

En busca de un marco legal para los activos digitales: Los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado

Toward a legal framework for digital assets: Unidroit principles on digital assets and private law

MISERICORDIA CAVALLER VERGÉS

Doctora en Derecho Internacional Privado
Profesora ESERP Digital Business & Law School

ORCID: ID: 0000-0001-8949-5537

Recibido: 07.11.2023 / Aceptado:30.11.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8416

Resumen: La revolución digital está conllevando una transformación global y profunda de la economía y la sociedad. Han aparecido nuevos bienes intangibles, entre los que se encuentran los denominados activos digitales, que suponen un desafío para el legislador.

El pasado mes de septiembre de 2023 la organización Unidroit publicó unos Principios sobre activos digitales y derecho privado, que constituyen un novedoso instrumento armonizador en la materia, con la finalidad de otorgar seguridad jurídica. Este análisis es una primera aproximación a estos Principios y sus principales características. Tras abordar el concepto de activo digital, establecen un marco normativo que regula su transferencia como objeto de derechos de propiedad y de garantías reales, así como su protección en casos de insolvencia.

Palabras clave: Activos digitales, derechos de propiedad, control, ley aplicable, custodia.

Abstract: The digital revolution is leading to a profound global transformation of the economy and society. New intangible goods have appeared, among which are the so-called digital assets that represent a challenge for the legislator. Last September 2023, the Unidroit Organization published the Principles on Digital Assets and Private Law, which constitute a new harmonization instrument on this matter with the aim of providing legal certainty. This analysis is a first approach to these Principles and their main features. These Principles deal with the digital asset definition and establishes a regulatory framework to govern their transfer as an object of property and security rights, including their protection in cases of insolvency.

Keywords: Digital assets, property rights, control, applicable law, custody.

Sumario: I. Introducción. II. La regulación de los activos digitales a través de la vía armonizadora. III. Características de los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado. 1. Autoría. 2. Estructura. 3. Neutralidad y flexibilidad. 4. Compatibilidad con el sistema jurídico. IV. Ámbito de aplicación de los Principios. 1. Ámbito de aplicación personal. *Ratione personae*. 2. Ámbito de aplicación territorial. *Ratione loci* 3. Ámbito de aplicación temporal. *Ratione temporis* 4. Ámbito de aplicación material. *Ratione materiae*. V. El marco normativo que ofrecen los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado. 1. Los activos digitales y el tráfico jurídico. 2. La ley aplicable a los activos digitales. A) La elección de ley por las partes. B) La elección de los Principios como ley aplicable. C) La elección de la *lex fori* del estado del emisor. D) Otras opciones previstas

para la elección de ley. E) La ley aplicable a la custodia de los activos digitales. F) La ley aplicable a los activos digitales y a las garantías reales sobre los mismos en casos de insolvencia. G) El derecho procesal relativo a los bienes digitales incluida la ejecución sobre los mismos VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. En el siglo XXI, el desarrollo de la tecnología ha impactado de forma acusada en la economía global, donde el comercio crece en un mercado ajeno a cualquier frontera ya sea de tipo físico, económico o jurídico. El eje sobre el que pivotan las transacciones ya no gira exclusivamente en torno a mercaderías consideradas como bienes tangibles, propias de un mundo basado en materias corporales o físicas. Cada vez son más frecuentes las operaciones comerciales que involucran bienes o mercancías intangibles, como los denominados activos digitales, que circulan por las redes en busca de eficiencia y reducción de costes. Engloban entre otros bienes el software, los datos, los tokens y la criptomoneda.

2. Actualmente, el legislador se enfrenta al desafío de regular a nivel global las transacciones relativas a bienes inmateriales en las que por primera vez en la historia todos los elementos pueden ser representados de forma virtual. La presencia de las partes en la negociación, la firma de cualquier acuerdo, el objeto, el contenido del texto de la transacción, los documentos que lo acompañan, la contraprestación económica y demás aspectos se pueden realizar de forma digital.

No obstante, y pese al carácter virtual de los distintos factores, no hay que olvidar que detrás de la tecnología se encuentran las personas, ya sean físicas o jurídicas, las partes con derechos y sus inherentes obligaciones que realizan las transacciones guiadas por el ánimo de lucro.

3. La tecnología en constante evolución impone un ritmo frenético que contrasta y choca de forma frontal y clara con la lentitud tradicional del legislador. Los tiempos de la tecnología, regida por la inmediatez, -todo en tiempo real-, parecen incompatibles con los períodos de tiempo que exige la preparación de la legislación. Nos encontramos ante tempos que no coinciden, pero que es necesario hacer converger.

4. En este contexto, marcado por la tecnología disruptiva, resulta imprescindible delimitar un marco normativo transfronterizo necesario para las partes implicadas en la actividad económica que otorgue seguridad jurídica, a fin de permitir el crecimiento y la innovación.

II. La regulación de los activos digitales a través de la vía armonizadora

5. Ante la ausencia de una legislación uniforme a nivel global, las normativas nacionales abordan la regulación del flujo transnacional de estos activos digitales de diferentes formas dependiendo de la consideración jurídica que otorgan a dichos activos, ya sea como objeto de propiedad, forma de pago, o como instrumento financiero.

6. Algunos estados han creado nuevas leyes como es el caso de Malta, Rusia o Liechtenstein¹ que, recientemente, de forma pionera, han regulado esta materia, mientras que otros proceden a enmendar la legislación vigente nacional, como es el caso de Japón, o Suiza². Por su parte, la Unión Europea ha

¹ Ley sobre Tokens y entidades que prestan servicios basados en tecnologías fiables (TVTGF), de 3 de octubre de 2019, también conocida como Ley Blockchain, accesible en: <https://www.loc.gov/law/foreignnews/article/liechtenstein-parliament-adopts-blockchain-act/>

Malta Digital Innovation Authority Act, 2018, accesible en: <https://legislation.mt/eli/cap/591/eng/pdf>

Rusia adoptó el 31 de julio de 2020 la ley federal 259-FZ, “*On digital Financial Assets, Digital Currency and on Amendments to Certain legislative Acts of the Russian Federation*”, accesible en: <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=126432>

² Japan Payment Services Act (PSA) de 2019, enmendado en junio 2022 y Financial Instruments and Exchange Act (FIEA) de 3 de junio de 2019, accesibles en: <https://www.mofo.com/resources/insights/190409-japanese-crypto-assets.html>

Swiss Federal law to Developments on Distributed Ledger Technology (DLT), en vigor en febrero 2021, accesible en: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/60601.pdf>

invertido grandes esfuerzos en la preparación del Reglamento 2023/114 de Mercados de Cripto activos³ que supone un punto de partida en la regulación de estos activos.

En el ámbito del sistema jurídico del *Common law*, Estados Unidos enmendó en julio 2022 el Uniform Commercial Code⁴ y dictó, el pasado 9 de marzo de 2022, la orden 1407 encaminada al desarrollo responsable de los activos digitales⁵, mientras que otros estados, como el Reino Unido, han utilizado principalmente la vía jurisprudencial para adaptarse a la nueva problemática.

7. Por otro lado, la complejidad del mundo actual conlleva un sistema normativo cada vez más descentralizado⁶ que propicia la creación de instrumentos armonizadores y establece un estrecho grado de colaboración entre la normativa de origen estatal, y otra de distinto origen, de carácter informal.

8. Actualmente están proliferando diversas iniciativas e instrumentos que, de forma pacífica, coexisten con el sistema tradicional de fuentes del derecho. Entre ellas destacan los recientemente publicados Principios sobre activos digitales y derecho privado elaborados por el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado⁷, en adelante Unidroit⁸, organización intergubernamental⁹ que se ocupa de preparar instrumentos que facilitan la armonización del Derecho internacional privado.

III. Características de los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado

9. Los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado, en adelante los Principios, constituyen, según sus redactores, un intento de crear a nivel mundial unos estándares relativos a la propiedad de los activos digitales¹⁰. Presentan rasgos comunes con otros instrumentos también denominados con el concepto vago de Principios, ya sea los redactados por la misma organización¹¹ o bien por otras organizaciones como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado¹².

1. Autoría

10. Estos Principios no son instrumentos que provienen del poder legislativo. No son normas jurídicas y, consecuentemente, no son vinculantes, ni tienen carácter coercitivo. No son tampoco fruto de

³ La modificación de la Directiva (UE) 2019/1937 para incluir los mercados de criptoactivos se ha convertido en el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de cripto activos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 1093/2010 y (UE) 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937, conocido como Reglamento MiCA por sus siglas en inglés: Markets in crypto Assets que entrará en vigor el 30 de diciembre de 2024.

