificación en un estado de derecho.

Al sobrepasar este tipo de investigaciones los límites de las actuaciones de mera comprobación para las cuales se estableció el deber de colaboración con la Administración que atañe a todos los administrados de forma ineludible (Gómez Tomillo, 2022, 6; Picón Arranz, 2022, 377), este quedaría excluido cuando las medidas de inspección derivaran –o pudieran derivar– en la incoación de un procedimiento sancionador o en la de un proceso penal, esto es, cuando lo tramitado fuera un procedimiento sancionador y no meramente de comprobación. Dado que las medidas de entrada en locales para proceder a su registro o para obtener material supuestamente existente, requeriría de la autorización de la persona afectada y en el procedimiento sancionador se prevé la negativa o la falta de colaboración, el art. 94 incorpora en su apartado 4 d) la obligación de solicitar la autorización de los órganos jurisdiccionalmente competentes –del orden contencioso administrativo– cuando el derecho nacional así lo requiera. En caso contrario, esto es, sin consentimiento del interesado y sin autorización del órgano jurisdiccional, tanto la entrada como el registro efectuado, por ejemplo, serían ilícitos, viciando también de nulidad el resultado obtenido.

Por otro lado, las autoridades administrativas no podrían continuar una investigación a sabiendas de que los hechos no constituyen una infracción administrativa,

una persona con el fin de obtener información"; c) "acceder a los locales de personas físicas y jurídicas a fin de proceder a la incautación de documentos y datos bajo cualquier forma cuando haya una sospecha razonable de la existencia de documentos o datos relativos al objeto de la inspección o investigación que pudieran ser pertinentes para probar un caso de operación con información privilegiada o de manipulación de mercado"; d) "remitir asuntos con fines de enjuiciamiento"; e) "solicitar, en la medida en que lo permita el Derecho nacional, los registros existentes sobre tráfico de datos que mantenga una empresa de telecomunicaciones cuando haya una sospecha razonable de que se haya cometido una infracción y cuando dichos registros puedan ser pertinentes para la investigación de una infracción de los artículos 88 a 91"; f) "solicitar la congelación o el embargo de activos, o ambos". Además, podrá prohibir el ejercicio temporal de una actividad profesional o adoptar medidas para informar adecuadamente al público de la situación y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el público sea informado de la situación, así como para corregir la publicidad errónea o engañosa que haya sido advertida.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

sino una infracción penal, pues ello no solo pone de manifieste una clara falta de competencia, sino que exige la aplicación criterios más garantistas para proteger el derecho de defensa del afectado, que no siempre alcanzan la misma intensidad en el ámbito administrativo. De hecho, el art. 125.2, para las investigaciones relativas a fichas significativas, prevé que la autoridad judicial a la que se solicite la autorización la deniegue, precisamente por considerar que los hechos son claramente subsumibles en un tipo penal. Véase que el art. 124 prevé la misma condición de autorización judicial para el intercambio de información y para la práctica de las inspecciones *in situ* acordadas en el contexto de una investigación relativa a los servicios de fichas significativas, advirtiendo que aquella será denegada cuando lo que proceda sea una investigación de carácter penal.

Este criterio es el que debía prevalecer en cualquier situación, esto es, con independencia de la naturaleza –significativa o no– de la ficha o del criptoactivo vinculado al servicio inspeccionado; es más el art. 136 incorpora en su apartado 1 la obligación de designar un agente de investigación independiente, perteneciente a la ABE, ante la sospecha de que los hechos –relativos a las fichas significativas– son constitutivos de una de las infracciones administrativas de los anexos V[30] y VI[31] del Reglamento MiCA, no estando previsto nada parecido para las investigaciones relacionadas con los criptoactivos no significativos. Si bien es cierto que las primeras, por sus características –amplia base de clientes, una elevada capitalización bursátil o un gran número de operaciones– conllevan un mayor riesgo, la designación de un investigador independente refleja mayores garantías en un contexto que, como estamos viendo, entra decididamente en el ámbito sancionador, esto es, punitivo.

