

Doctrina

Por Luis Manuel C. Meján, catedrático del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y consejero académico de Dictum.

De los activos digitales a partir de los Principios de UNIDROIT

El tema de los activos digitales está por donde quiera. De aquella sorprendente aparición del Bitcoin, hace apenas unos pocos años, para acá, todos tenemos que entender ya lo que son las Distributed Ledger Technologies y la Blockchain.

Han aparecido las empresas de tecnología financiera y hemos asistido, en el año 2022, a la insolvencia o, al menos, serios problemas financieros de una larga lista de empresas (FTX, Celsius, Binance, Coinbase, Three Arrows, Voyager, etc.) que realizan el corretaje, el intercambio y la colocación de productos financieros elaborados a partir de los activos digitales.

Sorprendentemente, esa serie de insolvencias y crisis de la industria no ha llevado a esta a su cuestionamiento y desaparición, sino, por el contrario, a la convicción de que estos productos están ahí para permanecer mucho tiempo y que la preocupación debe estar en cómo pueden regularse para ofrecer seguridad financiera y jurídica al mundo usuario.

La peculiaridad que tienen estos productos es su proliferación en un mundo que no conoce fronteras y que, por lo mismo, difícilmente quedan sujetos a la jurisdicción de un Estado en especial.

La carrera de iniciativas de regulación de esta industria ha iniciado ya y, por doquier, hay esfuerzos en tal sentido. Uno de estos trabajos es el de UNIDROIT.

UNIDROIT, a partir de propuestas recibidas de varias jurisdicciones (Hungría, Chequia), ha desarrollado el proyecto de elaboración de unos principios que refieran a la naturaleza, transmisión y uso de los activos digitales, incluyendo una *“taxonomía jurídica de los activos digitales y un análisis centrado en los intereses de propiedad, considerando al mismo tiempo cuestiones específicas que surgen en diversos contextos, como las transacciones garantizadas, la ley aplicable en transacciones transfronterizas, la insolvencia y la posición jurídica de los intermediarios”*¹.

Después de diversas reuniones de los grupos de trabajo, los principios fueron presentados

¹ UNIDROIT DIGITAL ASSETS AND PRIVATE LAW PROJECT *Last Updated: 18 December 2020*

formalmente el día 4 de octubre de 2023 en la sede de UNIDROIT en Roma.

Del contenido de ese documento quiero destacar tres reflexiones que nacen del mismo como sugerentes a un espíritu jurídico.

1 - Ubicación de los activos digitales en la clasificación de los bienes

Roma clasificó los bienes en *Res Mancipi*: los que tenían trascendencia económica destinados a la producción y *Res nec Mancipi*: todas las demás que se transmitían por mera *traditio*². Justiniano termina con esa clasificación y establece la clásica *Res Mobiles – Immobiles* donde se añadían los *res se moventes* (animales, esclavos) pues su movilidad era conducida por ellos mismos.

El Código Civil de Napoleón estableció la diferencia de bienes inmuebles y muebles ya por naturaleza o por determinación de la ley³. “En el derecho antiguo, la distinción tenía trascendencia porque servía para determinar la naturaleza de los estatutos reales o personales” escribió Laurent⁴. Planiol y Ripert lo explican por la duración y utilidad de las cosas y las rentas que producían y que constituían las llamadas “heredades”⁵.

Los bienes que no son corporales se incluyen en el grupo de los muebles, por disposición expresa o genérica de la ley.

²Gayo:2,22: *Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferetur* Citado por Torrente Ruiz, Armando, *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer S.L, Madrid, 2005, p. 1079

³ Articles 516 et suivantes, *Code Civil des Français*, Imprimerie de la République, Ann XII, Paris, 1804.

⁴ Laurent, Francois, *Cours élémentaire de droit civil*,

¿Significa, entonces, que los activos digitales (recordando que estos no son solamente cibermonedas) son bienes muebles?