⁴ Uniform Commercial Code norteamericano fue enmendado el 21 de julio de 2022.

⁵ “Executive order on ensuring responsible developments of digital assets” accesible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/03/09/executive-order-on-ensuring-responsible-development-of-digital-assets/>

⁶ M. DUBOVEC, “Toward Decentralized Commercial Law for Digital Assets”, *North western Journal of technology and intellectual property*, Volume 19, Issue 3,4-2022, Abril 2022, p 286.

⁷ Institut International pour l’unification du droit privé (Unidroit) está formado en la actualidad por 65 estados miembros. Unidroit web-site (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2023).

Unidroit Principles on digital assets and private law, publicados en septiembre 2023, accesibles en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/09/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law.pdf>

⁸ De conformidad con el artículo primero de su estatuto orgánico, la organización Unidroit tiene como objetivo estudiar diferentes formas de armonizar y coordinar el derecho privado y con esta finalidad elabora instrumentos de derecho uniforme, principios y reglas.

⁹ Fue considerado como foro idóneo en los trabajos preparatorios iniciales, tal como indicó Monica Pauknerová (Universidad Charles, Republica Checa) miembro del Governing Council de Unidroit, Chair of the Steering Committee on Digital Assets and Private Law, párrafo 267, Report Unidroit 2019, CD 98 (17), Governing Council Unidroit, 98th session, 8-10 mayo 2019.

¹⁰ El Prólogo de los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho de propiedad textualmente establece: “*an original attempt at creating -not merely identifying - an international standard on the proprietary aspects of digital assets*”.

¹¹ Los Principios Unidroit sobre contratos comerciales Internacionales 1994, revisados en 2004, 2010 y 2016.

¹² Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 19 de marzo de 2015 accesibles en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>

la autorregulación como ocurre con la denominada “*lex cryptographia*” considerada como “*el conjunto de normas que operan a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones autónomas descentralizadas*”¹³.

11. Su autoría corresponde a una obra colectiva de origen académico, auspiciada por una organización internacional intergubernamental, Unidroit, que constituye un foro idóneo que representa distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas. Todo y ser una obra colectiva, tiene autores conocidos, prestigiosos profesores universitarios, expertos en derecho de propiedad, la tecnología numérica y operaciones garantizadas, de diverso origen. Son, por tanto, reglas que tienen un matiz académico, pudiendo ser calificadas como *Droit savant*. El grupo de trabajo, dirigido por el profesor japonés Hideki Kanda¹⁴, comprende quince miembros que son expertos juristas provenientes de distintas tradiciones jurídicas, observadores internacionales e individuales¹⁵. Sin embargo, es preciso constatar que, todo y que sus autores no actúan en nombre de ningún estado, ni representan a ningún sistema jurídico concreto, el grupo de trabajo no recoge las sensibilidades de algunos estados del sistema de Derecho civil¹⁶ y está fuertemente influenciado por la tradición legal del *Common law*¹⁷.

2. Estructura

12. Los Principios están compuestos por una introducción y agrupados en siete secciones formadas por diecinueve Principios acompañados de sus correspondientes comentarios. De esta forma, constituye una guía interpretativa provista de ejemplos e ilustraciones con la finalidad de facilitar su uso.

13. Sus orígenes se remontan a la propuesta, de 2015, del ministerio de justicia húngaro, pero los trabajos preparatorios no se iniciaron hasta septiembre de 2020, prolongándose hasta su aprobación el pasado mes de mayo 2023. La preparación de los Principios ha incluido nueve reuniones de trabajo, dos consultas al comité de dirección de derecho privado y activos digitales, en las que han participado representantes de diversos estados¹⁸, y una consulta pública¹⁹ en busca de consenso, fomentando el carácter participativo y práctico de los Principios. A diferencia de otros instrumentos jurídicos provenientes de organizaciones internacionales privadas, en este caso los trabajos preparatorios, comentarios y borradores son públicos.

3. Carácter neutro y flexible

14. Los Principios establecen de forma expresa su voluntad de tener un carácter neutro. Esta neutralidad pretende hacerse efectiva en tres ámbitos. En primer lugar, pretenden ser neutros a nivel

¹³ A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Ley aplicable a los smart contracts y lex cryptographia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2021), Vol. 13, Nº1, p. 448 y 449.

¹⁴ WRIGHT/ P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia”, *Social Science Research*, 10 de marzo de 2015, p. 4, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664>.

¹⁴ Profesor japonés, experto en derecho mercantil, bancario y bursátil que dirige un grupo de trabajo comprende catorce profesores.

¹⁵ Incluye veintidós observadores de organizaciones internacionales y veintidós observadores individuales entre grandes expertos juristas como Sir Roy Goode.

¹⁶ Comentario 17, p.9 y Comentario 20, p.1 contenidos en UNIDROIT, *Digital Assets and Private law project*, Study LXXXII. W.G.8-Doc.-4-Public-Consultation-Comments-with-Annexes-1.pdf

Accesible en: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private->

¹⁷ El grupo de trabajo está formado por nueve representantes del sistema del *Common law* (cuatro norteamericanos, dos australianos, dos ingleses y un sudafricano) frente a cinco representantes del Derecho civil (un holandés, un suizo, dos alemanes, un representante chino y un japonés).

¹⁸ Estados entre los que se encuentran Uruguay, Turquía, Argentina, Irán, Chile, Italia o España. Study LXXXII-W.G.6-Doc 3 y Study LXXXII-W.G.7-Doc 3, 2022, accesible en: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private->

¹⁹ Consulta abierta a organizaciones, expertos, profesores que recogió comentarios de todos los interesados en la materia agrupados en 44 grupos que incluían 341 comentarios individuales.

tecnológico, y siguiendo el concepto amplio de activo digital que establece ser aplicable independientemente del tipo de tecnología que se utilice. Por este motivo no se decanta por ninguna tecnología, a diferencia de lo que ocurre con otros textos legislativos como el recientemente aprobado Reglamento (UE) 2023/1114 de Cripto activos de 31 de mayo de 2023²⁰.

También pretenden ser neutros respecto a los distintos sistemas jurídicos a fin de poder ser utilizado a nivel global. El vocabulario de los Principios refleja esa neutralidad y carácter funcional, alejándose tanto de terminología propiamente jurídica²¹, (evitando vocablos como la propiedad o posesión²²), como de conceptos propios de un determinado sistema jurídico²³.

Finalmente, pretenden ser neutros a nivel organizativo permitiendo su inclusión en el contenido de normas específicas sobre la materia o en normas generales de derecho privado tras su debida adaptación a las características de los activos digitales.

15. A diferencia de otros Principios, éstos revisten un carácter pionero e innovador al cubrir un área todavía no regulada de forma holística a nivel global y que presenta especial dificultad para otros instrumentos propios del legislador. La naturaleza de los activos digitales y sus cambios constantes hacen imprescindibles unos instrumentos normativos especialmente flexibles, de carácter abierto a la innovación y de fácil adaptación. De esta forma, los Principios pretenden, de forma ambiciosa, englobar futuros activos digitales todavía no creados y, por tanto, desconocidos a fecha de hoy, pero que sin duda aparecerán en un futuro.

4. Compatibilidad con el sistema jurídico

16. Estos Principios son compatibles con todos los sistemas jurídicos. No son una creación *ex novo*, sino que realizan un estudio de derecho comparado sobre la escasa legislación vigente sobre la materia, tanto de ámbito nacional, -como la ley Blockchain de Liechtenstein-, como en el internacional, haciendo referencia a la Convención Unidroit sobre las normas de derecho material aplicable a los valores intermediados hecho en Ginebra el 9 de octubre de 2009²⁴.

17. Constituyen un instrumento que no se encuentra aislado, sino que coexiste y está relacionado con otros proyectos realizados por la misma organización Unidroit²⁵, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional, en adelante (CNUDMI), en el ámbito de la identificación y clasificación de los activos digitales²⁶ e insolvencia²⁷ y con la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en el ámbito del derecho aplicable²⁸.

18. A diferencia de los Principios sobre contratos comerciales que realizó Unidroit, en estos no se aborda de forma directa y clara su naturaleza jurídica, aunque es indudable que versan sobre cues-

²⁰ El artículo 3.5 define de forma expresa un cripto activo como “una representación digital de valor o derechos que puede transferirse o almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar”.

