

El intercambio automático de información tributaria ante el reto de los criptoactivos

BIB\2022\470

Juan Benito Gallego López

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Miguel Hernández de Elche

Publicación: Revista Española de Derecho Financiero, Nº 193, Sección Estudios, Primer trimestre de 2022

Editorial: Civitas

^ Title

The automatic exchange of tax information in the face of the challenge of crypto-assets

^ Resumen

La extraordinaria importancia económica que está adquiriendo el mercado de los criptoactivos, unido a las características que estos poseen, pueden suponer un incentivo para la evasión tributaria, atendiendo a la dificultad a la hora de obtener información sobre las operaciones relativas a este tipo de activos. Las medidas para el intercambio automático de información tributaria no contemplan, en la actualidad, las operaciones sobre criptoactivos. A la luz de las futuras reformas de dichas medidas, en este trabajo examinaremos el marco vigente, deliberaremos al respecto y concluiremos con algunas reflexiones sobre las principales cuestiones controvertidas que se plantean al respecto de dichas reformas.

^ Palabras clave

Evasión tributaria, Criptoactivos, Intercambio automático de información tributaria, Finanzas descentralizadas

^ Abstract

The extraordinary economic importance that the crypto-assets market is acquiring, together with their characteristics, may be an incentive for tax evasion, considering the difficulty in obtaining information on the operations of this type of assets. Currently, measures for the automatic exchange of tax information do not contemplate operations on crypto-assets. In the light of future reforms of these measures, in this paper we will examine the current framework, deliberate on it, and conclude with some observations on the main controversial issues that arise regarding these reforms.

^ Keywords

Tax evasion, Crypto-assets, Automatic exchange of tax information, Decentralized finance

I. Consideraciones previas: el mercado de los criptoactivos como un nuevo desafío tributario

Como señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) ⁽¹⁾, los extraordinarios avances tecnológicos que vivimos están posibilitando un proceso disruptivo con una extraordinaria e imparable expansión en la esfera económica mundial. Este proceso permite la representación, dentro de un registro informático de carácter descentralizado, de un conjunto amplísimo de valores y de derechos a través de unidades digitales denominadas criptoactivos –aunque, como veremos posteriormente, no existe, en la actualidad, una terminología homogénea en el ámbito internacional–, los cuales pueden ser objeto de una multitud de negocios jurídicos.

Estas unidades son conocidas, en los mercados, por el término inglés *token* ⁽²⁾, el cual es traducido como "ficha" en la versión en español de la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo los mercados de criptoactivos y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, de 24 de septiembre de 2020 (en adelante, Propuesta de Reglamento MiCA) ⁽³⁾. Dicha representación puede recaer, tanto sobre elementos patrimoniales existentes físicamente (por ejemplo, bienes inmuebles u obras de arte), como sobre otros creados *ex novo*, a través de un proceso informático, siendo las criptomonedas el primer caso y, por ello, el más conocido –ya que el Bitcoin apareció en 2009–, aunque no el único.

En efecto, el proceso expuesto está afectando, con el paso del tiempo, a un abanico cada vez mayor de elementos, alcanzando sus operaciones importes extraordinarios. En este sentido, a fecha 17 de noviembre de 2021 ⁽⁴⁾, pueden

cuantificarse más de catorce mil trescientas clases de criptoactivos distintos, ascendiendo el valor de la capitalización mundial de este mercado a una cuantía de dos billones y setecientos mil millones de dólares estadounidenses.

Esta trascendente relevancia económica de las operaciones con criptoactivos, junto con las características que estos poseen, han concitado el interés creciente de los legisladores y organismos reguladores competentes, tanto en el ámbito supranacional, como en la esfera doméstica, a los efectos de lograr un marco normativo adecuado ante esta nueva realidad económica ⁽⁵⁾.

Dichas características son, fundamentalmente, su creación y negociación en el ámbito de una red descentralizada (es decir, sin la existencia de una entidad central, por ejemplo, un banco que valide las operaciones) –lo que facilita, sobremanera, la realización de operaciones de carácter transnacional–, así como el pseudoanonimato de los intervinientes en las operaciones (esto es, las operaciones quedan reflejadas en un registro informático, pero donde sólo se pueden conocer determinados datos de las operaciones pero no, por ejemplo, la identidad concreta de los sujetos intervinientes).

A lo anterior, habría que añadir la aparición y desarrollo de nuevos y cambiantes modelos de negocio en este ámbito, por ejemplo, las denominadas finanzas descentralizadas (*decentralized finance* –en adelante, DeFi–), donde una gran variedad de operaciones financieras (por ejemplo, préstamos) sobre criptoactivos se realizan automáticamente entre las partes, así como el desarrollo del mercado de los denominados *tokens* no fungibles (*non-fungible tokens* –en adelante, NFTs–) ⁽⁶⁾, los cuales presentan unas características propias y específicas, por lo que no pueden ser intercambiados por otros.

Además, en nuestra opinión, los legisladores deben enfrentarse a nuevos retos en poco tiempo, como es la cada vez más próxima implantación, a escala mundial, de los denominados "metaversos" ⁽⁷⁾, es decir, de mundos cibernéticos, donde los sujetos intervinientes, a través de personajes virtuales –denominados, avatares–, pueden interactuar entre ellos y realizar diversos negocios jurídicos (por ejemplo, la compra de parcelas o ropa de carácter virtual y que se representan a través de los citados NFTs).

Expuesto lo anterior, debemos indicar que, en la esfera internacional, dicho interés regulatorio fue, inicialmente, limitado ya que se centró, exclusivamente, en una clase de este tipo de activos, en concreto, las criptomonedas y, además, sólo en su función como instrumentos que pudieran permitir la financiación de actividades ilícitas y el blanqueo de capitales, aunque, posteriormente, se ha trasladado dicho interés a los criptoactivos con carácter general.

En este sentido, el Grupo de Acción Financiera Internacional (*Financial Action Task Force* –en adelante, GAFI–) ⁽⁸⁾ ha publicado diversas guías –y adaptaciones de las mismas– ⁽⁹⁾ sobre los estándares de información para la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, en el ámbito de las operaciones realizadas con los "activos virtuales" –no utiliza el término "criptoactivo"–: (i) en 2014 ⁽¹⁰⁾ y 2015 ⁽¹¹⁾, sobre el riesgo de las transacciones efectuadas con "monedas virtuales" (*virtual currencies*); (ii) en 2018 ⁽¹²⁾, una actualización de dichas guías englobando también al "activo virtual" (*virtual asset*) y al "proveedor de servicios sobre activos virtuales" (*virtual asset service provider*); (iii) en 2019 ⁽¹³⁾ publicó una guía más detallada basada en el riesgo de operaciones sobre los activos virtuales; además, extiende la denominada "regla de viaje" (*travel rule*) a los proveedores de servicios sobre "activos virtuales" ⁽¹⁴⁾; y (iv) finalmente, en octubre de 2021 ⁽¹⁵⁾, ha publicado una actualización de la citada guía donde se contemplan los riesgos que pueden derivarse de los recientes desarrollos tecnológicos en este ámbito, entre los que se encuentran los vinculados a las DeFi y a los NFTs.

Por su parte, el legislador de la Unión Europea (en adelante, UE) también proyectó su interés inicial en relación con las criptomonedas (pero utilizando la denominación de "monedas virtuales"), aunque, exclusivamente, en la referida esfera de la lucha contra el blanqueo de capitales.

En efecto, con el objeto de incluir, en su ámbito de aplicación, a este tipo de criptoactivos, así como a los proveedores de determinados servicios sobre los mismos (en concreto, a aquellos que prestan el servicio de custodia de las claves o "llaves" criptográficas privadas, así como a los que realizan el servicio de intercambio de "monedas virtuales" –por ejemplo, el Bitcoin– por monedas fiduciarias –por ejemplo, el euro–), la Directiva (UE) 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (en adelante, Directiva 2015/849) ha sido modificada por la Directiva (UE) 2018/843, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018 (en adelante, Directiva 2018/843) ⁽¹⁶⁾, modificación que, como veremos más adelante, ha sido transpuesta, recientemente, al ordenamiento español.

El imparable desarrollo de la economía digital que se está produciendo ha comportado que la Comisión Europea haya adoptado, el 24 de septiembre de 2020, la Estrategia de Finanzas Digitales ⁽¹⁷⁾ que abarca, tanto la implementación de políticas en este ámbito financiero y en el de los pagos minoristas, así como diversas propuestas legislativas en la esfera de los criptoactivos y de la resiliencia operativa digital. De dichas iniciativas debemos destacar la citada Propuesta de Reglamento MiCA, la cual tiene visos de constituir el germen de la primera regulación supranacional específica al respecto, siendo su finalidad básica, no de carácter tributario, sino la de paliar la inseguridad jurídica, en este tipo de mercados ⁽¹⁸⁾, cuando los criptoactivos emitidos no se encuentran entre los recogidos en el artículo 2.2 de dicha Propuesta (es decir, no se

pueden calificar como un instrumento financiero, dinero electrónico, depósitos –incluidos los depósitos estructurados– o titulizaciones), supuestos en que el Derecho de la Unión Europea (en adelante, Derecho de la UE) ya ha establecido normas específicas de aplicación.

Además, también en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales y la trazabilidad de las operaciones sobre los criptoactivos se está trabajando, en el seno de la UE, en la aprobación de futuras normas que mejoren el régimen de transparencia y control vigente ya que, en la actualidad y como se ha comentado anteriormente, sólo las "monedas virtuales" y determinadas categorías de proveedores de servicios sobre las mismas se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de las normas de la UE en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En este sentido, y dentro del paquete legislativo presentado, el 20 de julio de 2021 ⁽¹⁹⁾, por la Comisión Europea, se incluyen diversas iniciativas legislativas que tienen por objeto garantizar la trazabilidad de las operaciones realizadas en este ámbito. Entre las mismas cabe destacar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos ⁽²⁰⁾.

Expuesto lo anterior, debe indicarse que el reto legislativo apuntado es especialmente relevante en el ámbito de la tributación ya que, como indica SOLER ROCH, es necesario que los sistemas tributarios persigan una "efectiva integración de nuevas manifestaciones de riqueza en zonas de riesgo de inmunidad fiscal como los cripto activos" ⁽²¹⁾.

Desde esta perspectiva, la OCDE ⁽²²⁾ y la Comisión Europea ⁽²³⁾ indican que dicho desafío tributario se centra, fundamentalmente, en las siguientes cuestiones: (i) la determinación de unos criterios y un marco normativo claros que tengan en cuenta la diversa taxonomía y naturaleza jurídica de los criptoactivos; y (ii) la adopción de las medidas adecuadas para garantizar la transparencia de las operaciones sobre dichos activos y evitar, de esta forma, la evasión tributaria que su utilización puede comportar.

En la actualidad, la lucha contra la evasión tributaria vinculada a los criptoactivos se está implementando, tanto desde el prisma de las jurisdicciones domésticas, como desde el internacional. Desde el primero de dichos prismas, y en el caso concreto de nuestro país, debemos hacer referencia a dos normas que establecen algunas obligaciones específicas de información en favor de la correspondiente Administración tributaria pero que se circunscriben, exclusivamente, a las "monedas virtuales", aunque sin contemplar el resto de criptoactivos; en este sentido, el Preámbulo de las mismas indica que dichos cambios están en consonancia con la citada modificación de la Directiva 2015/849.

Por un lado, debemos referirnos a la Ley Foral navarra 21/2020, de 29 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias y de modificación del Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y de Urbanismo. Por otro, a la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego. Dichas normas implantan determinadas obligaciones de información que afectan, por un lado, a los prestadores –en nombre de terceros– de algunos servicios sobre las "monedas virtuales" o a los emisores de las mismas ⁽²⁴⁾; por otro, a los titulares de dichas monedas –o sujetos beneficiarios–, autorizados o que, de cualquier otra forma, puedan disponer de las mismas, siempre que se encuentren *situadas* en el extranjero ⁽²⁵⁾.

Por lo que se refiere al ámbito internacional destaca la lucha contra este tipo de evasión a través de la cooperación internacional sustanciada mediante el intercambio de información tributaria, el cual se puede realizar de diversas maneras ⁽²⁶⁾. En primer lugar, a través del mecanismo previsto en el artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE en materia de Renta y Capital (en adelante, MCOCDE) o de los Acuerdos de Intercambio de Información entre las Administraciones tributarias de los Estados signatarios. En segundo lugar, por medio de los sistemas centrados en el intercambio automático de información tributaria ya que, en la actualidad, y como analizaremos a lo largo de este trabajo, actualmente, no se encontrarían englobados los criptoactivos ⁽²⁷⁾.

Precisamente, al análisis de estos últimos sistemas vamos a dedicar nuestro estudio atendiendo, en primer lugar, a que las características que poseen los criptoactivos comportan que la lucha contra la evasión tributaria se tenga que realizar, de una manera coordinada, en la esfera internacional. En segundo lugar, a que, por un lado, la OCDE ⁽²⁸⁾ está trabajando sobre cómo debe articularse un estándar para el intercambio automático de información de las operaciones realizadas con los criptoactivos y basado en los procedimientos de declaración y diligencia debida que se definen en el Estándar Común de Declaración (*Common Reporting Standard* –en adelante, CRS–) en relación con las cuentas financieras, al no contemplarse, en la actualidad, a los criptoactivos. El CRS se ha inspirado en la Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras norteamericana (*Foreign Account Tax Compliance Act* –en adelante, FATCA–) de los Estados Unidos de América de 2010.