4.4. La sanción penal y la sanción administrativa: una dualidad punitiva

El art. 111 del Reglamento, que relaciona las sanciones administrativas que pueden ser impuestas frente a las infracciones referidas en el apartado 1 del mismo precepto[32], a

30. Lista de infracciones a que se refieren los títulos III y VI en relación con los emisores de fichas significativas referenciadas a activos.

31. Lista de infracciones de las disposiciones a que se refiere el título IV conjuntamente con el título III en relación con los emisores de fichas significativas de dinero electrónico.

32. Indica al respecto el art. 111 las "a) infracciones de los artículos 4 a 14 –activos distintos de fichas referenciadas a activos o fichas de dinero electrónico; b) infracciones de los artículos 16, 17, 19, 22, 23 y 25 –oferta pública y solicitud de admisión a negociación de fichas referenciadas a activos–, de los artículos 27 a 41 –obligaciones de los emisores de las ficas referenciadas a activos– y de los artículos 46 y 47 –planes de recuperación y reembolso para las fichas referenciadas a activos-;c) infracciones de los artículos 48 a 51 –requisitos que deben cumplir los emisores de fichas de dinero electrónico– y de los artículos 53, 54 y 55 –dedicados respectivamente a la comunicaciones publicitarias relativas a una oferta pública de una ficha de dinero electrónico, o a la admisión de dicha ficha de dinero electrónico a negociación, las condiciones de los fondos recibidos por los emisores de las fichas de dinero electrónico y los planes de recuperación y reembolso relativos a tales criptoactivos; d) infracciones de los artículos 59, 60 –autorización a los proveedores y prestación de servicios de criptoactivos– y 64 -revocación de la autorización como proveedor de servicios de criptoactivos– y de los artículos 65 a 83

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

través de una redacción poco clara prevé la posibilidad de que los Estados miembros tipifiquen penalmente las conductas que el Reglamento considera infracciones administrativas. Literalmente, el artículo comienza diciendo que "[s]in perjuicio de las sanciones penales, ni de las facultades de supervisión e investigación de las autoridades [administrativas] competentes enumeradas en el art. 94, los Estados miembros dispondrán, de conformidad con el Derecho nacional, que las autoridades competentes tengan la facultad de imponer sanciones administrativas y adoptar otras medidas administrativas adecuadas en relación, al menos" con dichas infracciones.

Si leemos atentamente el precepto podemos distinguir: a) que sin perjuicio de las facultades de investigación y de supervisión reconocidas en tal disposición, a las autoridades competentes, los Estados miembros, conforme al Derecho nacional, incorporarán las disposiciones necesarias para que aquellas puedan imponer las sanciones oportunas una vez desarrollada la investigación –toda vez que la investigación tendrá lugar en un Estado y conforme a la regulación de dicho ordenamiento–; y b) que los Estados deben actuar de esta forma, con independencia de las sanciones penales que pudieran ser impuesta, por estar previstas, respecto de estas mismas conductas o infracciones.

Por otro lado, cuando el texto dice que "[s]in perjuicio de las sanciones penales […] los Estados miembros *dispondrán*" que las autoridades administrativas tengan la facultad de imponer sanciones cuando constaten la comisión de las infracciones del Reglamento, en realidad parece obligar a los Estados –"los Estados dispondrán" y no "los Estados podrán disponer"- a reconocer a nivel nacional que las autoridades competentes [nacionales o europeas, según los casos] debían estar, en todo caso, en disposición de sancionar administrativamente los incumplimientos de las obligaciones dispuestas en el Reglamento. Ello ha tener lugar, no obstante, sin perjuicio de que el mismo ordenamiento nacional también hubiera previsto la tipificación penal de tales conductas y haya concretado, por lo tanto, las correspondientes sanciones penales. A mayor abundamiento, esta tipificación penal no puede impedir el ejercicio de las funciones enumeradas en el art. 94 y atribuidas a las autoridades administrativas competentes. Es decir, que lo que hace el legislador en el art. 111 es prever una doble tipificación –la administrativa y la penal–, de forma que la regulación administrativa no excluye la regulación penal -"[s]in perjuicio de las sanciones penales"- ni la penal excluye la administrativa –sin perjuicio "de las facultades de supervisión e investigación de las autoridades competentes enumeradas en el artículo 94"-. En este sistema doblemente sancionador –penal y administrativo– se debe marcar una clara línea divisoria entre ambos ámbitos que no queda definida en el Reglamento y que, por consiguiente, ha de ser fijada en función del principio *non bis idem* a fin de evitar una doble sanción de idéntica intensidad, esto es, punitiva.

