

La regulación de los ciberactivos y la insolvencia

Luis Manuel C. Méjan



<https://orcid.org/0000-0002-2609-1559>

Instituto Tecnológico Autónomo de México. México

Correo electrónico: lmejan@yahoo.com

Resumen: El objetivo de este artículo es explorar las implicaciones de los activos digitales o ciberactivos en la insolvencia. El texto comienza explicando el concepto de los activos digitales o ciberactivos con base en los Principios de la UNIDROIT en la materia y de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a los Mercados de Criptoactivos, para después explicar los diferentes tipos de instrumentos comprendidos por este concepto y así destacar su importancia económica con base en datos estadísticos. Posteriormente, hay un apartado dedicado a determinar la naturaleza jurídica de los activos digitales o criptomonedas para lo cual se desarrolla la clasificación histórica que se ha hecho de los bienes. En los siguientes apartados se problematiza la regulación de los activos digitales o criptoactivos, destacando los temas más relevantes en esta materia y aclarando que la regulación no se reduce a las criptomonedas. Finalmente, este estudio explora el tratamiento de los activos digitales o criptoactivos en los procedimientos de insolvencia, con base en el caso Celsius y las resoluciones del Juez Martin Glenn. El texto concluye haciendo una reflexión en torno a la necesidad de profundizar en la discusión de este tema.

Palabras clave: ciberactivos, criptomonedas, blockchain, token, smart contract insolvencia

Abstract: The aim of this article is to explore the implications of digital or cyber assets in insolvency. The text begins by explaining the concept of digital or cyberactive assets based on the UNIDROIT Principles on the matter and the proposed Regulation of the European Parliament and the Council on Cryptocurrency Markets, to later explain the different types of instruments understood by this concept and thus highlight its economic importance based on statistical data. Subsequently, there is a section dedicated to determining the legal nature of digital assets or cryptocurrencies, for which the historical classification that has been made of the assets is developed. In the following sections, the regulation of digital assets or crypto assets is problematized, highlighting the most relevant issues in this matter and clarifying that regulation is not limited to cryptocurrencies. Finally, this study explores the treatment of digital assets

or crypto assets in insolvency proceedings, based on the Celsius case and the resolutions of Judge Martin Glenn. The text concludes by reflecting on the need to deepen the discussion of this topic.

Keywords: cyberassets, criptocurrency, blockchain, token smart contract, insolvency

Recepción: 29 de julio de 2023

Aceptación: 12 de agosto de 2023

SUMARIO: I. *Presentación del tema.* II. *Concepto de activos digitales o ciberactivos.* III. *Estadística.* IV. *Clasificación de bienes.* V. *La regulación de los ciberactivos.* VI. *La regulación va más allá de las criptomonedas.* VII. *Los activos digitales en la insolvencia.* VIII. *Conclusión.* IX. *Bibliografía.*

The total addressable market is every single human on the planet. The vision is to change the future of money by creating the real super app, using a new form of currency that allows every single person to do anything they want inside of it: send money, trade, buy things, invest, borrow — you name it.

Sam Bankman-Fried

En ese momento CEO de FTX.¹

I. Presentación del tema

Para todo el mundo es claro hoy en día que existe un nuevo universo de actividad económica representado por los activos digitales también llamados ciberactivos. Prácticamente todo el mundo entiende o tiene una ligera idea de lo que significa el concepto y de cómo viene irrumpiendo en el quehacer ordinario. Si bien el autor de la frase que prologa este trabajo es un personaje cuya actividad ha sido cuestionada como delictuosa, contiene una verdad rotunda de lo que los creadores e impulsores de los ciberactivos se proponen y parece que lo van consiguiendo.

¹ “El mercado direccionable total es cada ser humano en el planeta. La visión es cambiar el futuro del dinero mediante la creación de la súper aplicación real, utilizando una nueva forma de moneda que permite a cada persona hacer lo que quiera dentro de ella: enviar dinero, comerciar, comprar cosas, invertir, pedir prestado, lo que sea” (Webster, 2022).

Históricamente, primero la humanidad conoció el telégrafo, luego el teléfono, luego la computadora y a partir de ahí se dejaron de ver cosas materiales y han aparecido conceptos sin, o al menos con poca, realidad material. Hoy se habla de inteligencia artificial, de activos digitales, de *blockchain*, de tecnología de registro descentralizado, de metaverso, porque son realidades que estrechan cada vez más a los seres humanos.

El propósito de este texto es tratar de precisar cómo un jurista debe visualizar esta nueva fenomenología y sus implicaciones en la insolvencia.

II. Concepto de activos digitales o ciberactivos

Las definiciones que se dan de este concepto son variadas. Se usa lo mismo en singular que en plural, aunque este último es el más frecuente. Aun cuando el término es hoy largamente usado, se trata de un concepto cuyo contenido es discutible (lo mismo que, según se comenta más adelante), su naturaleza jurídica; “[e]llo se debe, a la juventud del fenómeno y a la disparidad con que los diferentes Estados y organismos internacionales califican y definen la figura” (Cediel, 2023, p 22).