Por otro lado, y por lo que se refiere a la UE, existe una preocupación creciente en establecer las medidas adecuadas que permitan luchar contra la evasión tributaria derivada del apuntado desarrollo de los criptoactivos y la implementación de reglas que faciliten el intercambio de información, siendo coherente y debiendo coordinarse esta labor con la que puedan llevar a cabo otras organizaciones internacionales, como es el caso de la citada OCDE.

Este interés se relaciona con dos cuestiones fundamentales: (i) la inexistencia de una información específica sobre las operaciones realizadas con este tipo de activos en cada Estado miembro, circunstancia de la que puede derivar una falta de recaudación impositiva en dicho Estado, con la consecuente repercusión también en el ámbito presupuestario de la Unión; y (ii) la necesaria adaptación, para afrontar esta nueva realidad, de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CE [en adelante, Directiva 2011/16/UE].

Sin duda, nos encontramos ante un reto normativo apasionante donde se afrontan los primeros pasos para el establecimiento de un marco internacional adecuado para el intercambio de información tributaria en la esfera de los criptoactivos y que permita luchar, de una manera eficiente, contra la evasión tributaria vinculada al desarrollo de este mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este trabajo vamos a reflexionar sobre dicho marco, incidiendo, especialmente, sobre determinados aspectos que se deberían tener en cuenta a la hora de implementarlo en el ámbito de la UE, y los cuales, desde nuestro punto de vista, pueden resultar controvertidos.

En cualquier caso, y atendiendo a la complejidad de los criptoactivos y a la relevancia que su examen tiene en el desarrollo de este trabajo, consideramos necesario empezar nuestro estudio dedicando los dos primeros epígrafes a analizar el concepto, las clases, y las características de este tipo de activos, así como las principales formas de generación de los mismos y los sujetos intervinientes.

II. Concepto, características y clases de los criptoactivos

1. Concepto y características

Como indica la OCDE ⁽²⁹⁾, en la actualidad no existe una definición legal estandarizada del término "criptoactivo" en el ámbito internacional, así como tampoco una terminología homogénea.

Por lo que se refiere al Derecho de la UE sólo podemos encontrar la definición de una de las clases de criptoactivos, en concreto, de la criptomoneda, aunque bajo la denominación de "moneda virtual", la cual es 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* ⁽³⁰⁾, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos (artículo 3, apartado 18 ⁽³¹⁾, de la referida Directiva 2015/849).

La citada definición ⁽³²⁾ ha sido incorporada, a nuestro ordenamiento jurídico, a través de un nuevo apartado 5 al artículo 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales (en adelante, LPBC) por el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, el cual modifica la citada LPBC.

En cualquier caso, la apuntada indeterminación legal en el ámbito de la UE está camino de resolverse si atendemos a la definición contenida en la referida Propuesta de Reglamento MiCA. En efecto, su artículo 3.1.2) conceptúa el término "criptoactivo", de una manera amplia, como *una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar*. Además, se definen distintos tipos de *tokens* o "fichas", como veremos más adelante al desarrollar su taxonomía, a los efectos de determinar su ámbito de aplicación ⁽³³⁾.

Por su parte, el GAFI utiliza el término "activo virtual" (*virtual asset*), el cual es conceptualizado de manera similar a lo realizado en la Propuesta de Reglamento MiCA, es decir, *"a digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes. Virtual assets do not include digital representations of fiat currencies, securities and other financial assets that are already covered elsewhere in the FATF Recommendations"* ⁽³⁴⁾.

Por otro lado, el artículo 3.1.1) de dicha Propuesta conceptúa, de manera muy parca, la tecnología de registro descentralizado (en adelante, TRD) como *aquella que soporta el registro descentralizado de datos cifrados* ⁽³⁵⁾. La misma permite crear y utilizar una base de datos única que se encuentra distribuida o replicada entre todos los participantes en la correspondiente red descentralizada (conocidos como nodos) a través de copias idénticas de la misma, la cual se actualiza, de manera sincronizada y por un mecanismo de consenso entre aquellos, a través de un procedimiento preestablecido, el cual garantiza que las anotaciones realizadas en cada registro descentralizado son seguras, veraces e inalterables ⁽³⁶⁾.

Una modalidad de la TRD es la que se basa en la "cadena de bloques" (*blockchain*), donde la información sobre las transacciones realizadas se almacena en forma de bloques consecutivos. Además, existen distintos tipos de cadenas según los protocolos informáticos que rijan cada una de ellas. Cada registro descentralizado se fundamenta en un sistema criptográfico asimétrico, ya que es relevante la utilización de dos clases de claves o "llaves" por el titular de los criptoactivos

para poder operar con los mismos. Una de ellas es de carácter público y permite la verificación de que una determinada operación se ha realizado utilizando otra de naturaleza privada y secreta; esta última funciona de manera similar a la contraseña particular que permitiría operar con una cuenta bancaria posibilitando, de esta forma, que cada nodo pueda disponer de las unidades de un determinado criptoactivo.

Precisamente, este sistema criptográfico asimétrico es el que otorga un carácter de pseudoanonimato a las operaciones realizadas ya que, aunque cualquier nodo del registro descentralizado puede tener acceso a las operaciones efectuadas en el mismo, dicha información, como indica PÉREZ BERNABEU ⁽³⁷⁾, sólo se refiere a las siguientes cuestiones: (i) montante e instante en que se ha efectuado cada operación; y (ii) la clave pública utilizada, sin que exista otro tipo de información personal accesible sobre los intervinientes en la operación ⁽³⁸⁾.

No obstante, existen transacciones donde su característica es el anonimato, es decir, ni siquiera se puede efectuar una trazabilidad mínima de las operaciones realizadas. Dicha circunstancia se conecta con la utilización de protocolos informáticos que garantizan la privacidad de las operaciones realizadas. A modo de ejemplo, puede citarse la criptomoneda Monero, donde, a través de la "llave" pública, no se puede acceder al historial de las operaciones realizadas por su tenedor, pasándose las operaciones por un mezclador de las mismas, lo que otorga una capa de anonimato adicional ⁽³⁹⁾; o la utilización de un "monedero electrónico" o *e-wallet* anónimo y donde no queda identificado la persona que los utiliza, ni siquiera la dirección IP desde donde operan –por lo que, en el paquete de la normativa anti-blanqueo presentado, en julio de 2021, por la Comisión Europea, se recoge la previsión de prohibir este tipo de monederos– ⁽⁴⁰⁾.

El almacenamiento de la citada clave privada se puede realizar de varias maneras, siendo una de ellas a través del referido *e-wallet* o "monedero electrónico", ya sea utilizando los propios medios del nodo (por ejemplo, instalando un determinado *software* en su ordenador), bien empleando los servicios de custodia realizados por un tercero a cambio de una contraprestación ⁽⁴¹⁾. Si el "monedero electrónico" está conectado a Internet se denomina en inglés *hot wallet* o "monedero caliente", mientras que, si no acontece la circunstancia anterior, se conoce como *cold wallet* –"monedero frío"– ⁽⁴²⁾. Por lo tanto, los criptoactivos no se encuentran localizados físicamente en los citados "monederos electrónicos" (es decir, estos no los almacenan), sino que en dichos monederos se encuentra ubicada la clave privada que va a permitir operar con los criptoactivos ⁽⁴³⁾.

Por lo que se refiere a la definición de las empresas que efectúan el servicio de custodia de las referidas claves, el artículo 3.19) de la Directiva 2015/849 ⁽⁴⁴⁾ las conceptúa como aquellas que prestan *servicios de salvaguardia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes, para la tenencia, el almacenamiento y la transferencia de monedas virtuales*, definición que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico en un nuevo apartado 7 del artículo 1 de la Ley LPBC a través de su modificación por el artículo 3.1 del citado Real Decreto-ley 7/2021.

En cuanto a las transacciones con los criptoactivos, hay que indicar que pueden realizarse de diversas formas ⁽⁴⁵⁾. En este sentido, destacan aquellas que se efectúan a través de plataformas de negociación de este tipo de activos (las cuales se conocen bajo la denominación inglesa de *exchanges*), pero también pueden efectuarse directamente entre las partes, es decir, en su propio nombre y sin la intervención directa de ningún intermediario o proveedor de servicios vinculados a este tipo de activos.

El artículo 3.1.11) de la Propuesta de Reglamento MiCA define a este tipo de plataformas como *aquellas en las que múltiples terceros que compran y venden intereses relacionados con criptoactivos pueden interactuar de tal manera que nace un contrato, bien al canjearse un criptoactivo por otro, bien al canjearse un criptoactivo por una moneda fiat de curso legal*.

Por su parte, el artículo 3.1 del referido Real Decreto-ley 7/2021 ha incorporado un nuevo apartado 6 al artículo 1 de la Ley LPBC donde se define *por cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria la compraventa de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado en el país en el que haya sido emitido*. Es decir, sólo contempla, a efectos de la aplicación de la normativa anti-blanqueo, este tipo de actividades.

Por lo que se refiere a las cuestiones terminológicas y conceptuales, el GAFI utiliza el término de "proveedor de servicios sobre activos virtuales" (*virtual asset provider service*), el cual es cualquier persona física o jurídica –no cubierta por el estándar que se aplica a otras instituciones o intermediarios– y que, como una actividad empresarial, desarrolla alguno de estos servicios para o en nombre de un tercero ⁽⁴⁶⁾: (i) el intercambio de activos virtuales por moneda fiduciaria; (ii) el intercambio entre una o diversas formas de este tipo de activos; (iii) la transferencia de los mismos; (iv) la custodia y administración de activos virtuales o instrumentos que permitan mantener el control sobre dichos activos; y (v) la participación y la provisión de servicios financieros relativos a la oferta y venta de activos virtuales.

Los referidos *exchanges* prestan su servicio a cambio de una compensación bien criptomonedas, bien moneda fiduciaria –por ejemplo, el euro o el dólar estadounidense–, pudiendo incluir, además, la citada función de salvaguardia del "monedero electrónico" entre los servicios prestados.

En cualquier caso, debemos advertir que los *exchanges* no presentan características homogéneas, sino que existen distintos tipos como consecuencia del constante desarrollo tecnológico en este ámbito. En efecto, estas plataformas de intercambio pueden tener, bien un carácter centralizado ⁽⁴⁷⁾ –donde, por ejemplo, es necesario acceder a la infraestructura informática del *exchange* para utilizar el "monedero electrónico" y realizar la transacción ya que dicho monedero se encuentra ubicado en dicha infraestructura–, bien un carácter descentralizado (conocidos, por las siglas DEX), donde las transacciones se realizan directamente entre las partes de manera automática a través de un "contrato inteligente" (*smart contract*) ⁽⁴⁸⁾.

Un *smart contract* es, en realidad, una serie de códigos informáticos (*scripts*) con diversas finalidades. Una definición jurídica de este término la podemos encontrar en el ordenamiento de un Estado norteamericano, concretamente en la reciente *Wyoming Decentralized Autonomous Organization Supplement* de 2021 ⁽⁴⁹⁾, donde se califica como una transacción automatizada que ejecuta los términos de un acuerdo ⁽⁵⁰⁾ y que puede incluir, tanto la custodia y transferencia de un determinado activo, como la administración de los votos de una "organización autónoma descentralizada" (*decentralized autonomous organization* –en adelante, DAO–) o, incluso, la emisión de instrucciones autoejecutables vinculadas a las anteriores operaciones, con base en que acontezcan o no determinadas condiciones previamente especificadas.

Por lo que se refiere a las DAO, este tipo de organización no tiene una definición legal en nuestro país, siendo su naturaleza jurídica una cuestión ciertamente controvertida. En este sentido, ERCILLA HERNÁNDEZ la conceptúa como "aquella organización humana para cuya regulación de las relaciones y del cumplimiento de objetivos, se dotan de un 'contrato inteligente' de propósito general, en el que se definen, algorítmicamente, los distintos elementos que han de constituir dicha organización" ⁽⁵¹⁾.

No obstante, el Estado norteamericano de Wyoming ya ha reconocido legalmente a las DAO, las cuales son consideradas como organizaciones autónomas de responsabilidad limitada ⁽⁵²⁾, existiendo dos tipos; por un lado, aquellas donde sus miembros pueden participar en la gestión de las mismas; por otro, aquellas cuyo funcionamiento se encuentra exclusivamente automatizado y funciona a través de algoritmos informáticos ⁽⁵³⁾.

Precisamente relacionado con el apuntado desarrollo tecnológico debe hacerse una especial referencia, por un lado, a la cada vez mayor expansión de las citadas DeFi, término omnicomprendivo y que se refiere a la realización de operaciones sobre criptoactivos (por ejemplo, préstamos) ⁽⁵⁴⁾, de manera automática, sin la existencia de ninguna entidad central entre las partes y utilizando códigos informáticos abiertos. Dichas operaciones comportan el empleo de los citados *smart contracts* ⁽⁵⁵⁾, pudiendo utilizarse las denominadas aplicaciones informáticas DeFi. Por otro lado, la expansión del "metaverso", el cual, hasta el momento, carece de una definición jurídica. Como hemos indicado en páginas anteriores, se trata de un mundo cibernético y donde sus intervinientes tienen la posibilidad de interactuar, en tiempo real, entre ellos, pudiendo realizar negocios jurídicos sobre activos virtuales nativos de la plataforma que desarrolla este mundo paralelo, utilizando, para ello, la "moneda virtual" que se haya emitido en la correspondiente plataforma o iniciativa ⁽⁵⁶⁾.