²¹ Principio 6 en que se utiliza el término “tener habilidad” en lugar de “estar bajo el poder de”.

²² Comentario del Principio 13, apartado 2.

²³ Comentario del Principio 11, apartado 5.

²⁴ Convención que todavía no ha entrado en vigor.

²⁵ Guía legislativa de Unidroit sobre valores intermediados de 10 de mayo 2017, accesible en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/legislative-guide-spanish.pdf>.

²⁶ Ley modelo CNUDMI sobre documentos transmisibles electrónicos de 13 de julio de 2017 accesible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mletr_ebook_s.pdf y Ley modelo CNUDMI sobre garantías mobiliarias 2016, accesible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-08782_s_ebook_0.pdf.

²⁷ Guía legislativa CNUDMI sobre el régimen de insolvencia cuya primera y segunda parte data de 25 de junio de 2004, tercera 1 de julio de 2010, cuarta de 18 de julio de 2013 y cuya quinta y última parte data de julio 2021, accesible en: https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law

²⁸ Propuesta Proyecto conjunto HCCH-Unidroit sobre ley aplicable a las tenencias y transferencias transfronterizas de activos digitales y Tokens aprobado el 3 de enero de 2023, accesible en: <https://assets.hcch.net/docs/a91fd233-acf7-4c42-9aad-a426c4565068.pdf>

ciones jurídicas²⁹ al regular aspectos como la disposición y transferencia de los activos digitales, y los derechos reales de garantía sobre los mismos.

19. No obstante, su denominación como Principios ya indica que sus autores lo consideran como un componente de las fuentes informales del ordenamiento jurídico, constitutivo del *soft law*, denominado en francés *droit souple* con una apariencia de *droit mou*. Constituye un instrumento de derecho blando, de carácter flexible que no pretende sustituir a las fuentes formales del ordenamiento jurídico. En este sentido, el propio texto ya indica su ambición de servir de guía a los legisladores nacionales, constituyéndose en precursor de la legislación propiamente dicha, la denominada *hard law*, ofreciéndole unas pautas de carácter general. El legislador nacional puede implementar estos Principios en la forma que crea más adecuada, ya sea en sus normas generales sobre derecho privado, o en sus leyes específicas, siempre y cuando respeten el ámbito de aplicación material de los mismos.

Los Principios, de esta forma aspiran, tras su incorporación en la legislación, a formar parte integrante de la misma, convirtiéndose en normas de obligado cumplimiento con carácter coercitivo. Una vez adoptados por un estado, de conformidad con el contenido del Principio tercero apartado segundo, los citados Principios deben prevalecer sobre las leyes estatales en los casos en que entren en conflicto.

IV. Ámbito de aplicación de los principios

1. Ámbito de aplicación personal. *Ratione personae*

20. Los Principios, de conformidad con su introducción, van dirigidos a cualquier persona involucrada en transacciones con activos digitales, englobando a legisladores estatales, responsables de la resolución de conflictos, es decir jueces y árbitros, expertos juristas, usuarios, tanto profesionales del comercio (B2B), comerciantes y consumidores (B2C). como consumidores. Del texto de los Principios no se contemplan exclusiones que afecten al ámbito de aplicación de carácter personal.

2. Ámbito de aplicación territorial. *Ratione loci*

21. La aplicación de los Principios no presenta limitaciones de carácter geográfico, acorde con las características propias de los activos digitales que no están arraigados en ningún territorio predeterminado. Su ubicación suele ser difícil de precisar y la persona que tiene el control sobre los mismos puede transferirlos de forma fácil y rápida³⁰. En consecuencia, los Principios no tienen un ámbito de aplicación espacial predeterminado, al producirse transacciones entre personas provenientes de diversos estados, en un ámbito global que es intrínsecamente transfronterizo. Sin embargo, no se descarta de forma expresa su posible utilización en el ámbito nacional una vez elegidos como ley aplicable por las partes. Por tanto, los Principios se pueden aplicar en cualquier parte del mundo, con carácter universal.

3. Ámbito de aplicación temporal. *Ratione temporis*

22. Los Principios fueron aprobados en la sesión Consejo de gobierno de Unidroit realizada el día 10 de mayo de 2023 y posteriormente publicados el pasado mes de septiembre de 2023. De su texto se desprende que, desde su publicación, los Principios se podrán aplicar de forma facultativa por sus destinatarios siempre y cuando expresamente los elijan como ley aplicable en sus transacciones. No obstante, los Principios aconsejan que su aplicación vaya precedida de un período transitorio. Por

²⁹ Principio 5.2 (a).

³⁰ Comentario del Principio 18.6.

consiguiente, desde su publicación el ámbito de aplicación temporal de los Principios es de carácter indefinido, respetando en todo caso las transacciones existentes sobre activos digitales.

4. Ámbito de aplicación material. *Ratione materiae*

23. El ámbito de aplicación material de estos Principios, al igual que el de la mayoría de los restantes Principios, es marcadamente incompleto en todo aquello que regula. Es un instrumento que no tiene carácter exhaustivo, versando única y exclusivamente sobre un subconjunto de activos digitales y sus implicaciones en derecho privado, excluyendo de forma expresa el ámbito del derecho público. La introducción de los Principios³¹ así como los comentarios de su texto, expresamente mencionan exclusiones, siendo la principal la del ámbito de la jurisdicción³², los derechos de propiedad industrial o intelectual sobre el bien digital o la protección del consumidor, aunque existen muchas otras, como la herencia de los activos digitales.

24. Aunque inicialmente el proyecto de los Principios incluía el objetivo de establecer una taxonomía y clasificación sistematizada de los bienes digitales de carácter universal³³, atendiendo a criterios de funcionalidad y neutralidad se ha limitado a ofrecer una terminología simple pero concisa, propia de la economía digital -que proviene de la tecnología-, no del ámbito legal.

25. Atendiendo a su etimología³⁴, los activos digitales (traducidos por Unidroit en francés como activos numéricos -*actifs numériques*-) son unos bienes muebles, fruto del desarrollo tecnológico, representados por una expresión numérica con carácter patrimonial y susceptibles de apropiación. En líneas generales, abarcan un ámbito de aplicación muy amplio, englobando tanto bienes fungibles (las criptomonedas) como no fungibles (los tokens digitales)³⁵.

26. Pese a la dificultad que conlleva, uno de los logros de los Principios es que abordan la definición del complejo concepto de activo digital. Caracterizan el activo digital, como un registro electrónico -entendido como información³⁶ recuperable que se almacena en un medio electrónico- dotado de valor económico y susceptible de ser objeto de control. Este concepto incluye distintos aspectos que deben ser analizados. El primero de ellos es que engloba un bien inmaterial, información, contenida en un medio electrónico. Es un punto de partida amplio acorde con la legislación existente en diversos estados que incluye diversas tecnologías. El segundo elemento comporta una nueva forma de concebir el valor económico. El valor ya no se encuentra exclusivamente en los bienes físicos, sino que abarca los intangibles y a menudo su valor reside en que son activos irremplazables. Finalmente, a diferencia de la normativa de otros estados del Derecho civil³⁷, el concepto no gira en torno a la identificación de su titular, sino que se centra en que el bien o activo sea susceptible de ser objeto de “control”.

³¹ Apartado 0.10 de la introducción.

³² Comentario del Principio 5, apartado 5.3.

³³ Unidroit Principles on Digital Assets and Private law, Background. Study LXXXII: *Unidroit exploratory workshop on digital assets and private law. Digital assets: A legal Taxonomy and Challenges to Private Law*, 30 de septiembre de 2020 y posteriormente concretada en: *Juridical taxonomy*.

³⁴ Un activo, que proviene del término latín “*activus*” constituye un conjunto de bienes o derechos con valor monetario que son propiedad de una persona, una empresa o institución. De esta definición podemos extraer dos características, su carácter patrimonial y la susceptibilidad de apropiación. Por otra parte, el término digital proviene del latín “*digitus*” que significa dedo y se asocia a número dígito, símbolo que describe una cantidad. De dicho concepto deriva su acepción como dispositivo o sistema que crea, transporta, almacena o suministra información mediante una expresión numérica. En definitiva, podemos considerar los activos digitales como la conversión de unos bienes intangibles producto del desarrollo tecnológico dotados de valor económico en una representación numérica.