Los “Principios de UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho Privado” disponen que la definición de “activo digital” incluye los registros electrónicos únicamente si estos son capaces de ser sujetos de ‘control’ y por tal se entiende que tener control supone la posibilidad exclusiva obtener beneficios del activo digital y de transferirlo a terceros a la vez que impedir que otros obtengan tales beneficios.² El concepto “control” viene a remplazar el concepto “propiedad”.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a los Mercados de Criptoactivos utiliza precisamente el concepto “Cripto” en lugar de ‘digital’, añadido al término “activos”. Como ‘cripto’ significa que está encubierto, nos transmite la idea de que se trata de activos (nadie discute el término ‘activos’) que se encuentran

² Principios 2 y 6 Unidroit Principles on Digital Assets and Private Law. Digital asset’ means an electronic record which is capable of being subject to control. <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/digital-assets-and-private-law-public-consultation/>

ocultos en alguna otra realidad y por ello define “«Criptoactivo»»: una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar”.³

Una explicación generalmente aceptada refiere a cualquier forma de valor o propiedad que existe en formato digital y que utiliza la tecnología blockchain o de contabilidad distribuida (*Distributed Ledger Technology*), sin embargo, debe entenderse que habrá activos virtuales que surgen de ambientes o ecosistemas criptográficos usando blockchain y otros que no usan esa tecnología. En los primeros se carece de una autoridad central y/o de terceros de confianza.

Por lo anterior es conveniente distinguir dos caras de la moneda: una es la plataforma tecnológica en la que se producen, se distribuyen, se transmiten, se negocia con los activos. Hoy en día esta plataforma está constituida por la llamada *Distributed Ledger Technology* que algunos traducen como “contabilidad distribuida” y otros, como lo hace la Unión Europea, como “tecnología de registro descentralizado”. Refiere a una base de datos distribuidos en una pluralidad de computadoras (no en un solo servidor) que permite a múltiples partes acceder y usar los datos.

Especialmente, dentro de ese género (DLT o TRD) destaca la “cadena de bloques” o *blockchain*, cuyo conocimiento y popularidad deviene del uso que se hace de tal plataforma para la creación y operación de criptomonedas aunque es usado en múltiples otros campos (logística de suministro, propiedad intelectual, identidad, ciencias biológicas, energía, votaciones y procesos electorales) de todos estos terrenos podrán surgir, sin duda, activos digitales. Se trata de una cadena, que no es alterable, de diversos “bloques” que contienen información de tiempo, de valor y de transacción.

Hoy en día estas son las manifestaciones tecnológicas corrientes y en uso, pero no quiere decir que en el futuro no existan otras posibilidades. Lo mismo que pasó cuando se creó la firma electrónica como medio de autenticación de personalidades y de conclusión de un negocio jurídico. En ese entonces se insistía que cualquier normatividad

³ Artículo 3, inciso 2) de la 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. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>

que se creara tomaría en cuenta que la que hasta entonces se usaba (las llaves asimétricas) podía ser reemplazada por otras más nuevas y que por ello debía ser neutra tecnológicamente hablando. (Por eso el Reglamento Europeo añade “u otra tecnología similar” (ver *ut supra*). Lo mismo debemos de considerar hoy. Es menester conocer y entender la operación de esta plataforma pero aceptemos que el día de mañana podrá existir una diferente. La otra cara son los productos en sí que se generan con la base de la plataforma tecnológica. Esta es la parte que el público usuario conoce, disfruta e incorpora a su quehacer cotidiano.

El más popular y conocido de estos activos digitales es la *criptomoneda*. Todos conocen el significado del concepto “moneda” el cual, en la disciplina de los juristas, ha creado toda una superestructura: el derecho monetario. Lo novedoso es que se añade la palabra “cripto” que significa “oculto, encubierto”⁴ con lo cual nos enfrentamos a una “moneda” que no quiere figurar como tal pero que realiza funciones iguales o parecidas. También se le nombra “cibermoneda”. (*Ciber* significa que guarda relación con redes informáticas⁵) lo cual indica que es una ‘moneda’ que opera en redes informáticas.

La gran preocupación es si este concepto realmente coincide con el que el derecho monetario atribuye a tal término, pues ello tiene implicaciones que chocan o preocupan a autoridades y reguladores, lo mismo que al mismo público consumidor.

De ahí en adelante surgen, especialmente en el mundo de lo financiero, una buena lista de criptoactivos o activos digitales que genéricamente son conocidos como *tokens* o “fichas”. Ejemplificativamente (pues no se puede ser exhaustivo) se enumeran:

Tokens o fichas que son activos referenciados a un activo específico (acciones, monedas, propiedades, derechos de voto, propiedad intelectual, etcétera), cuyo fin es mantener un valor más estable o ser un medio de transmisión, o de acceso a terceros, o para operar contratos inteligentes (*smart contracts*). Algunos pueden ser clasificados como derivados (los reguladores de valores en el mundo suelen verlos así) pues llevan por finalidad estar ligados a un subyacente.

