

Control legal de las monedas virtuales: El caso de las bitcoins

Gabriel Fernández Villegas

Abogado

EXTRACTO

Las monedas virtuales pueden servir, entre otras funciones, como instrumento de pago, por lo que pueden formar parte de transacciones comerciales. Este tipo de medio de pago carece de soporte físico y está fuera de cualquier proceso de regulación de carácter público, lo que puede suponer un mecanismo de evasión o blanqueo de capitales. Asimismo, son objeto de transacciones económicas que quedarían al margen del control fiscal estatal, de ahí la necesidad de buscar un marco propio normativo o regulatorio de las mismas. Si bien existen distintos tipos, es la bitcoin una de las más populares a escala mundial.

SUMARIO

1. Una aproximación al contexto en el que nos encontramos
2. Naturaleza jurídica
3. ¿Qué responsabilidad tributaria tiene la posesión de bitcoins?
4. El futuro que se vislumbra

Referencias bibliográficas

1. UNA APROXIMACIÓN AL CONTEXTO EN EL QUE NOS ENCONTRAMOS

El 8 de febrero de 2018, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), ante la situación creada por la revalorización de la más conocida entre las monedas virtuales, la bitcoin, se vieron obligados a realizar una comunicación¹ sobre lo que denominaron «criptomonedas», es decir, monedas virtuales, en la que expusieron que ni la CNMV ni el Banco de España habían autorizado ninguna emisión de criptomoneda, ni ninguna *initial coin offering* (ICO)² había sido registrada, autorizada o verificada por ningún organismo supervisor en España. Esto implica que no existen criptomonedas ni *tokens* emitidos en ICO cuya adquisición o tenencia en España pueda beneficiarse de ninguna de las garantías o protecciones previstas en la normativa relativa a productos bancarios o de inversión (Márquez Solís, 2018).

La comunicación respondía a una sensibilización de las autoridades monetarias españolas, pero también europeas, que en noviembre del año anterior, por medio de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, lanzaron una alerta sobre los elevados riesgos que suponían las ICO. Dicho documento, además de advertir de los riesgos que asumen los inversores, realiza una interesante tipología de las mismas, categorizándolas en cuatro grupos:

- Algunas de estas «monedas» o *tokens* sirven para acceder o comprar un servicio o producto desarrollado por el emisor utilizando los beneficios de la ICO.
- Otras otorgan derechos de voto o participación en futuros ingresos de la entidad emisora.
- Algunas no tienen un valor tangible.
- Algunas «monedas» o *tokens* se negocian o pueden ser intercambiadas por monedas tradicionales o virtuales en plataformas especializadas de monedas, después de su emisión.

¹ Puede consultarse en <<https://www.cnmv.es/loultimo/NOTACONJUNTAriptoES%20final.pdf>>.

² En el mundo de las criptomonedas o criptodivisas se utiliza un instrumento que se conoce como ICO (*initial coin offering* en inglés) para financiar el desarrollo de nuevos protocolos. Esta expresión, traducida literalmente al castellano significa «oferta inicial de moneda». <<http://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/8070336/01/17/Que-es-un-ICO-Asi-se-gesta-la-salida-al-mercado-de-una-criptomoneda.html>>. (Visita de la página el 3 de junio de 2018).

Estos posicionamientos son consecuencia, a nuestro juicio, no solo del riesgo que comporta invertir en una, o a través de una, moneda sobre la que el control, en el mejor de los casos, es problemático, y en el peor, inexistente, sino también del retraso en establecer un cuerpo legislativo a nivel internacional, dadas las especiales características globales de estas monedas, que posibilitase una cierta tutela de los inversores.

Aun cuando hay antecedentes de preocupación de las autoridades monetarias de la Unión Europea (UE) anteriores a 2015, iniciamos los comentarios sobre los aspectos jurídicos sobre el tema de monedas virtuales a partir del Informe de febrero de 2015 sobre monedas virtuales elaborado por el Banco Central Europeo³. En dicho informe se explicitaba la situación de las monedas virtuales, especificando que no se encontraban reguladas, resaltando la urgencia de que las autoridades europeas, y las de los países miembros, las regularan y establecieran cauces que permitieran controlar los riesgos que suponían para los inversores, y las problemáticas fiscales que planteaba invertir en ellas o su uso en operaciones financieras, además del peligro de que fueran utilizadas para financiar grupos terroristas o el blanqueo de capitales (Preukschat, 2017; y Tapscott y Tapscott, 2017).

