



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

**MÚLTIPLES CARAS
DE LOS CRIPTOACTIVOS.
Especial referencia
al caso del PETRO**

DISCURSO Y TRABAJO DE INCORPORACIÓN
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO EN EL SILLÓN NÚMERO 30
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DEL PROFESOR **JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS**

DISCURSO DE CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO
DOCTOR **HUMBERTO ROMERO-MUCI**

Acto celebrado en el Paraninfo del Palacio de las Academias
Caracas, 6 de noviembre de 2018

ÍNDICE

DISCURSO Y TRABAJO DE INCORPORACIÓN
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO EN EL SILLÓN NÚMERO 30
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DEL PROFESOR **JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS**

I. Introito.....	11
II. Panegírico del profesor Alberto Baumeister Toledo	13
III. Síntesis del trabajo de incorporación “MÚLTIPLES CARAS DE LOS CRIPTOACTIVOS. Especial referencia al caso del PETRO”	17
I) Regulación de la blockchain y de los criptoactivos.....	17
A) Consideraciones previas	17
B) Dilema ético y jurídico	18
II) Naturaleza jurídica de los criptoactivos.....	30
A) Criptomonedas. Especial referencia al caso del bitcoin.....	30
A.2. ¿Es el bitcoin, un derecho real o derecho de crédito?.....	33
A.3. ¿Es el bitcoin dinero?	35
A.3.1. Dinero en sentido legal	35
A.3.2. Dinero en sentido económico.....	35
B) Naturaleza jurídica del PETRO	37
B.1. Consideraciones preliminares.....	37
B.2. El PETRO y las criptomonedas	38
B.3. PETRO y las divisas	41
B.4. El PETRO y el dinero	41
B.5. El PETRO como bien	43
B.5.1. Decreto N° 3.196	43
B.5.2. <i>Whitepaper</i>	45
C) Invalidez del PETRO.....	46
C.1. Fundamento normativo.....	46
C.2. Respaldo o substrato del PETRO	47

C.2.1. Respaldo en yacimientos.....	48
C.2.2. Respaldo del PETRO en barriles de crudo .	49
C.3. El PETRO como expresión de endeudamiento público	50
III) Acercamiento al tratamiento tributario de las operaciones que involucran criptoactivos	52
A) Consideraciones preliminares.....	52
B) Criptomonedas (bitcoins)	54
B.1. ISR.....	54
B.1.1. Minería.....	55
B.1.1.1. Recompensas.....	55
B.1.1.2. Comisiones.....	56
B.1.2. Caso de los “exchanges”	56
B.1.3. Inversión	57
B.1.4. Permutas.....	58
B.1.5. Medio de pago.....	58
B.1.6. Mutuo	58
B.2. IVA.....	59
B.2.1. Consideraciones preliminares	59
B.2.2. Minería.....	59
B.2.2.1. Recompensa	59
B.2.2.2. Comisiones.....	59
B.2.3. Inversión	60
B.2.4. Permutas.....	61
B.2.5. Medio de pago.....	62
C) Implicaciones tributarias derivadas de la implementación del PETRO como criptoactivo ...	63
C.1. Consideraciones Preliminares.....	63
C.2. Impuesto sobre la Renta (ISR).....	65
C.2.1. Retenciones	65
C.2.2. Ganancias de Capital.....	65
C.2.3. Como medio de pago	66
C.2.4. Como mecanismo de ahorro	66
C.3. IVA.....	67
C.3.1. Venta del PETRO.....	67
C.3.2. Permuta del PETRO con otros bienes.....	67

IV. Epílogo	69
Referencias bibliográficas	71

DISCURSO DE CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO
DOCTOR **HUMBERTO ROMERO-MUCI**
AL DISCURSO DE INCORPORACIÓN
DEL PROFESOR **JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS**
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

De los datos biográficos del beneficiario	76
De la formación académica del beneficiario	79
De la trayectoria docente y gremial del Profesor Carmona Borjas	81
De los aportes académicos del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas	82
De la trayectoria profesional del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas	83
Del trabajo de incorporación	84
Epílogo	90

DISCURSO Y TRABAJO DE INCORPORACIÓN
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO EN EL SILLÓN NÚMERO 30
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DEL PROFESOR **JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS**

Señor Doctor Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y demás colegas integrantes de su Junta Directiva.

Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Numerarios de otras Corporaciones Académicas Nacionales.

Distinguidos familiares del Académico Alberto Baumeister Toledo.

Señoras y Señores.

I INTROITO

Existen momentos en la vida constitutivos de verdaderos hitos, los cuales marcan un antes y un después, y nos instan a reflexionar sobre su ocurrencia. Cuando esos acontecimientos son positivos, es pertinente atajar las emociones antes de celebrarlos, para reconocer que han sido producto de la confluencia de una serie de factores humanos, materiales y divinos, propios y ajenos. Intentar descifrar tal conjunción es tarea obligatoria para identificar y agradecer a quienes brindaron acompañamiento a lo largo del trayecto recorrido, siendo esa la mejor manera de compartirlos y festejarlos, pero, sobre todo, de asumirlos en la verdadera dimensión del compromiso que suponen.

Han transcurrido cinco meses de haberseme notificado que por decisión de los numerarios de esta Academia había sido electo para acompañarlos en la elevada misión de contribuir al progreso, defensa y consolidación de las ciencias jurídicas y sociales, al fortalecimiento de la solidaridad intergremial, a la asesoría del Poder Público y a la orientación de centros universitarios, nacionales e internacionales, vale decir, a apoyar a la cada vez más apremiante misión de reconstruir al país, hoy más que nunca amenazado y de contribuir a hacer de este mundo un espacio en constante progreso.

Agradezco la confianza en mi depositada por los Individuos de Número de esta Corporación, a quienes en lo adelante acompañaré con absoluta entrega y dedicación para darle continuidad a la trascendental misión hasta el momento desempeñada.

Desde el comienzo de mi ejercicio profesional sentí especial identificación, admiración y respeto por este recinto, por la historia registrada en su seno, por los individuos que en su claustro hacían vida, pero sobre todo por la excelencia y generosidad con la que se creaba y compartía el conocimiento. Tal identificación se tradujo en acercamiento, luego acompañamiento y ahora en incorporación. Ese proceso genera no sólo orgullo y compromiso, sino también, satisfacción al sentir el sincero afecto y cercanía expresada por sus numerarios frente a este paso trascendental en mi vida personal y profesional, lo que agradezco sinceramente con la mayor humildad. Es mucho lo que cada uno de ustedes, honorables Académicos ha representado en mi vida, sea por haber sido mis profesores, amigos o conocidos, o porque sus trayectorias son razones más que suficiente para que, aun sin mayor intimidad, hayan marcado una huella en el camino que nos condujo a este punto de convergencia.

No quisiera hacer distinciones, pues, no hay motivo para ello, sin embargo, resulta ineludible agradecer públicamente la generosidad de los doctores Alfredo Morles Hernández, Luis Cova Arria y Enrique Urdaneta Fontiveros postulantes de mi nombre para optar al Sillón N° 30, previamente ocupados por los doctores Carlos Alberto Urbaneja, Victorino Márquez Bustillos, José Manuel Hernández Ron, Darío Parra, Boris Bunimov y Alberto Baumeister Toledo, causahabiente inmediato de ese sitio, cuya obra ha sido y seguirá siendo faro que ilumine el camino de la consolidación del pensamiento jurídico del país, robusteciendo ese acervo por su dilata actuación en la Academia y el foro nacional.

II

PANEGÍRICO DEL PROFESOR ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

Alberto Baumeister Toledo, nace en Chacao, estado Miranda en el año 1940. Hijo de Don Alberto Baumeister Baumeister, odontólogo, médico y veterinario, y de Doña Luisa Toledo Rodríguez. Debe precisamente a su madre su incursión en el mundo del Derecho, pues, como él mismo lo recordó en su discurso de incorporación a esta Academia el 21 de junio de 2005, ella le expresaba que *“una viuda sin hijo abogado poco podía esperar que le respetaran su patrimonio”*.

Inicia así Alberto Baumeister Toledo sus estudios en la Universidad Católica Andrés Bello, formándose con profesores de la talla de José Melich-Orsini, Gonzalo Pérez Luciani, José Luis Aguilar Gorrondona y Roberto Goldschmidt, de marcada influencia a lo largo de toda su carrera académica y profesional.

Alterna sus estudios con la actividad docente como preparador y asistente en la cátedra de Práctica Jurídica durante el tercer año de la carrera. Posteriormente, en quinto año, se inicia como preparador en las prácticas de Derecho Civil y Administrativo y se desenvuelve en la cátedra de Derecho Mercantil y Procesal de la mano de los profesores Aristides Rengel-Romberg, primero, y Leopoldo Márquez Añez, después. En su constante desarrollo, el Prof. Francisco López Herrera le solicitó su colaboración en la cátedra de Derecho de Familia, a la par que el Profesor José Luis Aguilar Gorrondona le requeriría su participación en las distintas cátedras de Derecho Civil y en la revisión de los textos que luego contribuirán a la formación de numerosas generaciones de abogados en nuestro país.

Alberto Baumeister Toledo se gradúa de Abogado con mención *Summa Cum Laude* en el año 1962, para posteriormente obtener los títulos de especialista en Derecho Privado (1975) y en Derecho Financiero (1994) ambos de la Universidad Católica Andrés Bello,

especialización esta última en la que tuve el privilegio de ser su compañero de estudios.

Alberto Baumeister Toledo fue Profesor de Pregrado, Postgrado y Doctorado, en las Universidades Católica Andrés Bello, Central de Venezuela, de Margarita, Católica del Táchira y Fermín Toro, en áreas tan diversas como Derecho de las Obligaciones, Derecho Mercantil, Derecho Procesal; Ética y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, Proceso en la LOPNA y Procedimientos Tributarios.

Fue también profesor invitado por las Universidades Simón Bolívar, Metropolitana y Santa María de Caracas, así como de la Universidad de El Salvador y otros centros de estudio superiores del exterior.

En unión del recordado y reverendísimo Padre Fernando Pérez LLantada (s.j.), Alberto Baumeister Toledo sembró por todo el país la semilla de los postgrados en nombre de la Universidad Católica Andrés Bello.

Ese esfuerzo docente en la enseñanza jurídica también lo dedicó por más de 10 años a la Escuela de la Judicatura, organizando cursos en la Asociación de Jueces y en los Colegios de Abogados, para subsiguientemente hacer lo propio en la Escuela de la Magistratura.

En el ámbito judicial ocupó el cargo de Conjuez y Juez Suplente Superior en el Juzgado Superior Nacional Agrario de Caracas y en los Juzgados Superior Primero de Familia y Menores y Superior Primero Civil y Mercantil de la Circunscripción del entonces Distrito Federal y estado Miranda. También fue integrante como Conjuez de la Sala de Casación Civil, a cargo de la Sala Especial de Casación de la otrora Corte Suprema de Justicia.

Complementa sus logros de investigación con una dilatada labor editorial sobresaliendo como Director de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Revista Internacional de Seguros, venezolana. Fue también Presidente de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, creada por su inseparable socio y amigo, el muy respetado Académico Allan Brewer-Carías.

La actividad profesional de Alberto Baumeister Toledo, socio fundador del icónico Escritorio Jurídico Baumeister & Brewer, se caracterizó por su precocidad, proactividad, vocación académica, perseverancia, versatilidad y generosidad, pero sobre todo por su preclaro talento y disposición al trabajo. Su constante formación, su innegable inteligencia y voluntad le abrieron desde muy joven las puertas de los más elevados escenarios jurídicos y favorecieron su consolidación como uno de los más respetados profesionales del Derecho, capaz de incursionar exitosamente en los más diversos campos de las Ciencias Jurídicas.

La prodigalidad de Alberto Baumeister Toledo en iniciativas como las descritas, quedaron plasmadas adicionalmente en sus inquietudes gremiales como la Fundación de Altos Estudios Jurídicos y otras disciplinas (FUNAL); la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE), sección venezolana de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA); el Curatorio del Instituto Universitario de Seguros (IUS); el Centro de Estudios Latinoamericanos de Derecho Constitucional y Administrativo (CECLA) y la Asociación Venezolana de Arbitraje.

En ese ámbito, especial mención merece la fundación de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (ASOVEDEFI), hecho que me unió para siempre a Alberto Baumeister Toledo.

Ambos formamos parte de la primera promoción de egresados del postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello donde compartimos durante dos años aulas en el Colegio San Ignacio de Loyola, sede de la especialización. Anecdóticamente recuerdo el día del último examen en el que en medio de la celebración propia de la exitosa culminación de nuestros esfuerzos estudiantiles fue planteada por compañeros contadores la iniciativa de conformar una institución capaz de albergar a profesionales de diversas disciplinas interesados en el Derecho Financiero, ya que la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, prestigiosa y tradicional institución en el área, sólo admitía en sus filas a abogados. Pasados los abrazos, risas y anécdotas propios del improvisado jolgorio estudiantil del fin de curso, vuelve a reunirse

el grupo de compañeros para recibir sus títulos de especialistas. Alberto Baumeister, líder indiscutible de ese destacado grupo de profesionales, anuncia en la antesala del Aula Magna de la Universidad Católica Andrés Bello la llegada de funcionarios notariales y señala que es condición para la imposición de medallas y obtención del título, el suscribir el documento constitutivo de la “Asociación Venezolana de Derecho Financiero”. Nació así, ASOVEDEFI, el 14 de abril de 1994, llamada a atender bajo una visión multidisciplinaria el tema hacendístico del país. Para mi sorpresa, Alberto Baumeister Toledo, redactor del documento constitutivo-estatutario de esa institución me había designado su Presidente temporal, condición que fue inmediatamente ratificada por el resto de los fundadores. Ese gesto de distinción y confianza que tuvo Alberto Baumeister para conmigo, cambiaría para siempre mi vida y estoy seguro ha sido su intersección la que ha hecho que de su mano compartamos un nuevo capítulo de nuestra historia en común. A honrar a mi admirado y apreciado compañero Alberto me comprometo nuevamente en esta ocasión, como espero haberlo logrado cuando entre 1994 y 1999 presidí ASOVEDEFI.