³⁵ Un token no fungible, cuyas siglas en inglés que corresponden a Non-fungible Token (NFT). Son códigos numéricos con un registro de transferencia digital que garantizan la autenticidad a sus propietarios que se acuñan por un sistema denominado “*mint*”.

³⁶ Sentencia de England and Wales Court of Appeal (Civil Division) de 19 de julio de 2013, caso *Fairstar Heavy Transport v. Adkins & Anor*; A1/2012/3063, EWCA Civ 886, accesible en: <https://vlex.co.uk/vid/fairstar-heavy-transport-nv-793805641>

³⁷ La ley francesa 2019/486 de 22 de mayo de 2019 sobre el crecimiento y la transformación de las empresas (denominada también Loi Pacte), introduce un nuevo artículo L54-10-1 en el código monetario y financiero francés que, aunque no define

27. El concepto de “control”, contemplado en el Principio sexto, reviste especial relevancia y no es sinónimo de titularidad jurídica, de propiedad. Claramente inspirado³⁸ en el Uniform Commercial Code norteamericano³⁹, los Principios, siguiendo la filosofía del Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 10 de noviembre de 2016⁴⁰, utilizan el término “control” como concepto autónomo, como “*equivalente funcional de posesión*”⁴¹, más neutro y alejado de cualquier sistema legal, a fin de que refleje los distintos conceptos que existen de posesión en los estados miembros de la Unión Europea. El “control” otorga una presunción de legítima tenencia de los activos digitales y otorga confianza a los usuarios. De esta forma se distingue de la expresión “*obra en poder*” utilizada en la Directiva 2002/47 CE del Parlamento y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera⁴² que se identifica con un término propiamente jurídico. En definitiva, el término “control” no es legal, sino fáctico y deriva de la relevancia económica de los propios activos.

28. Los Principios contemplan que el control se desprende directamente de la capacidad para obtener el beneficio substancial del activo (en exclusiva o no) y de la capacidad de modificar los datos del registro electrónico o de transferir el activo. La persona que controla el activo, identificada como tal por medios razonables en el mismo activo, ya sea a través de su protocolo o sistema, puede tener intención de compartirlo ya sea por motivos de conveniencia o seguridad entre otros. Un cambio de control significa transferir esas habilidades e incluye el reemplazo, modificación, cancelación o eliminación del activo digital. Así pues, los Principios contemplan dos aspectos del control, uno negativo, que supone excluir el control de terceras personas, y otro positivo, que otorga la capacidad en exclusiva de obtener el beneficio del activo digital, lo cual constituye un aspecto inherente al derecho de propiedad, considerado el derecho real más pleno. Ambos aspectos facilitan las transacciones de los activos digitales.

29. El Principio segundo ofrece asimismo diversos ejemplos que ayudan a ilustrar qué bienes consideran los Principios como activo digital. Una criptomoneda en una cadena pública de Blockchain, como el bitcoin, es un activo digital, mientras que, en líneas generales, una página de las redes sociales con contraseña de acceso no es considerada un activo digital ya que el usuario no tiene el control de la misma en el sentido establecido en el Principio sexto.

El control del activo digital constituye en estos Principios la piedra angular que permite delimitar su concepto y, a la vez, es el elemento que otorgará la capacidad para actuar sobre el mismo.

V. El marco normativo que ofrecen los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado

1. Los activos digitales y el tráfico jurídico

30. Tradicionalmente, la regulación del derecho de propiedad era un ámbito reservado al derecho nacional de cada estado, excluido de forma expresa de los distintos Convenios o instrumentos normativos de carácter internacional⁴³. Actualmente, la revolución tecnológica y las necesidades del tráfico de

propiamente los activos digitales, enumera los activos que pueden considerarse como tales excluyendo los instrumentos financieros. Entre otros, en su apartado tercero establece: “*tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement partage permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien*”.

³⁸ Unidroit Study LXXXII-W.G. 2- Doc. 3, abril 2021, párrafo 14, p.5.

³⁹ Artículo 8 y 12 del Uniform Commercial Code enmendado en julio 2022.

⁴⁰ Apartados 43 y 44 de la sentencia de 10 de noviembre de 2016, C-156/15 del TJUE (Sala 4), *Private Equity Insurance Group SIA v Swedbank AS*, ECLI:EU:C:2016:851.

⁴¹ Artículo 11 de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos de 13 de julio de 2017. Study LXXXII WG6, Doc 3, 2022, *Issues paper*, párrafo 2, p. 37.

⁴² Apartado segundo del artículo 2 de la citada Directiva.

⁴³ La Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecho en Viena el 11 de abril de 1980 o los recientes *Incoterms® 2020* de la Cámara de Comercio Internacional resultan ilustrativos en esta materia.

la economía globalizada requieren una normativa que considere los derechos de propiedad en un ámbito transfronterizo, tanto en la vertiente teórica como en los aspectos prácticos que derivan de los mismos.

31. Estos Principios, a diferencia de otros instrumentos⁴⁴ similares, abordan de forma clara y directa la posibilidad de que los activos digitales, como bienes muebles inmateriales, sean susceptibles de apropiación y de derecho de propiedad. Sin embargo, no inciden en la consideración de dichos activos como instrumentos financieros o medio de pago.

32. Un activo digital, tal como está definido en estos Principios, equiparado de forma funcional a un bien tangible, se convierte en un objeto de negociación y tráfico jurídico⁴⁵, susceptible de derecho de propiedad, independientemente de si es considerado o no como propiedad según el derecho nacional correspondiente. De alguna forma, reconociendo el derecho de propiedad de los activos digitales, los Principios reflejan la abundante jurisprudencia existente a nivel internacional sobre la materia, especialmente en el ámbito de las criptomonedas. Entre dichas resoluciones judiciales, destaca la pionera sentencia en esta materia del Tribunal del Distrito de Tokio de 5 de agosto de 2015 sobre el caso *MtGox*⁴⁶ que abordó la naturaleza jurídica de un bitcoin en el ámbito civil japonés que solo reconocía los bienes tangibles. Recientemente, se ha pronunciado sobre la materia la resolución judicial proveniente del High Court de Nueva Zelanda en el caso *Ruscoe v Cryptopia Ltd* (en liquidación)⁴⁷ de 8 de abril de 2020 que reconoció los derechos de propiedad sobre las criptomonedas como activos digitales. En el ámbito de los Tokens digitales, tiene gran relevancia la sentencia de la High Court de Singapur⁴⁸, de 21 de octubre de 2022, en el caso *Janesh s/o Rajkumar v Unknown person (Chefpierre)*, que reconoció el derecho de propiedad sobre un token no fungible, “*Bored Ape NFT*” identificable por terceros.

33. Sin embargo, los miembros del comité redactor, conocedores de que la propiedad sobre bienes inmateriales presenta múltiples dificultades, tal como queda acreditado a través de un gran número de recientes resoluciones judiciales⁴⁹, no incluyen en los Principios ninguna definición de los derechos de propiedad sobre activos digitales. No obstante, por medio de reconocimiento del derecho de propiedad sobre los activos digitales, los Principios otorgan una gran protección jurídica a los citados bienes y los equiparan a los restantes bienes objetos del tráfico jurídico.

34. Los Principios no solo reconocen los derechos de propiedad sobre los activos digitales, sino que consideran que los activos digitales descritos como tales pueden ser objeto de transferencia siguiendo el precedente establecido por el Tribunal de Luxemburgo el pasado 3 de julio 2012⁵⁰ que, de

⁴⁴ Principios del European Law Institute (ELI) sobre activos digitales como garantía exclúan de forma expresa esta cuestión de su ámbito de aplicación y remítan al ordenamiento interno, accesibles en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_the_Use_of_Digital_Assets_as_Security.pdf

⁴⁵ Principio 3.

⁴⁶ Sentencia del tribunal de Tokyo District Court de 5 de agosto de 2015, referencia 25541521, (Wa) 33320, Judgment of Civil Division 28, accesible en:

https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/mtgox_judgment_final.pdf

⁴⁷ Sentencia de la High Court de Nueva Zelanda de 8 de abril de 2020, en el caso *Ruscoe v Cryptopia Ltd (in Liquidation)* (2020) NZHC 728, accesible en: <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZHC/2020/728.html>

⁴⁸ Sentencia de la High Court de Singapur de 21 de octubre de 2022 SGHC 264, Claim 41 de 2022 (Summons 1800 de 2022), caso *Janesh s/o Rajkumar (“Janesh”) v Unknown person (Chefpierre)*, accesible en: https://www.elitigation.sg/gd/s/2022_SGHC_264.