Consecuencia de este informe, o por lo menos posteriormente al mismo, fue la aparición de la propuesta de Directiva COM (2016) 450 final 2016/0208 (COD)⁴ que modificaba la Directiva de Prevención de Blanqueo de Capitales (EU) 2015/849, que, entre otros factores, incluye una definición de las monedas virtuales, la cual seguramente se impondrá, por lo menos dentro de la UE: las monedas virtuales son aquella representación digital de valor, no emitida por un banco central o autoridad pública y que no necesariamente se encuentra vinculada a monedas corrientes o divisas tradicionales, que sea aceptada por personas físicas y jurídicas como un medio de pago, y que pueda transferirse, almacenarse y comerciarse electrónicamente (Nakamoto, 2009).

Sin embargo, no parece que las directivas de la UE y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hayan llegado a conformar una política unitaria frente a dichas monedas virtuales. En sentencia de 22 de octubre de 2015⁵, el Alto Tribunal entiende que «también los bitcoins, según las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente, constituyen un medio de pago puro. Su posesión no tiene ninguna otra utilidad que utilizarlos en cualquier momento como medio de pago. Por lo tanto, a los efectos del hecho imponible del IVA deben ser tratados de igual manera que los medios legales de pago», lo cual, si bien puede aceptarse para los bitcoins, no queda muy claro que pueda adjudicarse a otras monedas virtuales que llevan adjuntos, como se ha dicho al tratar la tipología, derechos que en bastantes casos se asemejan a participar en el accionariado de una empresa o disponer y poder disfrutar parcialmente de un determinado bien (Nielsen, 2013; Böhme *et al.*, 2015 y Swan, 2015).

³ Puede consultarse en <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>>.

⁴ Puede consultarse en <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-450-ES-F1-1.PDF>>.

⁵ Puede consultarse en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=979212>>.

2. NATURALEZA JURÍDICA

La pregunta que se hace la doctrina es evidente: ¿cuál es su naturaleza jurídica? Y la controversia también obvia: ¿se trata de una divisa?, ¿de una moneda?, ¿de un bien mueble digital?, ¿de un título al portador?

A nuestro juicio, se trata de una moneda, dado que es un instrumento por medio del cual se intercambian bienes y servicios. Ciertamente que tiene características propias: es electrónica, virtual, es decir, intangible, no está controlada, no es emitida por ningún emisor reconocido ni respaldado por un Estado o grupos de Estados. Por otra parte, sí que se ejerce un cierto control, solo que es el propio mercado quien lo regula, lo cual no deja de ser, en cierto modo, positivo, dado que dicho valor está en función de un mercado activo, aunque siempre fluctuante, y no de autoridades que puedan manipularlo, devaluándolo, por ejemplo, según sus necesidades (O'Mahony, 2001 y Kondor, *et al.*, 2014).

Una buena parte de la doctrina jurídica considera que las bitcoins son títulos valores, es decir, una anotación, que tiene la peculiaridad de ser electrónica, que respalda el derecho a una cantidad de dinero, en principio virtual, pues no tiene respaldo de un Banco Central. El problema es que la moneda no tiene un cambio automático con otra, a dólares o euros, para ello alguien debe comprarla. No se perfecciona el valor de la moneda hasta que se realiza el cambio de monedas o la compra de un bien o servicio.

La bitcoin no le da ningún derecho a su propietario *per se*. Aunque la mayor parte de las monedas han surgido más o menos de la misma forma, la diferencia es que dichas monedas en curso son aceptadas en el mercado y legalizadas por uno o varios Estados, mientras que la bitcoin es aceptada por el mercado, pero no está legalizada. Así, se rige por las normas del mercado y su valor por la ley de la oferta y la demanda, lo cual quiere decir que en el caso, por el momento improbable, de que no haya en un momento dado demanda, su valor sería cero (O'Mahony, 2001 y Kondor, *et al.*, 2014).

Otra posición doctrinal entiende que las bitcoins son bienes muebles de naturaleza digital, de propiedad privada y no fungible, es decir, que no se gastan con el uso, y son términos usados por los notarios cuando escrituran en euros.

También puede ser considerada una divisa o medio de pago, que es lo que reconoció el TJUE en la sentencia que hemos mencionado anteriormente de 22 de octubre de 2015.

Para precisar más la naturaleza jurídica de las bitcoins, nos referiremos a la definición del Grupo de Acción Financiera (GAFI) (Financial Action Task Force, FATF) y su Informe de Monedas Virtuales⁶, que las define como aquellas que tienen una representación digital de valor que puede ser utilizada como medio de comercio y que funcionan como un medio de intercambio digital, con unidad

⁶ Puede consultarse en <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>>.

de cuenta y depósito o reserva de valor, pero que no tienen la condición de moneda de curso legal en cualquier jurisdicción (Goma Garcés, 2018).