Vaya a los familiares de Alberto Baumeister Toledo nuestra palabra de afecto, respeto y admiración, así como el compromiso de honrar su memoria.

III

SÍNTESIS DEL TRABAJO DE INCORPORACIÓN “MÚLTIPLES CARAS DE LOS CRIPTOACTIVOS. Especial referencia al caso del PETRO”

La significación que la centenaria Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene para el país, implica para quienes hemos sido honrados con el ingreso a sus filas en condición de numerarios, asumir los retos que los avances tecnológicos, la integración y los cambios culturales imponen en el mundo actual.

Bajo esa premisa, con miras a dar cumplimiento al extremo formal exigido por Ley, pero también para hacer de ello algo útil y provechoso, decidí incursionar en un tema, no sólo poco explorado en el mundo jurídico, sino complejo por su elevada abstracción y constante mutación.

A continuación, presentamos de manera resumida y conclusiva, por así imponerlo las características de este solemne acto, algunos de los temas más relevantes del trabajo de incorporación presentado bajo el título “Múltiples caras de los criptoactivos. Especial referencia al caso del PETRO.”

I) Regulación de la blockchain y de los criptoactivos

A) Consideraciones previas

A finales de los años setenta el politólogo de Harvard, Samuel Huntington, reveló su famosa afirmación de que constituía causa fundamental de inestabilidad social y política en los países en vías de desarrollo el hecho de que las expectativas de la población crecían a más velocidad que la capacidad de cualquier gobierno para satisfacerlas. La aparición de la blockchain y de las criptomonedas pareciera expresión de esa disociación.

Cuando se producen en la humanidad revoluciones tecnológicas de impacto, por más resistencia inicial que puedan suscitar, la peor actitud que frente a ellas puede adoptarse es la de ignorarlas o rechazarlas.

La tecnología blockchain y en ella las criptomonedas se presenta como un fenómeno bifronte, en el que concurren lo bueno y lo malo. Entre sus bondades se reconocen, entre otras, su autonomía, transparencia, libre accesibilidad, rapidez y economía. No obstante ello, se admite también que en ellas el crimen organizado ha encontrado terreno fértil al que se ha denominado cybercrimen (*spammers*, ladrones de identidad, espías, hackers). Se ha considerado también a la blockchain y con ella a las criptomonedas como terreno propicio para el lavado de dinero y la evasión de impuestos. La actividad de minería que encierra la operación de muchos de esos sistemas ha sido denunciada como factor desencadenante de mayor contaminación y contraria a la satisfacción de los derechos sociales fundamentales de la población. Como todo, no son sólo bondades sino también defectos los que encierran los avances tecnológicos, de ahí que en opinión de un importante sector sea necesario su constante regulación normativa.

La relativa pasividad que ha registrado el mundo del Derecho y las autoridades gubernamentales nacionales y supranacionales frente al tema de las criptomonedas, además de despertar curiosidad, ha estimulado mi inquietud científica, la cual he intentado canalizar con esta investigación bajo la convicción de que el Derecho está en plena capacidad de atender este fenómeno, regulándolo sin atentar contra su esencia. Reconozco que ello no es tarea sencilla y que tocará innovar y ajustar algunas de sus instituciones clásicas, lo que en definitiva no representará una excepción ni una novedad. El Derecho al igual que la tecnología, es expresión de la innovación humana y, como tal, susceptible de evolucionar según se lo imponga la realidad y lo exijan las múltiples caras de los criptoactivos, sin necesidad de darles la espalda.

B) Dilema ético y jurídico

El surgimiento del dinero en la civilización representó un verdadero acontecimiento, en tanto impulsó significativamente el crecimiento comercial que a la postre contribuyó a conformar lo que hoy entendemos por globalización, salto cuántico en la humanidad, cuyos efectos continúan multiplicándose ilimitadamente en el tiempo y el espacio.

Si se parte de la afirmación de que el dinero desde el punto de vista sociológico y económico no son las monedas y los billetes, sino cualquier elemento que la gente esté dispuesta a utilizar para representar de manera sistemática el valor con el propósito de intercambiar bienes y servicios, el dinero podrá considerarse mutable indefinidamente en el tiempo, según se lo plantee la humanidad en función de sus realidades y necesidades.

El dinero, como creación humana y expresión cultural que es, está así en constante evolución, sea en su forma de presentación, en su respaldo o en su manera de transmisión. Ello, sin embargo, no necesariamente supone cambios en su concepción y características fundamentales, simplemente, variaciones en aspectos, hasta cierto punto secundarios u operativos que obedecen a las nuevas dinámicas de la sociedad y a los avances tecnológicos a la mano.

De bienes corporales con valor inherente como la cebada y el ganado, se pasó al polvo de ciertos minerales (Siclo de plata), de allí a los lingotes de minerales (oro), de éstos a las monedas acuñadas, hasta llegar al papel moneda respaldado por minerales. De la confianza derivada del valor intrínseco de los bienes seleccionados para cumplir el papel de dinero se llegó posteriormente a bienes sin valor inherente (papel moneda fiduciario), pero aceptados por la comunidad por mandato legal y/o por la confianza derivada de su emisor (Estado).

Un indicador contundente de aquella evolución lo constituye el hecho, siglos atrás, inimaginable, de que actualmente de la suma total de dinero en el mundo, que es de unos 60 billones de dólares, las monedas y billetes emitidos no llegue a los 6 billones de dólares. Lo anterior, referido al dinero en su concepción fiduciaria, es expresión de la llamada “anemia monetaria” descrita por el economista alemán Wilhelm Röpke, cuyo inicio ubica en la controversial decisión de Richard Nixon en 1971, de suspender la convertibilidad del dólar al oro, con lo que se rompió el tenue vínculo que aún quedaba entre ese mineral y el dinero (Bretton Woods - 1955). A partir de ese momento, para bien o para mal, en la actualidad el dinero en circulación no tiene vínculo con una mercancía física, sino que se trata de unidades abstractas, basadas

en su aceptabilidad por parte del público en función del desempeño del Estado emisor de que se trate.

Tras aquel hito, la humanidad ha evidenciado respecto del dinero fiduciario (*fiat*), otros tantos, entre ellos, el surgimiento de un sinnúmero de modalidades para su canalización a las que se ha llamado “dinero bancario”, “dinero plástico”, “dinero electrónico” y el “dinero digital”. La aparición de las “criptomonedas”, cuya concepción se atribuye a un grupo multidisciplinario de “librepensadores” al que se denominó “Cypherpunks” que irrumpe en el último cuarto del siglo XX y se consolida a finales de la primera década del siglo XXI frente al cuestionable desempeño del sistema financiero mundial (Suprime Mortgage Crisis - Lehman Brothers -2007-), pudiera considerarse otro posible gran hito en la humanidad, aunque respecto de las criptomonedas existe fuerte polémica al punto de negárseles mayoritariamente el carácter de dinero.

Una de las grandes críticas que ha registrado el dinero fiduciario radica en la tentación que representa para las autoridades gubernamentales el incurrir en la práctica de la emisión de dinero inorgánico para cubrir déficits fiscales que devienen en escenarios inflacionarios depauperantes del poder de compra de la población.

Las críticas al sistema, aunadas al desempeño de la banca pública y privada, así como de otros factores, promovieron posturas como las del economista austríaco y Premio Nobel, Friedrich Hayek, quien sugirió en la década de los setenta del siglo XX la idea de un sistema monetario ajeno al Estado, forjado únicamente a base de las fuerzas del mercado, planteamiento este que luego desarrolló en su obra *Denationalization of Money* (1976). Bajo esa concepción, se haría más eficiente a la microeconomía, dadas las evidentes debilidades del sistema monetario gubernamental tradicional. Su objetivo era presentar al dinero como una mercancía que, de forma similar a los restantes bienes existentes en un mercado, pudiera ser suministrado con mayor eficiencia en la sociedad por el sector privado que por un monopolio estatal.

La férrea crítica y denuncia hecha por Hayek, entre otros muchos pensadores del siglo pasado, podría considerarse influencia determinante en la corriente que a comienzos del siglo XXI irrumpiría con la creación

del concepto de las criptomonedas como mecanismo dirigido, según algunos, a emancipar a la sociedad del “yugo del Estado soberano en materia monetaria”, representando ello una muestra más del impacto que tiene la tecnología en la civilización actual.

Entre esos pensadores, según el inglés Beat Weber, se encuentran los creadores del bitcoin (Satoshi Nakamoto¹) a quienes puede catalogarse de *anti-establishment*, en el sentido de que su intención era la de que éste operara al margen del monitoreo gubernamental.

Fue así como Satoshi Nakamoto, con ocasión al lanzamiento del bitcoin en el año 2008 señaló que, en los países en vías de desarrollo, por lo general, gobiernos corruptos o incompetentes cuando necesitan recursos financieros instruyen a sus bancos centrales la impresión de dinero y luego se benefician de la diferencia entre el costo de emisión y el valor nominal de la moneda. En esos escenarios, el incremento de circulante erosiona el valor de la moneda, haciendo que los ricos movi-licen su dinero a economías más estables, en tanto que los pobres que no tienen la misma opción, vean perder el valor de su dinero.

En ese mismo sentido, el abogado norteamericano Nick Szabo, creador de los llamados “contratos inteligentes”, considerado también parte de los “Cypherpunks”, señaló que

“Todo dinero creado por el hombre ha encerrado un margen de inseguridad de una u otra manera” (...). Tal inseguridad se manifiesta de muy diversas maneras desde la falsificación hasta el robo, pero quizá la expresión más perniciosa de esa inseguridad es la inflación”².

Frente a aquel ambiente, caracterizado por turbulencias, en el que avanzaba el dinero fiduciario, resulta de especial relevancia el enfoque que le ha dado el economista venezolano Moisés Naím a la degradación que en su opinión viene experimentando el poder en las últimas décadas, teniendo en cuenta que el dinero es quizá uno de sus más claros

¹ Pseudónimo del individuo o grupo de expertos que se atribuyen la creación del Bitcoin.

² Don Tapscott y Alex Tapscott. *Blockchain Revolution*. Nueva York, Random House LLC, 2016, p. 37.

símbolos, como lo sostenía desde antiguo Aristóteles al referirse a la riqueza en su obra “La Política”.

El economista venezolano al hacer aquellas reflexiones en “El fin del poder” (2014), parte de la concepción del poder como la capacidad de lograr que otros hagan o dejen de hacer algo. Precisamente, hay algo o mucho de eso en el dilema que encierra la aparición de las criptomonedas en el mundo actual.

Las criptomonedas concebidas como activos digitales diseñados para trabajar como medios de intercambio que usan criptografía para darle seguridad a sus transacciones, controlar la creación de nuevas unidades y verificar su transferencia, funcionan sin respaldo físico, en tanto su aval es la seguridad que ofrece el sistema bajo el cual operan (blockchain) y la confianza que tienen los usuarios en su posible intercambio futuro por bienes, servicios y monedas tradicionales. En este sentido, las partes intervinientes en cada transacción deben libremente otorgarle valor y aceptar dicho medio de pago en cada oportunidad en que las empleen.

Es así como el sustento de las criptomonedas no es otro que el acuerdo de voluntad que se concreta a través de contratos inteligentes suscritos entre quienes deciden adherirse al sistema de la blockchain, en el que se reconoce a la criptomoneda que en ella opere como un activo con un valor que deviene de su oferta y demanda. Ese activo, sin embargo, trasciende la virtualidad de la blockchain, en tanto es empleado, entre otros, para la adquisición de bienes y servicios, su conversión en dinero fiduciario o su intercambio por otras criptomonedas, por lo que respecto de ellas pueden registrarse consecuencias jurídicas, ganancias o pérdidas para sus titulares, traducándose en medios de intercambio, unidades de valoración e instrumentos de inversión.

Respecto del bitcoin que es la primera y verdadera criptomoneda, según la abogada Aleksandra Bal, Manager en el IBDF, para el año 2011 había 6,5 millones de unidades circulando entre 10,000 usuarios. En 2013 (Dic) cada bitcoin se cotizaba en US\$ 600 y excedían en número los 12 millones. Para junio de 2018, se estima que un total de 17.1 millones de bitcoins se encuentra en circulación, distribuidos

entre unos 22 millones de *wallets* y entre 2.9 a 5.8 millones de usuarios (Cambridge University). La cotización del bitcoin llegó a alcanzar US\$ 20.000 por unidad a finales de 2017, cayendo abruptamente a mediados de 2018 a US\$ 6.021,19. Si se toma en consideración a la totalidad de las más de 1600 criptomonedas que se reconocen hoy día en el mercado, CoinMarketCap estima que para el 8 de agosto de 2018 éstas representaban US\$ 227.8 billones.

