

ACERCA DEL DICTÁMEN 02-2022 DE AFIP SOBRE CRIPTOMONEDAS Y SU NATURALEZA JURÍDICA.

Ref. Doctrina Especial para UTSUPRA. Derecho Informático. Acerca del dictámen 02-2022 de AFIP sobre Criptomonedas y su naturaleza jurídica. Por Diego H. Moretti. Abogado 2000. Director del Instituto de Derecho Informático del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Especialista en blockchain y criptomonedas. Profesor en programas y actividades académicas de posgrados de la UAI, UNAM -México- Universidad Austral, Escuela de Posgrado del C.P.A.C.F., autor de varios trabajos sobre el tema de criptomonedas y blockchain. PUBLICADO EN BASE CENTRAL: August 6, 2022, 5:43 am

La cuestión de las criptomonedas y su naturaleza jurídica ha despertado el interés de juristas y del regulador desde el inicio de su estudio. Recientemente AFIP, la entidad fiscal autárquica de Argentina, responde en un dictámen sobre la misma y como es de esperar, encontramos muchos

errores conceptuales en los que no debería caer el especialista o profesional, los que veremos a continuación.

Desde siempre hemos afirmado la necesidad de la regulación, en cuanto a cuestiones penales protectivas del inversor, el tenedor y el ahorro privado, advirtiendo de la voracidad fiscal.

Algunos interpretarán que la criptomoneda es al solo efecto de evadir, evitar la fiscalidad y tributo. Si atendemos a los escritos iniciáticos, white papers reguladores estatutarios de la filosofía y taxonomía de los distintos sistemas blockchain y sus tokens, se denota que el interés protector apunta contra los banqueros centrales, la manipulación de valor, la emisión indiscriminada, la falta de ética en políticas monetarias.

Ahora luego de las advertencias sectoriales observadas en el ámbito empírico iniciemos los comentarios concretos sobre el dictamen 2-2022 de AFIP.

De los antecedentes manifestados por la Subdirección: “[...] II. Al respecto el área consultante pone de manifiesto que la experiencia obtenida en base a los relevamientos efectuados y al estudio comparado de otras legislaciones del mundo les permite sostener que las criptomonedas deben ser caracterizadas como activos financieros. [...]”

Conceptualización de la criptomoneda como activo financiero. Esta conceptualización o equiparación comienza con el entendimiento de la misma como un instrumento de motivación financiera. Esto despierta además que toda manipulación o intermediación en la operatoria de algún tipo de criptomoneda, convierte al operador en un intermediador financiero. Varios tipos de servicios rodean al mundo criptográfico, no necesariamente todos inmersos en el campo financiero. Tenemos por ejemplo los custodios, operadores conexos, terceros de confianza, especialistas informáticos, la informática blockchain, prestadores de servicios de redes, etc. Muchos de los cuales se confunden entre las infraestructuras contractuales como las

anónimas, tercerizaciones, y más complejo aún, luego de la aparición de servicios descentralizados, aplicaciones Dapps, hasta intercambiadores de este tipo.

Entendemos por ello que esta ductilidad de denominación como instrumento - activo financiero, no es totalmente exacta, presenta falencias, tampoco sería su característica principal. En varios casos, determinadas criptomonedas y tokens son funcionales, utilitarios, facilitadores de un rubro o mercado determinado, en otros carecen de valor. Por otra parte para ser un activo financiero puro debería estar capturado por la normativa bursátil en forma directa, debería incluirse en bolsas y mercados secundarios, todo lo cual no sucede en ninguna parte de las distintas jurisdicciones.

Veamos el concepto de activo financiero: Un activo financiero es un instrumento financiero que otorga a su comprador el derecho a recibir ingresos futuros por parte del vendedor. Es decir, es un derecho sobre los activos reales del emisor y el efectivo que generen.[1]

Viendo el concepto precedente, un activo financiero, presenta un emisor que da derecho a su tenedor a una distribución de valor. Esto no pasa en las criptomonedas, podría ocurrir en algún token de tipo security. Tampoco se debe confundir a la criptomoneda con la figura de lending o pago por afectar la criptomoneda a un préstamo a tercero, y su devolución de intereses y capital.

El préstamo con devolución puede ser afectado al dinero, a una criptomoneda o incluso por mercaderías o bienes de uso.

Otro concepto dice que un activo financiero es un título o simplemente una anotación contable, por el que el comprador del título adquiere el derecho a recibir un ingreso futuro de parte del vendedor.[2]

En la criptomoneda no hay un vendedor atado al instrumento. El que vende o cede su posición, transfiere la criptomoneda, se anota su movimiento de titularidad en la blockchain, se desata, no debe ningún tipo de crédito al adquirente.

De hecho, nadie le debe nada a nadie en un esquema básico de blockchain. El valor se genera por las transacciones individuales y el libre arbitraje entre vendedor y adquirente. Por ello la potencialidad del valor de intercambio puede integrarse en un rango entre nada y el infinito. Ningún rector podrá intervenir el intercambio libre entre partes, la transmisibilidad si bien es material también se constituye figurativa, se materializará por su inscripción contable en la blockchain. El sinalagma se consolida con la derivación de valores de algún tipo o especie en sentido contrario.

