NUEVA FISCALIDAD

Número 3 • Julio-Septiembre 2022

Dykinson, S.L.

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© Copyright by
Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

Impreso por:
Copias Centro

ISSN: 1696-0173
Depósito Legal: M-32335-2012

Tribuna

El reto jurídico-tributario de regular las criptomonedas

Los criptoactivos, y, particularmente las criptomonedas, "abren nuevas oportunidades para los actores de los mercados financieros, empezando por las propias infraestructuras de contratación; hasta llegar a los bancos, permitiendo pagos más eficientes; hasta las empresas (particularmente, las PYMES), facilitando su financiación; pasando por los consumidores, a quienes abaratan los costes de los productos y servicios financieros" (TAPIA HERMIDA).

La Unión Europea ha aprobado un borrador de Reglamento, conocido como Reglamento MICA (*Markets in Crypto Assets),* que tiene como objetivo el establecimiento de un marco normativo para la emisión de criptoactivos y los proveedores de servicios sobre ellos. Es la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, de 24.9.2020, COM (2020) 593 final.

La propuesta del Reglamento MICA "desempeña una función esencial. El objetivo fundamental de esta propuesta sería colmar algunas de las lagunas de la normativa financiera y establecer un régimen legal armonizado a nivel comunitario sobre la emisión de criptoactivos que no se pueden calificar como instrumentos financieros, depósitos estructurados, depósitos en las entidades de crédito garantizados o dinero electrónico.

La adopción de un reglamento trata de evitar la fragmentación del mercado al establecerse una norma de máximo de aplicación directa en el conjunto de la Unión Europea que debe sustituir a los regímenes legales aplicables en algunos de los Estados miembros, aunque este objetivo puede resultar complicado si se tienen en consideración algunos de los pilares en los que se asentaría la nueva normativa" (CANALEJAS).

Es el momento de que los juristas se pongan manos a la obra. "La tecnología ha demostrado sus capacidades (y lo continúa haciendo a diario) y es capaz de dar salida tecnológica a las necesidades que se le demandan, pero es preciso empezar a armonizarlo con las estructuras legales que en estos momentos tenemos" (GONZÁLEZ LASHERAS).

La Propuesta del Reglamento MICA define el concepto de criptoactivo en su artículo 3.1.2) como "una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar".

Ese es un concepto amplio en el que tienen cabida diferentes tipos de activos virtuales, entre ellos las criptomonedas, siendo la más conocida de estas el Bitcoin.

> *"La creación del Bitcoin es un gran paso hacia la digitalización financiera, ya que supone la existencia de un medio de cambio descentralizado que no necesita del respaldo de un Gobierno o Banco Central, utilizando sistema de prueba de trabajo para impedir el doble gasto, y alcanzar así el consenso entre todos los nodos que integran la red, lo que permite el intercambio digital sin la existencia de intermediarios.*
>
> *Además del Bitcoin, desde el año 2008 se han sumado distintas Monedas Virtuales, que poco a poco han ido adquiriendo su protagonismo en distintos sectores, aportando otras características diferentes del Bitcoin como, por ejemplo, Litecoin, Dash, Ripple, Monero, Zcash etc. (Las Monedas Virtuales se constituyen en representaciones digitales de valor que sirven como medio de intercambio digital entre usuarios"* (RAMOS SUAREZ).

Cada criptomoneda tiene sus propias características: Bitcoin funciona casi como una divisa, pero no todas operan de esa forma, algunas tienen objetivos muy determinados (financiación de startups, videojuegos...). La conexión entre Blockchain y crowdfunding también es significativa, **"**existe una cierta línea de continuidad entre determinados movimientos dentro del mundo tecnológico que buscan un cierto cambio social, creando comunidades que actúen con mayor independencia del poder político y económico, y pretendiendo una mayor información y libertad de actuación de los individuos, quienes pueden tener unos mismos intereses y gracias a Internet tienen la opción de conocerse y llevar a cabo actividades o proyectos en común, cuando anteriormente sería muy difícilmente posible, lo que acaba implicando que quien tiene acceso a Internet se convierta en figura activa y no meramente pasiva" (MORENO SERRANO).

> *"La innovación blockchain reta a los juristas, por la dificultad del análisis y adecuada aprehensión en categorías jurídicas ya conocidas lo que ocasiona su resistencia a ser contemplados por regulación alguna. El acercamiento jurídico requiere un profundo conocimiento del funcionamiento tecnológico para la advertencia de potenciales conflictos y desprotección de intereses que dicha tecnología puede ocasionar"* (MUÑOZ PÉREZ).