Frente a esa creciente práctica, a la que muchos califican de afrenta al *status quo*, vale referirse nuevamente a la línea argumental desarrollada por Naim, según la cual,

“El poder se está dispersando cada vez más y los grandes actores tradicionales (gobiernos, ejércitos, empresas, sindicatos, etcétera) se ven enfrentados a nuevos y sorprendentes rivales, algunos mucho más pequeños en tamaño y recursos. Además, quienes controlan el poder ven más restringido lo que pueden hacer con él.

Solemos malinterpretar o incluso ignorar del todo la magnitud, la naturaleza y las consecuencias de la profunda transformación que está sufriendo el poder en estos tiempos. Resulta tentador centrarse exclusivamente en el efecto de internet y las nuevas tecnologías de la comunicación en general, en los movimientos del poder en una u otra dirección o en si el poder ‘blando’ de la cultura está desplazando al poder ‘duro’ de los ejércitos. Pero estas perspectivas son incompletas. De hecho, pueden enturbiar nuestra comprensión de las grandes fuerzas que están cambiando la forma de adquirir, usar, conservar y perder el poder”³.

Si bien Naím sostiene que la degradación del poder no se debe a la internet ni a las tecnologías de la información en general, en sí mismas consideradas, no por ello deja de reconocerlas como herramientas transformadoras de las expresiones tradicionales de la política, el activismo, la economía y, por su puesto, del poder. Según Naím, se trata de medios que en función de los objetivos perseguidos por sus usuarios impactan positiva o negativamente al poder.

³ Naím, Moisés. *El fin del poder*. Caracas. Libros El Nacional. Debate. 2014, p. 17.

La tecnología en general y la internet como muestra por excelencia de su alcance, representan indiscutiblemente una plataforma libre y muy efectiva para que sus usuarios desarrollen planes en función de sus objetivos personales, que no necesariamente se alinean con los colectivos. He allí, uno de los grandes temores y fuentes de polémica que han encerrado muchos de los avances tecnológicos, entre ellos, la internet y, más recientemente, la blockchain.

Los cambios en la civilización, en numerosas ocasiones, se producen gracias a avances tecnológicos como la internet que, sin lugar a duda, repercuten en la cultura de los seres humanos, configurándose un círculo que en principio puede ser virtuoso, aunque en otros, vicioso.

Según Moisés Naím, esa situación se ha vuelto global, especialmente en las clases medias de los distintos países del mundo, de ahí que se califique a las sociedades como de “rápida transformación”. Existen más personas con acceso a la información y a la tecnología (**Más**), así como mayores posibilidades para su movilización mundial (**Movilidad**), todo lo cual va acompañado de un cambio de mentalidad en virtud del cual, la juventud desafía a la autoridad y al poder (**Mentalidad**).

Ha sido sostenido así que la Generación “Y”, también llamada de los “Millennials”, representa actualmente la más numerosa y con el mayor poder adquisitivo colectivo (US\$ 200 mil millones). Esta generación integrada por los nacidos a comienzos de la década de los ochentas y hasta comienzos de la década de los dos mil, según una encuesta realizada por Blockchain Capital, en un 30% prefiere invertir su dinero en criptomonedas en lugar de en inversiones tradicionales en bonos, acciones y similares. Si bien no es la mayoría de los integrantes de esa generación, se considera un número representativo y en constante crecimiento.

Ha sido igualmente señalado por especialistas en la materia, que entre los “Millennials” y las criptomonedas existe una propensión a la compatibilidad, por cuanto los integrantes de esa generación prefieren la autonomía frente a la dependencia con la banca, tienen aptitudes respecto del manejo de la tecnología y una actitud rebelde frente al sistema financiero tradicional al cual denuncian por los frecuentes

fraudes de que ha sido víctima la generación de los “baby boomers” que la antecede.

A la Generación “Y” le sigue la “Z”, en torno a la cual, como ocurre con los “Millennials”, tampoco existe consenso en cuanto a las fechas de nacimiento con las que se inicia y termina este grupo humano, ubicándose en opinión de la mayoría entre 1995 y 2014. Según Forbes, representa el 25% de la población, siendo más numerosa que el resto de las generaciones sobrevivientes. Se caracterizan por ser independientes y emprendedores. Se debaten entre el estudio formal a alto endeudamiento y el desarrollo de actividades empresariales empíricas e individuales.

Este grupo que recién comienza a incursionar en el mundo laboral y empresarial se considera más propenso aún a participar en el ámbito de las criptomonedas que los “Millennials”, representando una fuerza propulsora de su crecimiento en el mercado comercial y financiero.

El fenómeno de las criptomonedas surgido a la vera de la tecnología informática y más específicamente en la blockchain, es así parte de los cambios experimentados recientemente por la civilización que, por sus características y el entorno, para nada debe perderse de vista por parte de los operadores jurídicos.

Para un importante sector, la industria de los servicios financieros mundiales actuales está plagada de problemas. Es anticuada, entre otros motivos por estar construida sobre la base de tecnología obsoleta que no es compatible con los avances registrados en el mundo digital, todo lo cual la hace lenta y poco confiable. Es excluyente, dejando por fuera a billones de personas sin acceso a las herramientas básicas del mundo financiero. Es centralizada, lo que la expone a fallas en la data y a muy diversos ataques. Es monopólica y refuerza el *status quo*, bloqueando la innovación.

El desfase en referencia se registra también respecto de la legislación que rige a la materia. Es así como, por ejemplo, se denuncia que actualmente en el estado de Nueva York las leyes relativas a la transmisión de dinero datan de la época de la Guerra Civil (1861-1865) en la que la movilización de dinero se efectuaba a caballo y carretas.

En ese escenario, algunos respaldan la aparición de la blockchain y, especialmente la canalización a través de ella de las criptomonedas. Ello, sin embargo, al igual que toda innovación, ha venido acompañado de adeptos y detractores.

Por primera vez en la historia, más allá de los Estados, individuos abanderados de las redes se han agrupado para solventar o atender problemas globales. Ya no se considera que ciertas materias son competencia exclusiva de los Estados para lograr un nuevo modelo global respecto de ellas. Frente a esa actitud, surge la interrogante de la necesidad de que los gobiernos regulen a la blockchain y a las criptomonedas.

El llamado cybercrimen, el impacto que en los derechos ambientales y sociales supone la puesta en marcha de la blockchain, especialmente en aquellos casos que involucran a la llamada “minería”, las implicaciones que en materia de lavado de dinero y evasión tributaria representa la alternativa de las criptomonedas, así como su eventual impacto en las políticas monetarias a cargo de las autoridades gubernamentales competentes, son tan solo algunos de los temas que llaman a la reflexión en cuanto a la necesidad de que esa materia sea objeto de pronta regulación normativa.

La tecnología es sin duda expresión de avance, pero como toda invención humana debe ajustarse al ordenamiento jurídico existente o éste, frente a la aparición de aquélla, ha de tomar las medidas del caso con miras a reconocerla o a frenarla. En cualquier caso, así como las innovaciones tecnológicas no pueden admitirse fuera del contexto en el que han de aplicarse, incluido en él, el Derecho, tampoco puede utilizarse al ordenamiento jurídico como herramienta para obstaculizar caprichosamente su desarrollo. Lo anterior se traduce en un dilema ético de vieja data que se ha venido registrando cada vez que se produce un hito tecnológico en la humanidad.

La tecnología, permea e interviene en multitud de actividades relacionadas con nuestra manera de vivir, de ahí la importancia de que su uso y no abuso conduzca efectivamente a una mejor vida, para lo que se requiere que su avance no sea descontrolado, en tanto podría terminar arrastrando los principios y valores esenciales de la humanidad.

Una de las herramientas dirigidas a mantener aquel orden y equilibrio la constituye precisamente el Derecho. Un caso como el planteado, que valga observar, no es el único ni el primero, implica simplemente un reto mayor para el Derecho, dada sus particularidades tecnológicas, que no tienen que asumirse como inmanejables. Así como la internet y la blockchain han sido revolucionarias, el Derecho ha demostrado desde sus orígenes ser una de las más depuradas y efectivas expresiones de innovación en la humanidad, capaz de adaptarse en el tiempo y a cualquier escenario. El caso de las criptomonedas insistimos no tiene que ser la excepción.

Entre esas particularidades de la blockchain se encuentra su carácter descentralizado y multijurisdiccional. Es así como en una operación llevada a cabo a través de esa plataforma puede intervenir un comprador residenciado en Estados Unidos, un comprador domiciliado en Venezuela, un servidor ubicado en Noruega y una criptomoneda con ubicación virtual, lo que nos conduce a la llamada globalización, que no es nueva y puede considerarse también como expresión de la atomización del poder en su concepción tradicional.

El proceso de interconexión que implica la globalización, no se produce únicamente entre Estados, sino que también se registra entre individuos, más aún en el auge de las redes sociales y los contratos inteligentes. Ese fenómeno, que trasciende lo político y económico penetra el ámbito cultural, de ahí que sea total o como su propio nombre lo indica, global.

La globalización en el ámbito jurídico supone un proceso de interconexión entre personas en el mundo con efectos sobre el contenido de las normas que regulan sus conductas y relaciones. Esas normas, sin embargo, producto de la naturaleza misma de ese fenómeno, cada vez provienen menos del seno de los Estados soberanos y más del consenso entre ellos, llegándoseles a llamar “derecho anacional”.

Por otra parte, como señala el jurista venezolano James Otis Rodner, la globalización produce una influencia internacional fuerte sobre las normas de derecho positivo interno. Debido a esta influencia, el contenido de muchas normas en el derecho positivo interno viene de

otros países, o de otras fuentes externas. El paradigma de este proceso son los pasos que se toman para la unificación y homogenización de los sistemas de derecho positivo de diferentes países. La unificación y armonización están reflejadas en los esfuerzos de adopción de leyes modelo, especialmente los realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL)⁴.

En ese sentido, algunos han considerado a la Unión Europea, al World Trade Center y al Fondo Monetario Internacional (FMI), como tres posibles instancias a cuyo cargo debe estar la emisión de la normativa reguladora de la blockchain y de las criptomonedas.

Diez años después de la aparición del bitcoin, la mayoría de estas instancias supranacionales se han limitado a señalar que las criptomonedas por su bajo impacto en el mundo de las finanzas no justifican aún una regulación expresa. Han advertido, sin embargo, que el empleo de monedas virtuales debe monitorearse por cuanto de continuar creciendo su presencia ameritará de algún tipo de regulación.

Postura diametralmente contraria han tenido los promotores a ultranza de las criptomonedas quienes resaltan el carácter descentralizado y libre de controles gubernamentales e impuestos que tiene la blockchain, por lo que abogan se mantengan únicamente sujetas a la ley de la oferta y la demanda.

Si bien pareciera indispensable la intervención de las autoridades en esta materia, sean nacionales o multinacionales, no deja de ser cierto que las regulaciones como expresión que son de la intervención proveniente tradicionalmente de los Estados y más recientemente de organizaciones multilaterales, se encuentran desde hace tiempo desprestigiadas, producto de su ineficacia y de la corrupción, encontrando en ello terreno fértil los promotores de la blockchain y las criptomonedas para aupar la idea de su falta de regulación.

La mayoría de los pronunciamientos que se han efectuado hasta la fecha respecto del uso de criptomonedas no tiene carácter jurídico,

⁴ Cfr. Rodner, James Otis. *La Globalización. Globalización de la Norma Jurídica*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 101. 2012, p. 214.

limitándose a comunicados, avisos y respuestas a contribuyentes bajo el formato de preguntas frecuentes. En otros casos, han sido propuestas de proyectos de leyes o reglamentos, que no han adquirido estatus de actos firmes o se han tratado de simples políticas de inversión.

La inmaterialidad del sistema, su carácter descentralizado, el “anónimo” bajo el cual se opera y su condición universal son, entre otros elementos, los que alimentan la tesis de que la blockchain constituye un escenario propicio para evadir el pago de tributos. Para confirmar o rebatir aquella especie, se hace necesario acudir a lo que en ese sentido ha avanzado el Derecho Comparado, así como precisar el posible tratamiento que han de recibir en Venezuela las operaciones que involucran criptoactivos. A esos fines, en el trabajo de incorporación presentado a esta Academia nos abocamos a descifrar la naturaleza jurídica de los criptoactivos, especialmente de las criptomonedas, punto de partida de cualquier intento que pretenda llevarse a cabo para regularlas. En ese sentido se comenzó por efectuar un exhaustivo recuento histórico sobre la evolución del dinero, y su concepción en el ámbito jurídico y económico, con miras a determinar si las criptomonedas encuadran en esa noción. De igual manera se procedió a determinar si las criptomonedas son bienes y que tipo de cosa son, así como si respecto de ellas es posible reconocer la configuración del derecho de propiedad, un derecho real, un derecho de crédito o un derecho patrimonial.

Cumplido aquel objetivo, se estimó igualmente pertinente abordar el tema a la luz de las recientes actuaciones del gobierno nacional con miras a determinar su compatibilidad con lo avanzado en el resto del mundo. A esos fines se procedió también, a la determinación de la naturaleza jurídica del “criptoactivo venezolano PETRO” y a la evaluación de su validez. Finalmente, se incursionó en el ámbito tributario en un esfuerzo por determinar el tratamiento que a nivel nacional recibirían las operaciones que involucren criptoactivos para lo que se partió a su vez de lo adelantado en el Derecho Comparado.

Como fuera anunciado de seguidas presentaremos algunos de los temas jurídicos más relevantes abordados en el referido trabajo de incorporación lo que insistimos se hará de manera parcial, resumida y apuntando a algunas de las conclusiones alcanzadas.