En definitiva, la descripción rápida puede intentar conceptualizar la criptomoneda como activo financiero, no implica que algunos tipos de criptomonedas lo constituyan, como los tokens no utilitarios, o representativos de activos, pero no hace a la generalidad del instrumento.

De los antecedentes manifestados por la Subdirección: “ [...] A los fines de abonar sus dichos señalan que “El mercado de las criptomonedas denota una marcada volatilidad y descentralización, características propias de activos financieros que se intercambian con un mercado objetivo especulativo de obtener rentas en un periodo de tiempo acortado, conociéndose usualmente como una ‘inversión arriesgada’. De tal forma, su utilización como medio de intercambio –faz monetaria- queda relegada a un segundo plano con una baja adopción en el circuito económico formal; [...]”

Este pasaje del dictámen es un mero descriptor del fenómeno, el cual puede o no aplicar para determinados momentos. La adoptabilidad va en franco ascenso desde sus inicios operacionales en 2009. Ya no se puede hablar de fenómeno de reciente aparición, a punto hoy de cumplir 13 años de trayectoria.

La volatilidad también se sabe en proceso de disminución. Sus características coyunturales o históricas poco aportan a su naturaleza jurídica, las determinaciones de aceptación también son efímeras lo que hace dicha característica, ajena totalmente a su aplicación como elemento constitutivo de concepto.

La obtención de renta no necesariamente es aplicable. Cómo dijimos previamente confundir la blockchain con un mero sistema de lending es un grave error. Es uno más de sus modelos financieros de los miles de modos utilitarios que presenta.

La funcionalidad de reserva de un valor determinado, hace que la variación del mismo genere la ganancia o pérdida eventual. Al momento del intercambio, la adquisición del bien, se debería entender neutra. El intercambio de una criptomoneda por su contrapartida de arbitraje de valor, cercano al valor de mercado reflejado.

Ahora cabe manifestar que atento a nuestra área de estudio nos centraremos en la naturaleza jurídica y no entraremos en cuestiones fiscal tributarias, ajenas a nuestro ámbito científico.

“ [...] 1. En primer término, cabe recordar que este servicio jurídico emitió opinión acerca de la temática en trato, en el marco del informe elaborado bajo la Actuación N° .../.. (DI ALIR), concluyendo, en función de lo sostenido por cierta doctrina y de la normativa vigente, que las criptomonedas revisten la calidad de bienes inmateriales, encuadradas en los términos del artículo 19, inciso m), de la ley del tributo. Asimismo, en lo relativo a las criptomonedas, se entendió pertinente su encuadre en la exención prevista en el inciso d) del artículo 21 de la referida ley. [...]”.

No cabe duda alguna respecto a la naturaleza jurídica pura de la criptomoneda como la de bien por su carácter inmaterial. Contrario a los tangibles que serán considerados “cosas”.

Artículo 16. Bienes y cosas

Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.[3]

El artículo 15 apunta a los bienes integrantes del patrimonio, y por omisión, el 16 indica a los bienes materiales como “cosas”, esto determina por contrario sensu la existencia de bienes inmateriales, los cuales no son aquí nominados, quedando rotulados por su característica de “inmaterialidad”.

Por otra parte debemos entender que un instrumento financiero nace de la órbita normativa positiva, emana de un ente emisor público o privado, persona física o jurídica -según la clasificación clásica velezana-, creado por la regulación, auditado por entidades regentes derivadas de un basamento legal. En contrapartida una criptomoneda taxotípica emanada de un acto génesis espontáneo, privado, podría enmarcar en el ámbito de un contrato de regimiento conformando el modelado de un instrumento escrito o manifiesto iniciático - whitepaper- todo ello conjugando un consenso de participación, conformando un ecosistema en torno a la anotación contable, segura, con elementos de criptografía tanto en la verificación de datos, por otra parte totalmente abiertos y cotejables, como en la generación de la producción posterior de transmisión -sistema de pki por utilización de llaves públicas y privadas, generando un ecosistema descentralizado, seguro, democrático, consensuado.

En el concepto de blockchain esgrimido vemos la carencia de elementos normativos jurisdiccionales de base. La fiscalidad y regulación entonces será una adaptación del legislador posterior, de segunda fase, luego del trabajo de estudio empírico del fenómeno.