Para finalizar este apartado debemos indicar que, con el objeto de facilitar, entre el público en general, las operaciones con criptomonedas, está creciendo el número de cajeros automáticos (conocidos como cajeros ATM) donde dichas monedas se pueden comprar o vender ⁽⁵⁷⁾.

2. Clases

En relación con esta cuestión debe indicarse, como punto de partida, que no existe una taxonomía legal estandarizada de los criptoactivos en la esfera internacional ⁽⁵⁸⁾. No obstante, se puede realizar una primera distinción ⁽⁵⁹⁾ entre aquellos que representan un valor o un derecho sobre un bien existente físicamente (como pueden ser una obra de arte), y los que son "nativos" de las redes descentralizadas, es decir, se emiten dentro de las mismas y sin que exista la apuntada conexión con un elemento patrimonial que tiene una existencia previa, siendo su ejemplo inicial y paradigmático las criptomonedas.

Además de la anterior distinción, los criptoactivos se suelen clasificar en los siguientes tres grandes grupos, atendiendo a su terminología en inglés ⁽⁶⁰⁾:

(i) *Payment tokens* ⁽⁶¹⁾

La traducción de este término al español es la de "fichas de pago" ⁽⁶²⁾, las cuales se utilizan, generalmente, como un medio de intercambio para la obtención de bienes y servicios, abarcando, específicamente, a las criptomonedas. Por lo general, no hay ninguna persona, grupo o activo que los respalde; por ello, su valor se relaciona con la función de intercambio apuntada, pudiendo constituir también un elemento de inversión e, incluso, de especulación –como, en muchos casos, sucede en la práctica–.

Uno de los problemas que este tipo de criptoactivos plantea es la importantísima oscilación –o incluso pérdida– de su valor que se puede producir debido a su altísima volatilidad. Por ello, se está desarrollando la idea de crear aquellos que tengan una valoración relativamente estable y que se conocen en los mercados como "monedas estables" (*stablecoins*) ⁽⁶³⁾. A la hora de definir las, la citada Propuesta de Reglamento MiCA no utiliza el término "moneda", sino que realiza la siguiente distinción:

a) los *asset-referenced tokens* o "fichas referenciadas a activos" y que son un *tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de varias monedas fiat de curso legal, una o varias materias primas, uno o varios criptoactivos, o una combinación de dichos activos* –artículo 3.1.3)–; y b) los *electronic money tokens* o "fichas de dinero electrónico", y cuya principal finalidad es la de ser usados como medio de intercambio y que, a fin de mantener un valor estable, se refieren al valor de una moneda fiat de curso legal –artículo 3.1.4)–.

Además de la aparición de las referidas "monedas estables", también debe destacarse la creciente iniciativa de que los respectivos Bancos Centrales emitan criptoactivos que tengan una función de medio de pago y que se conocen bajo el término "moneda digital de banco central" (*central bank digital currency*), y que pueden ser complementarias del dinero en formato físico ⁽⁶⁴⁾.

(ii) *Utility tokens*

O "fichas de servicio" en español y que, de acuerdo con el artículo 3.1.5) de la Propuesta de Reglamento MiCA, es un *tipo de criptoactivo usado para dar acceso digital a un bien o un servicio, disponible mediante TRD, y aceptado únicamente por el emisor de la ficha en cuestión* ⁽⁶⁵⁾.

La adquisición originaria de este tipo de criptoactivos deriva de su entrega por el emisor a cambio de una contraprestación consistente, bien en la entrega de criptomoneda o moneda fiduciaria, bien como recompensa a algunos nodos por la realización de determinados servicios –por ejemplo, el mantenimiento del registro descentralizado que sirve de sustrato a dichos criptoactivos– ⁽⁶⁶⁾.

(iii) *Security tokens*

A diferencia de lo que acontece con las clases anteriores, no podemos encontrar, ni un pronunciamiento administrativo, ni una referencia normativa, donde exista una traducción al español de este término. Dentro de la doctrina científica de nuestro país, PASTOR SEMPERE los traduce como "tokens que representan valores" ⁽⁶⁷⁾.

Por su parte, la CNMV y el Banco de España vinculan dicha denominación con aquellos criptoactivos que otorgan el derecho a participar, bien en los beneficios futuros, bien en la revalorización del ente emisor o de un determinado negocio ⁽⁶⁸⁾.

A la anterior clasificación (y sin perjuicio de que pudieran implementarse criptoactivos que tuvieran una naturaleza híbrida, es decir, que combinaran las características de distintas clases de ellos o que respondieran a características específicas), podría añadirse algún tipo más. Por ejemplo, los *asset-backed tokens* que representan un derecho sobre elementos patrimoniales existentes, ya sean tangibles (como bienes muebles o inmuebles), ya sean intangibles (por ejemplo, la propiedad intelectual), posibilitando su emisión que se pueda, incluso, fraccionar la titularidad de un determinado derecho ⁽⁶⁹⁾.

También en el ámbito de las DeFi desarrollado a través de una DAO adquieren relevancia los denominados *tokens* de gobernanza, los cuales no se encuentran definidos legalmente. Este tipo de criptoactivos otorga a sus titulares el derecho de voto respecto a las revisiones que se puedan proponer del funcionamiento del protocolo informático que rige los contratos inteligentes de una concreta DAO. En determinados casos, los titulares de esta clase de criptoactivos tienen, además, algún tipo de derecho económico (por ejemplo, participar en los beneficios de la actividad realizada por la DAO), por lo que su naturaleza jurídica entendemos que, en este caso, se podría asemejar a lo que es un título representativo de la participación en los fondos propios de una entidad.

Finalmente, queremos indicar que los criptoactivos pueden ser fungibles (esto es, se pueden intercambiar por otros) ⁽⁷⁰⁾, como no fungibles, es decir, los ya citados NFTs, los cuales se generan dentro de una red descentralizada ⁽⁷¹⁾, existiendo diversas plataformas para su negociación, destacando su utilización en el mundo del arte ⁽⁷²⁾.

III. Generación de los criptoactivos y sujetos intervinientes

Una vez analizados los distintos tipos de criptoactivos debemos proseguir nuestra exposición indicando que su creación o generación puede realizarse de varias maneras, con la intervención de distintos sujetos, entre las cuales debemos destacar las siguientes ⁽⁷³⁾:

(i) Su generación como retribución por los servicios de verificación y validación de las operaciones realizadas.

La inexistencia de una entidad central que valide las operaciones efectuadas utilizando la TRD comporta que sea necesario establecer métodos de comprobación y validación de dichas operaciones.

Uno de los métodos de validación es el conocido como "minería" y mediante el cual, alguno de los nodos participantes en el correspondiente registro descentralizado ("minero") se encarga de realizar la verificación y validación de un conjunto de transacciones efectuadas por los participantes en la red e incorporar la información al correspondiente registro.

En el caso de un registro basado en el *blockchain*, y como ya se ha adelantado, la información se almacena en forma de bloques consecutivos creando una cadena, por lo que la validación supone la incorporación de la información sobre dichas transacciones al correspondiente registro, configurando, de esta forma, un nuevo bloque. Por ello, la validación se logra calculando el algoritmo de resumen, o *hash*, mediante el cual se condensa un conjunto de información ya existente en un código alfanumérico, utilizándose, para ello, un mecanismo de consenso denominado prueba de trabajo o *proof-of-work* ⁽⁷⁴⁾.

A cambio de la prestación de estos servicios, el "minero" que primero halle el citado *hash* recibe, de la red, una retribución que consiste en una determinada cantidad de nuevas unidades de un criptoactivo, pero también puede percibir un porcentaje del importe del valor de las operaciones realizadas por cada nodo de la red, las cuales han sido verificadas por el "minero" ⁽⁷⁵⁾. Este método de validación comporta la realización de grandes inversiones en *hardware* y *software*, además de un extraordinario consumo de energía eléctrica, por lo que es frecuente la utilización de las denominadas "granjas" o *pools* de minería donde diversos nodos ponen en común dichos elementos, repartiéndose, entre ellos, las recompensas derivadas de las operaciones de verificación y validación anteriormente comentadas ⁽⁷⁶⁾.

(ii) Su emisión como una fórmula colectiva de financiación empresarial

A partir de 2017, aunque en la actualidad ha descendido su volumen, se están utilizando nuevas fórmulas de financiación empresarial de carácter colectivo y mediante las cuales, algunas iniciativas empresariales, a través de la emisión de determinados criptoactivos, pueden recibir recursos financieros –u otro tipo de contraprestación– de terceros para el desarrollo de un determinado proyecto ⁽⁷⁷⁾.

La primera de las fórmulas utilizadas fue la *Initial Coin Offering* (en adelante, ICO) –aunque en algunos casos se ha utilizado la terminología *Initial Token Offering*–. Pese a la denominación empleada, el promotor del proyecto que necesita financiación no suele emitir *payment tokens*, sino *utility tokens* a cambio de algún tipo de criptomoneda –o moneda fiduciaria– u otro tipo de contraprestación ⁽⁷⁸⁾. Ante la problemática que ha generado este tipo de financiación colectiva, especialmente en el ámbito de la seguridad jurídica de los inversores, se está desarrollando, en estos últimos años, otra fórmula de financiación que se denomina *Security Tokens Offerings* y que se trata de una emisión similar a una oferta pública de valores ⁽⁷⁹⁾.

Además de los anteriores métodos de creación, y como ya se ha indicado en páginas anteriores, la mejora tecnológica está posibilitando el desarrollo de las DeFi, lo que puede conllevar la creación de nuevos criptoactivos. A cambio de su aportación ⁽⁸⁰⁾, el inversor puede recibir, por ejemplo, un número de unidades de un determinado criptoactivo y que representan su participación en dicho *pool*, por lo que este criptoactivo se denomina *token* de proveedor de liquidez. Este inversor podrá recuperar su inversión, más la parte proporcional en la rentabilidad del *pool* que le corresponda, amortizando dicho *token*, pero también podría negociar con él, por ejemplo, vendiéndolo.

Por otro lado, se está incrementando la emisión y comercialización de los citados *tokens* no fungibles o NFTs ⁽⁸¹⁾, los cuales se pueden emitir, por ejemplo, a través de una plataforma que utiliza la "cadena de bloques" de Ethereum, negociándose a través de un *smart contract*.

Una vez explicado el concepto de criptoactivo, sus características, sus clases y su generación –incluyendo los sujetos intervinientes en dichas operaciones– pasamos a analizar qué medidas existen contra la evasión tributaria en el ámbito financiero, vinculadas al intercambio de información (las normativas FATCA, CRS y de la UE). Finalizaremos el trabajo reflexionando sobre el tema de la futura regulación del intercambio automático de información financiera en la esfera de los criptoactivos y aportando algunas conclusiones al respecto.

IV. Análisis de las medidas existentes vinculadas al intercambio de información contra la evasión tributaria en el ámbito financiero

1. Cuestiones previas

Las características específicas que poseen los criptoactivos pueden suponer un incentivo para su utilización con una finalidad de evasión tributaria. Dichas características son las siguientes ⁽⁸²⁾: (i) la inexistencia *per se* de un control centralizado de las operaciones sobre este tipo de activos; (ii) el pseudoanonimato de los intervinientes en dichas operaciones; (iii) las dificultades de valoración de este tipo de activos ⁽⁸³⁾; (iv) la existencia de figuras híbridas y su posible utilización dual como medios de pago y como formas de inversión; y (v) la rápida evolución de la tecnología que sirve de sustrato a este tipo de activos.

Frente a esta situación, los sistemas tributarios deben implementar y articular las medidas legales que permitan someter, de manera eficiente, a imposición las manifestaciones de capacidad económica vinculadas a los criptoactivos.

El adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes se fundamenta en un apropiado acceso de las distintas Administraciones a la información de las operaciones realizadas por los contribuyentes y en el intercambio de dicha información entre las Administraciones tributarias, siendo la estandarización, así como el automatismo de la información, los elementos configuradores de los sistemas modernos de intercambio ⁽⁸⁴⁾.

Por lo que se refiere al intercambio de información en la esfera internacional, el mismo se puede realizar a través de la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición o de los acuerdos bilaterales. En este sentido, el MCOCDE ⁽⁸⁵⁾ establece, en su artículo 26, un mecanismo de intercambio de información tributaria entre los Estados contratantes. En concreto, su apartado 1 indica que "[l]as autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la

legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales en la medida en que la imposición prevista (...).

Sin embargo, ni en dicho Modelo, ni en sus Comentarios, se hace una referencia expresa a los criptoactivos. A este respecto, debe recordarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.2 del citado MCOCDE, "[p]ara la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras Leyes de ese Estado".

En nuestra opinión, la aplicación práctica de esta cláusula se encuentra sujeta a importantes dificultades atendiendo, sobre todo, a la existencia de una terminología heterogénea en las distintas jurisdicciones nacionales ("criptoactivo", "activo virtual", "moneda digital"), o a la falta de una calificación jurídica homogénea.