Las criptomonedas o monedas virtuales se definen en el artículo 1.5 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, del modo siguiente: "Se entenderá por moneda virtual aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente."

La rápida expansión de los criptoactivos (representaciones digitales de valores y derechos con base en la tecnología DLT o Distributed Ledger Technology), su potencial utilización, en algunos casos, como medio de pago y la práctica ausencia de regulación de estas actividades plantean riesgos potenciales para la estabilidad financiera, que aconsejan su análisis y el seguimiento estrecho de su

evolución (*Especial. Criptoactivos*. Informe de Estabilidad Financiera del Banco de España. Primavera, 2022).

El Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre "criptomonedas" y "ofertas iniciales de criptomonedas" (ICOs) de 8 de febrero de 2018, manifiesta que las "criptomonedas" no están respaldadas por un banco central u otras autoridades ni están cubiertas por mecanismos de protección al cliente como el Fondo de Garantía de Depósitos o el Fondo de Garantía de Inversores.

Desde 2015, en España, las criptomonedas están autorizadas como medio de pago, pero no existe ninguna obligación de aceptar criptomonedas como pago.

Señala dicho Comunicado que "se están produciendo numerosas actuaciones de captación de fondos de inversores para financiar proyectos a través de las denominadas "ofertas iniciales de criptomonedas" o ICOs (Initial Coin Offering, acrónimo que evoca la expresión IPO o Initial Public Offering, utilizada en relación con procesos de salida a bolsa).

La expresión ICO puede hacer referencia tanto a la emisión propiamente dicha de criptomonedas como a la emisión de derechos de diversa naturaleza generalmente denominados "tokens" ("vales" podría ser la traducción al español). Estos activos se ponen a la venta a cambio de "criptomonedas" como bitcoins o ethers o de divisa oficial (por ejemplo, euros).

Los usos y características de estos "tokens" varían, siendo la clasificación más habitual la que diferencia entre dos tipos o categorías:

- Security tokens": generalmente otorgan participación en los futuros ingresos o el aumento del valor de la entidad emisora o de un negocio.
- "Utility tokens": dan derecho a acceder a un servicio o recibir un producto, sin perjuicio de lo cual con ocasión de la oferta se suele hacer mención a expectativas de revalorización y de liquidez o a la posibilidad de negociarlos en mercados específicos".

Ya comienzan a darse los primeros indicios de que los ICOs serán instrumentos de financiación específicamente regulados en los próximos años.

> *"Es cierto que los ICOs comparten características, en lo que a su finalidad se refiere, con el crowfunding así como con los aumentos de capital ya que es un método de captación de fondos del público general, utilizado por los desarrolladores de blockchains con el objeto de financiar sus planes de negocio. También puede recurrirse a un ICO para desarrollar una nueva criptomoneda, una nueva distributed ledger technology, servicio o plataforma. Muchos, por no decir la inmensa mayoría de planes de negocio que se buscan financiar mediante un ICO se encuentran en una fase primaria, donde ni siquiera se han dado los primeros pasos para implementar la idea de negocio.*
>
> *La emisión de un ICO se realiza, como regla general, como primer método de captación de fondos para el proyecto en cuestión que se quiere desarrollar. La duda surge respecto de si estos fondos realmente se utilizarán para el propósito presentado por sus emisores o si por el contrario podrán destinarse a otros propósitos o incluso a ningún objeto concreto. La actual ausencia de regulación ad hoc es clave para valorar estas posibilidades y la caracterización de muchos ICOs como meras donaciones ya que, tal y como los mismos están configurados en la actualidad, el riesgo de contrapartida es*

> *absoluto y sólo resta confiar en el potencial desarrollo del proyecto empresarial que pretende llevar a cabo el emisor. Sin un compromiso legalmente vinculante de utilizar los fondos para un objetivo concreto y sin un marco jurídico que penalice a los emisores que se desvíen de los objetivos de su emisión las posibilidades de fraudes son inevitables"(GARCÍA RODRÍGUEZ).*

La inversión en criptomonedas hasta el momento ofrece poca o ninguna protección legal a los consumidores.