II) Naturaleza jurídica de los criptoactivos

A) Criptomonedas. Especial referencia al caso del bitcoin

Partiendo del hecho de que las criptomonedas son invenciones que encuentran utilidad y adquieren valor entre un grupo de sujetos dispuestos a reconocerlas como tales (peers en la blockchain), pareciera posible encontrar en ellas las notas características de las cosas o bienes.

En función de los diversos criterios de clasificación de los bienes, las criptomonedas y especialmente el bitcoin pueden considerarse cosas incorpóreas, privadas, patrimoniales y divisibles.

Más complicada resulta la clasificación de las criptomonedas como bienes muebles o inmuebles, en tanto respecto de los bienes incorporales (derechos, obligaciones y acciones) el criterio de la movilidad utilizado para distinguirlos bajo aquella categoría resulta inaplicable de manera directa, teniendo que aplicarse de forma mediata, en función de la naturaleza de su objeto.

Los derechos suponen la existencia de un objeto, o sea, de una entidad sometida al señorío o poder del titular del derecho, que le sirve de medio para alcanzar sus fines. El derecho es una cosa incorpórea, que a su vez recae sobre un mueble o un inmueble, lo que lo califica al derecho de bien mueble o inmueble por su objeto.

Bajo aquella línea de razonamiento, con miras a arribar a una conclusión en torno a la naturaleza jurídica de las criptomonedas y más específicamente a la posibilidad de su clasificación como bienes muebles o inmuebles, resultaba necesario determinar previamente la posibilidad de reconocerlas como objeto del derecho de propiedad.

De existir un derecho de propiedad, este calificaría como bien y su clasificación como mueble o inmueble dependería de la naturaleza de su objeto (bitcoin). Sin embargo, esta línea de argumentación se anticipa inútil en tanto el objeto de ese derecho es, a su vez, otro intangible que además existe únicamente en el mundo virtual representado por la blockchain. En todo caso, sigue siendo pertinente la determinación de

la configuración o no del derecho de propiedad respecto de las criptomonedas, asunto este al que nos abocaremos de seguidas.

Si bien en el Derecho Romano la propiedad se circunscribió a los derechos materiales (corporales), en la actualidad, se ha ampliado considerablemente el radio económico del derecho, hasta abarcar los bienes inmateriales (cosas incorpóreas).

La existencia del derecho de propiedad sobre bienes inmateriales es reconocida prácticamente de manera unánime dada la presencia de elementos como la absolutividad, exclusividad, naturaleza patrimonial, posibilidad de enajenación e integradores del dominio. No obstante, persiste la tesis de que se trata en todo caso de una propiedad que sólo recae sobre cierto tipo de bien incorporeal, como ocurre con los derechos de autor y del inventor. De allí, que haya sido necesario dictar leyes especiales que los regule a pesar de la existencia de los Códigos Civiles.

Quizá la aparición de las criptomonedas obligue a ampliar la concepción y régimen de la propiedad común como ocurrió en su momento con la propiedad industrial, con el objeto de darles mejor cabida, sin que con ello neguemos la posibilidad de considerarlas objeto de aquel derecho.

En primera instancia puede pensarse que las criptomonedas no sólo son incorporeales, sino también carentes de valor intrínseco, en tanto en sí mismas no encierran un derecho de crédito, como ocurre, por ejemplo, con un título valor desmaterializado, ni cuentan con un sujeto contra el cual reclamar contraprestación alguna, como si puede ocurrir con el papel moneda que a pesar de no tener valor en sí mismo da un derecho frente a su emisor por efecto del ordenamiento jurídico. No obstante ello, las criptomonedas adquieren valor según sean demandadas por agentes económicos dispuestos a transar con ellas, resultando posible reconocer un derecho de propiedad *sui generis* respecto de las mismas.

Según Dax Hansen y Joshua Boehm, entre los desafíos que supone el tratar al bitcoin como un bien susceptible de constituirse en objeto del derecho propiedad vale señalar los siguientes: i) pseudoanonimato, ii) número limitado de tipos de propiedad (“*numerus clausus*”),

iii) arreglos de múltiples firmas y, iv) Limitaciones de rastreabilidad⁵. No obstante esas particularidades, Hansen y Boehm reconocen la existencia de un derecho de propiedad respecto de las criptomonedas.

En ese mismo sentido, el jurista español Javier González señala que a tal punto es posible reconocer respecto de las criptomonedas un derecho de propiedad que, no plantea duda su donación o su inclusión en la masa hereditaria, así como el que puedan ser objeto de prendas y de usufructos.

En nuestra opinión es posible reconocer la configuración de un derecho de propiedad respecto del bitcoin y las criptomonedas en general, sin que con ello desconozcamos la conveniencia de regularla a nivel normativo de manera expresa, como en su momento ocurrió con la Propiedad Industrial⁶, para evitar así complicaciones dadas las evidentes particularidades que registra.

Habiendo arribado a aquella conclusión y volviendo a la calificación del derecho como un bien incorpóreo que califica de mueble o inmueble por su objeto, según a su vez se califique a las criptomonedas dentro de aquellas categorías, insistimos en la dificultad que encierra este esfuerzo, por no decir que se torna inútil.

En ese sentido, vale formularse las siguientes interrogantes. ¿Partiendo del hecho de que el bitcoin se mantiene en la blockchain, cambiando simplemente de titular, ese cambio de direcciones permite calificarlo de mueble o, por mantenerse en la blockchain ha de considerarse inmueble? ¿La movilidad a la que refieren las teorías clásicas para calificar a los bienes de muebles o inmuebles resulta aplicable a bienes que como el bitcoin, al ser incorpóreos, no son realmente susceptibles de ser trasladados físicamente de un sitio a otro?

A la luz de los criterios para la calificación de bienes en muebles e inmuebles y a las categorías que respecto de ellos existen, pareciera

⁵ Dax Hansen, J y Boehm, Joshua, Treatment of Bitcoin under U.S. Property Law. 2017, pp. 14-18.

⁶ Artículo 446 CCV: El producto o valor del trabajo o industria lícitos, así como las producciones del ingenio o del talento de cualquier persona, son propiedad suya, y se rigen por las leyes relativas a la propiedad en general y las especiales sobre las materias.

más factible enmarcar a las criptomonedas en la de bienes muebles partiendo de la transferencia que de ellas se hace de una dirección a otra en la blockchain. Debería, sin embargo, mediar disposición expresa de ley al respecto, para zanjar las justificadas diferencias de criterios que sobre la materia pueden existir.

A.2. ¿Es el bitcoin, un derecho real o derecho de crédito?

El derecho real es aquel derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa determinada, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado, y que impone asimismo y, a veces, cuando se trata de derechos reales limitados, un “hacer” o un “no hacer”, probablemente conectado a un soportar⁷.

Si bien se admite pacíficamente, hoy día, la existencia de derechos reales sobre bienes incorpóreos, no menos verdad es que la doctrina exige a esos fines **la determinación y especificidad de la cosa**. Bajo esa teoría clásica no es posible considerar la existencia de derechos reales que tengan por objeto cosas incorpóreas genéricas. Si bien la relación entre las criptomonedas y sus titulares pareciera encuadrar perfectamente en la noción de derecho real, sería necesario tener certeza en cuanto a la calificación de las criptomonedas como bienes específicos, aunque fungibles. Según algunos especialistas, el bitcoin no es fungible, por lo que no es una cosa genérica. De ser ello así, entonces sería posible considerarlo objeto de un derecho real. En nuestra opinión, tal calificación es dudosa por cuanto por más que cada criptomoneda es un algoritmo irreplicable que permite identificarla y hace factible su trazabilidad, la modalidad de operación de la blockchain no permite disponer de una criptomoneda en específico, premeditadamente seleccionada, todo lo cual a los efectos que aquí nos ocupa pareciera acercarla a una cosa genérica. De ser ello así, no sería posible su calificación como objeto de un derecho real, según la comentada concepción clásica.

Más clara pareciera la imposibilidad de calificar la titularidad del bitcoin como un derecho de crédito, en tanto, no implica la existencia

⁷ Roca Sastre, Ramón María. *Derecho Hipotecario*. Editorial Bosch, Barcelona, 1948, Tomo II. p. 100.

de un tercero frente al cual pueda exigirse el cumplimiento de una obligación. El derecho de crédito es, necesariamente, una relación entre personas determinadas (acreedor y deudor). El derecho del acreedor no recae directamente sobre la cosa.

Quien tiene la propiedad de un bitcoin, no tiene el derecho a exigir de un tercero contraprestación alguna. Es ésta una de las grandes diferencias que existe entre las criptomonedas y los títulos valores o títulos de crédito, mientras estos instrumentos especiales llevan incorporado un determinado derecho patrimonial (pagarés, letras de cambio, cheques), con las criptomonedas no ocurre lo mismo. El título valor contiene una promesa unilateral (del deudor) de efectuar una prestación, lo que no ocurre en el caso de las criptomonedas, de ahí que no sean equiparables a un título valor.

Al respecto señala el experto mexicano Gómez Rodríguez que, un título de crédito siempre tiene una cantidad cierta que se obliga a cubrir quien lo suscribe, lo que no se cumple con el *bitcoin* que no cuenta con una cantidad cierta ni determinada, ya que el valor del *bitcoin* es variable y, decimos nosotros, no depende de un substrato o colateral.

Bajo la concepción clásica de los derechos reales y de crédito, luce claro que respecto de las criptomonedas no es posible reconocer la existencia de un derecho de crédito. Situación más controversial es la que se presenta respecto a la configuración de un derecho real dada la polémica que puede existir en cuanto a su carácter de bienes incorporales genéricos o específicos.

Frente a la complejidad que encierra el tema, pudiera resultar interesante rescatar la Tesis de los **Derechos Patrimoniales** que comenzó a ser revisada por el profesor S. Ginossar (*Droit Réel, Propriété et Créance Lib.* Gérenale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960), citado por Kummerow.

Según Kummerow, para Ginossar,

“... el derecho de propiedad no es un derecho real, en el sentido de que no puede configurarse en el mismo rango del usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres. El derecho de propiedad constituye una categoría especial de los derechos patrimoniales,

con fisonomía distinta que incide sobre un complejo de intereses económicamente valorables”⁸.

Bajo ese enfoque pudiera llegar a decirse que el derecho de propiedad que tiene por objeto criptomonedas califica como un derecho patrimonial. Las criptomonedas son así bienes patrimoniales.

A.3. ¿Es el bitcoin dinero?

A.3.1. Dinero en sentido legal

Otro tema que ha sido polémico desde la aparición de las criptomonedas es el relativo a su equiparación o no al dinero.

Desde el punto de vista legal, el dinero ha de cumplir con 3 requisitos esenciales: a) estatus de curso legal, b) manejo centralizado y c) presencia física o material.

El dinero es de curso legal cuando el Estado ha reconocido que a través de esa moneda se puede pagar válidamente una obligación. Su presencia en el mercado es controlada por el Banco Central o la Reserva Federal del país de que se trate.

Debido al carácter descentralizado e intangible de las criptomonedas, éstas no califican como dinero legal. La razón fundamental para negarles aquel carácter a las criptomonedas es su falta de reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico de los estados como monedas de curso legal.

A nivel mundial puede sostenerse que de manera bastante uniforme se desconoce a las criptomonedas carácter de dinero bajo su concepción jurídica.

A.3.2. Dinero en sentido económico

El mundo del Derecho no coincide necesariamente con el económico, aun cuando uno tome en cuenta al otro. Lo que para el ordenamiento jurídico es dinero no necesariamente lo es para los economistas y viceversa.

⁸ Kummerow, Gert. *Compendio de bienes y derechos reales (Derecho Civil II)*. Tercera Edición. Caracas. Ediciones Magon. 1980. p. 119.

Los economistas consideran al dinero como un sistema de información para valorar, registrar y mantener la pista de transacciones económicas. Es un medio de intercambio, que evita los problemas propios del trueque. Por otra parte, el dinero permite: un sistema de registro contable a través de unidades numéricas; medir el valor de bienes y servicios; así como, hacer ofertas en el mercado entre comparables. A esos fines, para el dinero ser reconocido como tal, tiene que ser divisible más allá del decimal y proveer una medida de valor relativo que pueda ser fácilmente comprensible casi de manera intuitiva, de forma tal que los usuarios puedan entenderlo como legítimo.

En lo que respecta al extremo de “ser capaz de preservar su valor” que debe cumplirse para poder calificar a algo de dinero, señala Gómez Rodríguez que

“La función como almacén de valor que permita transferir la capacidad para comprar bienes y servicios a lo largo del tiempo pudiera actualizarse mientras el bitcoin sea aceptado como medio de pago, con la limitante que el mercado en el que es aceptado es muy pequeño en comparación con la economía mundial, además que debido a su volatilidad puede cotizarse en el futuro a un precio inferior al que se adquirió, por lo tanto, la inversión se depreciaría. La única función que pudiera coincidir con la función del dinero es la de intercambio ya que el bitcoin es aceptado a cambio de bienes y servicios”⁹.

Al respecto señala adicionalmente Aleksandra Bal, que el dinero aún en sentido económico debe operar como almacenamiento de valor para gastos futuros, es decir, debe ser capaz de conservar su valor y tender a revalorizarse en el tiempo.

Se considera que la moneda virtual tiene serias debilidades para cumplir con ese extremo en tanto sólo lo logra atado al comportamiento de monedas tradicionales.