“ [...] 2.- Aclarado ello, se advierte que en los últimos años ha operado un cambio de criterio en lo que hace a la fiscalidad internacional de los criptoactivos. En efecto, a principios del año 2020 se planteó la primera revisión integral del Common Reporting Standar (CRS). Uno de los objetivos era adaptar el CRS al crecimiento de los mercados financieros debido al desarrollo significativo de nuevos productos financieros, como monedas digitales y criptoactivos. Este desarrollo ocurrió a nivel global y nuestro país no escapa a este fenómeno. Asimismo, el GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) amplió los requisitos en materia de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (AML / KYC) al mercado de activos virtuales. Por estos motivos, la OCDE comenzó a desarrollar un nuevo marco de transparencia para el intercambio automático de información de Criptoactivos llamado CRYPTO ASSET REPORTING FRANWORKS AND AMENDMENTS (CARF) que prevé reunir e intercambiar información entre administraciones tributarias respecto de las personas que participan en las transacciones de criptoactivos. Asimismo, es importante aclarar que en los primeros documentos trabajados en el seno del Grupo de Trabajo 10 de la OCDE (WP10) se hacía referencia al concepto de moneda virtual (criptomonedas), dado que la discusión se centraba en la definición y alcance del mismo, y su gravabilidad en los distintos impuestos. De este modo, en el año 2021 se actualiza la definición de activos virtuales. [...]”.

Cómo manifestamos previamente en el mismo sentido a lo expresado, vemos como el emisor del dictámen también hace incapié en la evolución del regulador en torno a la aceptación masiva en aumento, en tanto el avance de adoptabilidad evoluciona hacia mercados financieros, inversores y operadores de todo tipo.

Volvemos a entender que la determinación de características inherentes puramente tanto al valor como a la opción y absorción por mayor cantidad de personas y entes, no hace al concepto, se aleja de afectar o no al instrumento, respecto a nuestra área científica de trabajo.

Cómo todo instrumento o herramienta, si le damos un carácter utilitario, será de provecho y de desventaja, para los distintos operadores y reguladores. Lo que entiende como un beneficio para unos será en detrimento de otros. Podrá

ser favorable a un inversor y disvalioso para un banquero por ejemplo, o viceversa. Ello va a generar ruido y dicotomías en las relaciones, seremos testigos de operaciones públicas manifiestas o incluso encubiertas. Esto también será motorizado por las distintas cotizaciones y el efecto de sus aumentos y disminuciones de valor, cambiando la ecuación en ganancial o perjudicial. Esto lo enmarcamos al solo efecto de poder comprender muchas veces que la determinación de elementos bonanza o detrimento de la criptomoneda serán marcadamente polarizada, de acuerdo de quién o donde provenga su alegato.

Sigue manifestando la Dirección de Asesoría Legal de AFIP:

“ [...] Así pues, vale precisar que la definición de criptoactivos establecida en las normas del CARF, y que fuera definida en el marco del WP10, está delineada en consonancia con las recomendaciones del GAFI, quien actualizó, en octubre 2021, la Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. En ella se define a los activos virtuales (virtual assets- Vas) como las representaciones digitales de valor que puedan negociarse o transferirse en forma digital y/o puedan utilizarse para fines de pago o inversión, incluidas las representaciones digitales de valor que funcionan como un medio de intercambio, una unidad de cuenta y/o reserva de valor. No poseen curso legal, ni se emiten, o se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción. Y se señala que en este sentido las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción. Por su parte, la definición de criptoactivos en el marco del CARF se centra en el uso de la tecnología blockchain. Apunta principalmente a aquellos activos que se pueden mantener y transferir de manera descentralizada, sin la intervención de intermediarios financieros tradicionales, incluidas las monedas estables, los derivados emitidos en forma de criptoactivos y ciertos tokens no fungibles (NFT). Se resalta que desde que se comenzó a tratar este nuevo marco de intercambio siempre se ha utilizado el término “criptoactivo” en consonancia con la definición del GAFI, y se ha mejorado la redacción a efectos de clarificar ciertos aspectos que necesitaban mayores especificaciones. [...]”

Veamos, al criptoactivo reflejado como “representación de valor”. Aquí entendemos se consolida el núcleo del error. 1 bitcoin, representará sólo a 1 bitcoin. El valor mutará transaccionalmente, atendiendo a la existencia, disponibilidad, oferta, demanda, tanto de la criptomoneda como de la moneda o par contra el que se mida.

La representación de valor será efímera y mutará constante en mero contraste a su par. Su función no es representar algo particular ni moneda. Tampoco será su función esencial esta última. Incluso algunos instrumentos serán más cercanos a este tipo de funcionalidad mientras otros estarán más alejados, dependiendo de su taxonomía y modelaje.

Hace referencia a los tokens no fungibles, NFT, los que incluso por concepto serían los mayormente alejados de los activos financieros, no representan a prima facie un correlato físico, pudiendo ser puramente digital, son indivisibles per se, con lo cual se alejan de poder representar valores en composición seriada, como lo es la moneda por ejemplo. La existencia de NFTs seriados por otra parte, lo hacen asemejarse en determinados diseños a un FT, siempre como dijimos, con la imposibilidad de particionarlos. Los FT por otra parte, su profundidad decimal de partición, dependerá del diseño -smart contract emisor-, o de su arquitectura de software en caso de criptomonedas -capa uno-. El bitcoin se establece en 8 posiciones decimales, los tokens según ciertas blockchain suelen incursionar hasta la posición 18 y dependerán del software de regimiento central, determinándose como dijimos en el smart contract.