> *"Han sido diversas las autoridades supervisoras (BCE, ESMA, SEC, CNMV, Banco de España) que han advertido de los riesgos inherentes a la inversión en este tipo de activos . Por ejemplo, la localización de las entidades implicadas en la emisión, custodia y comercialización de criptomonedas (plataformas de intercambio, emisores de ofertas iniciales de criptomonedas (OIMs o ICOs, por sus siglas en inglés), proveedores de carteras digitales, etc.) en otros países distintos de España pueden excluirlas del ámbito competencial de las autoridades supervisoras españolas, quedando en consecuencia sujeto a la legislación del país en cuestión.*
>
> *Asimismo, la fuerte dependencia de las criptomonedas de tecnologías poco consolidadas hace posibles fallos operativos y ciberataques que pueden generar pérdidas parciales o totales de las cantidades invertidas.*
>
> *En algunos países se han detectado estafas piramidales relacionadas con la colocación de OIMs en las que los fondos recaudados se empleaban para fines distintos a los anunciados. También se han descubierto casos de uso de criptomonedas relacionados con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo"* (PUENTE GONZÁLEZ).

El Comunicado conjunto del Banco de España, la CNMV y la DG de Seguros de 17 de marzo de 2022 en relación con los riesgos de los criptoactivos, pone énfasis sobre la advertencia publicada ese mismo día por las Autoridades Europeas de Supervisión del sistema financiero (EBA, ESMA e EIOPA por sus siglas en inglés) en el sentido de que los criptoactivos, "no resultan adecuados como inversión ni como medio de pago o intercambio para la mayoría de consumidores minoristas". Señala que las autoridades supervisoras "están siguiendo la evolución y el impacto que las tecnologías de registro distribuido y los criptoactivos están teniendo en el ámbito financiero. Los estudios y análisis que se puedan hacer en este campo no pueden interpretarse como un respaldo o cobertura de dichas tecnologías o activos, o que estén sujetos a su supervisión".

Ese Comunicado dirige el foco sobre sobre el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que modifica la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, como consecuencia del cual el Banco de España ha puesto en funcionamiento un Registro en el que deberán inscribirse quienes ofrezcan en España determinados servicios (cambio de criptomonedas por moneda de curso legal y custodios de monederos digitales), que deberán disponer de medidas y procedimientos adecuados en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Concluye señalando dicho Comunicado que las autoridades supervisoras "están siguiendo la evolución y el impacto que las tecnologías de registro distribuido y los criptoactivos están teniendo en el ámbito financiero. Los estudios y análisis

que se puedan hacer en este campo no pueden interpretarse como un respaldo o cobertura de dichas tecnologías o activos, o que estén sujetos a su supervisión.

Estos desarrollos, si bien pueden ser elementos que ayuden en la dinamización del sector y a la oferta de nuevos productos y servicios financieros, no podrán desplegar plenamente ese potencial hasta que no se encuentren adecuadamente regulados (a escala de la Unión Europea) de manera que se puedan mitigar convenientemente los riesgos que suponen para los inversores minoristas".

El Registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos lleva aparejado, pues, que estos proveedores serán sujetos obligados y deberán cumplir con las exigencias y requisitos previstos en la normativa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Destacamos que:

> *"La inscripción en el registro está únicamente condicionada (i) a la existencia de procedimientos y órganos adecuados de prevención de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, y (ii) al cumplimiento de los requisitos de honorabilidad comercial y profesional.*
>
> *La Ley 10/2010 incluye a estos proveedores como sujetos obligados a sus efectos e introduce una obligación de registro en el Banco de España; no obstante, no establece normas de supervisión financiera, prudencial, gobierno corporativo, seguridad tecnológica ni de conducta de mercado o transparencia informativa. El Banco de España no supervisa, por ejemplo, los riesgos financieros u operativos y de seguridad de estos negocios ni tiene ninguna competencia en materia de conducta sobre estos proveedores.*
>
> *Por lo tanto, la inscripción en este registro no implica aprobación o verificación alguna de la actividad realizada por los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos por parte del Banco de España.*
>
> *De forma adicional, la inscripción en este Registro no habilita, en ningún caso, a la persona física o jurídica inscrita para desarrollar actividades o prestar servicios reservados por la normativa aplicable a determinadas entidades sujetas a previa autorización administrativa o a inscripción en otro registro (como por ejemplo, la captación de fondos reembolsables del público, reservada a las entidades de crédito, de acuerdo con lo previsto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; la prestación de servicios de pago, reservada a los proveedores de servicios de pago listados en el art. 5 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera; o la emisión de dinero electrónico, reservada a las entidades listadas en el art. 2 de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico). En el ámbito de las competencias del Banco de España, el ejercicio de esas actividades sin contar con la previa autorización o registro exigidos por la normativa sectorial aplicable sería sancionable conforme a lo previsto en dicha normativa".*

A 13 de octubre de 2022 son 42 los proveedores registrados, entre otros, KURANT, BODNERSTAND, KUBIC y MATERIAL BITCOIN.