⁴⁹ La sentencia del tribunal de apelación de Nueva York de 15 de junio de en 2007, en el caso *Thyroff v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, n° 5-4005 (2d Cir.2007), 864 N.E.2d 1272, reconoció los registros electrónicos que se almacenaban en un ordenador tenían el mismo valor que los documentos impresos. Accesible en: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/05-4005/05-4005-cv_opn-2011-03-27.html

La sentencia del Tribunal supremo holandés de 31 de enero de 2012, caso *RuneScape-arrest*, HR, NJ 2012/536, ECLI:N-L:HR:2012: BQ925 se pronunció sobre la propiedad de bienes inmateriales a raíz de un robo con violencia de unos accesorios o elementos de un video juego.

⁵⁰ Apartado 42 y 61 respectivamente de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala) de 3 de julio de 2012, Caso C128/11 *UsedSoft v. Oracle International Corp.*, ECLI:EU:C:2012:407.

forma genérica, consideró que los derechos de propiedad sobre bienes incorpóreos, pueden ser sujetos de transmisión por parte de su titular. Sin embargo, nuevamente los Principios no contemplan los requisitos necesarios para la válida transmisión de los activos digitales. Limitan la potestad de transmisión a los derechos que ostenta el transmitente⁵¹, que supone el punto de partida propio del sistema legal del *Common law*, pero lo conjugan con la protección del adquirente de buena fe que siempre ha sido el interés central de los sistemas de Derecho Civil. Corresponde a la legislación nacional de cada estado determinar quién es un adquirente de buena fe, cuestión especialmente compleja en el ámbito tecnológico, ya que las partes suelen buscar el anonimato y se refugian en pseudónimos que van cambiando.

35. Los Principios remarcan el hecho de que los que adquirentes de buena fe que ostentan el control del activo digital deben estar libre de derechos y reclamaciones de terceros, sin restricciones sobre la titularidad del mismo y corroboran la presunción existente en materia de bienes muebles en los sistemas del Derecho civil de que la posesión pacífica y de buena fe equivale al título⁵².

Por otro lado, es preciso puntualizar que la transferencia de los derechos de propiedad sobre los activos digitales no es sinónimo de cambio de control. E, igualmente, es preciso distinguir la transmisión de los activos de la transmisión de los derechos jurídicos sobre dichos activos. Los activos digitales pueden permitir tener derechos sobre otro activo dentro o fuera de la cadena y la validez de tal derecho quedará supeditada a la ley nacional aplicable.

36. Los Principios, al igual que otros instrumentos armonizadores recientes⁵³, remarcan que los activos digitales de uso generalizado en el comercio, considerados como bienes muebles dotados de valor patrimonial, son susceptibles de derechos de propiedad y, por tanto, pertenecientes al patrimonio de una persona, por lo que pueden ser utilizados como derecho real de garantía que aseguran el cumplimiento de obligaciones presentes o futuras a fin de proteger las operaciones y evitar riesgos.⁵⁴ Los Principios subrayan que una garantía real sobre un activo digital puede hacerse oponible frente a terceros mediante el control, tanto por parte del mismo acreedor como por parte del que custodia o sub custodia el bien para el acreedor y otorga prioridad frente a aquellos que no ostentan el control⁵⁵. Sin embargo, la concesión de una garantía real no debe identificarse con una transferencia de propiedad o de cualquier otro derecho de propiedad en virtud de la legislación aplicable⁵⁶. Por otro lado, en relación a los activos vinculados a los bienes digitales, los Principios remiten a la legislación nacional que establecerá los requisitos y consecuencias legales, en consonancia con la ley modelo de CNUDMI sobre garantías mobiliarias⁵⁷.

37. Las características propias de los activos digitales, y en particular de los cripto activos, que no suelen ser objeto de registro, hacen necesarios otros medios de protección de los derechos reales de

⁵¹ Proviene del aforismo latino: “*nemo dat quod non habet, nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*”. Ulpiano, Digesto 50.

⁵² Título V del libro II del Código Civil español, artículo 448: “*El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo*”.

Artículo 2276 del Código civil francés: : “*En fait de meubles, la possession vaut titre*” .

⁵³ Principios del European Law Institute (ELI) sobre activos digitales como garantía, anteriormente citados, aprobados en febrero 2022, que se pronuncian sobre el uso por parte de los particulares de activos digitales como garantía de sus transacciones en sus operaciones económicas

⁵⁴ El comentario 2.25 de los Principios Unidroit sobre activos digitales remite a la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario de 5 de julio de 2006, a su artículo 1.1 (h): “*disposición*” significa cualquier transferencia de propiedad plena o en garantía y cualquier atribución, posesoria o no, de derechos reales limitados de garantía; La insolvencia del depositario o custodio impide a la persona que ostenta los derechos de propiedad sobre el activo recuperarlos y tiene que personarse en la quiebra”.

⁵⁵ Principio 16 de los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado.

⁵⁶ El comentario 2.25 de los Principios Unidroit sobre activos digitales remite a la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario de 5 de julio de 2006, a su artículo 1.1 (h): “*disposición*” significa cualquier transferencia de propiedad plena o en garantía y cualquier atribución, posesoria o no, de derechos reales limitados de garantía; La insolvencia del depositario o custodio impide a la persona que ostenta los derechos de propiedad sobre el activo recuperarlos y tiene que personarse en la quiebra”.

⁵⁷ Artículos 16 y 17 de la ley modelo CNUDMI sobre garantías mobiliarias.

garantía que garanticen transacciones frente a terceros de buena fe. Por este motivo, los Principios consideran que el control, tal como ha sido definido, es el medio más adecuado a nivel global para proteger los derechos de terceros en el ámbito de las garantías reales sobre bienes digitales, a fin de otorgar seguridad jurídica y evitar riesgos. Estos Principios han clarificado el *status legal* de los activos digitales por medio de una definición de carácter funcional y clara que permite considerarlos como objeto del tráfico jurídico, susceptible de derechos de propiedad y objeto de derechos reales de garantía. No obstante, remiten a la legislación nacional a fin de que se ocupe de concretar los requisitos para su creación y su válida transmisión.

2. La ley aplicable a los activos digitales

38. Ante la ausencia de una legislación global aplicable a las transacciones específicas de los activos digitales, los Principios buscan establecer unos parámetros sobre la ley aplicable⁵⁸ específica en la materia que se asemeja a los propios de la denominada nueva *lex mercatoria*⁵⁹.

39. La rigidez propia de la normativa jurídica hace necesarios otros elementos más flexibles a fin de conseguir la adecuada regulación de los activos digitales. El grupo de trabajo de Unidroit constató enseguida que la legislación sobre bienes digitales de carácter virtual y tecnológico no tiene por qué trasladar los mismos conceptos que son aplicables al mundo de bienes tangibles y, por tanto, precisa de otros conceptos que se adapten a estas nuevas realidades.

40. Los activos digitales, en esencia, parecen estar diseñados para estar libres y totalmente desconectados de cualquier elemento físico que establezca un vínculo con una jurisdicción o ley aplicable, siendo ajenos a la problemática que regula el Derecho internacional privado. No obstante, es indudable que no pueden actuar aislados de la realidad jurídica que los rodea, siendo imprescindible una sincronía entre el ámbito físico y digital, tal como preconiza la pionera ley Blockchain de Liechtenstein. Por otra parte, el carácter intrínsecamente transfronterizo de los activos digitales impone la necesidad de una regulación global de los mismos que ofrezca seguridad y certeza. La proliferación de estafas y robos en el ámbito de los activos digitales en los últimos años⁶⁰ pone de manifiesto la necesidad de establecer un marco legal protector que regule de forma efectiva este ámbito.

41. El Principio quinto, con carácter central, regula la ley aplicable a los activos digitales. Constituye, según la organización Unidroit, un punto de partida con el propósito de otorgar seguridad jurídica a las personas involucradas en las operaciones transnacionales con la finalidad de ofrecer una única normativa que rijan todos los aspectos relativos a los derechos de propiedad de activos digitales de la misma tipología.

3. La relevancia de la legislación en el ámbito de los activos digitales

42. Conscientes de que el papel del legislador resulta imprescindible en este ámbito, los Principios Unidroit⁶¹ se posicionan claramente en defensa de la necesidad de establecer la ley aplicable a

⁵⁸ F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, en: Edward Elgar Publishing, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Editor Daniel Kraus, Thierry Obrist & Olivier Hari (eds), p. 73.

