

Directrices

Sobre las situaciones en las que se considera que una empresa de un tercer país capta clientes establecidos o situados en la Unión, y sobre las prácticas de supervisión para detectar y prevenir la elusión de la exención de captación inversa en virtud del Reglamento sobre los mercados de criptoactivos (MiCA)

Índice

1. Alcance	1
2. Referencias legislativas, abreviaturas y definiciones	1
2.1 Referencias legislativas	1
2.2 Abreviaturas	2
2.3 Definiciones	2
3. Objeto	3
4. Obligaciones de cumplimiento y de información	4
4.1 Categoría de las directrices	4
4.2 Requisitos de información	4
5. Directrices sobre la captación de clientes por parte de empresas de terceros países .	5
5.1 Medios de captación (directriz n.º 1)	5
5.2 Persona que capta (directriz n.º 2)	7
5.3 Iniciativa exclusiva del cliente (directriz n.º 3)	8
5.4 Cuando un criptoactivo o un servicio de criptoactivos es del mismo tipo que otro (directriz n.º 4)	8
6. Directrices sobre las prácticas de supervisión para detectar y prevenir la elusión de la exención de captación inversa	10
6.1 Seguimiento de las empresas orientadas a clientes establecidos o situados en la Unión o activos en la Unión (directriz n.º 1)	10
6.2 Colaboración con otras autoridades (directriz n.º 2)	10
6.3 Actuar ante las quejas de los clientes o los denunciantes (directriz n.º 3)	11
Anexo. Lista no exhaustiva de ejemplos de circunstancias en las que es probable que una empresa de un tercer país esté captando clientes en la Unión	12

1. Alcance

¿Quién?

1. Las presentes directrices se aplican a las autoridades competentes, tal como se definen en el artículo 3, apartado 1, punto 35, del Reglamento sobre los mercados de criptoactivos y, en lo que respecta a la sección 5, a las empresas de terceros países.

¿Qué?

2. Las presentes directrices se aplican en relación con el artículo 61 del MiCA.

¿Cuándo?

3. Las presentes Directrices se aplicarán 60 días naturales a partir de la fecha de su publicación en el sitio web de la ESMA en todas las lenguas oficiales de la UE.

2. Referencias legislativas, abreviaturas y definiciones

2.1 Referencias legislativas

MiCA	Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 (Texto pertinente a efectos del EEE) ¹ .
Reglamento de la ESMA	Reglamento (UE) n.º 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión n.º 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión ²

¹ DO L 150 de 9.6.2023, p. 40.

² DO L 331 de 15.12.2010, p. 84.

2.2 Abreviaturas

ESMA	European Securities and Markets Authority (AEVM, Autoridad Europea de Valores y Mercados)
SESF	Sistema Europeo de Supervisión Financiera
UE	Unión Europea

2.3 Definiciones

<i>Empresa de un tercer país</i>	Empresa que estaría sujeta al artículo 59 del MiCA si su sede principal o su domicilio social estuvieran situados en la Unión
----------------------------------	---

3. Objeto

4. Las presentes directrices se basan en el artículo 61, apartado 3, del MiCA. Su finalidad es establecer prácticas de supervisión coherentes, eficaces y eficientes dentro del SESF y garantizar una aplicación común, uniforme y coherente de las disposiciones del artículo 61 del MiCA.
5. En particular, su objetivo es promover una mayor convergencia en la interpretación y los métodos de supervisión de las situaciones en las que se considera que una empresa de un tercer país puede captar clientes establecidos o situados en la Unión. Además, para fomentar la convergencia y promover la coherencia en la supervisión del riesgo de abuso del artículo 61 del MiCA, las presentes directrices también tienen por objeto promover determinadas prácticas de supervisión dirigidas a detectar y prevenir la elusión del MiCA.

4. Obligaciones de cumplimiento y de información

4.1 Categoría de las directrices

6. De conformidad con el artículo 16, apartado 3, del Reglamento de la ESMA, las autoridades competentes harán todo lo posible para atenerse a las presentes directrices.
7. Las autoridades competentes a las que se apliquen estas directrices deberán incorporarlas a sus marcos jurídicos o de supervisión nacionales, según proceda.