Hay en esto una invitación a pensar en una nueva clase de bienes. Cuando aparecieron los títulos valor, afloró también esta tentación doctrinal. Recientemente, ha sucedido lo mismo con los productos financieros denominados “derivados”, con los que las cibermonedas, los tokens y otros ciberactivos que conllevan un bien subyacente, guardan una gran similitud, al grado de que muchos países los han incluido en su regulación de valores (*securities*).

Quizá la discusión no tenga una gran trascendencia práctica, pero es sugerente de reflexionarse, sobre todo cuando se llega a la necesidad de definir quién es el propietario de tales activos digitales y a qué patrimonio pertenecen, en especial, cuando se desdobra la custodia o tenencia del mismo, de los derechos sobre contratos que tienen a aquellos como subyacentes. Esta reflexión es de gran importancia cuando se llega a una situación de insolvencia donde la definición de la masa activa de la misma puede ser compleja.

2 - El concepto de “control” vis à vis el de “propiedad”

Otro concepto jurídico que parece presentar novedades en los Principios de UNIDROIT es el de “propiedad”.

Tome premier, Bruylant-Christophe Cie, Librairie A. Maresq Ainé, Bruxelles-Paris, 1881, p. 461.

⁵ Planiol, Marcel, y Ripert, Georges, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Los Bienes*, Tomo III, Edición reimpressa por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002, p. 68.

Este concepto se desdibuja en la normatividad que implica los principios, pues parece ser sustituido por el concepto de “control”. En esta materia ya no importará quién sea el propietario del bien (ciberactivo), sino quién puede ejercer el control sobre el mismo.

“Control” significa la habilidad exclusiva para obtener todo el beneficio del activo digital y evitar que otros lo obtengan, así como la capacidad de transferir dichas habilidades (principio 6).

Ese ha sido, justamente, el gran tema en las insolvencias de las empresas operadoras de activos digitales que llegaron a la insolvencia en 2022. Hubo una empresa (Celsius) que pidió al Juez de la insolvencia (Martin Glenn) autorización para vender los activos digitales que tenía en su posición, pues ya no eran propiedad de sus clientes, sino de la empresa que había ofrecido productos derivados de los mismos a sus clientes. Los clientes tenían, sí, derechos de crédito contra la empresa, pero no derechos de propiedad sobre los activos mismos que subyacían en el contrato que les generaba sus derechos. El juez falló en favor de la petición de la empresa en insolvencia (enero de 2023).

3 -Trato de los activos digitales en un proceso de insolvencia

UNIDROIT destina todo un principio, el 19, al tema de cómo deben ser tratados los activos digitales en una situación de insolvencia y narra tres escenarios:

- a) Insolvencia de la persona que es “dueña” de un activo digital.
- b) Insolvencia de un deudor que ha otorgado a un acreedor una garantía sobre un activo digital

- c) Insolvencia de un custodio que controla un activo digital a nombre de un cliente.

En esos escenarios, el principio establece que el derecho de propiedad sobre un activo digital puede serle opuesto al representante de la insolvencia, a los acreedores y cualquier otro tercero en un procedimiento de insolvencia. Esto parece dar una súper prelación al que detenta un derecho sobre un activo, lo cual rompe toda la estructura de trato a las personas y a los bienes que integran la masa de la insolvencia.

Afirma, no obstante, dicho principio 19, que tal afirmación hecha en el inicio de la redacción del mismo “*no afecta a la aplicación de ninguna norma jurídica sustantiva o procesal aplicable en virtud de un procedimiento de insolvencia*” y ejemplifica con las normas de gradación y prelación, así como con las que permiten anular *acts* en fraude de acreedores.

La enunciación del principio es confusa, habrá que ver cuál camino toman los países que decidan adoptar los principios de UNIDROIT en su legislación.

A estas tres inquietudes habrán de sumarse muchas más a paso y medida que los “Principios de UNIDROIT” vayan siendo conocidos, estudiados e, incluso, incorporados al mundo de la normatividad.