⁵⁹ Reglas que no proceden del legislador, de origen académico que rigen las transacciones entre comerciantes a nivel global como códigos de conducta, leyes modelos y contratos tipo.

⁶⁰ Son ilustrativos los supuestos como el ocurrido en Italia de la sociedad Exchange BitGrail en 2018 o el reciente caso de la plataforma Arbistar 2.0 en España que motivó la sentencia 326/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de 20 de junio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2109.

⁶¹ Apartado segundo del Principio quinto.

los derechos de propiedad de los activos digitales. Con este propósito, los Principios proporcionan unas pautas simples y básicas para determinar de forma fácil y previsible la ley aplicable. Sin embargo, no pretenden profundizar en la complejidad de los supuestos prácticos que acompañan la realidad.

En el comentario que acompaña este Principio, se descarta de forma expresa que las partes eludan la legislación basándose únicamente en el código, es decir, en la autorregulación⁶² o en otros pretextos como la complejidad de la ley y su inadecuación respecto a la naturaleza de la tecnología. Precisamente son las características propias de la tecnología, su rigidez y la ausencia de transparencia, las que resultan inadecuadas para proteger la autonomía de las personas, sus libertades y derechos.

Los Principios establecen que la ley será aplicable a todos los activos de la misma clase en el momento en que son creados o emitidos. No obstante, si surgen cambios, se conservarán los derechos preexistentes.

43. Tradicionalmente, la normativa relativa a los bienes sobre todo en el ámbito de la compraventa tanto de carácter internacional⁶³, supranacional⁶⁴, como doméstica⁶⁵ estaba centrada en las mercaderías consideradas como bienes tangibles propios de un mundo basado en materias muebles dotados de carácter corporal o físico. El derecho aplicable a la propiedad de estos bienes tangibles se encuentra regido por el factor de conexión territorial, la denominada *lex rei sitae* correspondiente a lugar en que se encuentran.

Sin embargo, en el caso de los bienes muebles incorporeales, como por ejemplo las criptomonedas, el hecho de que se acceda a ellas a través de claves dificulta enormemente la ubicación de la propiedad en la cadena de bloques. Por este motivo, ante la imposibilidad de concretar su ubicación, resulta conveniente recurrir por analogía a una localización sustitutiva que, parte de la doctrina asocia al estatuto personal de las partes. En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia reciente de origen anglosajón que asocia el lugar del bien o activo digital con la ubicación del titular, en el caso de las personas físicas inicialmente era su domicilio, factor de conexión legal, recientemente modificado por la residencia habitual⁶⁶, factor de conexión fáctico, y en el supuesto de las personas jurídicas su sede social⁶⁷. Todos ellos son factores de conexión denominados rígidos que facilitan la previsibilidad pero que no otorgan flexibilidad.

44. El carácter *sui generis* de los activos digitales, que son fruto de la tecnología de la información y no suelen ser objeto de registro, impiden la aplicación de la mayoría de los puntos de conexión existentes para bienes intangibles, como son la *lex creationis* y la regla *lex loci registri*⁶⁸, y propician la búsqueda de otras alternativas novedosas⁶⁹. En este contexto, y siguiendo el precedente establecido

⁶² Comentario al Principio 5 (2).

⁶³ Convención de Naciones Unidas de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

⁶⁴ Directivas (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales que define el contenido digital como los datos producidos y suministrados en formato digital

Directiva 2019/771 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2019 se refiere únicamente a bienes muebles tangibles con elementos digitales (Artículo 2.5 y 6).

⁶⁵ El Código Civil español, en su artículo 333 establece: “*Todas las cosas que son o pueden ser objetos de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles*”. Artículo 325 del Código de Comercio español: “*Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa*”.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de apelación de Gales e Inglaterra, de fecha 3 de febrero de 2023, caso *Tulip Trading Ltd v Bitcoin Association For BSV & Ors* (2022) EWHC 667 (Ch), accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/667.html>

Sentencia de 29 de noviembre de 2022 del England and Galles High Court (Commercial Court), caso *LMN v Bitflyer Holdings Inc* (2022) EWHC 2954, accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/2954.html>.

⁶⁷ Párrafo 14 de la sentencia de la High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales, London Circuit Commercial Court (QBD) de 21 de diciembre de 2020, caso *Fetch.AI Ltd v Persons Unknown* EWHC 2254, accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/2254.html>

⁶⁸ K. TAKAHASHI, “Law applicable to proprietary issues of crypto-assets”, *Journal of Private International Law*, 2022, Vol 18, N° 3, p. 348.

⁶⁹ S. GREEN, *Digital assets: Which law, which Court?*, Trabajos de la Comisión de derecho de Inglaterra y Gales, accesible en: <https://www.lawcom.gov.uk/project/digital-assets-which-law-which-court/>.

por la Convención de La Haya de 5 de julio de 2006 sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario, el comité redactor de los Principios consideró apropiado introducir el consentimiento⁷⁰ como factor de conexión de carácter subjetivo para determinar la ley aplicable.

A) La elección por las partes de ley aplicable a los activos digitales

45. Redactado de forma larga, compleja y técnica, el Principio quinto potencia la *lex voluntatis*, alineándose de esta forma con los Principios sobre la elección de derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya de 2015⁷¹. Parte de la premisa de que son las partes, no terceros, las primeras interesadas en establecer, de forma expresa, la ley nacional que desean que sea aplicable a los activos digitales incluyendo la designación de los mismos Principios. Se basa en el principio de autonomía de la voluntad que, tradicionalmente apenas tenía protagonismo en el ámbito de los derechos de la propiedad⁷² pero estableciendo de forma clara, al igual que otros instrumentos jurídicos, el respeto a las normas imperativas⁷³ que protegen los intereses de las partes, de la sociedad y de terceros de buena fe.

46. La elección de ley estatal debe constar de forma visible, ya sea en el mismo activo digital o, en su defecto, en la plataforma en la que se inserta, contemplando de forma expresa la posibilidad de que conste en archivos adjuntos, abiertos y de fácil acceso para los usuarios. Por tanto, la cláusula de elección de ley debe ser expresa en el sentido de equiparable a “*clara y comprensible para las partes*” siguiendo de esta forma la filosofía propia de la Directiva 93/13 CE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁷⁴.

Es preciso constatar que, en el ámbito de los profesionales del comercio, es habitual la elección de la ley aplicable, ya que facilita las propias transacciones mercantiles, pero, en el ámbito de consumidores⁷⁵, esta tendencia no está tan extendida, especialmente en el ámbito de los derechos de propiedad. La elección de ley por las partes, es conocida por todos los interesados, debe respetar las normas imperativas y en principio no favorece de forma clara a ninguna de las partes ya que son las mismas las que, de forma voluntaria, la han elegido de forma expresa.

47. El comité redactor es conecedor de la necesidad de establecer unas pautas claras e inequívocas relativas a la elección de ley, a fin de facilitar su utilización. En este sentido, los Principios contemplan única y exclusivamente la elección expresa de la ley nacional aplicable y no hacen ninguna alusión a la elección tácita de la misma. Igualmente, conscientes de las particularidades de los activos digitales, los Principios tampoco contemplan el momento en que se ha de efectuar la elección de la ley aplicable ni la necesidad de que la ley elegida tenga alguna conexión con las partes o con la transacción efectuada.

Finalmente, es preciso remarcar que los Principios no hacen referencia específica a la protección de los intereses económicos de los consumidores⁷⁶, como partes que realizan actos ajenos a su actividad

⁷⁰ Principio 3 y sus comentarios. European Law Institute Principles on the use of digital assets as Security.

⁷¹ Artículo 3 de los Principios sobre la elección de derecho de La Haya de 2015 que incluye la coletilla “*salvo estipulación en otro sentido del derecho del foro*”.

⁷² Comentario del artículo 1.3.1 de Principios sobre la elección de derecho aplicable de la Haya de 2015.

⁷³ Artículo 30. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional hecha en Nueva York, 2001.

Artículo 3.3 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de julio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Reglamento Roma I.

⁷⁴ Artículo 5.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, DOUE-L-1993-80526

⁷⁵ En el ámbito de la UE, el artículo 6.2 del Reglamento Roma I permite la elección de la ley aplicable en los contratos con consumidores siempre que se respete la protección de las normas imperativas de la ley del estado de residencia habitual del consumidor.