A nuestro entender, tiene características de bien mueble, fungible, de propiedad privada, es útil como instrumento de compra o venta de bienes de cualquier tipo y, de una manera u otra, está contemplado en las legislaciones de la mayoría de los países, aun cuando sin referencia directa a las monedas virtuales.

Es decir, en la legislación española aparece la naturaleza legal de la bitcoin, por ejemplo, en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 335.

Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.

Artículo 337.

Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás.

Artículo 345.

Son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la Provincia y del Municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente.

También podría entrar en la categoría de dinero electrónico, que según la Ley 21/2011, de 26 de junio, de dinero electrónico, artículo 1.2, se define como «todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico».

Pero no existe un emisor del crédito, por lo que no puede considerarse como tal dinero electrónico, por lo menos según la legislación española, ya que esta prevé la existencia de una «entidad de dinero electrónico» con autorización para actuar como emisor.

3. ¿QUÉ RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA TIENE LA POSESIÓN DE BITCOINS?

En España, depende. Y también en la UE.

Aun cuando la legislación sobre las monedas virtuales o las criptomonedas, como se quiera, es cuando menos dudosa a este respecto, apoyándonos en la estructura legal tributaria española pueden establecerse unas bases para que el inversor en bitcoins pueda, de alguna manera, sentirse tranquilo respecto a sus obligaciones tributarias.

En primer lugar, las operaciones en este tipo de moneda no están prohibidas y se consideran un tipo de inversión como cualquier otro, de mucho riesgo, eso sí, y ciertamente bajo sospechas, pero no hay una prohibición de operar con ellas. Cierto que, en buena parte, y no solo en España, sino a nivel de la UE, no hay una clara posición sobre el control de las criptomonedas, seguramente por cuanto aún no se ha encontrado un modelo de control, dado que dicho control está en manos del mercado, pero también es cierto que desde la fiscalidad sí existe un control sobre los beneficios.

En España a este respecto existen varios controles. Por ejemplo y por más reciente, el Plan de Actuación de Control Tributario y Aduanero para 2018 (Resolución de la Dirección General de la AEAT de 8 de enero de 2018)⁷ en el que se visualiza una acción sobre las criptomonedas desde una perspectiva indirecta, al entender que la Agencia Tributaria potenciará las actuaciones de análisis de información e investigación mediante diferentes líneas de acción encaminadas, en última instancia, al objetivo común de la detección de bienes, derechos ocultos y rentas no declaradas, con el objeto de regularizar la situación tributaria de los contribuyentes incurso en actuaciones calificadas como defraudatorias.

Desde luego, el primer problema que se le plantea a la Hacienda española es controlar la posesión de bitcoins, y difícilmente lo puede hacer debido a las características del mercado o a que el coste de realizar un control exhaustivo sería inviable. Pero sí puede controlar los beneficios anuales de cualquier ciudadano, lo cual implica que el hecho de tener bitcoins no tributaría, pero sí los beneficios provenientes de las ventas. Es decir, si no hay realización de beneficios, no hay responsabilidades con Hacienda. Solo cuando se compran o vendan monedas virtuales y dicha operación se realice a través de una entidad bancaria, es factible el control de la Agencia Tributaria española y, consecuentemente, se estará a la consideración de esta.

Por otra parte, cualquier operación queda afectada al artículo 66 de la Ley General Tributaria, por el que este tipo de operaciones prescribe a los cuatro años.

Pero si he vendido bitcoins con beneficio y quiero tributar, ¿cómo debo plantearlo? Pues en la declaración de la renta y liquidar por las plusvalías correspondientes. Si se han declarado las operaciones de compraventa, se declararán las plusvalías, pero también, en su caso, las pérdidas.

Otro de los problemas, aunque para un colectivo muy minoritario, es lo que puede plantearse si alguien se dedica a comprar y vender bitcoins. En realidad, la doctrina duda sobre este punto, ya

⁷ Puede consultarse en <<https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/23/pdfs/BOE-A-2018-792.pdf>>.

que no existe una legislación clara a que acogerse y, por proximidad, se equipara a la compraventa de divisas.