En otro orden de cosas, y antes de continuar, recordemos que las disposiciones que deben recoger los Estados para permitir que las autoridades competentes puedan imponer

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

–en general sobre las obligaciones de los prestadores de servicios de criptoactivos–; e) infracciones de los artículos 88 a 92; f) la falta de cooperación o acatamiento de las investigaciones, inspecciones o requerimientos a que se refiere el artículo 94, apartado 3.

sanciones tras desarrollar la investigación correspondiente, son las normas de adaptación del ordenamiento nacional al Reglamento, que constituye norma directamente aplicable, y que no tienen la condición de normas de transposición, por lo que las disposiciones nacionales deberán asumir las infracciones y las sanciones tal y como son previstas por la Unión, esto es, sin posibilidad de adaptación.

Por su parte, el párrafo segundo del apartado 1 estipula que "[l]os Estados miembros podrán decidir no establecer normas relativas a las sanciones administrativas cuando las infracciones señaladas en el párrafo primero, letras a), b), c), d) o e)", que abarcan prácticamente la totalidad de las obligaciones relativas a los proveedores de servicios de las fichas referenciadas, incluyendo las relativas a las fichas significativas, cuando " ya estuvieran sujetas a sanciones penales en su Derecho nacional a más tardar el 30 de junio de 2024", debiendo los Estados, en tal caso, informar detalladamente a la Comisión, a la AEVM y a la ABE sobre las disposiciones penales en relación con tales infracciones.

A pesar de la contradicción que pudiera advertirse entre los dos párrafos –el primero indica que los Estados "dispondrán" las medidas que permitan a las autoridades nacionales sancionar, mientras que el segundo dice que los Estados miembros "podrán decidir no establecer normas relativas a las sanciones administrativas"-, parece claro que este segundo constituye la excepción frente a la regla general con la que principia el artículo –párrafo primero– y que obliga a disponer normas que incorporen las sanciones administrativas para que estas puedan ser efectivamente impuestas. Así, la excepción solo resulta aplicable cuando se advierta una condición ineludible, y es que las conductas previstas en el Reglamento estén penalmente sancionadas en el derecho nacional o que lo estén, a más tardar, el 30 de junio de 2024. Además, aquella comunicación detallada a la Comisión y a las autoridades europeas de las que habla el precepto parece tener como objeto comprobar que la sanción penal prevista en el ordenamiento nacional genere, como mínimo, el mismo efecto que las sanciones administrativas definidas en el Reglamento, ya que en caso contrario se estaría eludiendo la función sancionadora de las medidas y desprotegiendo el mercado. De este modo, el legislador intenta asegurar la eficacia de las disposiciones reglamentarias forzando su cumplimiento, ya sea bajo la amenaza de una sanción administrativa, ya bajo la amenaza de la sanción penal, pero con la condición de que ambas tengan una intensidad punitiva lo suficientemente disuasora.