⁷⁶ En el ámbito de la UE, existe numerosa jurisprudencia sobre la protección de los consumidores frente a condiciones abusivas entre la que destaca la reciente la sentencia del TJUE de 8 de junio de 2023, Caso C-455/21, *OZ contra Lioness Europe AG*, ECLI: EU:C: 2023: 455.

profesional o comercial. La legislación propiamente dicha, como es el caso del reciente Reglamento europeo sobre cripto activos o el Reglamento Roma I, sí contemplan de forma clara la protección de sus derechos. En este punto, atendido a su limitado ámbito de aplicación material, los Principios obligan a la constante remisión a la legislación nacional vigente.

B) La elección de los Principios como ley aplicable

48. En defecto de elección de ley estatal, con carácter innovador, los Principios permiten que las partes elijan la aplicación de los mismos Principios⁷⁷, considerados como un conjunto de reglas equilibrado y neutro, generalmente aceptado a nivel internacional⁷⁸ y adecuado para regular esta materia, todo y ser conscientes de que deberán ser complementados por una ley estatal en todo aquello que no regulan⁷⁹. De esta forma, los Principios constituyen unas reglas materiales de derecho que ofrecen, en todo aquello que regulan, una solución directa y práctica especialmente adecuada para regir las transacciones de activos digitales. Sin embargo, el carácter incompleto de los Principios, como fuente informal del ordenamiento jurídico, los hace dependientes de la ley.

Pese a su finalidad armonizadora, los Principios formados por reglas de derecho no han sido contempladas entre las fuentes tradicionales del derecho a nivel internacional y, en el ámbito de la normativa europea reciente, no han sido aceptadas como ley aplicable de manera uniforme, tal como se detectó en la redacción del Reglamento Roma I⁸⁰. No obstante, con la finalidad de resolver los conflictos⁸¹ las reglas de derecho suelen aplicarse en el ámbito arbitral cuando han sido elegidas por las partes.

49. Atendido el vacío existente en la regulación del ámbito de los activos digitales provocado por la dificultad y lentitud del legislador en abordar esta área, resulta coherente y lógico que, de forma novedosa y temporalmente, se puedan utilizar como ley aplicable los mismos Principios de forma facultativa, tal y como proponen, sin olvidar que la finalidad de los mismos es la de servir de guía para el legislador. No tienen, por tanto, la pretensión de convertirse en ley aplicable, sino que su propósito es que su contenido sea incorporado por el legislador en un instrumento propiamente normativo. Reivindican, de esta forma, su carácter de instrumento útil para el legislador en su afán de crear un marco normativo adecuado. Resulta, por tanto, práctico que, durante este período, y ante la ausencia de otros instrumentos reguladores, las partes puedan elegir estos Principios de forma expresa como ley aplicable en los extremos que regulan.

C) La elección de la *lex fori* del estado del emisor

50. Asimismo, el primer apartado del Principio quinto contempla un supuesto específico para aquellos activos digitales en que exista un emisor, definido por los Principios como aquella persona jurídica que emite el activo digital con fines comerciales siempre y cuando esté claramente identificada, con sede social determinada y fácilmente comprobable por el público. En estos casos será aplicable, para el activo digital y los bienes que sean de la misma descripción, es decir fungibles, la ley del estado donde el emisor tiene su domicilio social. Este supuesto, aunque no aparecía en borradores anteriores⁸², proporciona un punto de conexión territorial y objetivo que conlleva una ley conocida y previsible para

⁷⁷ Unidroit 2023, Study LXXXII, WG8 Doc 4, Comentarios al Principio quinto, p 55-67.

⁷⁸ Comentario 3.11 de los Principios de La Haya de 2015 y Comentario 19 de la Asociación japonesa de intercambio de activos virtuales y criptográficos contenido en el trabajo de Unidroit, Study LXXXII, WG8 Doc 4, párrafo 156, p. 62.

⁷⁹ Apartado 5.5 del comentario al Principio 5 de los Principios Unidroit sobre activos digitales.

⁸⁰ Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I, COM 2005 final, 15 de diciembre de 2005 que fructificó en Reglamento Roma I.

⁸¹ Artículo 28 de la Ley modelo Uncitral de arbitraje comercial internacional.

⁸² Propuesta del grupo de trabajo de EAPIL (The European Association of Private International Law) a raíz de la consulta pública realizada en febrero 2023.

las partes. En el tráfico jurídico, la transparencia relativa a los datos del emisor es un aspecto generador de seguridad jurídica y confianza no sólo para las partes sino también para terceros.

D) Otras opciones previstas para la elección de ley

51. No obstante, el comité redactor de los Principios, siendo conocedor de que, aunque deseable, no es habitual la elección expresa de ley en el ámbito de los activos digitales ni la existencia de un emisor así definido, en defecto de estos supuestos proporciona dos nuevas opciones identificadas como A y B.

52. La primera opción otorga la posibilidad de aplicar la normativa nacional del foro, la *lex fori* que es una opción previsible y práctica. El comentario de los Principios pone de relieve que esta opción es especialmente apropiada para aquellos supuestos en que la ley nacional contemple de forma expresa aspectos relativos al derecho de propiedad de los bienes digitales. Asimismo, en relación a aquello no especificado, establece la posibilidad de aplicar estos Principios en su totalidad o parcialmente. De esta forma, nuevamente los Principios ponen de relieve el carácter complementario de los mismos respecto a la legislación.

53. La segunda opción, en defecto de la primera se concreta en utilizar directamente estos Principios como ley aplicable a los activos digitales. Esta opción resulta conveniente en defecto de elección de ley aplicable a fin de proporcionar cierta regulación de tipo material en este ámbito. Es preciso reiterar, una vez más, que, esta posibilidad será complementada lógicamente con la ley nacional en aquello no regulado por los Principios.

54. Finalmente, en defecto de ambas opciones y, en la medida en que la materia no esté contemplada en los Principios, se acudirá al derecho aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado del estado del foro.

55. En relación al derecho aplicable, el Principio quinto ofrece una solución claramente insuficiente en defecto del primer apartado, presentando como alternativas o bien la ley del foro o los Principios, conocedores que estos últimos son incompletos por definición. Los Principios no introducen ningún factor de conexión adicional previsible recomendado, y que resulta imprescindible para conseguir la armonización en esta materia a nivel global. Siendo el control del activo digital un elemento clave en estos Principios, sorprende que no tenga ninguna incidencia en la determinación de la ley aplicable. Tal vez sería recomendable introducir algún factor de conexión fáctico relativo al lugar desde donde se ejerce el control sobre el activo, como sería la residencia habitual de quien ostente el control -en el caso de las personas físicas- o la sede social -en el caso de las jurídicas-. Tampoco establece el comité redactor de los Principios la posibilidad de contemplar excepciones por medio de una cláusula para que, en el supuesto de que, atendidas las circunstancias del caso concreto, existiese una ley que presentase vínculos más próximos al activo digital se pudiese aplicar esa ley⁸³. Atendido el carácter cambiante de la tecnología sería necesario contemplar de forma expresa la posibilidad de la existencia de particularidades e introducir factores de flexibilidad.

En cualquier caso, estos Principios han introducido criterios nuevos que se alejan de los puntos de conexión rígidos y eminentemente de carácter territorial y de esta forma permiten adaptarse mejor a las particularidades de los bienes digitales

E) Ley aplicable a la custodia de los activos digitales

56. A continuación, los Principios se ocupan de la ley aplicable a la custodia de los activos digitales, que es el régimen de prestación de servicios habitual por el que se gestionan los mismos por cuenta

⁸³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a los contratos Internacionales en la historia de los conflictos de leyes”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2023, Vol. 15, Nº1, p.210.

de un cliente. La definición del concepto de custodia es funcional y sirve para poner de manifiesto que la titularidad del activo digital y la persona que custodia y tiene el control del mismo no son necesariamente la misma persona. Asimismo, los Principios contemplan, la posibilidad de que el profesional que se ocupa de la prestación de servicios de guarda y custodia de los activos digitales pueda realizar un contrato de sub-custodia.

57. Los Principios parten de la premisa de que los activos digitales en custodia están sujetos a la ley estatal elegida en el contrato de custodia que a su vez determina si el acuerdo de custodia puede o no ser calificado como tal. Por esta razón, los Principios no establecen la ley aplicable a las relaciones entre el custodio y su cliente, sino que remiten a la legislación nacional expresamente contemplada en el acuerdo de custodia. Sin embargo, aunque en la práctica, la mayoría de acuerdos de custodia ya incluyen una cláusula de elección de ley aplicable que sirve para regular estas cuestiones, que puede ser la misma especificada en el contrato o designar otra ley nacional, tal como recoge el apartado tercero del Principio 5, no siempre es así. En este ámbito, los Principios deberían fomentar que las partes contemplen en los acuerdos de custodia de forma expresa la ley aplicable que regirá numerosos aspectos y facilitará transmisión de los activos digitales.