En resumen, tanto la Agencia Tributaria española como el TJUE entienden que las bitcoins son o deben ser consideradas transacciones financieras que tributan según los beneficios obtenidos, es decir, si se ha producido o no ganancia patrimonial, por lo que deben liquidarse a través del IRPF. La liquidación debería ser sobre los tipos establecidos en cada país. Respecto al patrimonio acumulado en bitcoins, debería pagar según el impuesto sobre el patrimonio que esté fijado, en el caso español, por cada comunidad autónoma. Sin embargo, destaca que, si bien la compra de bitcoins tributa IVA, no lo hace la transmisión como divisa, por la sentencia el TJUE de 22 de octubre de 2015, citada anteriormente.

4. EL FUTURO QUE SE VISLUMBRA

El problema que se presenta para la bitcoin en un futuro no está en su regulación ni en un cambio en su utilidad en el mercado, sino en el riesgo que suponen las fluctuaciones de su valor. Con toda seguridad se establecerán en la UE, lo cual implicará, en todos los países miembros, normativas legales que controlarán su posesión, los beneficios que produzcan y el uso que de ellas se haga. Este control legislativo se realizará a no tardar demasiado.

Sin embargo, países emergentes cuyos habitantes han realizado altas inversiones en bitcoins, como China o Corea, están trabajando en cuerpos de leyes que no solo controlen, sino que reduzcan el uso y la inversión en esta moneda. A nuestro juicio, esta posición de ciertos países se produce más por miedo a no poder controlar su uso que a una necesidad de su economía (Ron and Shamir, 2012 y Meiklejohn *et al.*, 2013).

El futuro de la moneda virtual, sean bitcoins, litecoins, dogecoins o ethereum, entre otras que existen, estará en función de su uso, es decir, del creciente o decreciente uso que los mercados hagan de cualquiera de estas monedas.

Otra cosa es el valor de las mismas. Este valor depende, tanto del uso que de ellas haga el mercado, como de la cantidad de monedas que se hayan puesto en circulación. De bitcoins solo pueden existir 21 millones. Hay un límite, luego, si aumenta su uso y no aumenta el número, el valor subirá necesariamente. En realidad, los 21 millones aún no están en circulación y son emitidos virtualmente según un algoritmo. Parece que estará en circulación el 99 % sobre el 2032; de todos modos la aplicación del algoritmo es más que complicada.

El futuro a corto plazo es, a nuestro entender, favorable a un aumento del valor de las bitcoins, aun con grandes fluctuaciones y fuertes tendencias estatales de controlar, tanto el mercado, como la posesión y los beneficios (Selguin, 2015 y Antonopoulos, 2017).

Referencias bibliográficas

- Antonopoulos, A. (2017). *Mastering Bitcoin*. Madrid: O'Reilly Media.
- Böhme, R.; Christin, N.; Edelman, B. y Moore, T. (2015). Bitcoin: Economics, Technology, and Governance. *Journal of Economic Perspectives*, 29(2), 213-38.
- Goma Garcés, I. (2018). *¿Qué es realmente bitcoin?* Madrid: Rasche y Pereira.
- Kondor, D.; Pósfai, M.; Csabai, I. y Vattay, G. (2014). Do the rich get richer? An empirical analysis of the Bitcoin transaction network, *PLOS ONE*, 9, e86197.
- Márquez Solís, S. (2018). *Bitcoin. Guía completa de la moneda del futuro*. Madrid: Ra-Ma.
- Meiklejohn, S.; Pomarole, M.; Jordan, G.; Levchenko, K.; McCoy, D.; Voelker, G. M. y Savage, S. (2013). A fistful of Bitcoins: Characterizing payments among men with no names. Proceedings of the 2013 conference on Internet measurement conference (ACM).
- Nakamoto, S. (2009). [Bitcoin: A Peer-to Peer Electronic Cash System](http://www.bitcoin.org). Recuperado de <www.bitcoin.org>.
- Nielsen, M. (2013). [How the Bitcoin Protocol Actually Works](http://www.michaelnielsen.org). Recuperado de <www.michaelnielsen.org>.
- O'Mahony, D.; Peirce, M. y Tewari, H. (2001). *Electronic Payment Systems for E-Commerce*. London: Artech House Publishers.
- Preuschat, A. (2017). *Blockchain: La revolución industrial de internet*. Madrid: Gestión.
- Ron, D. y Shamir, A. (2012). [Quantitative Analysis of the Full Bitcoin Transaction Graph](https://eprint.iacr.org/). Recuperado de <<https://eprint.iacr.org/>>
- Selgin, G. (2015). Synthetic commodity money. *Journal of Financial Stability*, 17, 92-99.
- Swan M. (2015). *Blockchain: Blueprint for a New Economy*. Madrid: O'Reilly Media.
- Tapscott, D. y Tapscott A. (2017). *La revolución blockchain: Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la economía global*. Bilbao: Deusto.