

Naturaleza jurídica de las criptomonedas

Análisis de la [STS de 20 de junio de 2019, rec. núm. 998/2018](#)

José Francisco Sedeño López

*Investigador predoctoral del Área de Derecho Financiero.
Universidad de Málaga*

Extracto

Es una realidad innegable que en los últimos años las criptomonedas en general y el bitcóin en concreto han alcanzado gran protagonismo. No obstante, la tenencia, adquisición o enajenación de estas criptomonedas genera una serie de consecuencias jurídicas y tributarias que se han de tener en cuenta a la hora de realizar operaciones. Uno de los principales inconvenientes que presenta este fenómeno es la inseguridad jurídica que le rodea: en especial, las dudas sobre su naturaleza jurídica. Sin embargo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre el tema en la Sentencia 326/2019, determinando que, al menos a efectos de responsabilidad civil derivada de ilícito penal, el bitcóin ha de ser considerado un activo patrimonial inmaterial. En el presente comentario abordaremos las consecuencias jurídicas del primer pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre las criptomonedas.

1. Supuesto de hecho

En el presente supuesto, el señor A funda la sociedad Cloudt Trading&DVS LTD para dedicarse a suscribir contratos de Trading de Alta Frecuencia, por los que se compromete a la gestión de bitcoins a cambio de una contraprestación. Bajo estas condiciones, M., S., O., Y. y J. entregan los bitcoins, pero, en el momento de vencimiento del contrato, los denunciados no reciben contraprestación alguna.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid dicta el 7 de marzo de 2018 la Sentencia 185/2018, en la que condena al señor A como autor de un delito de estafa a las penas de dos años de prisión e inhabilitación del derecho de sufragio pasivo, además de quedar obligado a indemnizar a M., S., O., Y. y J. «en el valor de la cotización del bitc on en el momento de finalización de cada uno de sus respectivos contratos».

Ante esta resolución, los afectados formalizaron recurso de casación al entender que habían sido vulnerados los artículos 110 y 111 del Código Penal, solicitando la restitución de los bitcoins sustraídos, y no de su valor en euros.

2. Doctrina del tribunal

El Tribunal Supremo considera correcta la posición de la Audiencia Provincial en este asunto, pues entiende que, aunque jurisprudencialmente se ha reconocido la obligación de restituir el objeto del delito, incluso el dinero, «tampoco el bitc on es algo susceptible de retorno, puesto que no se trata de un objeto material, ni tiene la consideración legal de dinero». El tribunal concluye finalmente determinando que «el bitc on no es sino un activo patrimonial inmaterial», por lo que la vía adecuada para resarcir el daño es la fijación de una indemnización por el valor en euros de la aportación realizada, incrementada en concepto de la rentabilidad perdida, y no la restitución de los bitcoins sustraídos.

Por tanto, el tribunal desestima el recurso presentado por los denunciados.

3. Comentario crítico

Las criptomonedas, basadas en la tecnología *blockchain*, han alcanzado una fama ostensible en los últimos años. El Banco Central Europeo (BCE) las definió, en un informe del año 2015, como «la representación digital de valor, no emitida por ninguna autoridad bancaria central, institución de crédito o emisor de dinero electrónico reconocido, que, en ciertas ocasiones, puede ser utilizada como medio de pago alternativo» (2015, p. 54). Además, conviene tener claro que las criptomonedas, también conocidas como «dinero virtual», no son ni dinero fiduciario ni dinero electrónico. En efecto, tanto el dinero fiduciario como el electrónico son emitidos por una autoridad central, su unidad de cuenta son monedas de curso legal (euros, dólares, libras...) y se encuentran reguladas, mientras que las criptomonedas se caracterizan por generarse de forma descentralizada por una comunidad de usuarios, tener su propia unidad de cuenta y no estar reguladas.

A pesar de que existen muchas de ellas, sin duda alguna la que ha tenido más éxito es el bitcóin, que se diferencia de otras (ethereum, ripple, litecoin...) en que se encuentra cuantitativamente limitada a 21 millones de unidades, que se generan como contraprestación cada vez que un usuario o *nodo* valida una transacción u operación. De esta forma, no se requiere de la intervención de una autoridad central que registre cada operación, sino que son los propios usuarios los que de forma descentralizada se encargan de las anotaciones en el registro. En la actualidad, existen casi 17 millones de bitcoins, estimándose que el último se generará alrededor del año 2140. Aunque en la sentencia se afirme que «se crearon 21 millones de estas unidades», esa cifra está aún lejos de ser alcanzada. Creemos que tal incoherencia no es más que una muestra de la complejidad técnica del fenómeno, aunque por tratarse de una sentencia pionera en el asunto, hubiese sido aconsejable una mayor precisión.