⁴ “Cripto”, Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/cripto-?m=form>

⁵ “Ciber”, Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/ciber-?m=form>

Los hay de seguridad, fungibles, no fungibles, etcétera (*Utility Tokens, Security Tokens, Hybrid Tokens, Real World Asset Tokens*), más los que en este momento alguien está ideando.

Otra variante son los ICOs, Ofertas Iniciales de Monedas, sistema de financiamiento en donde la empresa emisora emite tokens y recaba de los inversionistas usualmente criptomonedas. Estos apuestan a que el proyecto del emisor prospere y obtengan utilidades, pudiendo además participar con derecho de voto en las decisiones del emisor o pudiendo adquirir servicios que este ofrece. Ordinariamente su operación se da en forma automática en un *smart contract*. Esta manera de financiamiento ha venido teniendo un importante desarrollo a pesar de los riesgos que conlleva.

Finalmente, el fenómeno es multidisciplinario, no compete solamente a los juristas, fundamentalmente porque abarca la concurrencia del saber científico de muchas ramas del saber y porque impacta directamente en la vida cotidiana de las personas, de los países, de la economía, bajo un paraguas global que no se detiene en fronteras. Un economista europeo, refiriéndose a uno de los activos digitales, la criptomoneda, lo dice: “Creemos que la llegada de una moneda digital es parte de un marco político, de la relación de los ciudadanos con la moneda, del papel en una democracia de los órganos representativos y parlamentarios frente a los órganos europeos no electos como es el Banco Central Europeo”.⁶

III. Estadísticas

Como una mera muestra de la importancia de esta actividad cabe decir que, al día que esto se escribe, tan solo en criptomonedas (entre otros activos digitales) existen en el mercado 9679 de ellas que representan un valor de 1,310,000,000,000.00 (1.31 trillones ingleses) de dólares.⁷ Este número es altamente volátil, pero muestra la importancia que este mercado va desarrollando.

⁶ “[N]ous estimons que l’arrivée d’une monnaie numérique s’inscrit dans un cadre politique, du rapport des citoyens avec la monnaie, du rôle dans une démocratie des instances représentatives et parlementaires vis-à-vis des organes européens non élus comme l’est la BCE” (Vauplane, 2023).

⁷ Cfr. Today’s Cryptocurrency Prices by Market Cap. <https://coinmarketcap.com/>

Una muestra del interés generalizado por estos activos muestra que, en México, el 67.5% de inversionistas y ahorradores considera como un activo en el cual invertir en criptomonedas hasta en un 23 % de los recursos que invierte (Flink, 2023).

IV. Clasificación de los bienes

El derecho ha conocido diversas maneras de clasificar a los bienes que integran un patrimonio. Inicialmente Roma clasificaba a los bienes en Res Mancipi y Res nec Mancipi. Los Res Mancipi era bienes que tenían una trascendencia económica por ser destinados a la producción, principalmente agrícola, de ahí que se transmitieran por *mancipatio*. Dice Gayo: 2, 22: *Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferetur* (cit. por Torrente Ruiz, 2005, p. 1079). Res Nec Mancipi era todas las demás que se transmitían por mera *traditio*.

Esta división fue diluyéndose en la historia hasta Justiniano que termina con ella y establece la clasificación clásica *Res Mobiles – Inmobiles*; los primeros eran objetos fácilmente trasladables (animales y objetos inanimados) mientras que los segundos incluían el suelo y las construcciones asentadas en él. No debe olvidarse que Roma instituyó además una gran cantidad de clasificaciones adicionales de algunos tipos de bienes (*Res nullius, obligata, privata, publicae, religiosae, sacrae, sanctae*, etcétera).

El Código Civil de los franceses, conocido como *Napoleón*, estableció la diferencia de bienes inmuebles y muebles los cuales podían ser por naturaleza o por determinación de la ley.⁸ “En el derecho antiguo la distinción tenía trascendencia porque servía para determinar la naturaleza de los estatutos reales o personales”, escribió Laurent (1881, p. 461). Planiol y Ripert lo explican por la duración y utilidad de las cosas y las rentas que producían y que constituían las llamadas “heredades” (Planiol y Ripert, 2002, p. 68).

La clasificación llega a nuestros días basándose más en el carácter físico transportable de los mismos. Sin embargo, ese criterio empieza a perder realidad, ya Napoleón señalaba que había bienes que

⁸ Artículos 516 et siguientes, *Code Civil des Français* (1804).

por naturaleza eran de una clase, pero por disposición de ley eran de la otra. Los mismos romanos añadían los *res se moventes* (animales, esclavos) pues su movilidad era originada por ellos mismos.

Los bienes no materiales han sido clasificados como muebles, ya sea por disposición expresa (los derechos de autor), o bien por designación genérica (conforme el artículo 759 del Código Civil mexicano), son muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles.

¿Quiere esto decir con los activos digitales son bienes muebles? ¿No será posible argüir que se trata de una nueva clase de bienes? Esta discusión ya ha aparecido en la historia del derecho, por ejemplo, con la creación de los títulos valor y, sobre todo, cuando en la edad moderna han aparecido los valores del mercado bursátil a los que se han añadido figuras como los derivados.