Por otro lado, existen los sistemas de intercambio automático de información financiera en el ámbito tributario. En este sentido, en primer lugar, debe hacerse referencia a la ya citada FATCA, la cual establece el mandato de que las entidades financieras extranjeras deben registrarse en el *Internal Revenue Service* (en adelante, IRS) y cumplir con determinadas obligaciones de información sobre las cuentas que personas estadounidenses tienen en dichas entidades, formalizándose, para su aplicación, diferentes acuerdos con los distintos países, es decir, se basan en acuerdos bilaterales. Además, de afectar a dichas entidades financieras, también se establecen obligaciones de información que recaen sobre los contribuyentes que tienen determinadas cuentas, de naturaleza financiera, en el extranjero.

En segundo lugar, debe destacarse la labor llevada a cabo por la OCDE. En este sentido y teniendo en cuenta que el GAFI ha ampliado sus requerimientos de información al mercado de los criptoactivos y a los proveedores de determinados servicios sobre los mismos, la OCDE ⁽⁸⁶⁾ está trabajando sobre cómo este sector debe ser cubierto por el CRS ya que, ni los citados criptoactivos, ni los referidos prestadores de servicios sobre estos se encuentran, en la actualidad, dentro del ámbito de aplicación del mismo.

Por su parte, el legislador comunitario se ha mostrado sensible en relación con la lucha contra la elusión tributaria y la potenciación del establecimiento de medidas que faciliten el intercambio de información tributaria pero no teniendo *in mente*, hasta la actualidad, a los criptoactivos. En efecto, después de que, en años precedentes, se hayan elaborado directivas en fomento de la transparencia fiscal donde no se contemplaban a este tipo de activos, a la UE le empieza a preocupar que los criptoactivos puedan suponer un incentivo a la economía sumergida y socavar el mercado de los instrumentos financieros si las rentas derivadas de las operaciones con este tipo de activos no se declaran o se hace con un carácter parcial.

Por ello, la Comisión Europea tiene prevista una modificación de la Directiva 2011/16/EU (modificación conocida como DAC 8) con la finalidad de posibilitar, a las Administraciones tributarias de los Estados miembros, nuevos elementos para luchar contra la elusión impositiva en este ámbito mediante una ampliación subjetiva y objetiva en las obligaciones del intercambio automático de información tributaria.

En las siguientes páginas vamos a analizar los referidos mecanismos de intercambio automático de información tributaria y su inaplicación, actualmente, al ámbito de los criptoactivos.

2. La normativa FATCA

En marzo de 2010, a través de la Ley de incentivos para restaurar el empleo (*The Hiring Incentives to Restore Employment Act*, se incluyó un nuevo capítulo cuarto en el *Internal Revenue Code* ⁽⁸⁷⁾ de los Estados Unidos de América, el cual recogía las disposiciones de la normativa FATCA.

El objetivo fundamental de dicha normativa FATCA es que el IRS pueda conocer las rentas de los contribuyentes estadounidenses (*US persons*) obtenidas en el extranjero, estableciendo la obligación de que las instituciones financieras extranjeras que operan en los Estados Unidos de América informen sobre los datos de determinadas cuentas en el extranjero titularidad de aquellos ⁽⁸⁸⁾.

Con el objeto de facilitar la aplicación práctica del mismo, la referida normativa FATCA se implementa a través de un régimen bilateral de intercambio de información entre los Estados mediante la firma de acuerdos intergubernamentales. Por ejemplo, existe un acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América ⁽⁸⁹⁾ en el que se establece un sistema de intercambio automático de información con fines tributarios en el ámbito de la asistencia mutua entre ambos Estados, en virtud de la autorización contenida en el artículo 27 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990.

En virtud de este acuerdo, se determina el intercambio de información de determinadas cuentas, en relación con las cuales, las instituciones financieras tienen la obligación de realizar una comunicación automática de información a su Administración tributaria de residencia, la cual será objeto de un intercambio automático de información a la Administración tributaria del otro Estado contratante.

A este respecto, la letra g) del artículo 1 de dicho acuerdo establece que, por "institución financiera", se entiende *las instituciones de custodia, las instituciones de depósito, las entidades de inversión o compañías de seguros específicas* – definidas en las letras h), i), j) y k), respectivamente–.

Por tanto, dichas instituciones financieras, a efectos de la aportación de la información, se clasifican en cuatro grandes grupos: (i) instituciones de custodia que se dedican a la tenencia de activos financieros por cuenta de terceros como una parte importante de su actividad económica –es decir, siempre que más del 20 por ciento de su renta bruta provenga de esa actividad o de servicios financieros relacionados con la misma en un determinado período–; (ii) instituciones de depósito, que son aquellas entidades que *aceptan depósitos en el ejercicio ordinario de la actividad bancaria o similar*; (iii) entidades de inversión, cuya actividad económica consiste en la realización, en nombre o en favor de terceros (o una entidad gestionada por otra entidad que realiza este tipo de actividad económica): a) de determinadas operaciones con activos financieros –por ejemplo, valores negociables–; b) gestión de inversiones de carácter colectivo o individual; o c) efectúan otras actividades de inversión, administración o gestión de fondos o en dinero, en nombre de terceros; y (iv) compañías de seguros específica que son cualquier entidad que sea una compañía de seguros (o la compañía dominante de la misma) que emite o está obligada a realizar pagos con respecto a un contrato de seguro con valor en efectivo o un contrato de anualidades.

A la hora de determinar las obligaciones de información, en el acuerdo citado se recogen distintos tipos de cuentas: (i) cuenta financiera, que es una cuenta abierta en una entidad financiera y comprende, por ejemplo, determinadas participaciones en el capital o en la deuda emitida por una entidad de inversión; (ii) cuenta de depósito y que *se refiere a toda cuenta comercial, cuenta corriente, cuenta de ahorro o cuenta a plazo, u otra cuenta identificada mediante un certificado de depósito, de ahorro o de inversión o de deuda o un instrumento similar*⁽⁹⁰⁾; (iii) cuenta de custodia (distinta de un contrato de seguro o de un contrato de anualidades) que es aquella que se abre en beneficio de un tercero *y en la que se deposita un instrumento financiero o un contrato para la inversión* (por ejemplo, las acciones o participaciones en una sociedad mercantil); (iv) participación en el capital⁽⁹¹⁾ (por ejemplo, en el caso de aquellas sociedades personalistas que sean una institución financiera comprenderá una participación en su capital o en sus beneficios); (v) contrato de anualidades⁽⁹²⁾ que es aquel en que el emisor acuerda efectuar pagos, en un plazo determinado, según las expectativas de vida de una o varias personas físicas; y (vi) contrato de seguro con valor en efectivo, que es aquel contrato de seguro –distinto de un reaseguro– con un valor en efectivo superior a los cincuenta mil dólares estadounidenses –artículo 1, letras s), t), u), v), x), así como y), respectivamente–.

Por lo que se refiere a la información que se debe reportar en relación con las citadas cuentas, dicha información se encuentra especificada en el artículo 2.2 del acuerdo, distinguiendo entre los datos correspondientes a las cuentas estadounidenses –letra a)– y a las españolas –letra b)–.

En referencia a esta cuestión, y como manifiesta ZARLENGA⁽⁹³⁾, el IRS no ha emitido ninguna guía respecto a la aplicación de la normativa FATCA donde se indique en qué circunstancias un intermediario en operaciones sobre criptoactivos será considerado una "institución financiera" o una inversión vinculada a los criptoactivos puede calificarse como un "activo financiero", lo que genera inseguridad jurídica en cuanto a su aplicación⁽⁹⁴⁾.

En cualquier caso, esta autora señala que, aplicando las amplias definiciones⁽⁹⁵⁾ que existen en la normativa norteamericana, según el tipo de actividad realizada, determinadas entidades estarían sujetas a las obligaciones de información de la normativa FATCA. En concreto, en el caso de los *exchanges* centralizados sobre criptomonedas que salvaguardan las "llaves" privadas, los custodios de los *e-wallets* o "monederos electrónicos" y los fondos de inversión sobre criptomonedas pueden considerarse como *financial institution*⁽⁹⁶⁾ que proporcionan cuentas financieras⁽⁹⁷⁾ a sus clientes, por lo que, consecuentemente, y en el caso de que se pudieran calificar como *foreign financial institution*, deberían cumplir las referidas obligaciones de información.

Por lo que se refiere a la aplicación de la normativa FATCA a nuestro país en el ámbito de los criptoactivos, DE LA CUEVA y SÁNCHEZ⁽⁹⁸⁾ –opinión que compartimos– se muestran más escépticos en cuanto a dicha aplicación ya que indican que, salvo que empiecen a calificarse, expresamente, a los *exchanges* y a los "monederos virtuales" como "instituciones financieras" y como "cuentas financieras", respectivamente, no existirían obligaciones de información atendiendo al acuerdo firmado entre los Estados Unidos de América y nuestro país.

3. La normativa CRS

Como es conocido, el estándar CRS fue desarrollada en respuesta al llamamiento de los líderes del G-20 y aprobado, por el Consejo de la OCDE, el 15 de julio de 2014, e insta a las jurisdicciones, por un lado, a obtener información sobre sus instituciones financieras y, por otro, a intercambiar automáticamente esta información con otras jurisdicciones con un carácter anual⁽⁹⁹⁾.

Para ello, el CRS desarrolla determinadas cuestiones tales como: (i) el tipo de información financiera que se debe intercambiar; (ii) las instituciones financieras obligadas a transmitir dicha información; (iii) los distintos tipos de cuentas financieras sobre las que se debe informar; y (iv) los procedimientos de diligencia común razonables que las instituciones financieras deben seguir.

El fundamento normativo para la aplicación del CRS se sitúa en el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988, y modificado mediante Protocolo de enmienda hecho en París el 27 de mayo de 2010. Su artículo 6 posibilita el intercambio automático de información en materia tributaria entre los Estados firmantes.

Dicho intercambio se ha instrumentado a través del Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competente sobre intercambio automático de información de cuentas financieras (en adelante, AMAC), hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014, y que fue ratificado por nuestro país ⁽¹⁰⁰⁾. Este acuerdo establece dos obligaciones para las instituciones financieras españolas, conforme a los procedimientos regulados en el CRS: (i) deben determinar las cuentas, bien cuya titularidad, bien cuyo control, incumbe a residentes en Estados o jurisdicciones firmantes; y b) están obligadas a facilitar, con carácter anual, a la Administración tributaria española, la información sobre las referidas cuentas financieras.

El 9 de diciembre de 2014 se aprobó la Directiva 2014/107/UE del Consejo, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad, la cual amplía la esfera de la información que los Estados miembros deben facilitar, de manera similar con las obligaciones determinadas en el CRS "Estándar para el Intercambio Automático de Información sobre Cuentas Financieras en Materia Tributaria" ⁽¹⁰¹⁾. Como indica MARTÍNEZ GINER ⁽¹⁰²⁾, la incorporación, a nuestro ordenamiento jurídico, del estándar CRS vinculado al AMAC, así como la transposición de la referida Directiva 2014/107/UE, se ha realizado a través de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT ⁽¹⁰³⁾.

Expuesto lo anterior, procedemos a analizar la información que, en virtud de la normativa CRS, debe ser objeto de reporte sobre las cuentas financieras.

Por lo que se refiere a las instituciones financieras que tienen la obligación de aportar información (*reporting financial institutions*), dicha definición es amplia y comprende las corporaciones, asociaciones, *trusts* y fundaciones –excluyendo expresamente a las personas físicas ⁽¹⁰⁴⁾– que, a efectos tributarios, se encuentren ubicadas en una jurisdicción participante.

Dichas instituciones financieras, a efectos de la aportación de la información, se clasifican en cuatro grandes grupos ⁽¹⁰⁵⁾ –de manera similar a la normativa FATCA–: (i) institución de custodia; (ii) institución de depósito; (iii) entidad de inversión; y (iv) compañía de seguros específica.

En lo que atañe a las cuentas que deben ser objeto de información –y también en línea con lo establecido en la normativa FATCA–, se trata de las cuentas existentes en una institución financiera siempre que sean de alguno de los siguientes tipos ⁽¹⁰⁶⁾: (i) cuenta financiera –que incluye a las cuentas de custodia y de depósito ⁽¹⁰⁷⁾–; (ii) participación en el capital; (iii) contrato de anualidades; y (iv) contrato de seguro con valor en efectivo.

A este respecto, y como indica GIL SORIANO ⁽¹⁰⁸⁾, y en relación con las criptomonedas, la cuestión relevante es determinar si éstas y los prestadores de servicios sobre las mismas se encontrarían englobadas dentro de las definiciones de la normativa CRS y, por tanto, tendrían encaje en el estándar de intercambio sobre las cuentas financieras –y, consecuentemente, también en la normativa FATCA que, como ya se ha comentado es precursora de la normativa CRS–. También estima este autor que, la calificación de las criptomonedas como "activos financieros", conllevaría que se debiera facilitar información sobre las mismas por parte de las entidades que tuvieran la custodia de la "llave" privada, aunque el "monedero digital" no se considerara como una "cuenta financiera".

En cualquier caso, la OCDE considera que, en la actualidad, el CRS no contempla la obtención de información sobre los criptoactivos, por lo que, en 2020 ⁽¹⁰⁹⁾, se aprobó un plan de trabajo para revisar el CRS sobre información tributaria sobre las cuentas financieras basado en los procedimientos de declaración y diligencia, para incluir a los criptoactivos en su ámbito de aplicación.

