



JORGE
SÁNCHEZ
VICENTE

Socio de CMS Albiñana
& Suárez de Lezo



Aunque las criptomonedas son algo más que su inmerecida fama de montaña rusa especulativa (ICOs, volatilidad de su tasa de conversión, etc.), ha prosperado una imagen negativa de las mismas, basada en el más que discutible anonimato de su tenencia (la trazabilidad es posible desde su origen) y la falta de un marco normativo de referencia.

Más recientemente un tercer aspecto ha incidido en ese inmerecido sesgo peyorativo de las criptomonedas. Se trata de su uso como *safe haven* o reservorio intangible a la acción de los poderes públicos en orden a su realización forzosa.

Veamos brevemente los mecanismos con los que cuenta el Estado para hacer frente al problema.

Aunque las criptomonedas presentan una tipología diversa entre sí (y de hecho, bajo esa denominación se subsumen tecnologías de *blockchain* que van más allá del mero valor de criptodivisa), normalmente su almacenamiento y disponibilidad presenta, a grandes rasgos, unas trazas muy similares:

- Los usuarios tienen monederos virtuales, cada uno con su propio identificador.
- La cadena de bloques, que funciona como una hoja contable, registra la información de todas las transacciones entre monederos que se han realizado sobre una criptodivisa.

Criptomonedas, embargabilidad y alzamiento de bienes

- El saldo de cada monedero equivale a la cantidad de criptomoneda que hayan transferido a un monedero concreto menos la cantidad que ese monedero haya transferido, información que se recoge en la cadena de bloques.
- Para realizar transacciones desde un monedero, se necesita tener una clave privada, que no es accesible para terceros.

Esta última característica (supuesta inaccesibilidad por terceros), unida a la inexistencia de autoridades o entidades de control, explica la dificultad de persecución de las criptomonedas.

Conocer la clave privada

Así, por un lado, para disponer de las criptomonedas no basta con conocer el identificador del monedero virtual, sino que se precisa la clave privada. Sólo quien conoce esta puede realizar operaciones con las criptomonedas en él contenidas (y por tanto, transmitir las, enajenarlas o intercambiarlas por otros bienes o servicios). Y por otro lado, no existe una entidad emisora, un regulador/supervisor o una entidad colaboradora o de pago que pueda interceptar las transacciones, retener las disposiciones o consignar en favor de un tercero dichas criptomonedas. De ahí la dificultad que puede presentar el sujetar a las criptomonedas a la acción de los poderes del Estado (ya sea en procesos judiciales o en procedimientos administrativos), especialmente por lo que se refiere a la posibilidad de sujetarlas a traba para la satisfacción de responsabilidades pecuniarias de sus titulares.

En caso de que el titular de criptomonedas se vea sujeto a responsabilidades que comporten traba sobre sus bienes, el embargo de sus bitcoins es

Debido a su carácter descentralizado e inaccesible por terceros, las criptomonedas corren el riesgo de acrecentar su leyenda negra como supuesto reservorio intangible a la acción de los poderes públicos en orden a su traba

No obstante, la adquisición de criptomonedas con dicha finalidad de obstaculización de la traba comporta gravísimas consecuencias penales, con una alta punición

una posibilidad factible... siempre que el titular preste su colaboración.

En efecto, en principio, si para disponer de las criptomonedas se precisa la clave privada del monedero, sólo con la cesión de la clave por el titular podrá procederse al depósito y consignación de las criptomonedas en favor del órgano que inste su traba, en una modalidad más próxima al depósito o consignación voluntaria que al propio embargo.

Sin embargo, es posible que el titular tenga incentivos a no prestar dicha colaboración. En ese caso, cabrían dos posibilidades. Una sería descifrar la clave, que parece, por el momento, escasamente factible (y

sumamente costosa en términos de esfuerzo y consumo de recursos) a la espera de verificar los augurios que supuestamente portan los procesos cuánticos. Y la otra posibilidad consistiría en el acceso a dispositivos o servicios de almacenamiento en los que se tenga la certeza de que se halla albergada la clave privada. En este caso, y ante una resistencia a facilitar dicha clave, sería posible solicitar del juez el acceso a los referidos dispositivos o servicios de almacenamiento. La obtención de consentimiento del juez resultará preceptiva, dado que normalmente en estos casos se tratará de dispositivos cuyo contenido puede hallarse dentro del ámbito

protegido tanto de la intimidad personal del sujeto como de los datos de carácter personal.

La irrelevancia del requerimiento en estos casos

No es preciso señalar, que lo que resultaría absolutamente inane es pretender esa aprehensión de bitcoins mediante requerimientos en tal sentido a cualquiera de los intervinientes en la operación de registro de las transacciones. No es sólo que los mismos muy probablemente se hallarían fuera del alcance de la autoridad del juzgado o administración actuante, sino que en cualquier caso dicho requerimiento resultaría irrelevante: ellos no son los tenedores o depositarios de las criptomonedas, sino meros registradores de la operación, sin permisos de disposición o interceptación de las transacciones.