Sigue manifestando la Dirección de Asesoría Legal de AFIP:

“ [...] 4. Es dable puntualizar, que oportunamente nuestro país, estableció en la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 2019 y sus modificaciones, la gravabilidad de los “...4) los resultados derivados de la enajenación de... monedas digitales... cualquiera sea el sujeto que las obtenga” (artículo 2°). Asimismo, en su artículo 7° se prevé que: “Con excepción de lo dispuesto en el párrafo siguiente, las ganancias provenientes

de... monedas digitales,... se considerarán íntegramente de fuente argentina cuando el emisor se encuentre domiciliado, establecido o radicado en la República Argentina.” [...] “

Cómo si la cuestión financiera, ahora se conjuga con el concepto de monedas digitales. Si la misma asesoría manifiesta que son anotaciones, no puede confundir una anotación con una moneda. Digital o física, moneda es moneda, de curso legal o extranjera, pero nunca se puede caer en el facilismo intelectual de su equiparación.

El concepto de moneda digital aplica para las representaciones monetarias bancarias o en su defecto, hacia las BCDC

Es un tipo de moneda digital la cual ha sido emitida por un banco central y que supone una representación digital del dinero fiat. Tiene por lo tanto la propiedad de ser una forma de dinero que está regulada por un estado o por una unión de estados. Se busca con esta propuesta resolver el problema, sobre todo de costes e infraestructura, que supone la versión física del dinero fiat (monedas y billetes)[4]

Carece la moneda digital de todo tipo de acercamiento al concepto de criptomonedas. Su determinación en la evolución hacia un concepto fiscal, vicia a toda la cadena de silogismos posteriores. No podemos conceptualizar los distintos tipos de naranjas partiendo de una manzana. Las monedas digitales no se encuentran en el camino conceptual de la criptomoneda, salvo para justamente aclarar lo que “no son”. La moneda digital basa su representación en la moneda fiduciaria emanada de un banquero central, pura, lisa y llana manifestación de aquella.

Una cripto será representativa de esta cripto, el valor coyuntural, una efímera cantidad eventual de algo, pero nunca se fijará a un precio. También sabemos de la existencia justamente de otras criptomonedas que si se atan a un precio. Estas son las stablecoins. En su taxonomía se establecerá un

mecanismo o modelaje de acercamiento entre una representación de una moneda o cosa y se mediarán procedimientos automáticos o no, para su invariabilidad. El resultante de invariabilidad dependerá del mecanismo y su correcto funcionamiento. Hemos visto en el pasado experiencias desagradables en cuanto a la falla de dichos factores coordinantes y la producción de deterioros en valor que desataron a estos tokens de su valor representado. Ver el caso LUNA. [5]

Tengamos en cuenta que no toda stablecoin se atará a un valor determinado de dinero fiduciario, como el USDT, el DAI, USDC y otras. Un token representativo por ejemplo de un bitcoin, será una stablecoin también obviamente respecto a 1 bitcoin siempre. El mecanismo de igualación será el responsable del efecto gravitatorio fijo de representación, la constante de invariabilidad. Estas criptomonedas de estabilidad son la respuesta a la crítica de volatilidad. Cómo vemos el mundo cripto nos entrega muchas opciones, por lo general casi todo el mundo físico y inmaterial, representado o no en algún tipo de correlato criptográfico. Que como también corresponde aclarar, no implica que una criptomoneda o token siempre sea o constituya una representación.

“ [...] Como puede inferirse de la lectura de las normas reseñadas la intención del legislador se encuentra orientada a establecer como presupuesto generador de la obligación tributaria a los criptoactivos atento a ser hechos reveladores de capacidad contributiva. En tal sentido se ha señalado: “la Argentina busca recaudar impuestos sobre la economía digital, en especial en estos criptoactivos que están impactando en el sistema financiero global y presentándose como posibles alternativas de inversión y dinero en el futuro” (María de los Angeles Jauregui en “Breve análisis del tratamiento tributario nacional e internacional de los Cripto Activos” publicado en “El mundo de la criptomonedas en la visión de nuestros profesionales”. Revista Digital del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la CABA Ed. 67, abril 2022. [...].”

Ahora saliendo de la órbita puramente jurídica, el criptoactivo es volátil, pero a la vez es revelador de capacidad contributiva. O sea, su valor es según los conceptos de AFIP variable en demasía, su tenencia pasa a ser reveladora

de capacidad contributiva. Dista de toda realidad, un joven que recién comienza sus pasos por la determinación de su patrimonio, puede presentar criptomonedas y no tener prácticamente nada, y un terrateniente puede entender que el bitcoin nunca gozará de su beneplácito. Pero para AFIP la capacidad contributiva será del nivel que seguramente deba acudir a sus padres para alimentarse a fin de mes.

Es realmente inconcebible la mitología resultante de las criptomonedas. Que Mark Zuckerberg haya desarrollado facebook no implica que todo el que tenga un sitio web sea un potencial multimillonario. Entendamos que este nivel de interpretación sea el manejado por el organismo que regula nuestro sueño o pesadilla fiscal, incluso se plasme en un dictámen, no es aceptable de ningún modo.