⁹ Gómez Rodríguez, C. *Bitcoin: problemas reales*. En: E. Téllez Carvajal (C), ed.1, *Derecho y TIC. Vertientes Actuales*, 1st ed. [online] México: UNAM. (2016), p. 277. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4065-derecho-y-tic-vertientes-actuales>

Es así como la posición mayoritaria a nivel mundial es la de desconocerle al bitcoin y a las criptomonedas en general carácter de dinero desde el punto de vista económico.

B) Naturaleza jurídica del PETRO

B.1. Consideraciones preliminares

A partir del 8 de diciembre de 2017 el gobierno nacional inicia con la publicación del Decreto N° 3.196 en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.346 de igual fecha, una campaña de promoción de las criptomonedas en el país, tanto en los que respecta a su utilización en operaciones comerciales como en cuanto a su minado. A la par de aquella iniciativa, se introduce la idea de la creación de criptoactivos venezolanos respaldados en recursos naturales reservados por el Estado (petróleo, oro, diamantes, coltán, etcétera.), invención esta cuya autoría se atribuye a Hugo Chávez Frías.

Si algo ha caracterizado a los primeros pasos dados por el gobierno nacional en la implementación del primero de los criptoactivos venezolanos, el PETRO, ha sido la confusión. Las declaraciones emitidas por altos personeros del Poder Ejecutivo, los actos jurídicos por ellos dictados, que no sólo han resultado ambiguos, sino también, contradictorios, han atentado contra la seguridad jurídica que una medida de este tipo demanda. Aquel escenario se ha visto agravado, al tratarse de medidas que tienen como soporte originario los inválidos Decretos de Declaración de Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional y actuaciones de una Asamblea Nacional Constituyente cuestionada por su origen y desempeño.

Más allá de lo señalado, el factor decisivo en la inviabilidad de llevar a cabo válidamente aquella iniciativa, lo constituye el inconstitucional respaldo en yacimientos petroleros que se ha conferido al supuesto “criptoactivo”, así como el endeudamiento que en su versión original suponía que no contaba con la aprobación de la Asamblea Nacional.

En medio de las demoras y obstáculos que ha supuesto la implementación de aquella iniciativa, en alocución presidencial del 17 de agosto de 2018, Nicolás Maduro anunció la utilización del PETRO

como “Unidad de Cuenta Fluctuante”, es decir, como una simple medida acordada para expresar cuantitativamente los salarios y el precio de bienes y servicios de una manera uniforme y ajustable en el tiempo, específicamente para fijar el precio de cincuenta (50) bienes y servicios prioritarios (Plan 50) y la escala salarial. A tales fines el PETRO equivale al precio de un barril de petróleo expresado en Bolívares Soberanos a la tasa de cambio de referencia del día de que se trate.

Once meses después de haberse dictado el Decreto N° 3.196, específicamente el 1° de octubre de 2018, el gobierno nacional anunció el formal arranque del PETRO como criptoactivo. A esos fines fue aprobado y publicado la por la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP) un *Whitepaper*, bajo el slogan “PETRO. Hacia la revolución digital económica”. Dicho instrumento supone variantes respecto de la figura del PETRO que no necesariamente son consistentes con la normativa previamente dictada, todo lo cual incrementa las dudas registradas sobre dicha polémica invención.

B.2. El PETRO y las criptomonedas

Resulta de especial significación, por los efectos que de ello derivan, descifrar si el PETRO califica de criptomoneda, pero, más allá de esa consideración, resulta más relevante aún intentar arribar a una posición en torno a su naturaleza jurídica, en tanto al igual que lo afirmamos respecto de las criptomonedas, de ello dependerá su régimen jurídico e incluso la determinación de su validez.

En relación a las criptomonedas, puede sostenerse que son medios digitales de intercambio que, a diferencia de las monedas emitidas por gobiernos y bancos centrales, se generan con la resolución de problemas matemáticos basados en criptografía¹⁰.

“Las criptomonedas son activos digitales diseñados para trabajar como medios de intercambio que usan criptografía para darle seguridad a sus transacciones, para controlar la creación de nuevas unidades y para verificar la transferencia de éstos”¹¹.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ White Paper publicado provisionalmente en la página web de la SUPCACVEN, p. 8.

Hechas las consideraciones anteriores, procederemos a contrastar al PETRO con dicha figura.

Después de haberse paseado el Ejecutivo Nacional por la idea de manejar al PETRO a través de blockchains como Ethereum y NEM, terminó creando su propio sistema de cadena de bloques que operará el bloque génesis del algoritmo X11 que involucra 11 rondas Hash, cuya unidad de moneda será 01 Petro y contará con el tipo de verificación de bloque POW y Proof of Stake. De acuerdo a los detalles técnicos de la blockchain diseñada y administrada por el gobierno nacional publicados en el *Whitepaper*, el PETRO no es minable.

Entre las principales diferencias que puede observarse entre el PETRO y las criptomonedas, podemos señalar las siguientes:

- Mientras el PETRO se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano mediante una serie de decretos presidenciales y “constituyentes”, las criptomonedas no se encuentran reguladas expresamente en instrumentos normativos vinculantes dictados por autoridades gubernamentales, sino a través de *Whitepapers* y contratos inteligentes.
- Mientras la emisión e intercambio del PETRO estará centralizada en el Estado venezolano, las criptomonedas se caracterizan por estar descentralizadas, al margen de las autoridades gubernamentales y operan de manera autónoma.
- Mientras la emisión de criptomonedas como el bitcoin es limitada, en tanto existe un número finito de monedas susceptibles de ser emitidas (21 millones), pareciera que el emisor del PETRO tiene una limitación relativa. Si bien el *Whitepaper* emitido por la SUNACRIP señala que habrá tantas emisiones a como haya lugar con relación a las reservas fijadas como respaldo principal, en un lapso de diez años y que cada emisión tendrá una cantidad finita, no se explica cómo operará aquella correlación entre unidades emitidas y reservas certificadas, lo que termina relativizando el carácter finito que pretende dársele, además que podrá ir aumentando a medida que se decida ampliar el “respaldo”.

- Mientras el PETRO está respaldado en yacimientos petroleros, en las criptomonedas no existen tales sustratos, dependiendo su valor exclusivamente de la confianza que genere entre los suscriptores del sistema blockchain. Aun señalándose la existencia de aquel respaldo respecto al PETRO, sigue sin quedar clara la manera en que éste opera, a diferencia de la evidente invalidez que el mismo encierra.
- Mientras el mercado de criptomonedas gira en torno a las reglas de la libre oferta y demanda sustentadas en la confianza, el mercado del PETRO se verá claramente incidido por el intervencionismo del Estado, quien se compromete a promoverlo e incluso ha anunciado el condicionamiento de la venta de ciertos bienes y las prestaciones de servicios por parte del Estado al uso del PETRO.
- Mientras una de las bondades que se reconocen a las criptomonedas es la economía que encierran en comparación con el sistema financiero clásico, en el caso del PETRO aquella nota no pareciera estar presente, al punto que se prevé el cobro de altas tasas administrativas (5%) por su liquidación en cualquier divisa.
- Finalmente, y como más adelante se resalta, al menos conforme al artículo 4 del Decreto N° 3.196, el PETRO pareciera imponer la obligación en cabeza de su emisor de la entrega de un barril de petróleo al mediar un respaldo físico representado por un contrato de compra-venta de ese commodity o de cualquier otro que decida la Nación. Si bien sobre ese tema no alude el *Whitepaper*, aquella disposición, vigente y contenida en un Decreto Presidencial, implicaría una obligación del emisor del PETRO frente a su titular lo que no es propio de las criptomonedas.

A pesar de la existencia de estas notas diferenciadoras entre el PETRO y las criptomonedas, no dejan de tener ciertos puntos de coincidencia que con el pasar del tiempo han ido aumentando, sólo que de manera extrajurídica. Resulta pues dudosa la calificación del PETRO como criptomoneda tradicional, tema este que habrá que continuar monitoreando producto de la inestabilidad que ha caracterizado su tratamiento normativo por el gobierno nacional.

B.3. PETRO – Divisas

Según la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Carta Circular N° 29 de fecha 26 de marzo de 2014, suscrita por Gerardo Hernández Correa bajo el título “Riesgos de las operaciones realizadas con monedas virtuales”, el bitcoin no es una divisa a la luz de los criterios del Fondo Monetario Internacional (FMI), en tanto no cuenta con el respaldo de los bancos centrales de otros países, por lo que tampoco cuenta con poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones.

En el caso venezolano bajo esa visión y habiéndose derogado la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos en la que existía un concepto de divisa relativamente más amplio que el admitido por el FMI, tampoco parece posible equiparar al PETRO a una divisa.

B.4. El PETRO y el dinero

Según las afirmaciones efectuadas por el Presidente de la República en el Decreto N° 3.196, por la SUNACRIP en el *Whitepaper* aprobado el 1° de octubre de 2018 y por la ANC en su “Decreto Constituyente” del 4 de abril de 2018, el PETRO constituye un medio de intercambio, una divisa internacional y un criptoactivo susceptible de intercambio con el dinero fiduciario. A la luz de aquellas afirmaciones y de los posibles usos y destinos que puede llegar a tener el PETRO, entre ellos, su empleo como medio de pago, resulta pertinente cotejarlo con el dinero, con miras a determinar si es posible catalogarlo de tal bajo su concepción jurídica.

“En un sentido clásico, dinero es lo que el Estado define como tal. En Venezuela, bajo la concepción clásica, dinero es sinónimo de moneda de curso legal. La función del dinero como medio de pago significa que el dinero es todo aquello que, con un fundamento legal, sirve como un medio de pago de una obligación pecuniaria. De lo cual (aun cuando parezca tautológico), el acreedor recibe dinero, si puede usar lo que recibe como dinero”¹².

¹² Rodner, James Otis. El dinero. *La inflación y las deudas de valor*. Caracas, Editorial Arte, 1995, p. 190.

El dinero es un activo que permite, entre otras, dar cumplimiento a las llamadas obligaciones pecuniarias¹³. Para que el dinero cumpla con ese cometido, su aceptación por parte del acreedor debe ser obligatoria, salvo que medie entre él y su deudor un acuerdo en sentido contrario que permita el empleo de un medio de pago distinto. Como ya señalamos, cuando el ordenamiento jurídico vigente en un país reconoce aquel carácter al dinero, se le califica de moneda de curso legal.

En el caso venezolano, el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) reconoce como unidad monetaria al bolívar. Dicha norma contempla adicionalmente la posibilidad de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, para lo cual la República habrá de suscribir el tratado correspondiente. En ese sentido podría señalarse, como ejemplo, la adopción del “Sucre”.

Dada la existencia de la norma constitucional citada luce claro que el bolívar es la moneda de curso legal en Venezuela, no siendo posible su sustitución por alguna otra, aun cuando si su coexistencia con monedas autorizadas en el ámbito latinoamericano.

Partiendo entonces de la concepción del dinero como aquel reconocido por el ordenamiento jurídico como de curso legal y, siendo éste en Venezuela el bolívar, mal puede catalogarse al PETRO de dinero desde el punto de vista jurídico.

El PETRO no es una de aceptación obligatoria por parte de los acreedores, salvo que esa haya sido la convención original o subsiguiente entre las partes de la relación jurídica. En tal virtud, el PETRO no cumple con los extremos propios del dinero legal a las que aquí nos hemos referido. Ese extremo no se cumple por el hecho de que el Estado lo imponga de hecho respecto de determinadas operaciones comerciales o servicios públicos.

¹³ En dinero efectivo (billetes y monedas).

B.5. El PETRO como bien

Con independencia de la diversidad de papeles que el PETRO pueda llegar a jugar (inversión, intercambio, medio de pago), no ha de perderse de vista que se trata de un instituto único, con una sola naturaleza jurídica, que persiste más allá del empleo particular que se le dé y de las diferentes relaciones jurídicas que de cada uno de ellos derive.

A efectos de arribar a una posición respecto de la naturaleza jurídica del PETRO en el ordenamiento jurídico venezolano, debemos comenzar por analizarlo desde el mismo momento de su emisión, lógicamente sin perder de vista el destino que le sea conferido.

La mayor dificultad que se presenta a estos fines es la inconsistencia que registra la normativa hasta ahora dictada y el contenido del *Whitepaper* aprobado por el Presidente de la República el 1° de octubre de 2018. Mientras en el primero se alude a un respaldo físico del PETRO representado por un contrato de compra-venta de un barril de petróleo por cada criptoactivo emitido, en el segundo, no se hace referencia a obligación alguna en cabeza de la República frente al tenedor del PETRO.

A su vez, el Decreto N° 3.196 establece en su artículo 5° que el tenedor del PETRO podrá realizar el cambio de su valor de mercado por otro criptoactivo, otra criptomoneda o en bolívares al tipo de cambio publicado por la casa de intercambio de criptoactivo nacional. Ello, sin embargo, no necesariamente supone exista el derecho en cabeza del tenedor del PETRO de exigirle en cualquier momento a la República el cumplir con una obligación de aquel tipo.

Dada la falta de claridad sobre este tema en concreto, resulta necesario evaluar los dos escenarios posibles.

B.5.1. Decreto N° 3.196

A la luz de aquel decreto, en torno al PETRO nace una relación jurídica de la que son sujetos su emisor y su titular, aspecto este que lo aparta claramente de criptomonedas como el bitcoin, en las que no

hay un sujeto de derecho que las emita. En esa relación, la República se compromete a respaldar físicamente a cada PETRO con un contrato de compraventa de un barril de petróleo. No queda del todo claro, sin embargo, si adicionalmente la República asume el compromiso de cambiar al PETRO en bolívares de así requerirlo su tenedor o si ello sólo es posible mediante su venta a través de los exchanges.