Al igual que el titular puede contar con incentivos para no ceder voluntariamente la clave, el ordenamiento jurídico cuenta con algún mecanismo incentivador de sesgo contrario, con consecuencias de notable gravedad.

Así, y en función de las circunstancias concurrentes (correlación temporal entre el momento de la adquisición de las criptomonedas y el hecho generador del embargo, falta de propósito legítimo, inexistencia de otros bienes sobre los que concretar la traba, etc.) el titular resistente a la cesión de la clave podría verse confrontado a una eventual responsabilidad de tipo penal, concretamente a una imputación por la comisión de un delito de alzamiento de bienes, en su modalidad del artículo 257.1.º CP.

Una perspectiva desde luego nada halagüeña y claramente incitante a la cesión voluntaria.



DIEGO M.
LÓPEZ
CUTIÉRREZ

Abogado. Departamento de Derecho Público. Ejasa ETL Global



El pasado 16 de septiembre de 2017, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó sentencia ante un recurso de casación en interés de Ley (nº 2452/2016), que resuelve las dudas respecto de la posibilidad de considerar directamente una cláusula como abusiva por los organismos competentes en materia de consumo o, si por el contrario, debían esperar a obtener un pronunciamiento judicial previo que las considerara como tales, decantándose por la primera de las opciones.

El asunto de la sentencia trataba la imposición de una sanción a una entidad bancaria ubicada en Andalucía por importe de 81.000 €, al imputarse cuatro infracciones por incluir cláusulas abusivas en diversos de sus contratos, siendo calificadas como tales directamente por el organismo competente en materia de consumo en dicha Comunidad Autónoma.

En primera Instancia, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso de la entidad bancaria, aceptando que la Junta está legitimada para imponer sanciones por infracciones establecidas en la Ley de Consumidores y Usuarios andaluza (Ley 13/2003, de 17 diciembre), pero no pue-

La Administración puede considerar una cláusula contractual como abusiva

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que resuelve las dudas

En caso de que se mantuviera la doctrina de la sentencia recurrida, se estaría impidiendo la aplicación de la normativa de consumo

de calificar como abusiva una cláusula contractual, ya que dicha competencia corresponde a los juzgados del orden civil, (Art. 86.ter.2.d de la LOPJ), así como por la mención en la norma sectorial en materia de consumo estatal (Art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre) que determina que debe ser el juez quien declare la nulidad de las cláusulas abusivas en un contrato.

Sin necesidad de declaración judicial del orden civil

Con la sentencia del Tribunal Supremo de septiembre de 2017, dicha doctrina queda anulada, siendo sustituida por la que fija con el siguiente tenor literal:

«La Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complemen-

arias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con los artículos 82 y 85 a 90, sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil».

Análisis previo del Tribunal Supremo

A dicha conclusión ha llegado el Alto Tribunal mediante un análisis previo en ese caso del cumplimiento de las condiciones para la tramitación del recurso de casación en interés de Ley:

- Que se enjuicia una norma de carácter estatal. Aunque en la resolución recurrida se aplica la regulación sancionadora de la Ley de Consumidores y Usuarios andaluza (Ley 13/2003), dicha aplicación es inseparable de la propia aplicación de la normativa estatal en materia de consumo, de carácter básico, como demuestra el hecho de que la propia sentencia en primera instancia recurrida se fundamentaba

en preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2007.

- Que supone una grave afectación al interés general. Esta circunstancia se produce cuando la doctrina que se esté aplicando es susceptible de reproducirse en un gran número de supuestos idénticos o asimilables, algo que evidentemente sucede respecto de una normativa de aplicación a consumidores y usuarios.

Aunque en el presente caso, existe además una especial intensidad por tratarse de prestación de servicios financieros, la doctrina fijada es perfectamente extensible a cualquier mercado en el que los productos o servicios se dirijan a consumidores o usuarios y, por supuesto, igualmente extensible a cualquier otro territorio autónomo.

- Por último, que se considere una doctrina errónea. Sobre este requisito, el Tribunal Supremo argu-

menta que, en caso de que se mantuviera la doctrina de la sentencia recurrida, se estaría impidiendo la aplicación de la normativa de consumo –en concreto, la imputación de un tipo infractor– al tener que cumplir un trámite previo y ajeno al organismo con competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, a lo que se añade que tampoco tendrían posibilidad de instar acción alguna al no estar legitimadas las Administraciones para actuar en el orden civil.

De la misma forma, tampoco considera coherente la sentencia del Supremo respecto de la de instancia, que en la normativa de consumo –tanto estatal como autonómica– se dedique un esfuerzo regulatorio tan relevante para identificar el concepto y alcance de una cláusula abusiva, así como la tipificación de la infracción, para que luego no se permita el ejercicio de la potestad sancionadora si se considera acreditado la comisión del tipo infractor.

Aunque el recurso de casación en interés de Ley ya ha desaparecido, tras la reforma de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa operada en 2016, la importancia que tiene una sentencia que resuelve este tipo de recursos es muy relevante, por los efectos extensivos de la fijación de la doctrina legal que establece en el fallo a todos los Juzgados y Tribunales inferiores al Supremo en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, por aplicación del extinto Art.100.7 LJCA.