Los activos digitales guardan con estos últimos una gran similitud, basada fundamentalmente en el hecho que son figuras que refieren a, o conllevan, otro bien subyacente, de tal suerte que en la doctrina que se viene creando alrededor de ellos, así como en la aplicación práctica de algunas jurisdicciones, los activos digitales vienen siendo materia de regulación por las autoridades que se ocupan del mercado de valores o *securities*. Tal cosa ha sucedido, por ejemplo, en Nigeria, en donde se ha decretado que criptomonedas, tokens y otros activos digitales deben caer bajo las regulaciones del mercado de valores. Un error es pensar que todos los activos digitales se reducen a criptomonedas.

Al parecer las criptomonedas fueron las primeras en irrumpir en el mercado conjuntamente con otras operaciones financieras que se operan a través de la tecnología. Crowdfunding, sandboxes, Fondos de pago electrónico, aplicaciones informáticas no fueron sino los primeros fenómenos que han surgido en el terreno de los activos digitales.

Tampoco se debe permanecer en los activos digitales de naturaleza financiera. La realidad virtual, los multimedias, la inteligencia artificial, el metaverso están trayendo una enorme cantidad de bienes, en el sentido jurídico de la palabra a los que los juristas deben voltear a ver para encajarlos en el mundo del derecho.

Cuando se dice “encajar los activos digitales en el mundo del derecho” no quiere decir nada más “regulación” Es cierto, por ahí se empieza, la formación mental del jurista convierte todo fenómeno jurídico

en normatividad, pero el derecho no es sólo “regular”, para eso no se necesita un jurista, basta un administrador o un político que definan a donde quieren llegar y las normas surgirán solas, pero a esas normas no es posible atreverse a llamarlas derecho.

Derecho es incorporar la realidad al mundo del ser humano para el bienestar de éste, para respetar su dignidad como ser superior de la creación y para permitirle una convivencia con justicia, libertad y felicidad.

V. La regulación de los ciberactivos

La gran batalla de los activos digitales se da precisamente en ese terreno, ¿deben ser regulados los activos digitales (tanto los actuales como los que el enorme ingenio del emprendedor humano aún tiene por diseñar)?

La doctrina ha oscilado hasta ahora en esa consideración debido a que ella pone un chaleco de fuerza a la creatividad y libertad de la operación de los mismos. Recuérdese que el nacimiento de estos activos se origina precisamente en el deseo de salir de los marcos rígidos de la regulación.

Recuérdese que muchos de estos fenómenos han nacido precisamente buscando eludir los chalecos de fuerza que constituyen las regulaciones y permitir una explosión de actividades que con una estricta regulación no son posibles. Una nota de información especializada narra:

Gary Gensler, presidente de la *Securities and Exchange Commission*, ha advertido repetidamente que las criptomonedas deben regularse para proteger a los inversores. El jueves 8 de septiembre de 2022 dio un gran paso hacia ese objetivo, diciendo que trabajará con el Congreso para ayudar a crear una legislación que aumente la supervisión de las criptomonedas. Gensler insistió en la necesidad de una regulación y dijo que las nuevas empresas de cripto no prosperarían sin ella. “*Detroit no habría despegado sin algunos semáforos y policías en el camino*”.⁹

⁹ Informe del New York Times según narra el boletín noticioso del American Bankruptcy Institute, ABI DAILY HEADLINES, 9 de septiembre de 2022.

Esa declaración obviamente provocó una reacción airada de la comunidad que ve su gran éxito y desarrollo justamente en que hoy actúan descentralizadamente. Sin embargo, la metáfora es feliz, gracias a los semáforos y a los policías de cruceros, los ciudadanos pueden circular con seguridad en las calles de las ciudades, omitirlos sería provocar una ley de la selva en el asfalto ciudadano.

Recuerdo el primer contacto con este mundo del que esto escribe fue el de un estudiante que llegó a mi cubículo universitario para preguntarme si para operar un sistema de *crowdfunding* había limitaciones legales. Cuando las primeras regulaciones aparecieron en mi patria descubrí con tristeza que aquél joven que operaba en su laptop un proyecto ilusionante iba a quedar fuera del mercado porque la ley le pedía: constitución formal, capitales mínimos, consejos de administración, gobierno corporativo y permitir a inspectores y supervisores que intervinieran en su actividad; si no lo hacía así no solamente enfrentarían una prohibición a su emprendimiento, sino que además sería un delincuente. Me pregunto y les pregunto a ustedes ¿está bien que frustremos así a un joven emprendedor? ¿Eso es crear derecho? ¿Para eso estamos los juristas?

¿Dónde poner el punto de equilibrio entre la total libertad y el imperio de la regulación y la autoridad? Esa es la historia de la humanidad y la disciplina de los activos digitales no se escapa a ella.