Si un Estado no instituyera sanciones administrativas por haber incorporado sanciones penales, estaría resolviendo el problema que genera la doble imposición prohibida por el principio *non bis in idem* en cuanto que, al optarse exclusivamente por tipificar penalmente las conductas, despojándolas de cualquier trascendencia administrativa, solo podrá ser impuesta la sanción penal. Pero, por otro lado, la exclusión de la sanción administrativa es una decisión voluntaria de los Estados –"podrán decidir no establecer" – cuando opten por la sanción penal y esta tenga un efecto, como mínimo equivalente al atribuido a la sanción administrativa establecida. No podemos dejar de decir, asimismo, que tampoco resulta completamente acertado dejar a la decisión de los Estados el tipo de sanción que deba aplicarse en el ordenamiento interno, porque ello provocará que los mismos hechos merezcan un reproche administrativo o un reproche penal, cuando lo cierto es que la sanción penal implica una mayor intensidad

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

por su propia naturaleza. Sea como fuere, las sanciones administrativas del Reglamente son considerable incisivas, acercándose su espíritu al de una pena.

En el caso de concurrir ambos tipos de sanciones y unos mismos hechos puedan ser susceptibles de una sanción administrativa y de otra penal, comprobado que la situación debe ser efectivamente subsumida en el tipo penal, la autoridad administrativa deberá informar a las autoridades penales competentes, paralizar la investigación administrativa y no avanzar hacia el procedimiento administrativo sancionador debido a la preferencia de la jurisdicción penal. Nos topamos, en principio, con el muro que levanta el principio *non bis in idem* y que impide castigar doblemente.

Sin embargo, aquel límite opera cuando la sanción administrativa impuesta sea verdaderamente punitiva, esto es, cuando albergue un efecto o una finalidad similar o muy cercana a la que se desprende de una sanción penal, siendo entonces cuando el principio *non bis in idem* impide que la situación sea doblemente punida. Como consecuencia, determinada la sanción administrativa no podría incoarse o continuarse la investigación penal, por los mismos hechos, cuando aquella alcance, por su cuantía o extensión, casi la misma consideración que una pena. En caso contrario, y si la sanción administrativa no incorporara, por sus características, un reproche equivalente al penal, quedará margen para imponer una pena.

Por su parte, impuesta una pena normalmente no podría avanzarse hacia un procedimiento administrativo sancionador porque la Administración debe aceptar el relato jurídico de los hechos y circunstancias que resultaron probados, si bien cabría una sanción administrativa a pesar de la pena efectivamente impuesta, cuando los hechos que delimitan la infracción administrativa no se correspondiesen completamente con el tipo penal o cuando ambas sanciones se basen en motivaciones distintas.

V. Un avance de la futura regulación para la protección del sistema financiero

La regulación jurídica de los criptoactivos tiene entre sus objetos dotar de seguridad jurídica y transparencia a las transacciones efectuadas con aquellos, previniendo de este modo los delitos de naturaleza económico-financiera vinculados a tales operaciones. Sin embargo, la sanción penal a la que se refiere el art. 111 en su párrafo 1 no está referida a los delitos de naturaleza económico-financiera de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo que pudiera cometerse a través del mercado de criptoactivos, sino a las conductas que conforme al Reglamento constituyen una infracción administrativa y a la que los ordenamientos nacionales pueden dotar de naturaleza penal. El delito relativo al incumplimiento de las condiciones del Reglamento MiCA tiene, pues, como sujeto activo de la infracción –y sujeto pasivo del proceso penal correspondiente– a los proveedores de servicios y a quienes ocupen cargos de responsabilidad en los órganos de gestión de tales entidades.

Tenemos que percibir, por otro lado, que en el asunto pueden concurrir la infracción administrativa y/o penal que supone el incumplimiento de los deberes u obligaciones

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

que refiere el art. 111 en su apartado 1 y un delito de blanqueo o de financiación del terrorismo, por ejemplo, que hubiera podido ser dolosa o imprudentemente consentido por el proveedor. Con respecto a esta última situación habrá de contemplarse el caso en su totalidad para comprobar si, además de quienes tengan la consideración de proveedores, pudieran haber intervenido otras persona –en las diferentes formas previstas en el ordenamiento concernido– que pudieran tener la consideración de sujeto activo del delito cometido a través de los criptoactivos, pero no del delito que tipifica el incumplimiento de las obligaciones impuestas en el Reglamento al proveedor a la entidad proveedora del servicio. Cabrá, así, la posibilidad de un concurso de delitos y de una posible conexión delictiva que daría lugar, en su caso, a un proceso de objeto complejo.