Como decíamos, no solo los aspectos financieros de las criptomonedas están necesitados de regulación, también lo están sus aspectos tributarios. En este campo, han comenzado a publicarse normas ellas. El pasado año se publicó la Ley

21/2021 de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, que incluye nuevas obligaciones informativas referidas a la tenencia y operativa con monedas virtuales. Dice su Preámbulo que en el IRPF "con la finalidad de reforzar el control tributario sobre los hechos imponibles relativos a monedas virtuales, se establecen dos nuevas obligaciones informativas referidas a la tenencia y operativa con monedas virtuales.

Así, se introduce una obligación de suministro de información sobre los saldos que mantienen los y las titulares de monedas virtuales, a cargo de quienes proporcionen servicios en nombre de otras personas o entidades para salvaguardar claves criptográficas privadas que posibilitan la tenencia y utilización de tales monedas, incluidos los proveedores o las proveedoras de servicios de cambio de las citadas monedas si también prestan el mencionado servicio de tenencia.

Igualmente, para estas mismas personas o entidades, se establece la obligación de suministrar información acerca de las operaciones sobre monedas virtuales (adquisición, transmisión, permuta, transferencia, cobros y pagos) en las que intervengan. Esta misma obligación se extiende a quienes realicen ofertas iniciales de nuevas monedas virtuales".

El desarrollo reglamentario de la LGT derivado de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal ya está en marcha, incluido el relativo a tales materias.

Por otro lado, la AEAT está tratando de poner en marcha un software para luchar contra el fraude con criptomonedas. Con él se pretenden corregir los problemas técnicos que en la actualidad dificultan la identificación de las obligaciones tributarias de quienes operan con criptomonedas.

La administración tributaria estatal ha venido respondiendo a consultas realizadas por los contribuyentes, antes, incluso, de que existiera una mínima regulación específica sobre las criptomonedas.

Muestra de ello son las tres Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos de las que damos cuenta a continuación, una referida al Impuesto sobre el Patrimonio, otra al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la tercera al Impuesto sobre el Valor Añadido.

— CV0766-21, de 31 de marzo, relativa a la valoración de los "token equity" en el Impuesto sobre el Patrimonio. Sus conclusiones son las cuatro siguientes:

Primera. La CNMV considera que buena parte de las operaciones articuladas como ICOs deberían ser tratadas como emisiones u ofertas públicas de valores negociables.

Segunda. La LIP se refiere en sus artículos 13 a 16 a los valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios y a los valores representativos de la participación en fondos propios de entidades y en su artículo 24 a demás bienes y derechos de contenido económico.

Tercera. Los elementos determinantes para realizar una calificación fiscal de estos activos virtuales han de buscarse, con independencia de la denominación que se

les dé, en las facultades o derechos que otorguen a su titular frente a su emisor, los cuales, a la vista de su configuración informática, se encontrarán incluidos en la programación que se haya efectuado de tales activos, sin que incida en dicha calificación su forma atípica de representación, tenencia y transmisión, a través de la tecnología informática de registro distribuido, denominada "blockchain" o "cadena de bloques".

Cuarta. En consecuencia, no basta con la mera denominación de un activo virtual como "token equity" para que pueda ser tratado en el ámbito fiscal como un activo representativo de la participación en los fondos propios de una entidad, sino que será preciso un examen de los derechos o facultades que otorga a su titular para poder determinar su calificación a efectos tributarios.

— CV0975-22, de 4 de mayo sobre la tributación en el IRPF de las ganancias obtenidas por las ventas de las criptomonedas. Las conclusiones a las que llega son las siguientes:

Dado que las criptomonedas que han sido objeto de diferentes ventas por el consultante fueron adquiridas en distintos momentos, es preciso identificar, para efectuar el cálculo de las ganancias o pérdidas patrimoniales, cuáles son las criptomonedas que han sido vendidas.

Toda vez que las criptomonedas objeto de las operaciones efectuadas son de diferentes tipos, debe señalarse que las ganancias o pérdidas patrimoniales deberán calcularse de manera independiente para cada tipo de criptomoneda.

Las criptomonedas de un tipo, computables por unidades o fracciones de unidades, tienen su origen en un mismo protocolo informático y todas las del mismo tipo poseen las mismas características, siendo iguales entre sí, lo que confiere a las diferentes unidades o fracciones de unidades de la criptomoneda en cuestión la naturaleza de bienes homogéneos.