58. En cambio, los Principios sí se han ocupado de regular de forma clara ciertos deberes generales del custodio frente a su cliente como la obligación de conservar los activos digitales, no utilizarlos en su propio beneficio, seguir instrucciones de los clientes, y no transmitir el activo salvo que así lo indique su cliente o lo exija la ley. De esta forma los Principios protegen a los usuarios de ciertos riesgos relativos a la mala praxis por parte de los responsables de la custodia de estos activos que en algunos casos los utilizaban como un depósito irregular en su propio interés.

F) La ley aplicable a los activos digitales y a las garantías reales sobre los mismos en casos de insolvencia

59. La ausencia de un marco regulatorio sobre activos digitales a nivel mundial implica riesgos económicos, que suelen concretarse en fraudes y pérdidas económicas para los usuarios que se acentúan en situaciones de insolvencia, tal como se ha detectado en el caso de la plataforma Exchange FTX, que custodiaba criptodivisas para sus inversores, causando una gran alarma social. Todo ello ha subrayado la creciente necesidad de regular este ámbito a fin de otorgarle seguridad jurídica. Sensibles a esta problemática, estos Principios, en la sección novena y última se ocupan de las situaciones de insolvencia.

60. En el ámbito de la insolvencia, los Principios parten de la premisa que los derechos de propiedad, así como la custodia de los bienes digitales deben ser objeto de protección. De esta forma, establecen las normas que rigen la ejecución de los activos digitales y el tratamiento de los activos digitales en caso de insolvencia del propietario respectivo. El Principio quinto determinará la ley aplicable siempre que se trate de garantías reales oponibles a terceros por vía del control. Por otro lado, establecen de forma clara que la ejecución y la prelación de las garantías reales sobre activos digitales frente a terceros de buena fe que se realice bajo otros medios diferentes al control (como puede ser la vía registral), estará sujeta a la ley nacional propia de cada estado⁸⁴.

61. En líneas generales, cualquier supuesto previo a la declaración de insolvencia relativo a los activos digitales se regirá por la ley aplicable contemplada en este Principio quinto, respetando las excepciones propias de estas situaciones, tales como la prelación de los créditos, la nulidad de las transacciones de activos digitales realizadas en fraude de ley o la ejecución de los derechos sobre un bien que está bajo el control o supervisión de un representante insolvente. Un derecho de propiedad sobre un activo digital oponible frente a terceros de buena fe es también oponible a las partes interesadas y

⁸⁴ Apartado quinto del Principio 5.

a sus representantes concursales en un procedimiento de insolvencia⁸⁵. Los Principios Unidroit establecen claramente que, bajo el acuerdo de custodia, el activo digital no se integra en el patrimonio del profesional que simplemente realiza el servicio concreto de guarda. De esta forma, en el supuesto de insolvencia del custodio o depositario los Principios excluyen de la masa concursal los activos digitales de sus clientes. Pese a preservar los activos de la masa concursal del custodio insolvente, es necesario establecer normas armonizadoras que impidan que, en materia de quiebra e insolvencia, las distintas leyes nacionales otorguen distintas soluciones en estas materias.

Finalmente, y pese a estar contemplado en borradores anteriores, los Principios no incluyen ninguna referencia a mecanismos para establecer el valor de los activos digitales en garantía de acreedores en situaciones de insolvencia ni establecen la fecha de valoración en que se ha de calcular el mismo

G) El derecho procesal relativo a los bienes digitales incluida la ejecución sobre los mismos

62. Los Principios dedican la sección cuarta al derecho procesal relativo a los bienes digitales que incluye, de forma expresa, la ejecución de los mismos. Comprende un único Principio, el 18, que remite de forma expresa específicamente a la ley nacional estatal correspondiente que regule los restantes bienes tangibles. No obstante, los Principios en el ámbito procesal indican la necesidad de que se aprecien las particularidades propias de los activos digitales, tales como la dificultad de la identificación algunas veces de la persona que ostenta el control y la necesidad de buscar la colaboración de la persona que ejerce la guarda y custodia. En estos casos es preciso que la ley procesal contemple un equilibrio entre la facilitación de la tarea de ejecución y el respeto a la confidencialidad.

A diferencia de los bienes tangibles, resulta difícil la ejecución inmediata de este tipo de los bienes ya que la persona que ostenta el control puede negarse a colaborar y facilitar las claves por lo que es preciso emitir órdenes judiciales que pueden con la consiguiente dilatación del procedimiento. En este ámbito, atendida la celeridad de las transmisiones de activos digitales, los Principios establecen la necesidad de contemplar medidas cautelares como la congelación de activos por parte de las instancias correspondientes para evitar que se eludan responsabilidades en la ejecución sobre los mismos. El comité redactor de los Principios es consciente de las dificultades relativas a las cuestiones procesales, especialmente debido a sus características, y se limita a establecer, de forma general, la conveniencia de adaptar la ley a las características propias de los activos digitales.

VI. Reflexiones finales

63. Con estos Principios sobre activos digitales y propiedad privada, la organización Unidroit proporciona un instrumento informal, de carácter armonizador, con el objetivo de servir de guía para incentivar a los distintos estados a adaptar sus legislaciones nacionales en línea con estos Principios. Evidencia, de esta forma, la necesidad y compatibilidad de las fuentes formales e informales a fin de regular de forma adecuada y con carácter transversal el complejo ámbito tecnológico.

64. Lamentablemente, es preciso subrayar que estos Principios están fuertemente influenciados por el sistema del *Common Law* y no recogen las sensibilidades de todos los estados, especialmente de los provenientes del ámbito del Derecho civil. Estos aspectos, contrarios a la filosofía de la organización Unidroit, le restan legitimidad y dificultan que algunos estados puedan adaptar fácilmente su normativa a estos Principios. Además, el hecho de que están claramente vinculados con otros instrumentos normativos de Unidroit y de otras organizaciones, comporta que el legislador que quiera adoptarlos tendrá que asumir un complejo de textos normativos.

⁸⁵ Principio 19.

65. Pese a ello, es indudable que los Principios constituyen una valiosa aportación. En un ámbito especialmente cambiante, la organización Unidroit ofrece, de forma pionera, unas reglas materiales de derecho que constituyen un estándar sobre aspectos relativos a la propiedad en los activos digitales, con la finalidad de otorgar confianza y certeza a nivel global. Aportan, de forma novedosa, un concepto funcional y amplio de los activos digitales y, partiendo del mismo, los consideran susceptibles de ser objeto de derechos de propiedad y de derechos reales.

66. Ofrecen un marco normativo de mínimos a fin de que pueda ser implementados en la normativa interna del mayor número posible de estados. No obstante, este hecho comporta que no han regulado los principales aspectos de transacciones de los activos digitales relativos a la transferencia, custodia y derechos reales de garantía remitiendo a la legislación nacional aplicable y dejando numerosas cuestiones por resolver de forma adecuada, especialmente las que derivan de sus aspectos prácticos.

67. En el ámbito de la ley aplicable, resultan innovadores, fomentando la utilización del principio de autonomía de la voluntad por las partes incluyendo la posibilidad de considerar los mismos Principios en su totalidad o en parte como ley aplicable si las partes los eligen, aunque complementados con la ley nacional. Sin embargo, sorprende que estas pautas sobre ley aplicable, pese a prever la posibilidad de considerar otros factores como la sede social del emisor, omitan hacer mención a otros factores territoriales previsibles de conexión, en especial los relativos al control de los activos digitales que, dada su relevancia, podrían resultar adecuados para determinar la ley aplicable.

68. El valor de estos Principios reside en el hecho de que suponen un punto de partida que aborda el desafío de la regulación del dinámico sector de los activos digitales. No obstante, su ámbito de aplicación, excesivamente limitado, conlleva que ya se prevé que sea complementado con el trabajo conjunto que está preparando la organización con la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en el ámbito de la ley aplicable. Este proyecto conjunto entre ambas organizaciones reviste una gran relevancia al constatar el carácter interdisciplinario y transversal que requiere la regulación de los activos digitales.