En efecto, la OCDE ⁽¹¹⁰⁾ espera poder ofrecer un estándar internacional para el intercambio de información para luchar contra los riesgos de evasión tributaria vinculados a la expansión de los criptoactivos, donde determinados intermediarios financieros deberían desarrollar un papel fundamental a la hora de facilitar, a sus respectivas Administraciones tributarias, información sobre los sujetos y operaciones realizadas en este mercado. A la hora de redactar estas líneas, la OCDE no ha publicado una propuesta sobre las líneas básicas de dicho estándar.

4. La normativa de la Unión Europea

Las operaciones con los criptoactivos han experimentado un aumento sin precedentes durante la última década, destacando dicha circunstancia en el ámbito de la UE. Por ello, existe un interés y una preocupación creciente por parte de la Comisión Europea en implementar las medidas adecuadas que permitan, por un lado, obtener la información necesaria para someter a

control a los contribuyentes que obtienen rentas operando con criptoactivos; por otro, propiciar una mejor cooperación entre las Administraciones tributarias de los Estados miembros; y, finalmente, conseguir que los costes derivados del cumplimiento de estas obligaciones de información sean los mínimos posibles, a través del establecimiento de un estándar común de información en el ámbito de la UE.

En la actualidad, la Directiva 2011/16/UE no contempla ninguna obligación específica y general de información ⁽¹¹¹⁾, en relación con los criptoactivos, que recaiga sobre los intermediarios financieros que operan en cada Estado miembro, ni tampoco el intercambio automático de información entre los distintos Estados miembros en este ámbito, no siendo, por ello, de aplicación las modificaciones introducidas por la Directiva 2014/107/UE relativas a la obligatoriedad del intercambio automático de información sobre las cuentas financieras y las que hemos hecho antes referencia.

No obstante, la aplicación de la Directiva (UE) 2016/2258 del Consejo, de 6 de diciembre de 2016, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a la información contra el blanqueo de capitales ⁽¹¹²⁾, posibilita que, tras la inclusión, en 2018, de las "monedas virtuales" en el ámbito de aplicación de la citada Directiva 2011/16/UE, las autoridades tributarias puedan acceder a determinada información sobre la lucha contra el blanqueo de capitales en el ámbito de este tipo de activos, posibilitando el inicio de los procedimientos de cooperación administrativa establecidos por dicha Directiva 2014/107/UE.

En efecto, cuando la correspondiente unidad de lucha contra el blanqueo de capitales considere que una determinada operación puede suponer un caso de evasión tributaria, la información que hayan facilitado algunos sujetos (en concreto, los prestadores de los servicios de custodia de las "llaves" privadas o de plataforma de intercambio de las referidas monedas por moneda fiduciaria) sobre la propiedad efectiva y los procedimientos de aplicación efectiva y de la diligencia debida respecto al cliente establecidos en la Directiva 2011/16/UE, podrá facilitarse a las Administraciones tributarias de los Estados miembros.

En cualquier caso, consideramos que el acceso a la información de las Administraciones tributarias a través de la vía comentada tiene un carácter limitado e insuficiente, atendiendo a diversas cuestiones. En primer lugar, porque, incluso en el ámbito de las criptomonedas, dicha información no contempla, por ejemplo, el control de las operaciones que se realizan sin la intervención de *exchanges* o de los proveedores de los servicios de custodia de los "monederos electrónicos" ⁽¹¹³⁾. En segundo lugar, y especialmente, al no contemplar el resto de los tipos de criptoactivos.

Expuesto lo anterior, debe indicarse que la Comisión Europea aprobó, el 15 de octubre de 2020, el Plan de Acción para una Fiscalidad Equitativa y Sencilla que Apoye la Estrategia de Recuperación ⁽¹¹⁴⁾, el cual establece una serie de acciones en distintos ámbitos. En el mismo se indica que la aparición de diversas formas de inversión alternativa, donde destacan los criptoactivos o el dinero digital (*e-money*), puede suponer un obstáculo en materia de transparencia fiscal, además de comportar riesgos relevantes en la esfera de la evasión tributaria, por lo que se determinó actualizar la Directiva 2011/16/UE.

En efecto, con la finalidad de posibilitar que las Administraciones tributarias puedan disponer de la información necesaria sobre los contribuyentes que realizan operaciones con criptoactivos, además de mejorar la cooperación entre dichas Administraciones, en los momentos de redactar este trabajo, la Comisión Europea está trabajando sobre la posible actualización de la citada Directiva 2011/16/UE a través de la referida DAC 8, habiéndose presentado, para ello, la correspondiente evaluación inicial de impacto ⁽¹¹⁵⁾, la cual ha sido sometida al trámite de información pública, recibiendo los correspondientes comentarios hasta el 2 de junio de 2021.

El objetivo de esta iniciativa es asegurar una adecuada transparencia tributaria, la cual permita lograr una tributación equitativa en este ámbito; por ello, dicha evaluación busca establecer una definición del término "criptoactivo" para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva, así como identificar los intermediarios relevantes a estos efectos.

A este respecto, y como bien apunta VALERIANE ⁽¹¹⁶⁾, la definición concreta de los términos relativos a la economía virtual en los acuerdos internacionales es la forma óptima de luchar contra la evasión de carácter transnacional en este ámbito, atendiendo a que este tipo de activos deben ser reportados –en virtud de dichos acuerdos–, con carácter exhaustivo, permitiendo, de esta forma, un mayor conocimiento a las Administraciones tributarias.

Finalmente, es necesario indicar que la propuesta de la DAC 8 no debe considerarse de una manera aislada, sino que es necesario que exista una coordinación con otras iniciativas reguladoras de los criptoactivos, no sólo en el ámbito de la UE, sino también en otras esferas. Por ello, esta propuesta no debe contemplarse de una manera autónoma, sino que se encuentra relacionada y debe ser coherente, por un lado, con la Estrategia de Finanzas Digitales, con la citada Propuesta de Reglamento MiCA, y, por otro, con las iniciativas internacionales en este ámbito, como pueden ser los trabajos de la OCDE y del GAFI a los cuales nos hemos referido anteriormente.

En el siguiente epígrafe analizaremos los principales aspectos controvertidos que, en nuestra opinión, tiene el establecimiento de unos futuros estándares adecuados en el ámbito del intercambio automático de información, con una especial referencia, a la DAC 8; además, terminaremos exponiendo nuestras conclusiones al hilo de dicho análisis.

V. El tema abierto de la futura regulación del intercambio automático de información en la esfera de los criptoactivos: algunas conclusiones al respecto

La inherente naturaleza global del fenómeno de los criptoactivos comporta que estos sean unos elementos muy apropiados para la realización de operaciones de carácter transnacional, en las que no intervienen los intermediarios tradicionales en las operaciones financieras, pudiendo, por ello, ser unos instrumentos favorecedores de la evasión tributaria. En consecuencia, la cooperación tributaria en este ámbito se hace imprescindible, atendiendo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

La implementación de la DAC 8, y en qué grado debe conectarse con las anteriores iniciativas a nivel internacional plantea, según nuestra opinión, distintas cuestiones controvertidas que es necesario abordar. En primer lugar, si se debe utilizar una conceptualización global y omnicomprendensiva del término "criptoactivo" en coherencia con otras iniciativas legislativas. En segundo lugar, si, a efectos de su aplicación, se debería distinguir entre los distintos tipos de criptoactivos a la hora de determinar la información específica a facilitar. En tercer lugar, qué tipos de intermediarios serían los relevantes para aportar la información, teniendo también en cuenta que, en los mercados de criptoactivos, son cada vez más frecuentes las operaciones realizadas directamente entre las partes y sin la intervención directa de ningún intermediario o proveedor de servicios.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es decir, la adopción de un concepto amplio de criptoactivo, en consonancia con otras iniciativas en los distintos ámbitos del intercambio de información⁽¹¹⁷⁾, el Parlamento Europeo⁽¹¹⁸⁾ aboga por un concepto claro del término "criptoactivo" que sea coherente con los términos utilizados en los referidos trabajos de la OCDE y del GAFI. En el mismo sentido, la Federación Bancaria Europea⁽¹¹⁹⁾ considera que el punto de partida de la DAC 8 debería alinearse con la normativa anti-blanqueo de capitales, teniendo en cuenta las recomendaciones elaboradas por el GAFI, debiendo armonizarse con las definiciones recogidas en la normativa anti-blanqueo de la UE –y con las posibles modificaciones terminológicas que se puedan producir en este ámbito–, así como con la Propuesta de Reglamento MiCA.

En nuestra opinión, sería recomendable el establecimiento de un concepto coordinado del término "criptoactivo", que dotara de seguridad jurídica a las operaciones realizadas en este ámbito, concepto que debería tener en cuenta los crecientes y constantes cambios tecnológicos que se producen en esta esfera. En cualquier caso, consideramos que no sería adecuado dar una definición extraordinariamente amplia de dicho término, ya que podría acarrear que se sujetaran, a la obligación del intercambio de información, operaciones sobre activos virtuales que, en la práctica, no plantearían problemas relevantes de evasión tributaria (por ejemplo, aquellos que se utilizan en el ámbito del *gaming* en las plataformas digitales⁽¹²⁰⁾).

Conectamos lo expuesto con la segunda de las cuestiones controvertidas que, en nuestra opinión, suscita el futuro marco regulador del intercambio de información tributaria, que es la relativa a la posible necesidad de distinguir entre los distintos tipos de criptoactivos a estos efectos. En este sentido, la consultora KPMG⁽¹²¹⁾, en su contestación a la citada evaluación de impacto inicial, indica que se debería establecer una distinción entre las distintas clases de criptoactivos atendiendo a su utilización y características concretas, lo que podría focalizar y limitar el intercambio de información atendiendo a los posibles perfiles de riesgo de cada clase, clasificación que debería tener en cuenta los avances tecnológicos que se puedan ir produciendo. Esta circunstancia posibilitaría simplificar las obligaciones que pueda establecer la futura DAC 8 para aquellos criptoactivos cuya utilización pueda comportar un riesgo bajo de elusión tributaria.

En este sentido, queremos señalar diversos factores que, en la práctica, pueden plantear problemas de relevancia a la hora de concretar una taxonomía adecuada en el ámbito del intercambio de información. Por un lado, el rápido crecimiento de las tecnologías, así como de los nuevos modelos de negocio que se están implementando, cuestiones que, sin duda, son un reto relevante a estos efectos. Por otro, se añade un nuevo factor de complejidad, que es el hecho de que pueden existir criptoactivos de una naturaleza híbrida o que son susceptibles de utilizarse con distintos propósitos.

Un ejemplo palmario de la complejidad expuesta son los NFTs, los cuales, y como indica el GAFI⁽¹²²⁾ se pueden utilizar con distintos fines: (i) como medios de pago o de inversión⁽¹²³⁾; (ii) como elementos que representan activos financieros; o (iii) funcionar como un elemento coleccionable. A estos respectos, el GAFI considera que, en este último caso, los NFTs no entrarían en la definición que este organismo realiza del término "activo virtual", mientras que, en los otros dos supuestos, aquel señala que los Estados deberían realizar un análisis "caso por caso" para determinar qué recomendaciones del GAFI, en concreto, se deben aplicar.

En tercer lugar, en relación con quiénes deberían ser los intermediarios o sujetos más apropiados para proporcionar la correspondiente información a sus Administraciones tributarias para su intercambio, existen determinados sujetos que, desde nuestro punto de vista, no plantearían problemas a este respecto, como son los proveedores de los servicios de intercambio o *exchanges* centralizados, los custodios de los "monederos digitales", las empresa encargadas de las cajeros ATM o las entidades que emiten criptoactivos como fórmula de financiación empresarial (por ejemplo, en una ICO).

Sin embargo, es creciente el número de operaciones que se efectúan directamente entre las partes y sin la intervención directa de un proveedor de servicios sobre los criptoactivos. En este sentido, queremos resaltar aquellas operaciones que se

realizan en el ámbito de las DeFi, donde destacan las transacciones que se llevan a cabo de manera automática, a través de un *smart contract*, en una plataforma descentralizada y que es gestionada por una DAO.

En este caso, en nuestra opinión se plantean aspectos ciertamente controvertidos a la hora de determinar quién debe proporcionar la información a la Administración tributaria, por ejemplo, quién controla, con la suficiente influencia, el protocolo informático que rige el *smart contract* y, por lo tanto, sería el obligado a aportar la correspondiente información.

Relacionado con lo anterior, ya comentamos que se emiten los denominados *tokens* de gobernanza, a través de los cuales se pueden tomar decisiones sobre dicho protocolo. En relación con esta cuestión, el GAFI ⁽¹²⁴⁾ considera que aquellas personas que, a través de este tipo de *tokens*, mantienen el control o una influencia suficiente en dicho protocolo pueden considerarse como proveedores de los servicios de criptoactivos –y, por tanto, sujetos a las obligaciones de información–; este razonamiento plantea, en nuestra opinión, una serie de problemas prácticos: (i) con carácter general, el marco jurídico de los *tokens* de gobernanza sobre los protocolos informáticos que rigen el *smart contract* de una DAO no se encuentra regulado en las jurisdicciones nacionales; y (ii) el GAFI habla del criterio de suficiencia en el control, el cual es un término ciertamente laxo.