En caso de que pueda afirmarse el PETRO deviene en una relación jurídica entre su emisor y su tenedor, éste sería titular de un derecho contra la República.

Entre los derechos se encuentran los patrimoniales, entendidos como aquellos derechos individuales cuyo contenido es eminentemente pecuniario, en forma directa o indirecta. Se trata entonces, de derechos que forman parte del activo patrimonial de las personas y que, como tales, son susceptibles de enajenación, de gravamen, es decir, de disposición económica por parte de su titular. Los derechos que resultan de esta clase de relaciones suelen clasificarse por los autores en dos grandes grupos: derechos reales y derechos personales, a los que se agregan, por algunos, los derechos universales y los derechos intelectuales¹⁴.

Hechas las consideramos anteriores en cuanto a derechos reales y derechos de crédito y, partiendo, bajo el escenario analizado, que el poseedor de un PETRO se hará titular de un derecho subjetivo o personal frente a su emisor, que además de ser incorpóreo estará vinculado con un bien mueble, esto es, la posibilidad de su conversión en bolívares o en un barril de petróleo, todo da a entender su calificación como bien mueble.

Habiendo arribado a la conclusión de que el PETRO es un bien mueble por su objeto, resulta conveniente dar un paso hacia adelante con miras a ubicarlo, de ser ello posible, en una especie de aquellos, asunto este al que nos abocaremos de seguidas.

Dado el tipo de relaciones jurídicas que derivan del PETRO, la primera figura que podría venirnos a la mente es la de los títulos valores.

¹⁴ Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Quinta Edición. Colombia, Legis, 2004, p. 45.

“El título valor contiene una ‘promesa unilateral’ (del deudor) de efectuar una prestación; es decir, encierra la asunción de una obligación hecha por medio de un negocio jurídico unilateral (no-recepticio¹⁵) ... y, sin embargo, ‘vinculante e irrevocable’. De tal promesa deriva un deber a cargo del promitente y un derecho del acreedor”¹⁶.

Sostiene el jurista venezolano Hugo Mármol Marqués que en un título-valor clásico existe un derecho incorporado. Además, se caracteriza por la literalidad. El título-valor es abstracto; y su utilización no causa novación. Las obligaciones que por él se adquieren son autónomas entre sí (autonomía) y su regulación siempre tiene en miras su negociabilidad¹⁷.

Como fue señalado, en el caso del PETRO, conforme al Decreto N° 3.196 existe una promesa unilateral por parte de su emisor. Tal promesa consiste en efectuar una prestación (entregar un commodity o eventualmente una cantidad de bolívares), en virtud de un negocio jurídico unilateral no recepticio. Esa obligación está sujeta a unos términos y condiciones precisos y respecto de ella se hace acreedor el adquirente o titular del instrumento que la representa.

Una diferencia entre el PETRO y los títulos valores clásicos, es indudablemente su inmaterialidad, diferencia esta que nos conduce a la figura de los llamados Títulos Valores Impropios, en la que pareciera encuadrar perfectamente el PETRO.

B.5.2. *Whitepaper*

No obstante lo anterior, la lectura del *Whitepaper* publicado el 1° de octubre de 2018, hace dudar respecto de lo anterior, en vista de que nada se dice sobre la posibilidad para su tenedor de exigirle a la República la compra del PETRO o el cumplimiento de alguna contraprestación, sino que simplemente alude a la posibilidad de su venta en los exchanges.

¹⁵ Es aquél en el que la declaración de voluntad que alberga es eficaz por el simple hecho de su emisión, sin que sea necesario su comunicación o notificación a ninguna persona.

¹⁶ Kummerow, Gert. Op. cit, p. 40

¹⁷ Mármol Marquis, Hugo. *Fundamentos de Derecho Mercantil. Títulos Valores*. Caracas, p. 18.

De no mediar obligación de la República, el PETRO se asemejaría un poco más a una criptomoneda, caso en el cual pudiera llegar a sostenerse se trataría de un bien patrimonial, un derecho patrimonial, sólo que no del tipo de los títulos valores.

C) Invalidez del PETRO

C.1. Fundamento normativo

La normativa hasta ahora dictada sobre el PETRO se fundamenta, por una parte, en los decretos de estado de excepción y emergencia económica y, por la otra, en actuaciones de la ANC, ambos cuestionados en cuanto a su validez con total fundamento, lo que resulta suficiente para declarar la nulidad que embarga a su vez al supuesto “criptoactivo”.

Los decretos que han declarado estados de excepción y emergencia económica en territorio nacional carecen de validez al no haberse cumplido respecto de ellos los extremos constitucionales y legales para su formación y aprobación, entre ellos, el ser aprobados por la Asamblea Nacional.

Por otra parte, resulta un absurdo que una medida que como su propio nombre indica es excepcional, pueda implementarse válidamente de manera continua por más de dos años. De forma tal que el empleo de este estado de excepción y emergencia económica para dictar medidas como las relativas a los criptoactivos, especialmente, respecto del PETRO, no pueden considerarse válidas.

En cuanto a las actuaciones de la ANC sobre la materia, éstas resultan igualmente inválidas al haber sido aquélla ilegítimamente “convocada” por el Presidente de la República en usurpación de la voluntad del pueblo, único depositario del poder constituyente originario, todo en contravención del artículo 347 de la Carta Magna.

Adicionalmente la ilegitimidad de la ANC deviene de la imposición unilateral por el Presidente de la República de las bases para la convocatoria y funcionamiento de la ANC.

Aquella ilegitimidad no sólo deriva de su origen, sino también, de su desempeño, en tanto la decisión adoptada por la ANC y avalada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de considerar que sus poderes son plenipotenciarios y supraconstitucionales son igualmente contrarios al Texto Fundamental. Un poder constituyente derivado sólo tiene capacidad para la reforma constitucional pero no para derogar la Constitución ni para legislar.

Más allá de la redacción y discusión de un proyecto de nueva Constitución, la ANC –en abierta inconstitucionalidad– ha dictado una serie de actos que han pretendido modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular, entre ellos en materia de criptoactivos, todo lo cual vicia de nulidad lo sobre la materia actuado.

C.2. Respaldo o substrato del PETRO

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto N° 3.196, el PETRO se trata de “Petróleo Venezolano, cotizado en la cesta OPEP”, así como de otros “commodities”. Cada unidad de PETRO tendrá como respaldo físico, un contrato de compraventa por un (01) barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano o cualquier “commodities” que decida la Nación.

Tratamiento distinto parecieran haberle conferido a la materia el Decreto del 4 de abril de 2018 dictado por la ANC y el Decreto Presidencial N° 3.292 de fecha 23 de febrero de 2018, en los que tal respaldo viene dado en yacimientos petroleros (reservas).

Por su parte, el *Whitepaper* se limita a señalar que el PETRO cuenta con un respaldo real en riquezas y bienes conmesurables. A su vez establece que su precio inicial estará atado a la canasta de commodities que lo respalda (petróleo, oro, hierro y diamantes). Finalmente establece que el PETRO contará con tantas emisiones a como haya lugar en función a las reservas fijadas como respaldo principal.

Respecto de cualquiera de los escenarios que pretenda implementarse, resultan pertinentes las denuncias hechas en lo que respecta a su inconstitucionalidad e ilegalidad, de ahí que valga la pena exponer las

razones de la inviabilidad jurídica de ambos supuestos, independientemente de que el de los yacimientos pareciera haber sido el que se impuso normativamente.

C.2.1. Respaldo en yacimientos

De acuerdo con el artículo 12 de la CRBV,

“Artículo 12.- Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, **son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles...**” (Negrillas nuestras).

Los yacimientos de hidrocarburos no sólo pertenecen a la República, sino que, además, al calificar como bienes del dominio público, son inalienables e imprescriptibles, es decir, que no pueden ser enajenados o transferidos (no forman parte del tráfico jurídico), así como tampoco pueden ser objeto de prescripción adquisitiva.

A la luz de las consideraciones esbozadas, queda claro que los yacimientos de hidrocarburos no pueden ser legalmente transferidos ni dados en garantía, ni siquiera a otros entes públicos distintos de la República.

Tales disposiciones se encuentran en consonancia con el reconocimiento hecho por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) al derecho de propiedad que tienen los Estados sobre sus recursos naturales. Advierte, sin embargo, ese organismo multilateral que esa propiedad es común e indivisa, es decir, no puede repartirse o acreditarse, ni en tiempo ni en espacio, como cuota parte para el patrimonio particular de cada ciudadano, sino que debe permanecer como un bien patrimonial común e indiviso de sus nacionales de hoy, mañana y siempre¹⁸.

Es así que pretender utilizar al Bloque Ayacucho 01 en la Faja Petrolífera del Orinoco como respaldo del PETRO resulta inválido.

¹⁸ Boscán de Ruesta, Isabel. *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Caracas. FUNEDA. 2002, pp. 48-49.

C.2.2. Respaldo del PETRO en barriles de crudo

A pesar de que este escenario pareciera haber quedado desechado por el Ejecutivo Nacional y por la ANC, vale la pena igualmente analizarlo con fines científicos.

Como señalamos el Decreto N° 3.196 establece que el PETRO tendrá como respaldo un contrato de compraventa por un barril de petróleo de la cesta venezolana.

Reiteramos que en el supuesto de que el respaldo del PETRO sean yacimientos petroleros se estaría ante un bien del dominio público, en tanto que, de ser barriles de petróleo, nos encontraríamos frente a un bien susceptible de tráfico jurídico, aunque sujeto a reserva. En el primer supuesto estaríamos ante una cosa futura, en el otro, de un bien aparentemente presente, pero fungible, aunque si se la vincula a las reservas del Bloque Ayacucho 01 ni siquiera se trataría de un bien presente, dado que su explotación aún no se ha iniciado.

Aunque se trata de un escenario distinto al analizado en el epígrafe anterior, no por ello está exento de obstáculos.

Los bienes considerados del dominio público son los “yacimientos de hidrocarburos” mientras estos conservan su carácter de tales, es decir, en tanto se encuentren formando parte del subsuelo, pero una vez que los hidrocarburos son desprendidos de aquél, producto de la actividad de explotación, pierden ese carácter y se convierten en bienes objeto de tráfico comercial.

Partiendo de lo anterior, tendríamos que señalar que, extraído el petróleo del yacimiento, parte de la producción puede ser entregada en especie a la República por la operadora por concepto de regalía (30%), en tanto que el remanente ingresa a su patrimonio a objeto de ser comercializado.

En caso de que se pretenda en algún momento implementar el mecanismo de respaldo del PETRO aquí comentado, sería necesario circunscribirlo a barriles en poder de la República por haberlos recibido

por concepto de regalía en especie o por haberlos adquirido de la porción de que son titulares las Operadoras de PDVSA.

Asumiendo que aquello fuera posible, cabría preguntarse lo que puede hacer un titular de un PETRO con ese derecho subyacente que tendría respecto de un barril de crudo (petróleo en estado natural), teniendo en cuenta que su comercialización de acuerdo con el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH), sólo puede ser ejercida por las empresas a las que se refiere el artículo 27 de ese mismo texto legislativo, esto es, por las empresas operadoras calificadas como empresas del Estado, es decir, de total propiedad del Estado.

Es así como este segundo escenario encontraría en la LOH obstáculos en cuanto a su viabilidad y validez.

Concluimos entonces, que tanto en el caso de que se pretendiera garantizar la emisión de cada PETRO con un barril de petróleo, como en el supuesto de que se respaldara con yacimientos de ese hidrocarburo, estaríamos ante actuaciones contrarias al texto constitucional y a la LOH.

C.3. EL PETRO como expresión de endeudamiento público

De acuerdo con la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP), se denomina crédito público a la capacidad de los entes regulados por dicho instrumento legal para endeudarse. Esa misma ley, reconoce como expresiones de operaciones de crédito público a las previstas en su artículo 80, según el cual

“Artículo 80.- Son operaciones de crédito público

1. **La emisión de títulos valores (...)**
2. La apertura de créditos de cualquier naturaleza
3. (...)
4. **El otorgamiento de garantías**
5. (...)
6. **Las demás operaciones destinadas a obtener recursos que impliquen financiamiento reembolsable”.** (Negritas nuestras)

Ahora bien, este tipo de operaciones deben estar contenidas en la Ley Especial de Endeudamiento Anual¹⁹, de conformidad con la Ley del Marco Plurianual de Presupuesto²⁰, aprobadas ambas por la Asamblea Nacional de conformidad con los artículos 187.6, 312 y 313 de la CRBV.

Asimismo, cada operación de crédito público debe ser autorizada a su vez, por la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional de conformidad con el aparte único del artículo 97 de la LOAFSP.

De no cumplirse con el procedimiento en cuestión, dichas operaciones serán consideradas nulas y las obligaciones que se pretendan derivar de las mismas no serán oponibles a la República, tal y como se consagra en el artículo 92 de la LOAFSP en concordancia con el artículo 312 de la CRBV.