Queremos exponer con este ejemplo, que el Reglamento MiCA solo regula las condiciones de negociación de los criptoactivos y que ello está directamente vinculado con la prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, pero que no constituye una norma que expresamente tenga como finalidad reprimir o castigar penalmente las conductas de naturaleza financiera o de terrorismo perpetradas a través de las operaciones que dispone. La regulación sustantiva de estos comportamientos encuentra su sede en la Directiva relativa a la lucha del blanqueo de capitales a través del derecho penal, en la Directiva de lucha contra el terrorismo y en los demás instrumentos aprobados para combatir la delincuencia financiera o que use sus vías para la perpetración de los hechos[33].

33. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, cit.; Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, *Diario Oficial de la Unión Europea, L88*, de 31 de marzo de 2017. http://data.europa.eu/eli/dir/2017/541/oj (en el art. 4 el legislador exige a los Estados la tipificación de cualquier forma de participación en la financiación de un grupo terrorista y dedica el art. 11 a la regulación del delito de financiación del terrorismo, relacionando las conductas que deben ser tipificadas como tal); Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, *Diario Oficial de la Unión Europea, L198*, de 28 de julio de 2017. http://data.europa.eu/eli/dir/2017/1371/oj; Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, cit.; Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, *Diario Oficial de la Unión Europea, L284*, de 12 de noviembre de 2018. http://data.europa.eu/eli/dir/2018/1673/oj; Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo, *Diario Oficial de la Unión Europea, L186*, de 11 de julio de 2019. http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1153/oj.

Podemos incluir el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de una Fiscalía Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea, L28*, de 31 de octubre de 2017. http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1939/oj; el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos, cit., y el Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

Actualmente está siendo objeto de discusión dos Propuestas de Reglamento y una de Directiva que pretende otorgar una nueva arquitectura al escenario de la prevención y de la represión del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, y que parece que hará referencia, de forma específica, al delito cometido a través de estos activos, si bien tampoco se trata de instrumentos penales, sino de naturaleza administrativa y, por lo tanto, dirigidos a fortalecer las medidas de diligencia debida frente al uso ilícito de las vías financieras y del mercado –incluyendo el de criptoactivos-.

Dejando a un lado el Reglamento a través del que se creará la autoridad europea contra el blanque de capitales –AMLA por sus siglas en inglés[34]-, la Propuesta de Reglamento relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero o la financiación del terrorismo[35] asume parte de la regulación que hoy contiene la 4AMLD –de la que ya hemos referido su escaso éxito–, mientras que la Propuesta de Directiva[36] (Propuesta de 6ª Directiva) restructura los aspectos de la 4AMLD no absorbidos por el Reglamento. Adviértase, además, cómo el legislador adopta la decisión de regular a través de Reglamento aquellos aspectos de la Directiva que no fueron transpuestos y aplicados de forma armonizada. Aprobado este Reglamento, los ordenamientos tendrán que adaptarse a sus disposiciones, desapareciendo, en parte, el problema de las diferencias normativas que se generan a partir de las normas de transposición de las directivas.

Este paquete legislativo forma parte del *Plan de Acción de la Comisión* de 2020, dirigido a definir una estructura normativa contra el blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo más acorde con la situación actual, advirtiendo la Propuesta de Reglamento que su contenido procura la prevención eficaz del uso ilícito del sistema financiero, al tiempo que refunde las disposiciones del Reglamento (UE) 2015/847 para ampliar los requisitos de trazabilidad de las operaciones financieras a los criptoactivos. Considera igualmente necesario adoptar las modificaciones relativas a determinar la responsabilidad de los obligados y a la aplicación y control de las medidas de diligencia debida para proteger el mercado y las vías financieras, al haber sido incorporados los proveedores de criptoactivos al conjunto de entidades obligadas[37]. De hecho, el considerando

mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849, *Diario Oficial de la Unión Europea, L150*, de 9 de junio de 2023. http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1113/oj.

34. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010, (UE) n.º 1094/2010 y (UE) n.º 1095/2010, de 20 de julio de 2021, COM (2021) 421 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0421.

35. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero o la financiación del terrorismo, de 20 de julio de 2021, COM (2021) 420 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0420.

36. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mecanismos que deben establecer los Estados miembros a efectos de la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se deroga la Directiva (UE) 2015/849, de 20 de julio de 2021, COM (2021) 423 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021PC0423.

37. Comunicación de la Comisión sobre un Plan de acción para una política global de la Unión en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cit., p. 9.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

9 indica que estos "y las plataformas de financiación participativa están expuestos al uso indebido de los nuevos canales para la circulación de dinero ilícito y se hallan bien situados para detectar estos movimientos y mitigar los riesgos".

Incide, por otro lado, el Reglamento en la necesidad de suprimir la privacidad de las operaciones con criptoactivos –problema que parece no quedar definitivamente resuelto con el Reglamento MiCA ni con las demás disposiciones normativas aplicables– porque lo contrario pone en duda el nivel de diligencia debida, permitiendo un uso irregular de las vías financieras –considerando 93–. De este modo, el art. 15.2 obligaría a adoptar medidas de prevención a los proveedores de servicios de criptoactivos cuando la operación sea compatible con una trasferencia ocasional de fondos o cuando aquella consista en una transferencia de criptoactivos superior a 1000 euros, prohibiendo, además, el art. 58 que las entidades de crédito, las entidades financieras y los proveedores de servicios mantengan cuentas anónimas, libretas de ahorro anónimas, cajas de seguridad anónimas o monederos de criptoactivos anónimos, "así como cualquier cuenta que permita la "anonimización" del titular de la cuenta del cliente".

Por su parte, la Propuesta de sexta Directiva, exige a los Estados con relación a los criptoactivos que, dada la vulnerabilidad de estos frente al blanqueo, los proveedores establecidos en su territorio –en formas distintas de una sucursal y cuya administración central esté situada en otro Estado – designen un punto de contacto central que actuará en nombre de la entidad que lo haya designado. Este podría actuar, como también se exigen para las entidades proveedoras nacionales de servicios de criptoactivos, a modo de aquella "autoridad centralizada", que no puede ser identificada en los activos digitales debido a que la técnica subyacente es la de registro descentralizado, y que permitiría facilitar información relativa a la identidad de quienes intervengan en las transacciones, así como sobre la trazabilidad de la misma –considerando 7 y art. 4.1-.

VI. A modo de conclusión: la regulación penal indirecta del reglamento MiCA

La infraestructura normativa creada por la Unión Europea para fortalecer las vías financieras y protegerlas frente al delito está siendo continuamente modificada y ampliada. La necesidad de hacer frente a los riesgos que conllevan las nuevas formas de financiación y los negocios vinculados a los activos digitales ha obligado a prever y regular situaciones impensables hace pocos años. Podemos decir, así, que los criptoactivos constituyen una de estas situaciones y que han pasado de ser una anécdota a precisar de una regulación exhaustiva que no puede ser clasificada con los criterios tradicionales.

Efectivamente, el Reglamento MiCA es difícilmente clasificable. Contiene normas de naturaleza administrativa, mercantil e, indirectamente, normas penales, aunque no sea posible calificarlo de esta forma. Así, sabemos que la regulación penal sustantiva se basa en Directivas y que es imposible –o que es prácticamente imposible– imponer regulación sustantiva a los Estados a través de reglamento.