4.2 Requisitos de información

8. En el plazo de dos meses a partir de la fecha de publicación de las directrices en todas las lenguas oficiales de la UE en la página web de la ESMA, las autoridades competentes sujetas a la aplicación de las presentes directrices deberán notificar a la ESMA si i) cumplen, ii) no cumplen, pero tienen intención de cumplir, o iii) no cumplen y no tienen intención de cumplir las directrices.
9. En caso de incumplimiento, las autoridades competentes también deben notificar a la ESMA, en un plazo de dos meses a partir de la fecha de publicación de las directrices en la página web de la ESMA en todas las lenguas oficiales de la UE, las razones por las que no cumplen las directrices.
10. En la página web de la ESMA se encuentra disponible un modelo para estas notificaciones. Una vez cumplimentado el modelo, se transmitirá a la ESMA.

5. Directrices sobre la captación de clientes por parte de empresas de terceros países

5.1 Medios de captación (directriz n.º 1)

11. La captación de clientes por parte de empresas de terceros países debe interpretarse en un sentido amplio y tecnológicamente neutro.
12. La captación de clientes incluye la promoción, la publicidad o la oferta de servicios o actividades de criptoactivos a clientes o posibles clientes en la Unión por cualquier medio. Esto puede incluir, entre otros:
 - anuncios publicitarios en internet;
 - folletos;
 - llamadas telefónicas;
 - correos electrónicos;
 - anuncios, ventanas emergentes y/o herramientas similares en sitios web y redes sociales;
 - reuniones presenciales;
 - comunicados de prensa;
 - otros medios físicos o electrónicos, como páginas web, plataformas de redes sociales y aplicaciones para dispositivos móviles;
 - participaciones en espectáculos ambulantes y ferias comerciales;
 - invitaciones a eventos;
 - campañas de afiliación;
 - reorientación de la publicidad;
 - invitaciones a rellenar un formulario de respuesta o a seguir un curso de formación;
 - plataformas de mensajería;
 - acuerdos de patrocinio.
13. También pueden constituir captación las promociones, los anuncios publicitarios, la comercialización y las ofertas de carácter general que se dirigen al público (en sentido amplio), como los anuncios de marca.

14. Las ANC deberán tener en cuenta todos los hechos y circunstancias del caso para determinar si una empresa de un tercer país está captando clientes establecidos o situados en la Unión.
15. En el anexo se exponen ejemplos de circunstancias en las que es probable que una empresa de un tercer país esté captando clientes en la Unión.
16. La ESMA reconoce que existen circunstancias en las que podría considerarse que las empresas de terceros países también captan clientes de la UE, aunque no exclusivamente³. En tales casos, la empresa del tercer país puede adoptar medidas cautelares para asegurarse de que no infringe los requisitos de autorización del MiCA, absteniéndose de prestar servicios o actividades de criptoactivos a clientes de la UE. A tal fin, la empresa de un tercer país puede, por ejemplo, no aceptar ninguna nueva cuenta de clientes de la UE o disponer un bloqueo geográfico⁴ de los medios de acceso a sus servicios o actividades de criptoactivos.
17. No se consideran captación los materiales educativos, las formaciones y los eventos del sector que sean estrictamente educativos o estén centrados en compartir conocimientos sobre tecnologías subyacentes o innovaciones del sector. Se considerará que los materiales educativos, las formaciones y los eventos del sector tienen el efecto de promocionar directa o indirectamente la empresa de un tercer país o sus servicios o actividades de criptoactivos cuando, por ejemplo, se dirige al público hacia la página web de la empresa del tercer país, se proporcionan los medios de acceso a los servicios ofrecidos por la empresa del tercer país, se entregan folletos vinculados a los servicios de criptoactivos, se invita al público a cumplimentar un perfil de cliente o se promocionan de cualquier modo los servicios de la empresa del tercer país.