Para finalizar nuestras conclusiones queremos indicar que el establecimiento de un estándar adecuado en el ámbito del intercambio de información tributaria sobre los criptoactivos no debería suponer una carga administrativa y un coste excesivos para los obligados a facilitar la información a sus Administraciones tributarias, teniendo en cuenta, además, que el conjunto de normas previsto en la esfera de los criptoactivos va a establecer nuevas obligaciones en distintos ámbitos. Asimismo, dicho estándar no debería implicar un obstáculo excesivo para el desarrollo tecnológico en la esfera de los criptoactivos, atendiendo, especialmente, al importante número de pequeñas empresas existentes en esta ⁽¹²⁵⁾.

VI. Bibliografía consultada

AHMED, Marwan: "Cryptocurrency tax compliance in the European Union: Reality or Mirage?", en *European Taxation*, vol. 61, núm. 11, 2021, pp. 1-15 (versión digital).

AZEBU, Lauren y ZARLENGA, Lisa: *Are Cryptocurrency Exchanges and Other Intermediaries Subject to FATCA?*, Lukka Blog [disponible en <https://lukka.tech/are-cryptocurrency-exchanges-and-other-intermediaries-subject-to-fatca/>] (consultado el 10 de octubre de 2021).

CHIRINOS, Gabriel Alejandro: "Regulación y tributación en el mercado de criptoactivos, una perspectiva de derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello*, núm. 48, 2020, pp. 1-39.

CNMV: *Consideraciones de la CNMV sobre "criptomonedas" e "ICOs" dirigidas a los profesionales del sector financiero*, 2018 (disponible en <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7B9c76eef8-839a-4c19-937f-cfde6443e4bc%7D>).

– *Criterios en relación con las ICOs*, 2018 (disponible en <http://cnmv.es/DocPortal/Fintech/CriteriosICOs.pdf>).

CNMV y BANCO DE ESPAÑA: *Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre "criptomonedas" y "ofertas iniciales de criptomonedas" (ICOs)*, 2018 (disponible en <https://www.cnmv.es/loultimo/NOTACONJUNTAriptoES%20final.pdf>).

COELHO, Rodrigo; FISHMAN, Jonathan y GARCÍA OCAMPO, Denise: "Supervising crypto-assets for anti-money laundering", en *FSI Insights on policy implementation*, núm. 31, 2021 (disponible en <https://www.bis.org/fsi/publ/insights31.pdf>).

COMISIÓN EUROPEA: *Commission Staff Working Document. Impact assessment. Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets and amending Directive (EU) 2019/1937–SWD(2020) 380 final–*, 2020 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0380&from=EN>).

CORONAS VALLE, Daniel: *La regulación FATCA y CRS en la lucha contra el fraude fiscal. Aplicación por las instituciones financieras*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

DE LA CUEVA, Álvaro y SÁNCHEZ, Juan Camilo: "Spain", en SCHMIDT, Niklas; BERSTEIN, Jack; RICHTER, Stefan y ZARLENGA, Lisa (Edits.): *Taxation of Crypto Assets*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020, pp. 637-649.

ERCILLA HERNÁNDEZ, Javier: "Aproximación Jurídica a las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs)", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, 2019, pp. 1-27 (BIB 2020, 9477).

FEDERACIÓN BANCARIA EUROPEA: *Recommendations for a fairer and more efficient EU tax framework*, 2021 (disponible en <https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2021/05/EBF-TAX-BLUEPRINT.pdf>).

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio: "El derecho tributario ante una nueva realidad: la tecnología blockchain aplicada a los contratos inteligentes", en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 132, 2021, pp. 17-55.

GAFI: *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, Paris, 2021 (disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Updated-Guidance-VA-VASP.pdf>).

– *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, FATF, Paris, 2019 (disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf>).

– *Guidance for risk-based approach: effective supervision and enforcement by AML/CFT supervisors of the financial sector and law enforcement*, FATF, Paris, 2015 (disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA-Effective-supervision-and-enforcement.pdf>).

- *Virtual currencies: key definitions and potential AML/CFT risks*, FATF, Paris, 2014 (disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>).
- GIL SORIANO, Alberto: "Monedas virtuales: aproximación jurídico-tributaria y control tributario", en *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10, 2018, pp. 99-113.
- HINES, Baxter: *Digital Finance. Security Tokens and Unlocking the Real Potential of Blockchain*, John Wiley & Sons Limited, Hoboken, 2021.
- MARIAN, Omri: "Blockchain Havens and the Need for Their Internationally-Coordinated Regulation", en *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. 20, núm. 4, 2019, pp. 529-568 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3357168).
- MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso: "El intercambio automático de información en materia tributaria: retos e incertidumbres jurídicas", en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 173, 2017, pp. 1-47 (BIB 2017, 581).
- "El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK", en *Quincena Fiscal*, núm. 19, 2012, pp. 1-29 (BIB 2012, 3095).
- MUÑOZ PÉREZ, Sergio Antonio: "Sistemas de financiación alternativos", en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Dir.): *Tecnología disruptivas. Regulando el futuro*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 735-761.
- NASARRE AZNAR, Sergio: "Naturaleza jurídica y régimen civil de los 'tokens' en 'blockchain'", en GARCÍA TERUEL, Rosa María (Coord.): *La tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 61-108.
- OCDE: *OECD Secretary-General Tax Report to G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors-April 2021*, OECD, Paris, 2021 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-april-2021.pdf>).
- "The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets", en *OECD Blockchain Policy Series*, 2020 (disponible en <http://www.oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-Potential-Implications-for-Financial-Markets.pdf>).
- *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, OECD, Paris, 2020 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.pdf>).
- *Council report on the implementation of the recommendation of the council on the standard for automatic exchange of financial account information in tax matters*, 2020 (disponible en <https://www.oecd.org/officialdocuments/years/2020>).
- *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters – Implementation Handbook*, second edition, OECD, Paris, 2018 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-in-tax-matters.htm>).
- *Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras*, segunda edición, Éditions OCDE, Paris, 2017 (disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/estandar-para-el-intercambio-automatico-de-informacion-sobre-cuentas-financieras-segunda-edicion_9789264268074-es).
- PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre la aplicación de los requisitos de la Unión en materia de intercambio de información en materia tributaria: avances, lecciones que se han extraído y obstáculos que deben superarse [2020/2046(INI)]* (disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0392_ES.pdf).
- PASTOR SEMPERE, Carmen: "Criptomonedas y otras clases de Tokens: aspectos mercantiles", en VILLAROIG MOYA, Ramón y PASTOR SEMPERE, Carmen (Dirs.): *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 151-190.
- PÉREZ BERNABEU, Begoña: "La Administración tributaria frente al anonimato de las criptomonedas: la seudonimia del Bitcoin", en *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10 2018, pp. 149-161.
- SARFO, Nana Ama: *The EU'S Cryptoasset Tax Strategy Needs Coordination*, Tax Notes Blog [disponible en <https://www.taxnotes.com/featured-analysis/eus-cryptoasset-tax-strategy-needs-coordination/2021/07/30/76y6t> (consultado el 7 de septiembre de 2021)].
- SCARCELLA, Luisa: *Exchange of Information on Crypto-Assets at the Dawn of DAC 8*, Kluwer International Tax Blog [disponible en <http://kluwertaxblog.com/2021/03/29/exchange-of-information-on-crypto-assets-at-the-dawn-of-dac8/> (consultado el 10 de septiembre de 2021)].
- SEDEÑO LÓPEZ, José Francisco: "El control tributario de las criptomonedas: Calificación jurídica, localización geográfica y pseudoanonimato", en *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2020, pp. 207-233.
- SOLER ROCH, María Teresa: *BUSCAR LA RIQUEZA (Reflexión al hilo de un reciente debate)*, Blog de la Red de Profesores de Derecho Financiero y Tributario [disponible en https://rpdft.org/2020/12/09/buscar-la-riqueza-reflexion-al-hilo-de-un-reciente-debate/#_ftnref13 (consultado el 29 de septiembre de 2021)].
- TCE: *Informe especial 3/2021. Intercambio de información fiscal en la UE: bases sólidas con deficiencias en la ejecución*, 2021 (disponible en https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_03/SR_Exchange_tax_inform_ES.pdf).

UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE: *Virtual currencies-Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance*. GAO-20-188, 2020 (disponible en <https://www.gao.gov/assets/gao-20-188.pdf>).

VALERIANE, Elizabeth M.: "IRS, Will You Spare Some Change?: *Defining Virtual Currency for the FATCA*", en *Valparaiso University Law Review*, vol. 50, núm. 3, 2016, pp. 863-912 (disponible en: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol50/iss3/10>).

ZARLENGA, Lisa: "Unidad States of America", en SCHMIDT, Niklas; BERSTEIN, Jack; RICHTER, Stefan y ZARLENGA, Lisa (Edits.): *Taxation of Crypto Assets*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020, pp. 711-739.

- (1) OCDE: "The Tokenisation of Assets and Potencial Implications for Financial Markets", en *OECD Blockchain Policy Series*, 2020, pp. 11-14 (disponible en <http://www.oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-Potencial-Implications-for-Financial-Markets.pdf>).
- (2) Por ello, este nuevo proceso se denomina *tokenización* de la economía.
- (3) COM(2020) 593 final.
- (4) <https://coinmarketcap.com/> (consultado el 17 de noviembre de 2021).
- (5) A este respecto debe destacarse la reacción radicalmente restrictiva del Banco Popular de China que ha prohibido determinadas transacciones con criptomonedas desde el día 24 de septiembre de 2021 [<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-09-24/china-deems-all-crypto-related-transactions-illegal-in-crackdown> (consultado el 25 de septiembre de 2021)].
- (6) Los NFTs cada vez tiene más importancia en el ámbito del mercado del arte, alcanzando valoraciones extraordinarias. Así, cabe citar la cifra que logró, en febrero de 2021, el precio final de la subasta de un criptoactivo de este tipo (titulado *Every days: The First 5000 days*) realizado por el artista Beeple. Dicha cuantía superó los sesenta y nueve millones de dólares estadounidenses. Además, las tres casas de subastas más importantes en este ámbito a nivel mundial (Christie's, Sotheby's y Phillips) han vendido, durante la primera mitad de 2021, NFTs de este tipo por un valor de ciento dieciséis millones de dólares [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/10/26/fortunas/1635266938_307737.html (consultado el 18 de noviembre de 2021)].
- (7) Este término apareció, por primera vez, en la novela del escritor Neal Stephenson titulada *Snow Crasher* y publicada en 1992. El potencial del desarrollo de este mercado a medio plazo es extraordinario. A este respecto, la empresa Bloomberg Intelligence estimó, recientemente, que el tamaño del mercado alcanzará los ochocientos mil millones de dólares en 2024. Precisamente, la empresa Facebook acaba de cambiar su nombre por Meta, dispuesta a focalizar su mercado en esta realidad virtual [<https://www.forbesargentina.com/negocios/facebook-cambio-nombre-adecuarse-metaverso-negocio-800000-millones-dolares-n9378> (consultado el 28 de octubre de 2021)].
- (8) El GAFI es un ente intergubernamental creado en 1989 por el G-7. El propósito del GAFI es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales y operativas para combatir el lavado de capitales y la financiación del terrorismo.
- (9) Aunque las recomendaciones recogidas en las guías elaboradas por el GAFI no son técnicamente vinculantes para los países miembros, las mismas son ampliamente seguidas por dichas jurisdicciones, fundamentalmente, para evitar su inclusión en los listados de jurisdicciones con deficiencias en sus regímenes contra el lavado de capitales y contra la financiación del terrorismo.
- (10) GAFI: *Virtual currencies: key definitions and potential AML/CFT risks*, FATF, Paris, 2014 (disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>).
- (11) GAFI: *Guidance for risk-based approach: effective supervision and enforcement by AML/CFT supervisors of the financial sector and law enforcement*, FATF, Paris, 2015 (disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA-Effective-supervision-and-enforcement.pdf>).
- (12) COELHO, Rodrigo; FISHMAN, Jonathan y GARCÍA OCAMPO, Denise: "Supervising crypto-assets for anti-money laundering", en *FSI Insights on policy implementation*, núm. 31, 2021, p. 10 (disponible en <https://www.bis.org/fsi/publ/insights31.pdf>).
- (13) GAFI: *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, Paris, 2019 (disponible en <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf>).
- (14) Dichos proveedores deben recoger e intercambiar información (nombre, número de cuenta, direcciones físicas y número de identificación fiscal) sobre el origen o beneficiario de una transacción siempre que tenga un valor que exceda de los mil euros o dólares estadounidenses.
- (15) GAFI: *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, FATF, Paris, 2021 (disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Updated-Guidance-VA-VASP.pdf>).
- (16) Esta norma también ha modificado las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.
- (17) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Estrategia de Finanzas Digitales para la UE –COM(2020) 591 final–.
- (18) A través de esta Propuesta se prevé exigir el cumplimiento de ciertos requisitos a los proveedores de servicios de criptoactivos a fin de garantizar la protección de los derechos de los consumidores y el funcionamiento ordenado de este mercado. Con esta finalidad, se recoge la inclusión de normas relativas a: (i) la transparencia e información en relación con la emisión y la admisión a negociación de criptoactivos; (ii) la autorización y supervisión de los proveedores de servicios de este tipo de activos; y (iii) la prevención del abuso de mercado en este campo.
- (19) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3690 (consultado el 27 de octubre de 2021).
- (20) COM(2021) 422 final.
Esta Propuesta se basa en el Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos, suponiendo una ampliación de los requisitos de información que, actualmente, se aplican a las transferencias electrónicas, a los criptoactivos, con los ajustes normativos pertinentes atendiendo a las peculiares características que estos presentan.
- (21) *BUSCAR LA RIQUEZA (Reflexión al hilo de un reciente debate)*, Blog de la Red de Profesores de Derecho Financiero y Tributario [disponible en https://rpdf.org/2020/12/09/buscar-la-riqueza-reflexion-al-hilo-de-un-reciente-debate/#_ftnref13 (consultado el 29

de septiembre de 2021]].