De tratarse el PETRO de títulos valores o de otro tipo de operación similar, no cabría duda, supondría un endeudamiento para la República. Ésta al emitir el PETRO asumiría unilateralmente la obligación de entregar un barril de petróleo y/o eventualmente una cantidad de bolívares. Su titular, al adquirirlo se comprometería a pagar su precio, a la par que se haría del derecho a exigirle a su emisor el cumplimiento de aquellas obligaciones. Se trataría así de un mecanismo a través del cual se captarían recursos en bolívares o en divisas con la obligación de devolver algo relativamente equivalente a cambio.

El carácter de operación de crédito público que encerraría la emisión del PETRO devendría adicionalmente del respaldo o garantía que encierra. Ya observamos que el artículo 80 de la LOAFSP en su numeral 4 cataloga de tales al otorgamiento de garantías, sujeta por tanto también al régimen autorizatorio antes explicado. Por las razones antes expuestas y muchas otras desarrolladas en el Trabajo de Incorporación presentado, la invalidez del PETRO luce evidente.

¹⁹ Vid. Artículo 97 LOAFSP.

²⁰ Vid. Artículo 82 *eiusdem* en concordancia con el artículo 313 CRBV.

III) Acercamiento al tratamiento tributario de las operaciones que involucran criptoactivos

A) Consideraciones preliminares

Como fue anunciado, uno de los temas más polémicos y complejos que encierra la llamada economía digital y, dentro de ella, el uso de los criptoactivos, lo constituye precisamente el relativo a su tratamiento impositivo.

La inmaterialidad de la blockchain, su carácter descentralizado, el “anonimato” bajo el cual opera y su condición universal son, entre otros elementos, los que alimentan acertadamente la tesis de que constituye un escenario propicio para la evasión tributaria.

Hemos admitido la dificultad que encierra la determinación de la naturaleza jurídica de los criptoactivos, no sólo por sus características tecnológicas, sino también, por la multiplicidad de variedades que registran.

Admitiendo que respecto a la naturaleza jurídica de las criptomonedas habrá que continuar explorando, a los fines del análisis de su tratamiento impositivo se asumió la postura de que aquellas y, específicamente el bitcoin, son bienes incorporeales que califican de bienes muebles genéricos, respecto de los cuales se configura un derecho de propiedad *sui generis*, en definitiva, un derecho patrimonial (bien patrimonial).

Por su parte, en lo atinente al PETRO, dado lo cambiante y confuso de la normativa que lo regula, asumiremos, por una parte, la posición de que se trata de un bien mueble por su objeto, de tipo incorporal, en concreto, un título valor o de crédito y, por la otra, que se trata, de un bien patrimonial como también lo son las criptomonedas.

Al abordar el tratamiento impositivo de las operaciones que involucran a las criptomonedas debe tenerse presente que cada tributo tiene su propio régimen y que aquellos bienes pueden ser empleados de distinta

manera y con la intervención de diversos actores. Es así como las criptomonedas pueden ser utilizadas con fines de inversión, como medio de intercambio por otros bienes, como medio de pago de obligaciones o como objeto de ciertos contratos. Una criptomoneda puede así ser intercambiada por otra (Dash-Ether) o por un bien de diferente naturaleza (arroz), caso en el cual, se estará ante una permuta, pero también puede ser utilizada como un medio de pago de una obligación pecuniaria respecto de la cual medie una dación en pago y termine produciéndose un pago en especie (criptomonedas). Pudieran también pactarse obligaciones de valor en las que se cuantifique y pague en criptomonedas. Es posible también la celebración de contratos de mutuo que tengan por objeto criptomonedas, en las que una parte entrega una cantidad de criptomonedas y la que los recibe se comprometa a devolver otro tanto. Todas esas operaciones tienen implicaciones impositivas diferentes, de allí la importancia de la determinación de su naturaleza jurídica y la de las criptomonedas.

En el caso de la Bitcoin opera el mecanismo del minado, registrándose respecto de los mineros dos fuentes de ingresos fundamentales, una, la recompensa por la solución de la llamada Proof of Work (*POW*) o de sus equivalentes en otras blockchains, otra, la comisión cobrada con ocasión a las transacciones en cuya materialización ellos intervienen.

En relación con este tipo de ganancias existe una clara diferencia, mientras la mencionada en última instancia pareciera la contraprestación por la prestación de un servicio, por ende, renta, la primera, ha sido considerada por muchos como una ganancia fortuita.

La titularidad de criptomonedas puede provenir fundamentalmente de la compra que de ellas se haga o de la recepción que de las mismas ocurra con ocasión a su aceptación en el marco del pago de una contraprestación (Ej. venta de bienes cuyo precio expresado en bolívares termina siendo pagado con bitcoins).

En esos casos, respecto de las criptomonedas, pueden llevarse a cabo operaciones dirigidas a la inversión. Una vez en tenencia de la

criptomoneda, con relación a ella por efectos del mercado y del tiempo pueden registrarse variaciones en su valor, ya sea hacia el alza o hacia la baja. Es por ello que respecto de éstas se alude a actividades especulativas o de inversión, en las que las ganancias o pérdidas provienen de su comportamiento en el mercado.

Es posible también que se celebren contratos de permutas que tengan por objeto criptomonedas, tal sería el caso, por ejemplo, del intercambio de X cantidad de bitcoins por Y cantidad de Dash. Al efectuarse esa permuta, una ganancia o pérdida de capital también pudiera registrarse.

En el caso del mutuo, en el que se entregan X bitcoins para que esa misma cantidad X de criptomoneda sea devuelta al cabo de cierto tiempo, si bien es un contrato normalmente gratuito, pudiera serlo a título oneroso, mediando el pago de intereses, caso en el cual también se registrarían consecuencias impositivas.

No obstante lo anterior, en los casos que involucran criptomonedas, la tributación encuentra especial dificultad, entre otros, por el desconocimiento que existe de la identidad de las partes intervinientes. Frente a esa realidad, por más que pueda configurarse el hecho imponible, será necesario conformar mecanismos efectivos para su control. Esa realidad ha sido, entre otras, la que ha retrasado el gravamen efectivo de ese tipo de operación, lo que constituye otro gran reto para el Derecho, en este caso el tributario.

B) Criptomonedas (bitcoins)

B.1. ISR

Recordemos que generalmente el ISR grava la renta propiamente dicha, entendida ésta como la que resulta del ejercicio de una actividad económica continua que tiene lugar en un período de tiempo determinado (ejercicio fiscal). El ISR, al menos en Venezuela, grava además a las ganancias de capital y a las ganancias fortuitas (Ej. producto de juegos y apuestas lícitas).

B.1.1. Minería

B.1.1.1. Recompensas

Como fuera indicado, la labor desempeñada por los mineros se traduce en la obtención de una recompensa equivalente a una determinada cantidad de bitcoins cuando, gracias a la solución del *POW* completan entre 1000 a 2000 transacciones que son las que conforman un bloque (1 MB).

Un detalle adicional al respecto es que las recompensas obtenidas a través del minado no se pueden gastar hasta que se hayan añadido 100 bloques nuevos a la cadena.

Se ha dicho que la actividad que llevan a cabo los mineros difícilmente puede equipararse a la prestación de un servicio derivado de una relación contractual con los usuarios de la blockchain. El minero no contrata con alguien, él asume su rol voluntaria y unilateralmente y es el propio sistema el que le retribuye su labor. Al ser esas las condiciones bajo las cuales actúa, aunado al hecho de que su retribución más que ser producto de un esfuerzo intelectual o físico, es el resultado del azar, hace que muchos equiparen la recompensa a una especie de premio en el marco de un juego de envite y azar. Es como haberse ganado la lotería.

Tal posición luce bastante razonable, por lo que de ser acogido podría decirse que la recompensa recibida por los mineros sería una ganancia fortuita, que en el caso de Venezuela estaría gravada con el 34%. Arribar a tal conclusión implica, sin embargo, recurrir a un ejercicio de interpretación que va más allá de lo tradicionalmente admisible, razón por la cual sería conveniente que a ese tema se diera tratamiento explícito en la LISR venezolana.

Al regular en la ley esa materia tendría que tenerse presente la imposibilidad que tiene el minero de utilizar los bitcoins que le han sido reconocidos hasta tanto no complete un bloque de 1 MB. Al respecto, teniendo en cuenta el factor de la disponibilidad del ingreso, habría que determinar el momento en que esa ganancia debe considerarse

gravable, cuando es obtenida o cuando es susceptible de ser dispuesta. Esto último pareciera lo más lógico.

B.1.1.2. Comisiones

Situación totalmente distinta es la que se registra respecto de la pequeña comisión a la que tiene derecho el minero cuando se concreta una transacción que involucra el traslado de bitcoins de una dirección a otra. En tal supuesto podría sostenerse la tesis de la prestación de un servicio en el que quien solicita la transferencia o solicita la operación es quien asume su pago. En ese caso se estaría ante una contraprestación gravable desde el momento en que se concreta la operación, es decir, desde que se efectúa la transmisión y se imputa a favor del minero la comisión. No obstante, entendemos que al igual que ocurre con los bitcoins recibidos por los mineros en recompensa, los pagados por concepto de comisión tampoco son de inmediata disponibilidad, pues se les supedita a que se acumule 1 MB. De ser ello así, éste sería un factor adicional a considerar para definir el momento en el que pueda calificarse de ingreso disponible y, por ende, computable a efectos de la base imponible del ISR.

B.1.2. Caso de los “exchanges”

Los administradores de las plataformas que sirven de intermediarios entre los compradores y vendedores de criptomonedas cobran comisiones por cada transacción completada. Esas comisiones se reciben en dinero fiduciario o en criptomonedas, pero a diferencia de las que obtienen los mineros son de inmediata disposición.

Esas comisiones representan un ingreso para los “exchanges” que han de tener implicaciones en materia de ISR.

Una interrogante que habría que responder es si este tipo de operadores califican a efectos de la alícuota aplicable de empresas dedicadas a las actividades financieras, cuyos enriquecimientos netos son gravados con el 40% en lugar del 34% aplicable al resto de las personas jurídicas.

B.1.3. Inversión

A efectos impositivos, especialmente de ISR, es necesario precisar cuándo se considera realizada la ganancia o la pérdida de aquellas inversiones. Dada la volatilidad de las criptomonedas, su valoración está en constante cambio, motivo por el cual, se hace indispensable precisar el momento exacto en que esa ganancia o pérdida trasciende al ámbito tributario.

Dada las modalidades de la blockchain, se requiere del diseño o adopción de un mecanismo que permita determinar la oportunidad en que se recibe y dispone cada criptomoneda, dadas en vista de las dificultades o imposibilidad de precisar respecto de cuál de ellas en concreto se está efectuando el acto de disposición y registrando por tanto la ganancia o pérdida.

En caso de que la criptomoneda sea adquirida con la intención inicial de invertir en ella o que habiéndose recibido en pago de una obligación decida conservarse en el *wallet* y que por efecto del transcurso del tiempo y de factores de mercado el valor que dicha criptomoneda tenía se vea incrementado o disminuido, se registraría una ganancia o pérdida de capital con implicaciones en materia de ISR.

Si bien no se trata de una ganancia o pérdida cambiaria, si representa una ganancia o pérdida de capital que debe correr la misma suerte de éstas en cuanto a su disponibilidad, esto es, que debe considerarse gravable o deducible en el momento en que la criptomoneda es vendida o intercambiada y se realiza la ganancia o pérdida representada por la diferencia entre el costo de su adquisición o el valor que tenía cuando se recibió y el que tiene al momento de venderla o de intercambiarla.

En vista de que al disponer de una criptomoneda su titular no decide cuál de todas las que posee es la que movilizará, para hacer la evaluación de si se registra una ganancia o una pérdida respecto de ella, algunos han sugerido la aplicación del mismo sistema que se emplea para el manejo de inventarios, este es, *First in first out (FIFO)*. En tal virtud se consideraría que cada vez que se disponga de una

criptomoneda se utilizará como costo el de la más antigua de las registradas contablemente.

B.1.4. Permutas

De la misma manera que ocurre cuando la ganancia se registra con ocasión a una operación de inversión, puede registrarse una ganancia cuando la criptomoneda es intercambiada, por ejemplo, por otra (bitcoin – Dash) o, por otro bien (computadoras).

La diferencia entre el costo de adquisición de la criptomoneda o el valor que tenía cuando se recibió y el que se le reconoce cuando se efectúa el intercambio por otro bien, constituye la ganancia o pérdida de capital que debe considerarse disponible, como en cualquier operación de permuta, en el momento de perfeccionamiento de la relación contractual. En este caso, también sería necesaria la adopción de un mecanismo como el FIFO, según se explicó anteriormente.

B.1.5. Medio de pago

Cuando se utiliza una criptomoneda como medio de pago se registrará una ganancia de capital si el costo de su adquisición o el valor que ella tenía cuando fue recibida y el valor del bien o servicio cuya adquisición o percepción se paga, es inferior al precio o contraprestación cancelada. Así, por ejemplo, si el bitcoin al ser adquirido el 13-02-2019 tuvo un costo de Bs. X, pero cuando el 20-09-2019 se paga con él una computadora que vale $X+2$ y para ese momento el valor del bitcoin es $X + 2$, su titular al disponer de ella estará registrando una ganancia de 2, gravable con el ISR.

Cuando el caso planteado se registra en sentido inverso, se habrá configurado una pérdida, también con consecuencias en materia de ISR.

B.1.6. Mutuo

En caso de que el mutuo sea a título oneroso, los intereses que se causen a favor del mutuante deben considerarse gravables con el ISR, de la misma manera en que lo son respecto de un prestamista.