Sigamos con el tratamiento del dictámen.

“ [...] 5. A esta altura de la exposición y en cuanto a la imposición de naturaleza patrimonial, cabe recordar que la capacidad contributiva supone "...una referencia a la potencia económica global..." y que "...para que la contribución de los sujetos a los gastos públicos se mida en relación con su riqueza global, es necesario que estos graven todos los hechos indicativos de tal riqueza y sólo estos", lo cual como es obvio incluye a la riqueza poseída. Así pues, "La posesión de bienes es una importante manifestación de capacidad contributiva de las personas... Habitualmente se clasifican como impuestos patrimoniales a los que toman como base imponible los bienes de los sujetos..." (FÉRNANDEZ, Luis Omar. "Impuesto sobre los Bienes Personales". Editorial la Ley. Buenos Aires. 2004) .En otras palabras, y conforme con las consideraciones vertidas, se puede afirmar que la imposición de naturaleza patrimonial recae sobre los activos que posee el contribuyente al cierre del período fiscal, lo cual constituye una evidente manifestación de riqueza. [...]”.

Siempre ingresamos al área de sospecha de potencial económico. Puede ser cierto que una expansión desmedida de una criptomoneda en algún momento pueda hacer millonario de la noche a la mañana a un tenedor incauto. Alguien

que haya adquirido millones de tokens de valor casi nulo, por la suerte de principiante en algún momento, sea tocado por la varita de la magia y se pueda convertir en multimillonario en dólares. El precio de bitcoin en sus inicios en 2010 no tenía casi valor, se promovía la compra de pizzas -el pizza day- para fomentar la moneda respecto a un valor pecuniario - en dicho caso centavos-. Cuando llegó un día a cotizar 74.000 USD. Un early adopter que tranquilamente podría tener 1000 o 2000 monedas, se hubiere encontrado con la friolera de 148 millones de dólares. Ahora con esa potencia de suba nos podemos encontrar una baja. Cómo podemos aportar impositivamente un valor relativo si la misma no fue realizada. Sería como intentar valuar una marca o un cartera de clientes todos los años y obligar al poseedor con un porcentaje impositivo sobre dicho activo. El valor de venta es potencial pero no efectivo ni representa una renta. Incluso el valor a aportar si el activo se desploma podría incluso representar mucho más al momento de efectivizarse el mismo valor que tenga el cien por cien de la tenencia.

No queremos igual incursionar en el ámbito del especialista fiscal tributario. Pero no condice con el concepto de criptomoneda interpretar que de por sí sea manifiesta indicación de potencialidad contributiva. El fisco debe aplicar el hecho imponible, en su lugar establece una característica subjetiva que hasta la podríamos establecer como estigmatizante. El derecho penal habla de delitos y no de delincuentes, de penas justas y se aleja de las ejemplificadoras, para encontrarnos al fisco estableciendo personas de capacidad contributiva. Igualmente como estudiosos del fenómeno criptomonetario debemos y estamos obligados a no permitir pasar por alto errores de concepto y mitología en torno al tenedor de criptomonedas. Año 2022 corre y el tenedor típico de crypto son las nuevas generaciones las que lamentablemente no se caracterizan por la capacidad contributiva ni su patrimonio justamente.

“ [...] Así se ha señalado que en el caso de los criptoactivos, “se trataría en definitiva de una anotación electrónica que incorpora el derecho a una cantidad de dinero; dado que no tiene el respaldo de ningún banco central, estaríamos ante un título valor impropio. Sin embargo, los titulares de bitcoin no incorporan derecho alguno y sólo podrán cambiar la criptomoneda a una de curso legal si alguien acepta su oferta y le compra el bitcoin por dinero. No existe en nuestro derecho un reconocimiento legal de que los bitcoins incorporen un derecho, a diferencia de los instrumentos cambiarios y las

anotaciones en cuenta. Si bien esta concepción podría cambiar en el futuro si se regula, actualmente el bitcoin no tiene el respaldo de ningún banco central y su titular no tiene el derecho a una cantidad de dinero, por lo que constituiría un título valor impropio, como las tarjetas de crédito” -Cfr. CHAMORRO DOMINGUEZ Ma. de la Concepción. "ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS CRIPTOMONEDAS. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, marzo, 2019).”. [...]

Más cercano a la realidad, se cita el trabajo de Chamorro Dominguez de 2019, respecto a que el bitcoin no representa derecho alguno a ningún tipo de moneda en forma directa, salvo por la negociación - arbitraje diremos nosotros- entre comprador y vendedor. Entendemos que la condición respecto a los bancos centrales no podría de algún o ningún modo cambiar en el futuro. El banco central no puede ni regular ni respaldar al bitcoin, lisa y llanamente porque nunca lo podrá emitir.