Los esfuerzos de regulación parecen centrarse hoy en día especialmente a criptomonedas y productos supra elaborados sobre ellas. La crisis de 2022 que algún periodista ha llamado “El Apocalipsis de las criptomonedas” y sus derivados, ha puesto un acento en la necesidad de regular. Lo sucedido con Binance, Voyager, Celsius, Three Arrows, Bittrex, Upbit, Nexo, Vault, CoinFlex, Zipmex, Cred, Coinbase Global, BlockFi y por supuesto con FTX y el gran villano de esta película Sam Bankman-Fried, no dejan duda al respecto. Las llamadas criptomonedas estables no han estado alejadas del problema.

Quienes ven y se ocupan la necesidad de una regulación les preocupan los siguientes tópicos que deberían incluirse en dicha regulación:

- Creación de un registro de emisores y otras entidades participantes.
- Qué entidades participantes son las que deben regularse.

- Validación de los productos que se generan en el mercado.
- Evitar el blanqueo de capitales.
- Proteger al consumidor y usuario.
- Asegurar y salvaguardar el sistema de pagos de un país.
- Proteger la intimidad financiera de las personas.
- ¿Deben regularse solamente ciertos aspectos o la totalidad del fenómeno?
- ¿Se regulan algunos activos digitales o todos? Por ejemplo, se habla de tokens que se asimilan a un valor (security) y otros que no son así.
- ¿Son aplicables por similitud las regulaciones de la banca, de la banca de inversión y de la banca central?
- Finalmente, no se olvide que el fenómeno conlleva un ingrediente fiscal. El tópico de impuestos y activos digitales es uno muy extenso que, por ahora, debe dejarse tan solo apuntado.

Estos últimos tópicos son los que ponen un mayor estrés al proyecto de regulación. El fenómeno que se vivió en 2022 fue muy parecido a un pánico de los inversionistas que acuden a las entidades bancarias a retirar sus recursos. Algo muy similar a lo sucedido a principios del siglo XX cuando JP Morgan logró encontrar el camino de solución que, además, llevó a la creación del Banco de la Reserva Federal (Naclerio, 2018, pp. 97-114). En esta ocasión no ha habido un JP Morgan.

La regulación puede llegar muy lejos: a la conductora de TV, Kim Kardashian, se le sancionó porque en redes sociales promocionó uno de estos productos sin informar que estaba recibiendo un pago del emisor para que lo hiciera (Securities Exchange Commission, 2022).

¿Debe un órgano rector como el Banco Internacional de Pagos o el *Financial Stability Board* o algún sucedáneo similar producir normas de alertas tempranas y de resolución de entidades operadoras de activos digitales? Los abogados preguntarían ¿Debería aplicarse el principio *Ubi eadem ratio, idem jus*?

El peligro de responder rápidamente que sí conlleva el riesgo que tiene toda tropicalización de vestir una figura con una ropa que no es la que se necesita o de trasladar lo que sirve en un lugar a otro donde no necesariamente funcionará igual y requiere soluciones distintas porque las cosas cambian, varían y se diferencian.

Ciertamente, esos sectores de la economía, las entidades del sector financiero, pueden sufrir afectaciones por el mercado de los activos digitales. Es por ello que esos sectores han decidido sumar a su catálogo de actividades las de los activos digitales, olvidando que hay activos digitales que no son necesariamente financieros y que no tienen por qué ser tratados como tales.

El Fondo Monetario Internacional ha mencionado que es necesario que la regulación sea de índole global en lugar de regulaciones nacionales que fragmentan el fenómeno (Narain y Moretti, 2022). Es necesario observar el fenómeno de los Activos Digitales como uno que trasciende fronteras. Esa es la visión de la propuesta de regulación europea y de los principios emitidos por UNIDROIT.

El Parlamento Europeo y su Consejo han elaborado dos propuestas de reglamentos que incluso han recibido ya un comentario, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: Una es la Propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a los mercados de criptoactivos.¹⁰ Otra es la Propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado.¹¹ De ambos proyectos se hacen comentarios y citas en otras partes del presente.

Se ven movimientos en ese sentido también en Italia y Portugal, Basilea y los bancos centrales se preocupan del tema; la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado inicia un proyecto en materia de Monedas Digitales de Bancos Centrales (*Central Bank Digital Cryptocurrency*). Algunos han dado un paso más allá, El Salvador y la República Centroafricana han declarado el bitcoin como moneda de curso legal. China ha emitido ya el YuanPay (Venezuela ya había intentado emitir un Petro). Los países que siguen la Ley Shariah han abierto el uso de cibermonedas (especialmente el bitcoin) pero guardan restricciones.¹²

¹⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0594>

¹² "Therefore, in Shariah perspective, Bitcoin's publication as a currency, the use of

En India los funcionarios no están de acuerdo en si debe o no hacerse la regulación (Shukla et al., 2022). Argentina se inclina a pensar que se debe regular más a las Bolsas y no a los productos en sí (Vogt y Porporato, 2022). Zambia prepara regulación de criptomonedas para junio de 2023 (Mfula, y Savage, 2023) Hong Kong anuncia próxima regulación (Wong y Droulers, 2023), Canadá ya ha emitido reglas (Ontario Securities Commission, 2023). Las noticias nos llevan a preocupaciones similares en Corea (Grant, 2023), en Islas Vírgenes Británicas (British Virgin Islands Financial Services Commission) y en Singapur (Kaprun, 2023), así podemos seguir por todo el mundo.