Cuando existen valores o bienes homogéneos la LIRPF establece en determinados preceptos el criterio por el que deben determinarse los valores o los bienes que son objeto de una transmisión o disposición, considerando que los transmitidos o dispuestos son los adquiridos en primer lugar.

Habida cuenta que la LIRPF no establece una regla específica diferente para identificar, en el caso de monedas virtuales homogéneas, las que se entienden transmitidas a efectos de determinar la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial, cabe entender, de acuerdo el criterio anteriormente señalado, que en el caso de efectuarse ventas parciales de criptomonedas de un mismo tipo que hubieran sido adquiridas en diferentes momentos, debe considerarse que las criptomonedas que se transmiten son las adquiridas en primer lugar.

El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto en las transmisiones de las monedas virtuales a cambio de dinero que ha efectuado el consultante, constituyen renta del ahorro conforme a lo previsto en el artículo 46. b) LIRPF y se integrarán y compensarán en la base imponible del ahorro en la forma y con los límites establecidos en el artículo 49 de la misma ley.

— CV2679-21, de 5 de noviembre, relativa al tratamiento del "staking" en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

En primer lugar, la administración describe la operación en estos términos:

> *El "staking" es una alternativa a la minería para la generación y validación de bloques. En lugar de generar estos bloques mediante computación, en el "staking" se requieren validadores que dejan bloqueados en depósitos sus monedas para así poder ser aleatoriamente seleccionados por el protocolo, en intervalos concretos, para crear un bloque, lo que les genera rentabilidad.*
>
> *En esta modalidad de inversión, los titulares de criptomonedas utilizan sus propias monedas digitales para actualizar la cadena de bloques y a cambio, reciben una retribución. El inversor utiliza sus criptomonedas para colocarlos a disposición del sistema y contribuir al funcionamiento de una red blockchain.*
>
> *Las monedas depositadas se guardan en una billetera digital. De esta manera, las criptomonedas respaldan la seguridad y el funcionamiento de una red blockchain.*
>
> *En definitiva, el proceso de staking permite al propietario de las criptomonedas mantenerlas bloqueadas en una billetera digital con la finalidad de recibir ganancias. Los saldos están bloqueados y el inversor no puede usarlos libremente. Al mismo tiempo que se contribuye con la operatividad y funcionamiento de la blockchain de esa misma criptomoneda.*
>
> *De esta forma, se emplean las criptomonedas almacenadas como forma para verificar las transacciones dentro de las blockchains*
>
> *En este sentido, la rentabilidad obtenida por el staking por los titulares de las criptomonedas que tengan la condición de empresarios o profesionales constituye una operación sujeta pero exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido, de conformidad con lo señalado en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992, dado que dicha rentabilidad es el resultado de la propia cesión de las criptomonedas.*
>
> *Por su parte, el consultante ofrecerá un servicio mediante la suscripción de un "smart contract" a los titulares de las criptomonedas para que puedan realizar la actividad de staking. Estos contratos inteligentes permitirán a los inversores titulares de las criptomonedas participar en las operaciones de staking con otros inversores de manera fiable y sin necesitar un intermediario de confianza. Además, el software automatizará el cumplimiento de las promesas contractuales. La consultante cobrará por su servicio de proveedor de staking un porcentaje de la rentabilidad obtenida por cada cliente.*
>
> *En estas circunstancias, concluye, puede señalarse que los servicios prestados por la consultante a sus clientes como proveedor de staking no participan de esa naturaleza financiera, sino que estas plataformas posibilitan a los titulares de las criptomonedas utilizar sus activos digitales para obtener recompensas del proceso de staking.*
>
> *En consecuencia, el referido servicio estará sujeto y no exento del Impuesto sobre el Valor Añadido.*

Las respuestas dadas por la Dirección General de Tributos reflejan la singularidad de las criptomonedas. También ponen de relieve la necesidad de regular estas figuras.

Por último, la preocupación de la OCDE por la transparencia fiscal a nivel mundial se extiende también a los criptoactivos. El mercado de criptoactivos lleva aparejado el riesgo de que los avances recientes en trasparencia fiscal se vean gradualmente erosionados, de ahí que para evitarlo ya esté ideando medidas (Crypto-Asset Reporting FrameworK) para incrementar también el grado de

transparencia global con respectos a los criptoactivos (*Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*, OECD, Paris, 2022, *https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/crypto-asset-reporting-framework-and-amendments-tothe-common-reporting-standard.htm*).

Isaac Merino Jara

Director