³ Por ejemplo, puede suceder que la empresa de un tercer país patrocine una competición deportiva internacional en la que también participen equipos nacionales de los Estados miembros o deportistas de la UE. El MiCA no prohíbe este tipo de acuerdos de patrocinio. No obstante, debe considerarse que, mediante dichos acuerdos, la empresa está captando clientes en la UE y, por tanto, no podrá beneficiarse de la exención de captación inversa.

⁴ Por ejemplo, si el acceso a la página web de la empresa del tercer país está geobloqueado para los clientes de la UE con una dirección IP originaria de la UE y si la aplicación móvil de la empresa del tercer país no estuviera disponible para los países de la UE en las tiendas de aplicaciones móviles.

5.2 Persona que capta (directriz n.º 2)

18. Las autoridades competentes deben tener en cuenta que la captación puede producirse con independencia de la persona a través de la cual se realice.
19. Puede ser realizada por la propia empresa del tercer país o por cualquier persona que actúe en su nombre o que tenga vínculos estrechos con ella⁵. Una persona que actúa en nombre de una empresa de un tercer país puede hacerlo: i) expresamente en virtud de un contrato, o ii) implícitamente mediante un acuerdo informal.
20. Entre estas personas están los denominados *influencers*. Son posibles indicios de que una persona actúa en nombre de una empresa de un tercer país, por ejemplo, que se dirija a la audiencia hacia la página web de la empresa del tercer país, que se faciliten los medios de acceso a los servicios ofrecidos por la empresa del tercer país, que se formulen ofertas promocionales o que se exhiba el logotipo de la empresa del tercer país. La existencia de cualquier forma de remuneración o beneficio (monetario o no monetario) proporcionado por la empresa del tercer país al tercero se ha de considerar un claro indicio de que este actúa en nombre de aquella. No obstante, la ausencia de remuneración o beneficio no excluye necesariamente que la persona pueda estar actuando por cuenta de la empresa del tercer país.
21. Por otro lado, las revisiones por iniciativa propia (es decir, siempre que no se realicen en nombre de la empresa) de los servicios o actividades de criptoactivos de una empresa de un tercer país no deben considerarse como captación por parte de la empresa del tercer país o en su nombre. No obstante, estas revisiones solo pueden considerarse hechas «por iniciativa propia» si la empresa del tercer país no tiene conocimiento de ellas y no las ha consentido, fomentado o facilitado de otro modo.
22. La prestación de servicios de criptoactivos tras la captación en nombre de una empresa de un tercer país por parte de una persona o entidad regulada en la UE debe seguir considerándose una infracción del MiCA. Por ejemplo, las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y los proveedores de servicios de pago de la UE no deben reorientar a los clientes (por ejemplo, a través de su página web) hacia los servicios de criptoactivos prestados por una empresa de un tercer país. A este respecto es irrelevante si la empresa de un tercer país forma parte del mismo grupo o no.

⁵ Conforme a la definición del artículo 3, apartado 31, del MiCA.

5.3 Iniciativa exclusiva del cliente (directriz n.º 3)

23. No debe considerarse que una empresa está captando clientes si el servicio o actividad de criptoactivos se presta por iniciativa exclusiva del cliente. La iniciativa exclusiva propia del cliente debe interpretarse en sentido estricto.
24. La determinación de si un proveedor de servicios de criptoactivos ha captado a un cliente o si el contacto lo ha iniciado exclusivamente el cliente debe basarse en los hechos. Los acuerdos contractuales o las cláusulas de exención de responsabilidad no pueden prevalecer sobre los hechos contradictorios.
25. La exención de captación inversa se basa en la premisa de que el producto, servicio o actividad de criptoactivos se proporciona por iniciativa exclusiva del cliente. El artículo 61, apartado 2, del MiCA deja abierta la posibilidad de que la empresa del tercer país ofrezca comercialmente a ese cliente criptoactivos o servicios de criptoactivos o actividades del mismo tipo. No obstante, sigue siendo válido el requisito de que los servicios de criptoactivos se presten por la propia iniciativa exclusiva del cliente.
26. A tal efecto se ha de atender al momento de la solicitud del cliente y de la oferta, promoción o publicidad de otros servicios de criptoactivos o actividades del mismo tipo. Por lo tanto, dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que no permite a las empresas de terceros países ofrecer al cliente otros criptoactivos o servicios o actividades de criptoactivos, aunque sean del mismo tipo que los solicitados originalmente por el cliente, a menos que se ofrezcan en el contexto de la transacción original.
27. Por ejemplo, si el cliente se pone en contacto con la empresa del tercer país para comprar el criptoactivo X, la empresa puede, en ese momento, ofrecerle criptoactivos del mismo tipo. Sin embargo, la empresa del tercer país no podrá ofrecer al cliente, un mes más tarde, nuevas operaciones con criptoactivos X ni operaciones con criptoactivos similares.
28. Las empresas de terceros países deben poder proporcionar registros de seguimiento de la relación con el cliente y, en particular, si el cliente ha tomado la iniciativa de recibir servicios de criptoactivos con respecto a un nuevo producto.