Así, si un banco central quisiera acercarse al concepto de emisión mediante la minería de criptomonedas, tampoco lo estaría respaldando. El Salvador legalizó a nivel de moneda de curso legal al bitcoin pero su rol sólo puede apuntar a un máximo de generalizar la aceptación, controlarla o no, obligarla o no, y reservar en crypto o no. Luego de ello, la ley de la gravedad nunca será discutida y el rol de un banco central nunca podrá incursionar en una criptomoneda típica de generación espontánea. Se limitará el día de mañana a acuñar una BCDC como máximo.

“ [...] Por su parte, es dable señalar que el artículo 2º de la Ley de Mercado de Capitales N° 26.831, -conforme con la redacción introducida por su par N° 27.440- define a los "valores negociables" como: "Títulos valores emitidos tanto en forma cartular, así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotas partes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico

generalizado e impersonal en los mercados financieros...”. De un modo similar al Código Civil y Comercial, el artículo 3º de esta ley consagra el principio de creación de valores negociables, al establecer que cualquier persona jurídica puede crear y emitir valores negociables en las condiciones que elija.

De este modo, puede advertirse que la expresión “valor negociable” abarca a todos aquellos activos que, siendo la representación de un valor o derecho de crédito homogéneo y fungible, se encuentre incluido en un registro de anotaciones que permita su negociación y tráfico generalizado; entre los que se encuentran los criptoactivos. [...]”.

Todo sería perfecto si no tenemos en cuenta que un criptoactivo no es representación alguna de ningún valor ni representa un derecho a un crédito. En un derecho a un crédito yo puedo interpelar a su contraparte y por los mecanismos de liquidación solicitar, esgrimir, reclamar mi compensación a valor nominal o en su caso según la norma particular, el valor consensuado de mercado, o valor establecido en un mercado secundario. Una criptomonedas no me da derecho a reclamar a nadie que se me liquide a determinado valor. No existe contrapartida obligada de ningún tipo.

Obtendré valor en el mercado, si una contraparte se dispone a hacer la contra operación en precio consensuado. Esto no es un rigorismo meramente conceptual, es la realidad de la naturaleza transaccional de la criptomonedas, basada en la liquidez de un mercado, en definitiva el arbitraje de dos individuos en su intercambio consensuado.

A esta mesa le falta una pata y ello implica que la construcción será infructuosa. De hecho, se demuestra en que el resultante es contrario a lo esperable. Determinar la tenencia de una criptomonedas no realizada, que aporte tributo cual título financiero o de renta. La criptomonedas per se es neutra, con configura instrumento financiero, no se ata a un dividendo, contraparte obligada, no representa una acreencia, el precio será obtenido de su arbitraje o adquisición libre sin prerrogativa pecuniaria.

De hecho el momento de toma de ganancia o asunción de pérdidas respecto a las criptomonedas, se dará al momento de la realización. Los momentos intermedios son de mera expectativa. Incluso en el esquema de lending, así como el esquema de minería, los resultados se obtendrán luego de su comercialización, pudiendo incluso, a sus extremos, minar, no comercializar y la criptomoneda minada perder la totalidad de su valor sin haberlas vendido. Este no es un escenario potencial utópico, les ha pasado a miles de mineros criptográficos. Hay cientos de historias de criptomonedas -altcoins- que han sido un rotundo fracaso, han perdido su potencialidad económica, a veces por cuestiones de mercado, de política inflacionaria, emisión indiscriminada, problemas de software, arquitectura, vulnerabilidades críticas, forks, hard forks, splits y todos los fenómenos posibles. En definitiva ya ha pasado y reiteradas veces.

Por otra parte, entendemos que los registros a los que se refiere el art. 2 de la ley de marras, refiere a registros de índole contractual, pública o al menos, regulada. Un registro en blockchain entendemos que no lo reviste, a nuestro criterio asume el utilitarismo de un kernel o un índice técnico no regulado. Bajo este sentido amplio de interpretación un disco rígido puede caer en el concepto de un sistema de títulos valores. No todo registro puede ser el contemplado en la órbita de este artículo. Esos registros se basan en forma directa o indirecta en la legislación positiva, un registro blockchain dista de esta característica. Incluso vamos a establecer otra diferenciación avasallante. Un registro siempre y solo siempre, será un REGISTRO CENTRALIZADO, dado que emanará de una entidad idónea habilitada u homologada bajo establecimiento normado. El blockchain configura el registro en base a un conjunto de datos, enlazados en bloques de datos, distribuidos globalmente, totalmente descentralizados, generados bajo la emisión pública, conjunta, alterna de datos, autorizados bajo criptografía, utilización de firma privada de pki, carente de toda regulación jurisdiccional. Esta carencia abarca todo el proceso del registro. Será posterior la producción jurídica que le de algún tipo de entidad a aquel registro, como indirectamente lo hace el regulador reconocedor de la particularidad patrimonial de la criptomoneda.

Por otra parte, la blockchain no se basa en un registro, es lisa y llanamente un registro. Un título valor no se configura todo su modelaje en el registro, el

registro lo complemente, lo data de valor, lo valida. Incluso un título valor al portador justamente carecerá de registro alguno. Un registro centralizado legal esgrimido incluso podrá suplir o reconocer según el regimiento del mismo, a la carencia de título. Ahora, el registro blockchain sólo indexará un asiento bajo una dirección pública de pki, esto no será seguro ni garantía de que haya detrás un tenedor, de hecho se puede enviar la anotación a una dirección no controlada, con claves perdidas, lo que configura una dirección ciega.