Recientemente el CEO de Coinbase, una bolsa de criptomonedas, anunció que considera migrar de los Estados Unidos a los Emiratos Árabes Unidos, precisamente por la falta de claridad en la regulación de los Estados Unidos de América. “Buscamos un hogar donde establecer un centro internacional que sirva de largo alcance a los países del mundo”, Armstrong declaró.¹³

VI. La regulación va más allá de las criptomonedas

Efectivamente, hay áreas de donde podrán surgir nuevos activos digitales que no tendrán necesariamente una relación con activos financieros. Un ejemplo son las legislaciones de instituciones y productos de tecnología financiera que han hecho a un lado y han dejado afuera actividades, por ejemplo, de *crowdfunding*, que no tienen un componente financiero. La presencia de los llamados areneros (modelos novedosos o *sandboxes*), revelan que pueden existir muchas figuras que salen de la regulación, por lo menos la financiera.

UNCITRAL ha trabajado con intensidad en el desarrollo del comercio electrónico y no hay terreno más propicio para el comercio que el

bitcoin and its distribution is something that should be avoided as the bitcoin itself has elements of *maysir* and *gharar* in the practice sales of bitcoin. Moreover, it has a lot of harm from the benefits. For now, there are still many currency options that can be used normally to make a valid transaction tool” (Abdullah).

¹³ “We are looking for a home to set up an international hub that could serve the long tail of countries in the world”. “Coinbase looks to UAE as Global Crypto Hub”, *Competition Policy International*, 15 de mayo de 2023. Recuperado el 1 de junio de 2023 de: <https://www.competitionpolicyinternational.com/coinbase-looks-to-uae-as-global-crypto-hub/>

hacerlo, entre otras cosas, con activos digitales. El fenómeno que llevó en el siglo XIX a establecer un sistema de valores que convertían *commodities* materiales en subyacentes de otros productos económicos y jurídicos, de vida independiente, tiene hoy su amplia expansión en este mundo digital.

En el Foro de Desarrollo celebrado en 2013 por la conocida firma del área de cómputo, Intel, futurólogos y evangelistas presentaron 30 nuevas posibilidades de Activos Digitales entre los que aparecían: Música, Películas, Juegos, Publicidad, Identidad, Terapia y muchos más (Bridgewater, 2013).

Tal parece que la regulación es inevitable, pero es necesario precisar: La regulación tiene que ser hecha: a partir de una neutralidad tecnológica; promoviendo la creatividad y el ingenio; facilitando la expansión de la riqueza de las personas, de las corporaciones y de los países; protegiendo tanto al consumidor como al emprendedor; combatiendo el crimen y el uso inapropiado de la modernidad.

La regulación que se haga no debe de ser pensada tratando de evitar los riesgos que visualizamos desde la comodidad de un *statu quo*. No debe basarse en el miedo.

Los juristas tenemos que involucrarnos en estos procesos. Se van a hacer de todos modos; no podemos dejar que sean solamente ingenieros, emprendedores, financieros, matemáticos los que los diseñen e instrumenten. Esto me recuerda la expresión que usaba Spiros Bazinas, quien decía: “Sería como entregar un Stradivarius a un gorila”. La mente y la mano del jurista debe participar.

VII. Los activos digitales en la insolvencia

Cuando se trata de llegar a la insolvencia la problemática de los activos digitales parece complicarse y ello debido a diversos factores. El primero es la persona que se encuentra en situación de insolvencia. Puede ser una persona, ya física, ya jurídica, que ha hecho inversiones u operaciones en activos digitales y llega a la situación de insolvencia con ellos dentro de su hoja de balance ya sea en los activos o en los pasivos.

O bien, puede ser una empresa que ha operado como emisor, como custodio, como intermediario u otra de las categorías de en-

tidades que se han venido creando con la aparición de operaciones de criptoactivos. Respecto de estos cabría una similitud con el trato de las instituciones financieras puesto que es el antecedente más cercano. En ese sentido, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, por conducto de la cabeza del equipo sobre cumplimiento de criptomonedas, Eun Young Choi, acaba de hacer una declaración diciendo que ninguna de las firmas que operan como bolsas de criptoactivos es “Too big to fail” (Competition Policy International, 2023).

Otro de ellos, es el hecho de que no se ha llegado a una total dicha naturaleza la respuesta y el tratamiento que se pretenda dar a los mismos puede variar. Complica esa cuestión el hecho de que existen, como es sabido y se ha mencionado arriba, una gran variedad de tales activos digitales, cada uno de ellos más o menos parecido a figuras conocidas que brindan comodidad a quienes tienen que enfrentar la presencia de tales bienes en el contexto de la insolvencia. Esa situación se presenta sobre todo con las figuras de “derivados” de otros activos digitales y la forma como se adquieren, se conservan y se vigilan.