5.4 Cuándo un criptoactivo o un servicio de criptoactivos es del mismo tipo que otro (directriz n.º 4)

29. El régimen de captación inversa deja abierta la posibilidad de que una empresa de un tercer país comercialice criptoactivos, servicios de criptoactivos o actividades del mismo

tipo en el contexto de la relación iniciada por iniciativa exclusiva de un cliente determinado, siempre que la empresa del tercer país cumpla también la directriz n.º 3.

30. Cuando la empresa del tercer país desee recurrir a esta opción, deberá evaluar caso por caso si los criptoactivos o los servicios o actividades de criptoactivos pertenecen al mismo tipo, teniendo en cuenta elementos tales como: i) la categoría del criptoactivo o del servicio o actividad de criptoactivos ofrecido, y ii) los riesgos inherentes a cada criptoactivo o servicio o actividad de criptoactivos.
31. La clasificación de los criptoactivos y de los servicios o actividades de criptoactivos que utiliza una empresa de un tercer país debe ser lo suficientemente detallada para garantizar que la exención de captación inversa no pueda utilizarse para eludir las exigencias de autorización establecidas en el artículo 59 del MiCA.
32. A continuación, se expone una lista no exhaustiva de pares de criptoactivos que no deben considerarse del mismo tipo a efectos de la exención de captación inversa:
 - fichas de consumo, fichas referenciadas a activos o fichas de dinero electrónico;
 - criptoactivos no almacenados o transferidos utilizando la misma tecnología;
 - fichas de dinero electrónico no referidas a la misma moneda oficial;
 - fichas referenciadas a activos basadas principalmente en monedas FIAT y fichas referenciadas a activos con ponderaciones significativas en criptomonedas;
 - criptoactivos líquidos e ilíquidos;
 - criptoactivos distintos de las fichas referenciadas a activos y las fichas de dinero electrónico con un oferente no identificable y criptoactivos distintos de las fichas referenciadas a activos y las fichas de dinero electrónico con un oferente identificable.
33. Téngase en cuenta que los ejemplos anteriores no deben leerse *a contrario*. Por ejemplo, las fichas de dinero electrónico no referenciadas a la misma moneda oficial no pertenecen al mismo tipo. No obstante, el hecho de que dos fichas de dinero electrónico estén referenciadas a la misma moneda oficial no implica necesariamente que sean del mismo tipo. Del mismo modo, los criptoactivos no almacenados o transferidos utilizando la misma tecnología no pertenecen al mismo tipo. Sin embargo, los criptoactivos almacenados o transferidos utilizando la misma tecnología no son necesariamente del mismo tipo.

6. Directrices sobre las prácticas de supervisión para detectar y prevenir la elusión de la exención de captación inversa

34. Las empresas de terceros países pueden intentar eludir los requisitos de autorización establecidos en el artículo 59 del MiCA recurriendo a diversos medios y prácticas. Por este motivo, es fundamental que las autoridades competentes realicen un estrecho seguimiento de la actividad, en su caso, de las empresas de terceros países en sus respectivas jurisdicciones. Dado que los servicios de criptoactivos se ofrecen y promueven casi exclusivamente en línea, debe prestarse especial atención a las actividades en línea de las empresas de terceros países.
35. Las autoridades competentes deben recurrir a una o varias de las prácticas de supervisión que se detallan en las siguientes directrices.