Vemos aquí otra particularidad. Yo puedo ser tenedor aparente de criptomonedas. Vayamos al supuesto de que creo tener acceso por medio de la frase de recuperación nemotécnica de doce o veinticuatro palabras BIP39. Por una cuestión de backup, pierdo el control. Podría quedar obligado eternamente a soportar el hecho imponible de un monto al que nunca podré acceder de ningún modo.

Que modalidad probatoria tengo de demostrar a un tercero que no tengo potencialidad ni factibilidad de volver a ejercer su control en el futuro. O incluso podría querer demostrar una pérdida de control ficta, fraudulenta, también con imposibilidad de actividad comprobatoria.

Este concepto que parecería tan ridículo es moneda corriente, la pérdida de accesos, no sólo le ha sucedido a usuarios novatos, incluso ha sucedido a expertos y custodios profesionales o comerciales, grandes compañías cripto fueron afectadas incluso hackeadas.

Abundan las historias de seeds de recuperación perdidos y con el todo el patrimonio acompañado de una posible comercialización. Además el registro vuelve a no garantizar nada. No tienes tus llaves no tienes tus cripto, repiten los adagios criptodigitales. El supuesto valor aquí pasa toda barrera física para integrarse en una puramente lógica, y ello conlleva innumerables problemas de su adecuación a una ideología fiscal retrógrada.

Que pasa si soy hackeado, cómo será demostrable esta ocurrencia. Todo ello se soluciona con un simple concepto aplicable al hecho imponible. El mismo se resuelve cambiando el momento de la tributación a la realización o permuta de la criptomoneda, y no en la supuesta tenencia o un registro abstracto, de resultado potencial, futuro, incierto.

“ [...] A mayor abundamiento es dable señalar que dicho temperamento fue incorporado en la legislación comparada de diversas jurisdicciones, como es la Directiva (UE) N° 2015/849 - relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo- en cuyo apartado 18 define a la moneda virtual como una “...representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos”.

En orden a las consideraciones que anteceden, se puede caracterizar a las criptomonedas como una nueva clase de activo financiero, no tradicional y basado en la tecnología blockchain el cual versa, en definitiva, acerca de una anotación electrónica que incorpora el derecho a una cantidad de dinero determinada. Cabe añadir que tal definición importa la utilización de un código binario que vincula las transacciones que tienen lugar entre los usuarios, y que se conserva en una base de datos que funciona como registro de todas las transacciones producidas así como de las cuentas de los usuarios que han participado en esas transacciones. [...] ”

Se evidencia recurrentemente el intento de atar a la criptomoneda como un derecho a un dinero. Llevamos varias páginas explicando lo que resulta manifiesto y claro. No lo configura derecho a ningún valor garantizado. Los que tienen criptomonedas son los primeros que entienden que están en torno a un derecho en expectativa, tienen un supuesto derecho a un valor totalmente efímero, que puede en cualquier momento caer a nada, no siendo una mera especulación negacionista fiscal, es una realidad.

“ [...] En el contexto descripto, las criptomonedas pueden tipificarse como títulos valores, toda vez que participan de las características principales que poseen estos últimos, es decir, son valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta –la blockchain-; resultan bienes homogéneos y fungibles en los términos del artículo 232 del Código Civil y Comercial; su emisión o agrupación es efectuada en serie –conformada ésta por cada bloque que integra la cadena- y; pueden ser susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. [...] ”

“Artículo 232. CCYCN - Cosas fungibles. Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.”

El art. 232 CCYCN establece la fungibilidad de cosas. La criptomoneda justamente no es una cosa, sino sería un bien material, tangible, art. 16 del mismo cuerpo normativo.

La fungibilidad en definitiva es atípica, es fungibilidad de bien inmaterial, se configura como dijimos por registro en el ledger -libro mayor- y por otra parte, otro error es soslayar la seriabilidad. El blockchain para ser seriado debería introducir un número protocolar a cada individuo, contínuo, ininterrumpido, iniciando en el valor inicial uno hasta el final de su emisión contemplada o futura. Ello tampoco sucede, la criptomoneda es inmaterial e imposibilitada de seriarse.

Justamente a la inversa, la potencialidad de seriado se da en los tokens no fungibles NFTs. La característica de no seriado es la que genera la particionalidad intrínseca. La moneda fiduciaria es seriada, ergo no podrá ser cortada o fraccionada, su modo es la devolución del saldo de la operación en moneda de menor valor, compensatoria del valor total de transacción. Las monedas de la antigüedad de materiales preciosos, si eran particionables, se podía cortar una porción de la moneda incluso para tributar. Justamente por esta particularidad no podían ser seriadas.