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

Como correlato de lo anterior, el Reglamento no contiene ninguna norma de naturaleza penal, pero fuerza a los Estados a legislar de tal forma que la infracción de las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios de criptoactivos deben ser sancionadas, ya en la vía administrativa –asumiendo los Estados la intensidad de las sanciones fijadas, pues el Reglamento es de aplicación directa– ya en la vía penal, tal y como permite el art. 111, ya incorporando un doble sistema sancionador –administrativo y penal– respecto del que los Estados deben fijar la línea divisoria que evite la imposición de una doble medida punitiva prohibida por el principio *non bin in idem*.

La referencia final que incorpora el último párrafo del apartado 1 de este precepto, y que dispone para aquellos Estados que opten por sancionar penalmente las infracciones un deber de comunicación "a la Comisión, a la AEVM y a la ABE, en detalle, las disposiciones pertinentes de su Derecho penal", parece tener como finalidad que las autoridades europeas comprueben la intensidad de la sanción penal, para evitar la desprotección del mercado al amparo de una regulación sustantiva de esta naturaleza que disminuya el reproche que incorpora la sanción administrativa recogida en el Reglamento y que, por lo tanto, deshabilitando la protección del mercado de activos de activos digitales. Aunque esta opinión pueda ser discutible, de lo que no cabe duda es de que el legislador está procurando un espacio homogeneizado en el que la equivalencia de sanciones evite resquicios a través de los que la delincuencia pueda eludir la pena.

Evidentemente el texto de la norma no está imponiendo una regulación concreta, ni exige para las infracciones una tipificación sustantiva determinada ni establece sanciones penales específicas, si bien al exigir que la sanciones tengan intensidades similares y al tener el Reglamento efecto directo, obligando a los Estados a aceptar las sanciones especificadas sin posibilidad de adaptarlas a través de una norma de transposición, de forma indirecta reconduce la tipificación penal nacional a los requerimientos establecidos en el propio Reglamento. De este modo, el Reglamento MiCA entra en el ámbito penal para determinar la sanción punitiva, pues el legislador sabe que la homogeneidad sancionadora –o la equivalencia de sanciones– es prácticamente la única forma de evitar diferencias entre ordenamientos que debiliten al mercado de financiación de criptoactivos y que este se convierta en un ámbito de impunidad para la delincuencia.

Bibliografía

ABEN, J. (2022). "Regulación de las Fintech en la Unión Europea: tendencias y líneas difusas", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals, 131*, 95-114. http://doi.org/10.24241/rcai.2022.131.2.95 (último acceso 17 de octubre de 2023)

ALVARADO HERRERA, L. (2022). "Los criptoactivos con función de pago: criptomonedas estables y sistemas de pago a la luz de la propuesta del reglamento relativo a los mercados de criptoactivos (MICA)" en M.J. BLANCO SÁNCHEZ y A. MADRID PARRA (Dirs.), *Derecho digital y nuevas tecnologías* (pp. 857-888). Ed. Thomsom-Reuters Aranzadi

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

BARRIO ANDRÉS, M. (2022). "La nueva regulación de los criptoactivos en España", *Diario La Ley, 10010*. https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMTC0sTY7Wy1KLizPw8WyMDIyAyMFfLy09JDXFxti3NS-0lNy8xLTQEpyUyrdMlPDqksSLVNS8wpTlVLTcrPz0YxKR5mAgCzphe8YwAAAA==WKE (último acceso 1 de octubre de 2023)

CHIU, I. H-Y. (2021). *Regulating the Cripto Economy. Business transformation and financialisation,* Hart Publishing

GÓMEZ TOMILLO, M. (2022). "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal", *Estudios penales y criminológicos, 42*, 1-31. https://doi.org/10.15304/epc.42.8069 (último acceso 1 de octubre de 2023)

GONÇALVES, DA COSTA VALE, M.L. (2023). *A tributação dos criptoativos em Portugal (Impostos sobre o rendimento)*, https://estudogeral.uc.pt/retrieve/263916/A%20tributac%CC%A7a%CC%83o%20dos%20Criptoativos_M%C2%AA%20Leonor%20Gonc%CC%A7alves.pdf (último acceso 27 de octubre de 2023)

JARNE MUÑOZ, P. (2018). "La Unión Europea ante el reto de las fintech. Algunas notas al Plan de acción en materia de tecnología financiera", *Revista de Estudios Europeos, 72,* 118-128. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6862732 (último acceso 1 de octubre de 2023).