6.1 Seguimiento de las empresas orientadas a clientes establecidos o situados en la Unión o activos en la Unión (directriz n.º 1)

36. Las autoridades competentes pueden buscar empresas de terceros países con números de teléfono que empiecen por los códigos locales del país o direcciones postales, de correo electrónico o de páginas web que indiquen o insinúen su presencia, al menos virtual, en la Unión (por ejemplo, URL terminada en «lu», «de», «fr», etc.).
37. Las autoridades competentes también pueden realizar encuestas entre los consumidores a efectos de identificar las empresas utilizadas por los consumidores de su jurisdicción para los servicios de criptoactivos.
38. Las autoridades competentes pueden usar herramientas de seguimiento de la comercialización, especialmente las que sirven para supervisar la actividad de las redes sociales, ya que pueden indicar los mercados geográficos a los que se dirigen las empresas de terceros países.

6.2 Colaboración con otras autoridades (directriz n.º 2)

39. Las autoridades competentes pueden colaborar estrechamente con otras autoridades (nacionales o extranjeras) que puedan saber si las empresas de terceros países ofrecen servicios en el mercado de referencia. Entre dichas autoridades están la policía y a las autoridades fiscales locales.

6.3 Actuar ante las quejas de los clientes o los denunciantes (directriz n.º 3)

40. Las autoridades competentes deben hacer un seguimiento de las reclamaciones de los clientes o de la información de los denunciantes que indiquen que una empresa de un tercer país podría haber estado captando clientes en su jurisdicción.

Anexo. Lista no exhaustiva de ejemplos de circunstancias en las que es probable que una empresa de un tercer país esté captando clientes en la Unión

Los ejemplos de circunstancias mencionados en el cuadro deben leerse conjuntamente con las directrices pertinentes.

Directriz	Descripción
Directriz n.º 1	Una empresa de un tercer país recurre a estrategias de optimización de motores de búsqueda (SEO), específicas para una región o país, a fin de optimizar su presencia en línea y salir bien clasificada en las páginas de resultados del motor de búsqueda (SERP) de posibles clientes de la UE o de posibles clientes de determinados Estados miembros. El objetivo de los SEO es mejorar la clasificación de una página web en los resultados de los motores de búsqueda (gratuitos). El éxito de los SEO incrementa el tráfico web y la visibilidad de la marca. El SEO regional o de país permite a una empresa de un tercer país aparecer en una posición más alta en las SERP de los clientes potenciales de la UE. El SEO específico de una región o país puede incluir, por ejemplo: i) utilizar un dominio geográfico de primer nivel (TLD) en el nombre de dominio (como «.fr», «.es», «.at»); ii) utilizar un TLD genérico (como «.com» u «.org») con subdirectorios específicos de cada país de la UE (como «.com/fr», «.org/es») en el nombre de dominio; iii) utilizar un dominio geográfico de primer nivel genérico, pero establecer objetivos geográficos a la hora de establecer criterios en las herramientas SEO;

	iv) utilizar el establecimiento de enlaces geoespecíficos ⁶ dentro de su estrategia de comercialización para generar tráfico procedente de clientes potenciales establecidos en la UE (por ejemplo, una empresa de un tercer país que utiliza <i>backlinks</i> en sitios web con un TLD o un subdirectorio específico de un país de la UE).
Directriz n.º 1	Una empresa de un tercer país recurre a estrategias de orientación geográfica para publicar anuncios digitales, ya sea en las SERP o en plataformas de redes sociales, dirigidos a clientes potenciales de la UE o de determinados Estados miembros.
Directriz n.º 1	Una empresa de un tercer país posee una página web o parte de una página web en una lengua oficial de la Unión —algo infrecuente en el ámbito de las finanzas internacionales— (o herramientas de traducción integradas en su página web), sin indicios de que dicha empresa proceda de una jurisdicción que utilice la misma lengua o de que mantenga una clientela o se dirija a clientes potenciales en una jurisdicción de fuera de la UE que también utilice la misma lengua.
Directriz n.º 1	Una empresa de un tercer país patrocina un acontecimiento deportivo centrado en la UE o en los Estados miembros, como un campeonato nacional o un campeonato europeo.
Directriz n.º 1	Una empresa de un tercer país está reorientando a sus posibles clientes de la UE a su página web mediante la inclusión de un enlace a dicha página web sobre formación o material educativo.
Directriz n.º 1	Un grupo criptográfico (que comprende tanto a las entidades reguladas de la UE como a las empresas de terceros países) recurre a estrategias que no permiten suficientemente al cliente diferenciar entre la oferta de las entidades reguladas de la UE y las empresas de terceros países.
Directriz n.º 1	Una empresa de un tercer país responde a una consulta procedente de la UE sobre servicios o actividades no regulados por el MiCA y aprovecha su respuesta para promocionar sus servicios o actividades de criptoactivos.