Otro elemento esencial en la criptomoneda es la trazabilidad. Gracias a la blockchain se puede establecer abierta y públicamente el tracto de operaciones sin requerimiento de mediar actividad jurisdiccional como si ocurre en los registros centralizados, registros bancarios, del Estado, etc., ello hace que el lavado de activos, no la constituya en medio idóneo, aunque lamentablemente los lobbies bancarios se esfuerzan en promover dicha mentira. Es más simple efectuar lavado financiero a través de las

transacciones bancarias que son secretas a priori, cuando la blockchain es totalmente pública, expresados sus movimientos en su totalidad, en los distintos bloques en forma de texto plano. La criptografía se aplica solamente como método de verificación de control y del bloque.

Manifiestar que la criptomoneda es seriada es palmariamente reconocer que no se conoce el funcionamiento técnico de la misma. La exégesis estructural de la misma no lo admite.

Finaliza la interpretación fiscal de la siguiente manera: “ [...] En tal sentido se ha precisado que “No puede soslayarse que se trata de un bien que conforma un patrimonio personal no incorporado al proceso económico, en algunos casos con cotización conocidas mundialmente y sobre el que no existe una exención o beneficio impositivo. Por lo tanto debe tributar en dicho sentido...debería otorgársele por interpretación económica un tratamiento ... esto es, asimilarlo a un título representativo de capital y proceder a valorarlo conforme a la normativa vigente -cfr. Alejandro Aued y Mag Gabriel Bordignon "Criptoactivos, Blockchain y Sistemas Tributarios" en "Fiscalidad de las criptomonedas y de la economía digital".CIAT. Editado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas. EDICON. CABA, 2020.

En virtud de las consideraciones expuestas cabe concluir que las criptomonedas conforman un activo alcanzado por la ley de Impuesto sobre los Bienes Personales de conformidad con lo prescripto en el citado artículo 19, inciso j) y artículo 22 inciso h) de la ley del gravamen, procediéndose a rectificar el criterio vertido en el marco de la Actuación N° .../.. (DI ALIR).[...] ”.

Justamente según la cita, pertenece a un proceso económico, PROCESO, hacia un resultado, que se detentaría al momento de su realización el cual es evidentemente, futuro, incierto, potencial.

No hay siempre valor, el mismo depende de la trilogía, COTIZACIÓN, CONTROL y una tercera dimensión que sería el momento de toma de ganancias o asunción de pérdidas. La cotización depende de un contraoferente, el control es un riesgo constante, de actividad probatoria imposible. Podrá demostrarse su control por medio de transacción, más

nunca su fase negativa. Sin la realización, o su permuta por un bien o valor también representará esa expectativa. Y obviamente carece de todo tipo de representación de crédito y de garante alguno -obligado- de su eventual valor.

Conclusión.

Como mencionamos al inicio del tratamiento, impresiona el cometido de errores en establecer la naturaleza jurídica de la criptomoneda. Se denota una imperiosa necesidad por vincularla al valor, incluso confundiéndola con un crédito o derecho a un valor pecuniario, cuando en realidad esta es una característica inherente a todo potencial bien en un mercado.

El afán por atar la suerte de la cripto de forma inmediata como una representación de acreencia dineraria, demuestra que su objetivo es interesado en la afectación fiscal del activo.

Este interés sesgado genera la distorsión conceptual, lo que si bien en el ámbito científico podemos soslayar, que no deja de sentar un precedente del cual podrán hacer uso futuras concepciones y trabajos, que a nuestro entender evolucionarán desde una base intelectual viciada y es nuestro deber, desde la ciencia del derecho, de remarcar las inconsistencias.

Por otra parte, sostener la genética financiera, despierta la afectación indiscriminada de normativa asociada a las cuestiones bursátiles, restricción de operadores, punibilidad de la condición de partícipes en la cadena de conexidad con las criptomonedas, generando una dote de peligrosidad, enrareciendo un ambiente que justamente presenta aversión por la incertidumbre jurídica, que se enruta rápidamente hacia la incertidumbre económica y comercial.

Por otra parte, como vimos ut supra, en la parte final del trabajo, debería configurarse una arquitectura distinta a la modalidad canónica de la cadena de bloques para poder seriar al instrumento y eliminar la particionalidad decimal.

Lamentamos que este avance en el intento de afectar en el hecho imponible a la mera tenencia de criptomonedas, afecte el derecho en expectativa, interpretando al mismo como un derecho a un crédito, que lamentablemente resulta inexistente en la construcción artificial de un concepto viciado de la criptomoneda.

Citas Legales.

[1] econopedia.com concepto de activo financiero

[2] Wikipedia Activo Financiero

[3] Art. 16 Código Civil y Comercial de la Nación

[4] <https://www.profesionalreview.com/2021/07/11/que-es-cbdc/> CBDC - La digitalización del dinero fiducirio.

[5]

<https://www.ambito.com/finanzas/stablecoins/que-fue-lo-que-paso-stablecoin-ust-que-hizo-desplomar-luna-un-65-n5436524> Qué fue lo que pasó con stablecoin UST que hizo desplomar a Luna un 65%