HUANG, S. (2021). "Cryptocurrencies and Crime" en A. LUI & N. RAYDER (Eds.), *FinTech, Artificial Intelligence and the Law: Regulation and crime Prevention* (pp. 125-143). Routledge, Taylor & Francis Group

KAPSIS, I. (2021). "Should we trade market stability for more financial inclusion? The case of crypto-assets regulation in EU", en A. LUI & N. RAYDER (Eds.), *FinTech, Artificial Intelligence and the Law: Regulation and crime Prevention,* Routledge (pp. 85-104). Taylor & Francis Group

MARTÍN RÍOS, P. (2020). "Problemas de admisibilidad de la prueba obtenida de dispositivos de almacenamiento digital", *Revista General de Derecho Procesal, 51*, 1-31. https://www-iustel-com.eu.1.proxy.openathens.net//v2//revistas/detalle_revista.asp?id=9 &numero=51 (último acceso 17 de octubre de 2023)

MAUME, P. (2022). "Consumer Protection", en Maume/Maute/Fromberger (Dirs.), *The law of crypto assets. A handbook* (pp. 109-120). Beck-Nomos-Hart Ed.

NAVARRO CARDOSO, F. (2019). "Criptomonedas, (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 21*(14), 1-45. http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-14.pdf (último acceso 16 de octubre de 2023)

PARRONDO, L. (2023). "El Reglamento de Mercados de Criptoactivos (MiCA)", *Técnica contable y financiera,* 67, 1-10. https://www.academia.edu/106860564/El_Reglamento_de_Mercados_en_Criptoactivos (último acceso 1 de octubre de 2017)

PATZ, A. y WETTLAUFER, I.M. (2022). "E-money Tokens, Ttablecoins and Token Payment Services" en Maume/Maute/Fromberger (Dirs.), *The law of crypto assets. A handbook* (pp. 242-268). Beck-Nomos-Hart Ed.

PÉREZ LÓPEZ, X. (2019). "Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo" en D. Fernández Bermejo (Dir.), *Blanqueo de capitales y TIC: marco jurídico nacional y europeo, modus operandi y criptomonedas. Ciberlaundry. Informe de situación* (pp. 71-147). Ed., Thomson Reuters-Aranzadi

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • Nº 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04

PÉREZ MARÍN, M.A. (2022). "La función preventiva del sistema financiero en el espacio judicial europeo: ¿Medidas (Penales) de Prima Ratio? *Revista Internacional CONSINTER de Direito, 8* (14), 289-311. https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/48/80 (último acceso 17 octubre de 2023)

PÉREZ MARÍN, M.A. (2021). "El control de las vías financieras frente a la delincuencia organizada en el espacio de libertad, seguridad y justicia: los avances hacia la persecución de nuevas amenazas" en F.J. Garrido Carrillo (Dir.), *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada. Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos* (pp. 85-119). Ed. Aranzadi

PICÓN ARRANZ, A. (2022). "El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador: un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE". *Revista de Estudios Europeos, 79,* 367-388. https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.367-388 (último acceso 1 de octubre de 2023)

ZARAGOZA TEJADA, J. I. (2019). "Criptoactivo y blanqueo de capitales. Problemas jurídico procesales", *Revista Aranzadi Doctrinal, 8.* https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/revistas/revista-aranzadi-doctrinal.html (último acceso 17 de octubre de 2023)

IUS ET SCIENTIA • 2023
Vol. 9 • N° 2 • pp. 64-92
ISSN 2444-8478 • http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.04