⁶ El establecimiento de enlaces geoespecíficos se produce cuando una empresa obtiene *backlinks* de otras páginas web dentro de una región geográfica. Un *backlink* es un enlace desde otra página web hacia la página web de la empresa, redirigiendo o fomentando así el tráfico web desde la página web inicial hacia otra.

Directriz n.º 2	Una empresa de un tercer país aprovecha la página web de una filial de la UE o de una empresa de la UE (ya sea regulada o no) para mostrar su logotipo, un <i>backlink</i> a su página web o promover sus servicios o actividades de criptoactivos.
Directriz n.º 2	Una empresa de un tercer país utiliza a un <i>influencer</i> o creador de contenidos residente en la UE, remunerándolo, para impulsar sus criptoactivos o servicios o actividades de criptoactivos, o para construir su perfil, en las redes sociales o de otro modo.
Directriz n.º 2	Un proveedor de servicios de criptoactivos regulado por la UE redirige a los clientes de la UE que pretenden negociar con fichas no autorizadas referenciadas a activos hacia la plataforma de negociación o hacia intermediarios de su grupo fuera de la UE.
Directriz n.º 3	Una empresa de un tercer país es contactada por un cliente de la UE que desea comprar un criptoactivo. El cliente de la UE instala la aplicación móvil de la empresa del tercer país en su teléfono móvil para negociar dicho criptoactivo. Dos días después de la operación inicial, el cliente de la UE recibe una notificación <i>push</i> que le anima a volver a la aplicación móvil de la empresa de un tercer país para consultar qué criptoactivos son tendencia, incluidos los de distinto tipo que el negociado inicialmente por el cliente de la UE.
Directriz n.º 3	Una empresa de un tercer país es contactada por un cliente de la UE que desea comprar un criptoactivo. El cliente de la UE instala la aplicación móvil de la empresa del tercer país en su teléfono móvil para negociar dicho criptoactivo. Dos meses después de la transacción inicial, el cliente de la UE recibe una notificación <i>push</i> que le anima a volver a la aplicación móvil de la empresa de un tercer país para tomar nuevas decisiones de negociación (por ejemplo, una notificación <i>push</i> sobre una promoción temporal).

Directriz n.º 4	Un cliente de la UE que desee comprar una ficha referenciada a activos emitida por un emisor que no esté autorizado de conformidad con el título III del MiCA se pone en contacto con una empresa de un tercer país. En el momento de la prestación del servicio o servicios de criptoactivos pertinentes, la empresa del tercer país también comercializa u ofrece un tipo de criptoactivo muy diferente, por ejemplo, «meme coins», al cliente de la UE.
Directriz n.º 4	Una empresa de un tercer país es contactada por un cliente de la UE que desea comprar fichas referenciadas a activos autorizado en la UE en virtud del título III del MiCA. En el momento de prestar el servicio o servicios de criptoactivos pertinentes, la empresa del tercer país también comercializa u ofrece «meme coins» al cliente de la UE.
Directriz n.º 4	Una empresa de un tercer país es contactada por un particular residente en la UE para la prestación de un servicio específico de criptoactivos. En respuesta, la empresa de un tercer país le ofrece un paquete de servicios de criptoactivos combinados.