Así pues, la descentralización y la inmediatez se presentan como principales virtudes de este fenómeno. No obstante, las criptomonedas no se encuentran exentas de inconvenientes, pudiéndose señalar la complejidad, la falta de regulación y su asociación con actividades ilícitas como los principales. De entre estas últimas, la estafa, el blanqueo de capitales y el fraude fiscal aparecen como las más comunes.

En este sentido, atendiendo a la legislación actual, no hay en nuestro ordenamiento una definición legal de qué ha de entenderse por criptomonedas. No obstante, hasta el momento, cuatro habían sido las posibilidades discutidas por la doctrina, si bien dos de ellas han sido las que más apoyos han conseguido.

En primer lugar, cabría plantearse la posibilidad de considerar una criptomoneda como una suerte de «título valor», tal y como hace la abogada general, en el asunto C-461/12, Granton Advertising. Sin embargo, esta posición no parece adecuada, en tanto en cuanto el título valor confiere a su titular un derecho de crédito, mientras que la criptomoneda se rige por las leyes de la oferta y la demanda, siendo necesario encontrar a un comprador que esté dispuesto a adquirirla para que pueda obtenerse el pago. Además, como señalan Pedreira

y Álvarez (2018), una de las principales características del título valor es la existencia física del mismo, condición imposible de cumplir en el caso del bitc oin.

En segundo lugar, y dado que las criptomonedas han venido siendo utilizadas como un medio de inversión, podríamos pensar que pueden calificarse como instrumento financiero, opción que ha sido analizada por Navas (2015). No obstante, la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFid), establece que los medios de pago no pueden ser considerados como instrumentos financieros. Por consiguiente, siguiendo la definición que da el BCE de criptomoneda y, dado que el bitc oin surgió para ser utilizado como alternativa al dinero de curso legal, esta opción quedaría descartada.

A pesar de que hay autores que han contemplado las dos posibilidades anteriores, la discusión entre la consideración de las criptomonedas como bien mueble o como medio de pago ha sido sin duda alguna la más importante. Los autores que defienden la primera posición entienden que el bitc oin es un bien mueble digital de naturaleza privada, con fundamento en los artículos 335, 337 y 345 del Código Civil; por su parte, los autores que defienden la consideración de que las criptomonedas fueron concebidas para ser utilizadas como medio de pago, por lo que en el mismo sentido que se pronuncia el BCE, esta debe ser su calificación jurídica. Es cierto que la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, establece que los billetes y monedas denominados euros son los únicos de curso legal en nuestro país; sin embargo, ello no obsta a que haya otros bienes que puedan ser considerados como medio de pago. Además, los escasos pronunciamientos de las instituciones europeas sobre este fenómeno parecen ir en esta dirección, en línea con la tendencia internacional.

Hasta el momento, el debate era meramente doctrinal, puesto que no existía ningún pronunciamiento de los tribunales españoles al respecto. De esta forma, la sentencia objeto de este comentario se convierte en un hito importante, al ser la primera que se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas.

Como ya se ha mencionado, en la sentencia que nos ocupa se determina que el bitc oin ha de ser considerado como un «activo patrimonial inmaterial», alejándose de las calificaciones propuestas por la doctrina. En un principio, podría pensarse que el concepto de «activo patrimonial inmaterial» es similar al de bien mueble digital. Sin embargo, si así fuese, el Tribunal Supremo no habría casado la sentencia, estimando la pretensión de los denunciados, que solicitaban la restitución de los bienes sustraídos, es decir, los bitcoins. Sin embargo, el tribunal descarta esta posibilidad, estableciendo que «tampoco el bitc oin es algo susceptible de retorno, puesto que no se trata de ningún objeto material».

Por el contrario, creemos que esta sentencia se acerca más a la posición sostenida por aquellos autores que consideran el bitc oin como medio de pago. En concreto, el tribunal determina que, aunque no «tiene consideración legal de dinero», se puede utilizar «como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción». Sin embargo, no acuerda la restitución de los bitcoins sustraídos, sino que entiende que el medio más adecuado para resarcir el daño es el pago de una indemnización.