- (22) OCDE: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, OECD, Paris, 2020, pp. 8-9 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.pdf>).
- (23) COMISIÓN EUROPEA: *Commission Staff Working Document. Impact assessment. Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets and amending Directive (EU) 2019/1937–SWD(2020) 380 final–*, 2020, p. 11 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2020:0380:FIN:EN:PDF>).
- (24) En este sentido, el artículo 1.20 de la referida Ley Foral 21/2020 ha incorporado dos apartados, los números 8 y 9, a la disposición adicional 4.ª del Texto Refundido de la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio. Por su parte, el artículo 3.6 de la citada Ley de prevención y lucha contra el fraude fiscal ha introducido dos nuevos apartados, los números 6 y 7, en la disposición adicional 13.ª de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
- (25) Por un lado, el artículo 3, apartado 15, de Ley Foral 21/2020 ha añadido una nueva letra d) al apartado 1 de la disposición adicional 18.ª de Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, General Tributaria; asimismo, el apartado 16 del citado artículo 3 ha incorporado una letra d) al apartado 2 de la referida disposición adicional 18.ª de la Ley Foral. Por otro lado, el artículo 13, apartado 26, de la Ley de prevención y lucha contra el fraude fiscal, ha modificado los apartados 1 y 2 de la disposición adicional 18.ª de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) introduciendo, una nueva letra d), en ambos apartados.
- (26) CORONAS VALLE, Daniel: *La regulación FATCA y CRS en la lucha contra el fraude fiscal. Aplicación por las instituciones financieras*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 166-167.
- (27) SCARCELLA, Luisa: *Exchange of Information on Crypto-Assets at the Dawn of DAC 8*, Kluwer International Tax Blog [disponible en <http://kluwertaxblog.com/2021/03/29/exchange-of-information-on-crypto-assets-at-the-dawn-of-dac8/>] (consultado el 10 de septiembre de 2021)].
- (28) OCDE: *OECD Secretary-General Tax Report to G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors-April 2021*, OECD, Paris, 2021 p. 17 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-april-2021.pdf>).
- (29) OCDE: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 10.
- (30) No obstante, debe recordarse que El Salvador ha reconocido al Bitcoin como moneda de curso legal en este país a partir del 1 de septiembre de 2021 (Decreto núm. 57 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador que aprueba la Ley Bitcoin).
- (31) Apartado introducido por el artículo 1.1) de la Directiva 2018/843.
- (32) A este respecto, debemos hacer referencia a la Consulta de la Dirección General de Tributos V1948-21, de 21 de junio de 2021, donde el Centro Directivo indica: "El concepto de criptomoneda o moneda virtual se subsume en el de activo virtual, de contenido mucho más amplio, aunque sin definición en la normativa española".
- (33) Precisamente, se hace referencia a esta definición, aunque sin citar su fuente, en el expositivo VII del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19. En la disposición final 2.ª, apartado 1, de esta norma, se modifica el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y se añade un nuevo artículo 240 bis, donde se indica que la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) puede someter, bien a autorización, bien a otras medidas de control, la publicidad de los cryptoactivos.
- (34) GAFI: *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, *ob. cit.*, p. 109 (actualización de 2021).
- (35) En las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo, el 25 de febrero de 2021, al texto de la Propuesta de Reglamento MiCA, se define este tipo de tecnología en los siguientes términos (enmienda 2): *a type of technology that relates to the protocols and supporting infrastructure enabling computers in different locations to propose and validate transactions and create unalterable data records in a synchronised way over a network* (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/ECON-PR-663215_EN.pdf).
- (36) Dentro de estas redes descentralizadas, FERNÁNDEZ LÓPEZ señala que pueden distinguirse entre aquellas que tienen un carácter público –donde los nodos se pueden incorporar a las mismas sin que sea necesaria una determinada autorización– y las de naturaleza permitida –supuesto en el que la incorporación de los nodos se encuentra condicionada por la autorización del gestor central de la red quien se encarga, además, de la actualización de la información, verificación y validación de las operaciones, etc.– ("El derecho tributario ante una nueva realidad virtual: la tecnología blockchain aplicada a los contratos inteligentes", en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 132, 2021, p. 22, nota a pie de p. núm. 7).
- (37) PÉREZ BERNABEU, Begoña: "La Administración tributaria frente al anonimato de las criptomonedas: la seudonimia del Bitcoin", en *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10, 2018, p. 152.
- (38) A este respecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ indica que: "Sin el acceso a esa clave privada resulta muy difícil conocer la identidad oficial de los sujetos –que incluso podrían actuar con pseudónimos– y el alcance real de las contraprestaciones abonadas por las partes del contrato, dificultadas a las que no es ajena la Administración tributaria" ("El derecho tributario ante una nueva realidad: la tecnología blockchain aplicada a los contratos inteligentes", *ob. cit.*, p. 33).
- (39) CHIRINOS, Gabriel Alejandro: "Regulación y tributación en el mercado de cryptoactivos, una perspectiva de derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello*, núm. 48, 2020, p. 23.
- (40) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3690 (consultado el 15 de octubre de 2021).
- (41) OCDE: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, *ob. cit.*, pp. 13-14.
- (42) También tendría esta calificación el monedero que consistiera, por ejemplo, en una anotación escrita de la clave privada en un cuaderno.
- (43) SEDEÑO LÓPEZ, José Francisco: "El control tributario de las criptomonedas: Calificación jurídica, localización geográfica y pseudoanonimato", en *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2020, p. 216.
- A este respecto, y como indica MARIAN, el ecosistema financiero del *blockchain* ofrece las dos características principales de los paraísos fiscales: (i) el pseudoanonimato en las operaciones efectuadas; y (ii) la realización de las operaciones de manera descentralizada, por lo que no hay gobiernos centralizados u otras instituciones que puedan imponer tributos ["Blockchain Havens

and the Need for Their Internationally-Coordinated Regulation", en *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. 20, núm. 4, 2019, pp. 533-534 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3357168).

- (44) Después de la modificación introducida por la Directiva 2018/843.
- (45) La CNMV señala que las criptomonedas pueden negociarse también a través de determinados contratos sobre derivados donde aquellas constituyen su activo subyacente (como acontece con los contratos por diferencias – *contracts for differences* o *CFDs*–, así como con las opciones y los futuros), mediante vehículos de inversión colectiva (como son determinados fondos de inversión) o, incluso, adquiriendo bonos estructurados referenciados a criptomonedas [*Consideraciones de la CNMV sobre "criptomonedas" e "ICOs" dirigidas a los profesionales del sector financiero*, 2018, pp. 1-2 (disponible en <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7B9c76eef8-839a-4c19-937f-cfde6443e4bc%7D>)].
- (46) *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, *ob. cit.*, p. 109 (actualización de 2021).
- (47) Ejemplo de este tipo de plataformas son Binance, Coinbase o Kraken.
- (48) <https://es.cointelegraph.com/news/decentralized-exchanges-and-dex-aggregators> (consultado el 13 de septiembre de 2021). Como ejemplos relativos a este tipo de plataformas pueden citarse a Uniswap y Balancer.
- (49) W.S. 17-31-102 (a)(ix).
- (50) A este respecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ habla de su carácter bivalente ya que el acuerdo adoptado posee trascendencia jurídica, teniendo un soporte criptográfico, el cual posibilita que se autoejecute dicho acuerdo. No obstante, en determinados casos en que las consecuencias vinculadas al contrato dependen de algún aspecto de la verificación de un dato de la realidad, es necesaria la intervención de una tercera parte (denominado "oráculo" – *oracle*–) y que realice dicha verificación ("El derecho tributario ante una nueva realidad virtual: la tecnología *blockchain* aplicada a los contratos inteligentes", *ob. cit.*, p. 27).
- (51) ERCILLA HERNÁNDEZ, Javier: "Aproximación Jurídica a las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs)", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, 2019, p. 7 (BIB 2020, 9477).
- (52) W.S. 17-31-104 (a).
- (53) W.S. 17-31-104 (e).
- (54) En relación con diversas operaciones que se pueden realizar dentro del ámbito de las DeFi, *vid. HINES, Baxter: Digital Finance. Security Tokens and Unlocking the Real Potential of Blockchain*, John Wiley & Sons Limited, Hoboken, 2021, pp. 117-127.
- (55) OCDE: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 49.
- (56) Un ejemplo es Decentraland, que es un mundo virtual que se gestiona, de manera descentralizada, a través de una DAO y donde se pueden efectuar, desde transacciones económicas sobre criptoactivos (por ejemplo, realizar compra-ventas de parcelas digitales representadas a través de un tipo de NFT denominado Land), utilizando "contratos inteligentes" y que se articula a través de la red *blockchain* de Ethereum, hasta retribuir los trabajos efectuados en este mundo virtual (por ejemplo, por ser un camarero). Esta plataforma tiene su propia criptomoneda, que se denomina Dao [<https://decentraland.org/> (consultado el 21 de septiembre de 2021)].
- (57) A fecha de 17 de noviembre de 2021, el número de este tipo de cajeros asciende, a nivel mundial, a treinta y un mil con trescientas cuarenta y seis unidades (<https://coinatmradar.com/charts/growth/>).
- (58) COELHO, Rodrigo; FISHMAN, Jonathan y GARCÍA OCAMPO, Denise: "Supervising crypto-assets for anti-money laundering", *ob. cit.*, p. 7.
- (59) OCDE: "The Tokenisation of Assets and Potencial Implications for Financial Markets", *ob. cit.*, pp. 11-13.
- (60) OCDE: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 12.
- (61) Este tipo de criptoactivos son las denominadas "monedas virtuales" por la normativa anti-blanqueo de la UE.
- (62) *Vid. el considerando 2) de la precitada Propuesta de Reglamento MiCA.*
- (63) Un ejemplo es la criptomoneda Dai, respecto de la cual, mediante el establecimiento de garantías colaterales, se intenta que se mantenga la paridad entre esta criptomoneda y el dólar estadounidense, es decir, que un Dai equivaldría a un dólar.
- (64) OCDE: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 47.
- (65) Por ejemplo, el Golem Token que posibilita la utilización de una gran estructura computacional en la "nube".
- (66) COMISIÓN EUROPEA: *Commission Staff Working Document. Impact assessment. Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets and amending Directive (EU) 2019/1937*, *ob. cit.*, p. 5.
- (67) PASTOR SEMPERE, Carmen: "Criptomonedas y otras clases de Tokens: aspectos mercantiles", en VILLARIG MOYA, Ramón y PASTOR SEMPERE, Carmen (Dirs.): *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 153.
- (68) CNMV y BANCO DE ESPAÑA: *Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre "criptomonedas" y "ofertas iniciales de criptomonedas" (ICOs)*, 2018, p. 2 (disponible en <https://www.cnmv.es/loultimo/NOTACONJUNTAriptoES%20final.pdf>).
- (69) NASARRE AZNAR, Sergio: "Naturaleza jurídica y régimen civil de los 'tokens' en 'blockchain'", en GARCÍA TERUEL, Rosa María (Coord.): *La tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 96-97.
- (70) La criptomoneda es el ejemplo paradigmático ya que una unidad de Bitcoin se puede sustituir por otra, al no ser un elemento único con características especiales.
- (71) Destaca la utilización de la red Ethereum a través de los criptoactivos que utilizan el estándar ERC-721 de sus *smart contracts* [<https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721> (visitado el 12 de septiembre de 2021)].
- (72) Una de dichas plataformas es, por ejemplo, Rarible [<https://rarible.com/> (visitado el 12 de septiembre de 2021)].
- (73) Incluso, existe alguna plataforma donde, de manera sencilla, se posibilita la creación de una red *blockchain* y la emisión de la correspondiente criptomoneda [<https://www.walletbuilders.com/> (visitado el 13 de septiembre de 2021)].
- (74) Ejemplo de ello son las criptomonedas como Bitcoin o Ether.
- (75) OCDE: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 13.