En una opinión reciente emitida con relación al caso *Celsius*, el juez Martin Glenn emitió una opinión que ha venido a constituir un hito sobre el tema, especialmente en los países de sistema *common law*. El quebrado manejaba cuentas de “adquirentes de cryptoassets” y alega que, teniéndolas en depósito, en una *Earn Account* eran suyas por lo que pide autorización para venderlos como actividad de negocio ordinaria mientras que los clientes de Celsius alegan que los activos digitales involucrados en su contrato eran de su propiedad por lo que permitir a Celsius que venda no es una operación ordinaria.

El Juez resuelve:

[...]cuando los activos de criptomonedas (incluidas las monedas estables, discutidas en detalle a continuación) se depositaron en Earn Accounts, los activos de criptomonedas se convirtieron en propiedad de Celsius; y los activos de criptomonedas restantes en las Cuentas de Ganancias en la Fecha de la Petición pasaron a ser propiedad de los estados de quiebra de los Deudores (los “Estados”)[...]

[...]incluso si el Tribunal determinara que los Titulares de cuentas prestaron activos digitales a Celsius, seguirían siendo acreedores no garantizados. Es un principio de ley que un préstamo de dinero o propiedad a otro crea una relación deudor-creedor. Y cita un caso (Masterwear

Corp., 229 B.R. 301, 310): “Bajo la ley de Nueva York, un banco y su depositante se encuentran en una relación deudor-acreedor que es de naturaleza contractual. El banco es dueño del depósito, el depositante tiene un derecho de pago contra el banco, y el banco tiene la obligación correspondiente de pagar a su depositante. En consecuencia, el congelamiento temporal de una cuenta por parte de un banco, sin más, no es ‘ni una toma de posesión de la propiedad [del depositante] ni un ejercicio de control sobre ella, sino simplemente una negativa a cumplir su promesa’”. (Glenn)

Sea cual fuere la naturaleza específica de los derechos que tengan las partes en un procedimiento de insolvencia hay que entender el principio clarísimo de atracción universal que se puede enunciar con dos asertos muy claros:

- Lo que pertenece al Deudor forma parte de la Masa de la Insolvencia.
- Lo que pertenece al Acreedor es parte de lo que puede reclamar al Deudor en un procedimiento de Insolvencia.

Por ello, ya sea que se trate de un bien material o inmaterial, de un mueble, un inmueble o un bien sui generis, si es un bien real o un derecho, forma parte de la Masa (ya activa, ya pasiva).

Al tratar el tema de Insolvencia, UNIDROIT indica en su Principio 19 que cuando se ha definido que un activo digital que se ha vuelto oponible a terceros, es oponible al representante de la insolvencia, los acreedores y cualquier otro tercero en un procedimiento de insolvencia, excepto cuando se debe aplicar una regla de derecho sustantiva o procesal aplicable en virtud de un procedimiento de insolvencia tales como la prelación de los créditos, las acciones de nulidad por fraude de acreedores o cuando la ejecución de un derecho está bajo el control y supervisión del representante de la insolvencia.

Esto significa que la reglamentación que se haga de los activos digitales deberá hacerse cargo de cuando una situación jurídica alrededor de ellos afecta sólo a unos involucrados y se puede oponer a terceros y habrá de definirse cuándo eso pueda ser una excepción al principio de atracción universal que supone y rige un proceso de insolvencia.

VIII. Conclusión

Debe concluirse que la naturaleza, aún sin definir, de los activos digitales, mientras se encuentren en el área patrimonial de los individuos en nada afecta para que deban ser incluidos en los procedimientos de insolvencia.

Evidentemente la peculiaridad de tales bienes provocará diversas opiniones de cómo deban de ser tratados en un procedimiento de insolvencia, lo cual no es ajeno a la disciplina del derecho de la insolvencia, simplemente recuérdese el caso de los fideicomisos, de los alimentos, de los créditos públicos, por citar unos ejemplos que han sido motivo de arduas discusiones acerca de cómo deben ser considerados en un procedimiento de insolvencia.

Una reflexión como la hecha en este artículo ciertamente no ha resuelto nada. La pretensión ha sido tan solo la de invitar a asomarse a una serie de fenómenos que están en el área de las Finanzas y el Derecho, para que cada quien, desde su *background*, desde su lugar y su posición, los contemple y aporte su pensamiento al respecto.

IX. Bibliografía

- Abdullah, O. Y. Naim Bin Abdul Rahaman Cryptocurrency In The Perspective Of Shariah. *Research Paper submitted to Graduate School of Business*. Universiti Utara Malaysia, In Fulfilment of the Requirement for the Master of Islamic Finance and Banking. https://etd.uum.edu.my/8300/1/S821928_01.pdf
- American Bankruptcy Institute (2022, 9 de septiembre). *Abi Daily Headlines*.
- Bridgewater, A. (2013, septiembre), What is a digital asset?. *Computer Weekly.com*. <https://www.computerweekly.com/blog/CW-Developer-Network/What-is-a-digital-asset>
- British Virgin Islands Financial Services Commission. *Guidance on Regulation of Virtual Assets in the Virgin Islands*. <https://www.bvifsc.vg/library/guidance-regulation-virtual-assets-virgin-islands-bvi>
- Cediel, A. (2023). *Tributación 4.0: Los criptoactivos*. Tirant Lo Blanch. Code Civil des Français (1804). Imprimerie de la République, Ann XII.