De esta forma, el Tribunal Supremo parece dar entrada en nuestro ordenamiento a la consideración del bitcóin como medio de pago, alejándose por tanto de su calificación como bien mueble. No obstante, al no acordar la restitución de los bitcoins, muestra la reticencia de las instituciones ante este fenómeno, al que en ningún momento se quiere equiparar con el dinero de curso legal. Sin embargo, creemos que, siendo el dinero de curso legal y las criptomonedas dos fenómenos totalmente diferentes, son compatibles y no han de tener el mismo *statu quo* jurídico. En este sentido, dada su consideración como medio de pago, la calificación más adecuada de las criptomonedas sería la de divisa virtual no regulada. De hecho, esta fue la posición seguida, a efectos del impuesto sobre el valor añadido (IVA), tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como por la abogada general en el asunto C-264/14, Skatterverket contra David Hedqvist.

Desde un punto de vista jurídico-tributario, la calificación como bien mueble digital o medio de pago tiene importantes consecuencias, sin que exista un criterio claro por parte de la Dirección General de Tributos (DGT). Por tanto, esta sentencia, aunque verse sobre un supuesto de responsabilidad civil derivada de delito, podría arrojar algo de luz al asunto. En concreto, en relación con el IVA, dos son las principales controversias.

En primer lugar, las operaciones de cambio de divisas de curso legal por bitcoins han sido declaradas como sujetas y exentas, tanto por la DGT (por ejemplo, en las Consultas V2228/2013, de 8 de julio –NFC048471–; V1028/2015, de 30 de marzo; V1029/2015, de 30 de marzo –NFC053948–, y V2846/2015, de 1 de octubre –NFC056308–), como por el TJUE en el asunto C-264/14 (NFJ060055). Sin embargo, mientras que el TJUE consideraba la operación sujeta y exenta en virtud del apartado e), del artículo 135 de la Directiva 2006/112, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común de impuesto sobre el valor añadido, en el que se declaran exentas «las operaciones, incluida la negociación, relativas a la divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago», la DGT alcanzaba la misma conclusión, pero equiparando el bitcóin a una moneda electrónica en un primer momento y, posteriormente, apoyándose en el artículo 135.1, apartado d), de la Directiva 2006/112, que incluye a las criptomonedas en el concepto de «otros efectos comerciales». Lo que demostraba la línea seguida por la DGT en este caso no es más que su reticencia a reconocer al bitcóin como medio de pago, algo con lo que parece que en el ámbito comunitario no han tenido problema alguno.

Sin embargo, tras las Consultas V1748/2018, de 18 de junio (NFC069504), y V2034/2018, de 9 de julio (NFC069908), la DGT corrigió su criterio, adoptando la misma posición que el TJUE. De esta forma, la consideración del bitcóin como un activo patrimonial inmaterial refuerza este argumento.

También en relación con el IVA, las adquisiciones de bienes o servicios a cambio de bitcóin pueden ser consideradas como permutas o como compraventa, en función de si se considera el bitcóin como bien o como medio de pago: en el primer caso, la operación de permuta estaría sujeta y no exenta, mientras que, en el caso de la compraventa, la entrega

de bitcóin como medio de pago no estaría sujeta, quedando únicamente sujeta y no exenta la entrega de bienes o prestación de servicios. Hasta el momento, no ha habido ningún pronunciamiento de la DGT en este sentido, pero entendemos que la posición adoptada debería ser la segunda.

En definitiva, la sentencia analizada parece continuar con la tendencia internacional de considerar las criptomonedas como un medio de pago, diferente al dinero de curso legal. Sin embargo, se echa de menos una mayor precisión a la hora de definir los conceptos, que habría arrojado mayor claridad ante la inseguridad jurídica en torno a este fenómeno.

No se puede perder de vista que la calificación jurídica es realizada a efectos de responsabilidad civil derivada de delito, por lo que, a falta de reformas legislativas, habrá que esperar a que futuras sentencias se pronuncien en el mismo sentido y confirmen este criterio.

Aun así, la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la más famosa de las criptomonedas ya es una realidad.

Referencias bibliográficas

- Banco Central Europeo. (2015). *Virtual currency schemes-a further analysis*. Febrero.
- Navas Navarro, S. (2015). Un mercado floreciente: el del dinero virtual no regulado. Especial atención a los BITCOINS. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 79 y 115.
- Pedreira Menéndez, J. y Álvarez Pérez, B. (2018). Consideraciones sobre la tributación y calificación contable de las operaciones con moneda digital (Bitcoins) en las empresas. *Quincena Fiscal*, 3, 17-50.