- (76) En la actualidad, están aumentando los tipos de criptoactivos donde las operaciones de verificación y validación no se realizan a través del "minado", sino mediante el procedimiento denominado *staking* o "almacenamiento". En este caso, determinados nodos – los *stakers*–, los cuales cumplen una serie de requisitos preestablecidos (generalmente, un volumen relevante del criptoactivo en cuestión y un período de antigüedad suficiente siendo su titular) y que contribuyen, como consecuencia de esta circunstancia, a respaldar las operaciones realizadas en la red, pueden ser seleccionados, de manera aleatoria, por un algoritmo matemático para validar (a través del citado *hash*) un conjunto de operaciones efectuadas e incorporarlas al registro descentralizado, mediante un algoritmo de consenso denominado prueba de participación o *proof-of-stake*. Los *stakers* pueden ser retribuidos de manera similar a los mineros, aunque en determinados casos dicha retribución se circunscribe, exclusivamente, a las comisiones (*fees*) que pagan los nodos cuyas operaciones son validadas.
- (77) Las características de cada proyecto, así como las obligaciones asumidas por el emisor –que pueden ser de diversos tipos–, se plasman en el denominado "libro blanco" o *white paper*.
- (78) MUÑOZ PÉREZ, Sergio Antonio: "Sistemas de financiación alternativos", en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Dir.): *Tecnología disruptivas. Regulando el futuro*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 751.
- (79) *Ibidem*, p. 754.
En nuestro país, y en relación con los criptoactivos susceptibles de emitirse en una ICO, la CNMV y el Banco de España los califican como valores negociables siempre que, bien se emitan haciendo referencia a las expectativas de revalorización o de rentabilidad del instrumento y la evolución del negocio o proyecto subyacente, bien se mencione su liquidez o posibilidad de negociación en un mercado de valores similar a uno que se califique como regulado [CNMV: *Criterios en relación con las ICOs*, 2018, p. 2 (disponible en <http://cnmv.es/DocPortal/Fintech/CriteriosICOs.pdf>)].
- (80) En este sentido, un inversor puede realizar una aportación de un número de unidades de un criptoactivo (por ejemplo, Ether y Bitcoin) a la reserva o *pool* de liquidez de un determinado proyecto DeFi; de esta forma, se dota de las correspondientes unidades al proyecto para la realización de operaciones, entre otras, de negociación o de préstamo de dichos criptoactivos.
- (81) El considerando 15) de la referida Propuesta de Reglamento MiCA indica que, atendiendo al requisito de proporcionalidad, se excluye de la obligación de publicar y elaborar el "libro blanco" cuando se emitan NFTs, exclusión que se recoge en el artículo 4.2.c) de esta Propuesta.
- (82) OCDE: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, *ob. cit.*, p. 7.
- (83) Al no existir ningún tipo de cotización oficial de los mismos, sino que su valoración puede depender, por ejemplo, del *exchange* en el que se realice la operación.
- (84) CORONAS VALLE, Daniel: *La regulación FATCA y CRS en la lucha contra el fraude fiscal. Aplicación por las instituciones financieras*, *ob. cit.*, p. 167.
- (85) https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017_765324dd-es#page15 (consultado el 20 de octubre de 2021).
- (86) OCDE: *OECD Secretary-General Tax Report to G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors-April 2021*, *ob. cit.*, p. 17.
- (87) 26 USC §§ 1471-1474.
- (88) Como medida coercitiva para la aplicación efectiva de la normativa FATCA se establece que, en el caso de que las citadas instituciones financieras extranjeras no cumplan sus obligaciones de identificación y de información –o no hayan firmado un acuerdo en el IRS comprometiéndose al cumplimiento de dichas obligaciones–, determinados pagos de fuente estadounidense que dichas instituciones reciban, bien para ellas mismas, bien para sus clientes, estarán sujetos a una retención en origen del 30 por ciento [MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso: "El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK", en *Quincena Fiscal*, núm. 19, 2012, p. 9 (BIB 2017, 581)].
- (89) Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act* –FATCA– (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras), hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013 (publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 159 de 1 de julio de 2014).
- (90) Se incluyen también las cantidades que una compañía de seguros ostente en virtud, bien de un contrato de inversión garantizada, bien de un acuerdo similar que posibilite el pago de intereses sobre dicha inversión.
- (91) Se refiere a los casos de las sociedades personalistas y de los fideicomisos.
- (92) Esta expresión designa, igualmente, a los contratos considerados de anualidades conforme a la ley, normativa o práctica de la jurisdicción en la que se formalizó el contrato y, en virtud de los cuales, el emisor acuerda efectuar pagos durante un plazo de tiempo determinado.
- (93) ZARLENGA, Lisa: "United States of America", en SCHMIDT, Niklas; BERSTEIN, Jack; RICHTER, Stefan y ZARLENGA, Lisa (Edits.): *Taxation of Crypto Assets*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020, pp. 736-737.
- (94) *Vid.*, en el mismo sentido, UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE: *Virtual currencies-Additional Information Reporting and Clarified Guidance Could Improve Tax Compliance*. GAO-20-188, 2020, p. 33 (disponible en <https://www.gao.gov/assets/gao-20-188.pdf>).
- (95) A este respecto, y como indican AZEBU y ZARLENGA, en algunos casos, las definiciones de los acuerdos bilaterales pueden variar de las establecidas en la normativa estadounidense [*Are Cryptocurrency Exchanges and Other Intermediaries Subject to FATCA?*, Lukka Blog [disponible en <https://lukka.tech/are-cryptocurrency-exchanges-and-other-intermediaries-subject-to-fatca/>] (consultado el 10 de octubre de 2021)].
- (96) *Except as otherwise provided by the Secretary, the term "financial institution" means any entity that: (A) accepts deposits in the ordinary course of a banking or similar business, (B) as a substantial portion of its business, holds financial assets for the account of others, or (C) is engaged (or holding itself out as being engaged) primarily in the business of investing, reinvesting, or trading in securities (as defined in section 475(c)(2) without regard to the last sentence thereof), partnership interests, commodities (as defined in section 475(e)(2)), or any interest (including a futures or forward contract or option) in such securities, partnership interests, or commodities* –Treas. Reg. § 1.1471-5(b)(3)(i)(A)(1)–.
- (97) *A "financial account" includes any depository or custodial account maintained by an FFI as well as any equity or debt interest in an FFI (other than interests that are regularly traded on an established securities market* –Treas. Reg. § 1.1471-5(b)(1)–.

- (98) DE LA CUEVA, Álvaro y SÁNCHEZ, Juan Camilo: "Spain", en SCHMIDT, Niklas; BERSTEIN, Jack; RICHTER, Stefan y ZARLENGA, Lisa (Edits.): *Taxation of Crypto Assets*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020, p. 648.
Por su parte, PÉREZ BERNABEU también señala las dificultades que supone aplicar la normativa FATCA en relación con las criptomonedas ya que, por ejemplo, la consideración de los *e-wallets*, bien como una institución de custodia, bien como una entidad depósito, supondría una interpretación forzada del citado acuerdo hispano-estadounidense ("La Administración tributaria frente al anonimato de las criptomonedas: la seudonimia del Bitcoin", *ob. cit.*, p. 156).
- (99) En relación con la implementación del CRS, *vid.* MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso: "El intercambio automático de información en materia tributaria: retos e incertidumbres jurídicas", en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 173, 2017, pp. 2-ss. (BIB 2017, 581).
- (100) Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 193 de 13 de agosto de 2015.
España manifestó su intención de comenzar el intercambio automático de información en 2017, en relación con la información de las cuentas financieras que estuvieran abiertas a finales de 2015 y a las cuentas que se abrieran con posterioridad a dicha fecha.
- (101) De esta forma, por un lado, se equipara el alcance de la cooperación administrativa entre Estados miembros y terceros Estados, minimizando, con ello, los costes de cumplimiento de las instituciones financieras; por otro, se posibilita que el intercambio de información pueda realizarse con cualquier jurisdicción con la que nuestro país haya celebrado un acuerdo que permita este intercambio siempre que exista una condición de reciprocidad.
- (102) MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso: "El intercambio automático de información en materia tributaria: retos e incertidumbres jurídicas", *ob. cit.*, pp. 8-9.
- (103) En este sentido, su artículo único, apartado 64, introduce una nueva disposición adicional 22.^a en la LGT (algunos de cuyos apartados son de aplicación en relación con la implementación de la normativa FATCA en virtud del analizado acuerdo hispano-estadounidense), la cual determina que las entidades financieras deben, por un lado, identificar a los titulares de determinadas cuentas financieras y, por otro, suministrar dicha información a la Administración tributaria –y cuyo incumplimiento comporta la comisión de una serie de infracciones–.
Posteriormente, se ha producido una segunda fase de la incorporación analizada a través del artículo 37 bis del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos [precepto añadido por el artículo 2.1 del Real Decreto 410/2014, de 6 de junio], así como mediante el Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua.
- (104) OCDE: *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters – Implementation Handbook*, second edition, OECD, Paris, 2018 p. 57 (disponible en <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-in-tax-matters.htm>).
- (105) OCDE: *Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras*, segunda edición, Éditions OCDE, Paris, 2017, pp. 47-49 (disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/estandar-para-el-intercambio-automatico-de-informacion-sobre-cuentas-financieras-segunda-edicion_9789264268074-es).
- (106) *Ibidem*, pp. 55-57.
- (107) Así como determinadas cuentas relativas a instrumentos de inversión.
- (108) GIL SORIANO, Alberto: "Monedas virtuales: aproximación jurídico-tributaria y control tributario", en *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10, 2018, p. 111.
- (109) OCDE: *Council report on the implementation of the recommendation of the council on the standard for automatic exchange of financial account information in tax matters*, 2020, p. 4 (disponible en <https://www.oecd.org/officialdocuments/years/2020>).
- (110) OCDE: *OECD Secretary-General Tax Report to G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors-April 2021*, *ob. cit.*, p. 17.
- (111) TCE: *Informe especial 3/2021. Intercambio de información fiscal en la UE: bases sólidas con deficiencias en la ejecución*, 2021, p. 20 (disponible en https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_03/SR_Exchange_tax_inform_ES.pdf).
- (112) El artículo 1 de la Directiva (UE) 2016/2258 establece un nuevo apartado 1 bis en el artículo 22 de la Directiva 2011/16/UE donde se indica que [a] efectos de la aplicación y el cumplimiento de las legislaciones de los Estados miembros que den efecto a la presente Directiva y para garantizar el buen funcionamiento de la cooperación administrativa que esta dispone, los Estados miembros facilitarán por ley el acceso de las autoridades fiscales a los mecanismos, procedimientos, documentación e información a que se refieren los artículos 13, 30, 31 y 40 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo.
- (113) *Vid.*, en el mismo sentido, AHMED, Marwan: "Cryptocurrency tax compliance in the European Union: Reality or Mirage?", en *European Taxation*, vol. 61, núm. 11, 2021, p. 10 (versión digital).
Esta circunstancia ya era apuntada por el legislador comunitario, en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales, en el considerando 9) de la Directiva 2018/843: [l]a inclusión de los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y de los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos no resolverá totalmente la cuestión del anonimato asociado a las transacciones con monedas virtuales, al mantenerse el anonimato en gran parte del entorno de la moneda virtual, puesto que los usuarios pueden llevar a cabo transacciones al margen de tales proveedores de servicios.
- (114) Com(2020) 312 final.
- (115) https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12632-Fraude-y-evasion-fiscales-refuerzo-de-las-normas-de-cooperacion-administrativa-y-ampliacion-del-intercambio-de-informacion/F1363947_es (consultado el 15 de septiembre de 2021).
- (116) VALERIANE, Elizabeth M.: "IRS, Will You Spare Some Change?: Defining Virtual Currency for the FATCA", en *Valparaiso University Law Review*, vol. 50, núm. 3, 2016, p. 903 (disponible en <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol50/iss3/10>).
- (117) En el mismo sentido de la necesidad de que exista una coordinación global de la normativa de la UE, y en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales, se manifiesta la Exposición de Motivos de la citada Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos, donde se indica que, con la finalidad de garantizar la coherencia del marco jurídico de la UE, se utilizará, tanto la definición de "criptoactivo", como de "proveedores de servicios de criptoactivos" establecida en la Propuesta de Reglamento MiCA, lo que,

posibilitará, además, que exista una concordancia con la definición de "activos virtuales" y de "proveedores de servicios virtuales" del GAFI.

- (118) PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre la aplicación de los requisitos de la Unión en materia de intercambio de información en materia tributaria: avances, lecciones que se han extraído y obstáculos que deben superarse (2020/2046(INI))*, p. 7 (disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0392_ES.pdf).
- (119) FEDERACIÓN BANCARIA EUROPEA: *Recommendations for a fairer and more efficient EU tax framework*, 2021, pp. 21-22 (disponible en <https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2021/05/EBF-TAX-BLUEPRINT.pdf>).
- (120) En este ámbito se pueden adquirir, por ejemplo, vestidos o armas digitales, los cuales se articulan como NFTs y que se utilizan, no sólo para jugar en la correspondiente plataforma, sino para realizar diversos negocios jurídicos (por ejemplo, compra-venta).
- (121) https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12632-Fraude-y-evasion-fiscales-refuerzo-de-las-normas-de-cooperacion-administrativa-y-ampliacion-del-intercambio-de-informacion/F1363947_es (consultado el 30 de septiembre de 2021).
- (122) GAFI: *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, ob. cit., p. 24 (actualización de 2021).
- (123) En este sentido, debe destacarse el incremento en su utilización, como instrumento de inversión, en el mundo del arte.
- (124) *Ibidem*, pp. 27-28.
- (125) SARFO, Nana Ama: *The EU'S Cryptoasset Tax Strategy Needs Coordination*, Tax Notes Blog [disponible en <https://www.taxnotes.com/featured-analysis/eus-cryptoasset-tax-strategy-needs-coordination/2021/07/30/76y6t> (consultado el 7 de septiembre de 2021)].