- Coinbase looks to UAE as Global Crypto Hub (2023, mayo 15). *Competition Policy International*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/coinbase-looks-to-uae-as-global-crypto-hub/>
- Competition Policy International (2023, mayo 15). DOJ's Crypto Head Says No Exchange Is 'Too Big to Fail'. *Competition Policy International* de. https://www.competitionpolicyinternational.com/dojs-crypto-head-says-no-exchange-is-too-big-to-fail/?utm_source=Sailthru&utm_medium=email&utm_campaign=TechREG%2005/16&utm_term=techreg_nl
- Flink (Miflink Advisors Independiente, S.C) (2023, mayo 22). Departamento de Análisis del Periódico Reforma.
- Glenn, M. MEMORANDUM OPINION AND ORDER REGARDING OWNERSHIP OF EARN ACCOUNT ASSETS. In re: CELSIUS NETWORK LLC, et al. Chapter 11 Case No. 22-10964 (MG) Entered 01/04/23 13:24:42
- Grant, P. (2023, abril 28). Korea's New Crypto Bill Passes Key Legislative Subcommittee. *Regulation Asia*. <https://www.regulationasia.com/koreas-new-crypto-bill-passes-key-legislative-subcommittee/>
- Laurent, F. (1881). *Cours élémentaire de droit civil, Tome premier*, Bruylant-Christophe Cie, Librairie A. Maresq Ainé.
- Mfula, C. y Savage, R. (2023, abril 12). Zambia to finish cryptocurrency regulation tests by June-minister. *Reuters*. <https://www.reuters.com/world/africa/zambia-finish-cryptocurrency-regulation-tests-by-june-minister-2023-04-12/>
- Naclerio, R. A. (2018). The Federal Reserve and its Founders: money, politics, and politics, *JSTOR*, 97-114.
- Narain, A. y Moretti, M. (2022, septiembre). Regulating crypto. The right rules could provide a safe space for innovation. *Finance & Development*, International Monetary Fund. <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2022/09/Regulating-crypto-Narain-Moretti>
- Ontario Securities Commission (2023, mayo 23). Registered crypto asset trading platforms. OSC. <https://www.osc.ca/en/industry/registration-and-compliance/registered-crypto-asset-trading-platforms>
- Planiol, M. y Ripert, G. (2002). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Los Bienes, Tomo III*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito

- Federal-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a los Mercados de Criptoactivos. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Régimen Piloto de las Infraestructuras del Mercado Basadas en la Tecnología de Registro Descentralizado. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0594>
- Kaprun, Z. (2023, marzo 14). The Light is Flashing Yellow for Crypto in Singapore. *Forbes. Digital Assets*. <https://www.forbes.com/sites/digital-assets/2023/03/14/the-light-is-flashing-yellow-for-crypto-in-singapore/?sh=15d6c05062b7>
- Securities Exchange Commission (2022, octubre 3). *SEC Charges Kim Kardashian for Unlawfully Touting Crypto Security*. <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-183>
- Shukla, V., Kumar Misra, M., Chaturvedi, A. (2022, febrero 4). Journey of Cryptocurrency in India. In View of Financial Budget 2022-23. *Quantitative Finance*. Arxiv.org. <https://arxiv.org/abs/2203.12606>
- Today's Cryptocurrency Prices by Market Cap. <https://coinmarketcap.com/>
- Torrente Ruiz, A. (2005), *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer.
- Unidroit Principles on Digital Assets and Private Law. <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/digital-assets-and-private-law-public-consultation/>
- Vauplane, H. (2023). Les monnaies numériques et les cryptoactifs, *Revue D'économie Financière. Revue Trimestrielle De L'association Europe Finances Régulations*, 149.
- Vogt, M. E. y Porporato, M. (2022). Criptoactivos como fuente de financiamiento para pymes. El caso de Argentina. *Cuadernos de contabilidad*. 23.
- Webster, K. (2022, noviembre 14). What you just read is my cynical take on Sam Bankman-Fried's Series B pitch to the Sequoia partners via a Zoom call in July of 2021. *PYMNTS*. <https://www.pymnts.com/cryptocurrency/2022/sam-bankman-fried-ftx-and-the-demise-of-the-cool-kids/> 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. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>

Wong, K. y Droulers, A. (2023, mayo 22). Hong Kong Lets Retail Investors Trade Crypto in New Rules. *Bloomberg*. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-05-23/hong-kong-to-step-up-push-for-crypto-hub-in-contrast-with-clampdowns-in-asia#xj4y7vzkg>