B.2. IVA

B.2.1. Consideraciones preliminares

A efectos del IVA, por venta se entiende la transmisión de propiedad de bienes muebles realizadas a título oneroso, cualquiera sea la calificación que le otorguen los interesados. Por servicios, entiende la Ley del Impuesto al Valor Agregado (LIVA) cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer.

Por bienes muebles entiende aquel texto legal los que pueden cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior, siempre que fuesen corporales o tangibles, con exclusión de los títulos valores.

No están sujetas al IVA las ventas de bienes muebles intangibles o incorporeales, tales como especies fiscales, acciones, bonos, cédulas hipotecarias, efectos mercantiles, facturas aceptadas, obligaciones emitidas por compañías anónimas y otros títulos y valores mobiliarios en general, públicos o privados, representativos de dinero, de créditos o derechos **distintos del derecho de propiedad sobre bienes muebles corporales** y cualquier otro título representativo de actos que no sean considerados como hechos imponibles por la LIVA.

B.2.2. Minería

B.2.2.1. Recompensa

Como fue señalado en materia de ISR, esta recompensa no puede considerarse propiamente obtenida por concepto de contraprestación por la prestación de un servicio. En tal virtud, difícilmente pueda considerarse gravable con el IVA. No obstante, media en esa operación una transferencia de propiedad de un bien, pero que, al no poderse considerar onerosa, tampoco resulta gravable con el IVA bajo el hecho imponible de la venta.

B.2.2.2. Comisiones

Como ya señalamos, esta contraprestación sí pareciera resultar de la prestación de un servicio oneroso, por tanto, gravable con el IVA.

B.2.3. Inversión

Cuando se efectúe la venta de una criptomoneda con miras a obtener de esa operación dinero fiduciario, estaremos ante la venta de un bien, en tanto se está produciendo una transmisión de propiedad a título oneroso. Ello, sin embargo, no basta para que resulte gravada con el IVA, en tanto es necesario que la criptomoneda califique además de bien mueble corporal.

De acuerdo con el artículo 3 de la LIVA las ventas que son gravadas con ese tributo son las que tiene por objeto bienes muebles corporales. Resulta claro, por tanto, que las criptomonedas son intangibles independientemente de que califiquen o no de muebles, por aquella sola razón quedarían en principio al margen del IVA.

No obstante lo anterior, es importante tener presente que no están sujetas al IVA las ventas de bienes muebles intangibles o incorporales, tales como especies fiscales, acciones, bonos, cédulas hipotecarias, efectos mercantiles, facturas aceptadas, obligaciones emitidas por compañías anónimas y otros títulos y valores mobiliarios en general, públicos o privados, representativos de dinero, de créditos o derechos **distintos del derecho de propiedad sobre bienes muebles corporales** y cualquier otro título representativo de actos que no sean considerados como hechos imponible por la LIVA.

La no sujeción a que alude el artículo 16 de la LIVA pone en evidencia que la regla general de la no gravabilidad de bienes intangibles tiene su excepción, que no es otra que intangibles que suponen derecho de propiedad sobre muebles corporales.

A pesar de que se reconoce la posibilidad de que se configure un derecho de propiedad respecto de las criptomonedas, éstas por si solas no recaen sobre bien alguno, al carecer de objeto y substrato. En tal virtud, salvo que se produjera una reforma de la LIVA en la que se incluya a las criptomonedas en el concepto de bienes muebles gravables, las operaciones que los involucren no causarían el tributo. Aquello sería posible en tanto las leyes tributarias acostumbra definir figuras e institutos de manera distinta a otras ramas del Derecho.

B.2.4. Permutas

Como fue señalado, cuando una criptomoneda es utilizada como medio de intercambio con otros bienes, se configura una operación de permuta. Tal sería, por ejemplo, el caso del intercambio de bitcoins por Dash, o el intercambio de bitcoins por arroz. Recordemos que para que podamos calificar de permuta a la operación, la relación contractual debe haber contemplado desde un principio como objeto y contraprestaciones el intercambio de una criptomoneda por otra o de una criptomoneda por otro tipo de bien, en tanto en caso de haberse convenido inicialmente como contraprestación un precio a ser pagado en bolívares que termina pagándose en criptomonedas, estaremos en presencia de una dación en pago y no de una permuta, aunque desde el punto de vista tributario pudieran equipararse, como también ocurriría con el pago en especie que se daría conjuntamente con la dación en pago en el ejemplo planteado.

Si se trata de una permuta de criptomonedas (bitcoin por Ether), habría un intercambio de bienes incorporeales que por efecto de los artículos 3 y 16 de la LIVA no estaría sujeto a gravamen.

Si por el contrario lo que se produce es el intercambio de un bien mueble corporal (computadora) por criptomonedas, a efectos de su tratamiento impositivo a la luz de la LIVA, tendría que tenerse presente lo dispuesto por su artículo 10, según el cual

“Artículo 10.- Para los efectos de la aplicación del impuesto se considerará venta, entre otros, los siguientes actos y contratos que versan sobre transferencias onerosas del dominio de bienes muebles o de una parte alícuota del derecho de propiedad sobre ellos:

(...)

2. Permutas en las cuales cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella. Se perfecciona con el solo consentimiento de las partes y cada una se considerará como enajenante del bien que transfiere por el cual recibe otro a cambio”.

En este caso se causaría el IVA en una sola dirección, por la venta de la computadora el comprador se haría titular de un crédito de IVA, en tanto el vendedor de un débito de IVA, pero no ocurriría lo mismo en sentido contrario respecto del comprador o perceptor que se desprendió de sus bitcoins, al ser estos bienes incorporales.

A esos efectos se habrá de aplicar lo previsto en los artículos 22 y 20 de la LIVA, según los cuales:

“Artículo 22.-

(...)

Cuando en la transferencia de bienes o prestación de servicios el pago no se efectúe en dinero, se tendrá como precio del bien o servicio transferido el que las partes le hayan asignado, siempre que no fuese inferior al precio corriente en el mercado definido en el artículo 20 de este Decreto...” (Negritillas nuestras)

“Artículo 20.-

(...)

Para los efectos de este Decreto ..., el precio corriente en el mercado de un bien será el que normalmente se haya pagado por bienes similares en el día y lugar donde ocurra el hecho imponible como consecuencia de una venta efectuada en condiciones de libre competencia entre un comprador y un vendedor no vinculados entre sí.

B.2.5. Medio de pago

En este caso, a diferencia del anterior, estaríamos ante la prestación de un servicio o de la venta de un bien y no de una permuta, si la contraprestación está cuantificada en bolívares y se termina pagando en su equivalente en criptomonedas (dación en pago o un pago en especie). En ese caso, se produciría la transmisión de la propiedad de la criptomoneda al vendedor del bien o prestador del servicio quien los habrá vendido o prestado a título oneroso, configurándose respecto de esa operación el hecho imponible del IVA (Ej. Alquiler de un vehículo

pagado con bitcoins o venta de una computadora que es pagada con bitcoins).

En este caso, aplicaría lo ya referido y previsto en los artículos 20 y 22 de la LIVA respecto de la venta del bien o la prestación del servicio.

Es así como, si se conviniera el pago del canon de arrendamiento de un vehículo en 1 bitcoin, sería necesario establecer la equivalencia del bitcoin en bolívares y sobre el importe que resulte habrá de calcularse el IVA.

En este supuesto se causaría el IVA en una sola dirección, por el alquiler del vehículo, generándose un crédito de IVA para el arrendatario y un débito para el arrendador, pero no de manera adicional y en sentido contrario respecto del perceptor del servicio que se desprendió de sus bitcoins (bienes incorporales).

El tema de la equivalencia de las criptomonedas a bolívares es otro de los que habrán de ser analizados y definidos en caso de que se concluya que son gravables no sólo con el IVA sino también con el ISR.

C) Implicaciones tributarias derivadas de la implementación del PETRO como criptoactivo

C.1. Consideraciones Preliminares

Sea que un sujeto de derecho adquiera voluntariamente PETROS mediante los mecanismos de subasta o asignación directa llevados a cabo por la TCV o por haberlos transado en el mercado secundario a través de los exchanges, tales adquisiciones y ventas implicarán una inversión para el adquirente. Ese hecho consumado, que involucra una erogación de dinero y la adquisición de un activo, necesariamente habrá de traducirse en bolívares a efectos de su registro contable por parte del agente económico involucrado, dada la obligación que imponen los artículos 129 de la LBCV y 146 del COT.

Si bien en el caso del PETRO, no estaríamos ante operaciones en moneda extranjera, estaríamos ante un bien cuya valoración en bolívares también se hace necesaria a efectos contables. En ello, estará

involucrado necesariamente un proceso de traducción de su valor a bolívares que en la versión del *Whitepaper* publicada el 1° de octubre de 2018 no fue abordado como si lo hizo el borrador de *Whitepaper* de comienzos de 2018. Una cosa es la fórmula contenida en el *Whitepaper* emitido por la SUNACRIP para fijar el precio inicial de la primera emisión del PETRO y, otra muy distinta, su cotización en el mercado secundario. Cuál ha de ser la equivalencia entre el PETRO y el bolívar a los fines contables y tributarios, es un tema aún pendiente de resolver.

De igual manera habrá de proceder quien enajena el PETRO, pues registrará la salida de un activo de su patrimonio y el ingreso de una cantidad de dinero, u otro bien (criptomoneda o commodities).

Lo anterior es tan sólo uno de los muchos casos que pueden colocarse como ejemplo para evidenciar la necesidad que existe de implementar un mecanismo de conversión o equivalencia entre el PETRO y el bolívar. En ese orden el Decreto N° 3.196 hizo referencia en su artículo 5° al “tipo de cambio del mercado publicado por la casa de intercambio de cripto-activo nacional”, aunque posteriormente el borrador de *Whitepaper* circulado a comienzos de 2018 dijo otra cosa, y más recientemente, la medida adoptada de utilizar al PETRO como Unidad de Cuenta Fluctuante pudiera terminar configurando un tercer escenario en cuanto a posibles tipos de cambio del PETRO al bolívar.

Según se desprendía del borrador de *Whitepaper* de comienzos del año 2018, el tipo de cambio dependía de la cotización puntual del barril de crudo en la cesta petrolera nacional, de la oferta y demanda que respecto del “cripto-activo” existiera y de un descuento (Dv) a ser fijado por el Ejecutivo Nacional. Era de observar, sin embargo, que el resultado de la aplicación de esa fórmula no necesariamente tenía que coincidir con el precio del mercado del “criptoactivo”. El *Whitepaper* aprobado el 1° de octubre de 2018 nada señala respecto de tan importante materia, quedando pendiente el desarrollo del precitado artículo 5° del Decreto N° 3.196.

El tratamiento contable en el mercado que registre el PETRO marcará la pauta de su tratamiento en otros ámbitos, entre ellos, el tributario, tema este al que nos abocaremos de seguidas.

C.2. Impuesto sobre la Renta (ISR)

C.2.1. Retenciones

Una inquietud evidente que se plantea con relación al tema aquí abordado es si cuando un deudor pague a su acreedor la contraprestación debida en PETROS, el pagador o deudor deberá practicar las retenciones previstas en el Decreto N° 1808 contentivo del Reglamento Parcial de la LISR en materia de Retenciones, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.203 de fecha 12 de mayo de 1997.

El artículo 20 del referido reglamento establece que en aquellos casos en los que medie un pago en especie no existe la obligación de practicar la retención, así como tampoco ha de aplicarse cuando se trate de enriquecimientos exonerados del ISR.

Habiendo concluido que en el caso de pagos efectuados mediante PETROS estamos ante un pago en especie, conforme a la precitada norma no debería mediar la retención del ISR.

C.2.2. Ganancias de Capital

En caso de que el PETRO sea utilizado como medio de inversión, es decir, cuando se adquiere y se mantiene en el monedero bajo la expectativa de que se revalorice en el tiempo, resulta necesario evaluar si respecto de él puede configurarse una ganancia de capital, si la misma es gravable con el ISR y, en caso afirmativo, en qué momento lo sería.

Quien haya adquirido un PETRO por un precio o valor X que, con el paso del tiempo, al final del ejercicio se valora en X más 1, habrá experimentado una ganancia de capital que representará contablemente un incremento patrimonial. En ese caso, vale preguntarse si tal incremento patrimonial resulta gravable con el ISR y en qué ejercicio lo sería.

A efectos de la disponibilidad de aquel ingreso pareciera, por las razones ya expuestas, que su gravabilidad debiera estar supeditada a su realización con el acto de disposición que del PETRO haga su titular (venta, intercambio, etcétera.)

No obstante lo anterior, si partimos de la premisa de que el PETRO es un título valor emitido por la República y que constituye una operación de crédito público, resulta necesario al evaluar la gravabilidad de las ganancias de capital que respecto de él se registren, si aplica la exención prevista en el actual artículo 14.12²¹ de la LISR.

Si llegara a imponerse el criterio sostenido por el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Región Capital (ASUNTO: AP41-U-2012-000407/ SENTENCIA N° 1979.- AP41-U-2012-000465 (Acumulados), en sentencia dictada el 6 de febrero de 2014 (Caso Bahías), según el cual, la exención sólo comprende los rendimientos, entendiéndose por estos los intereses y no las ganancias de capital, la exención no aplicaría respecto del PETRO, en tanto éste no causa intereses, salvo en el caso que más adelante veremos del “Stakin”.

C.2.3. Como medio de pago

Otro caso en el que pudiera considerarse configurada una ganancia de capital es aquél en el que, habiéndose adquirido el PETRO por X, al momento de destinarlo al pago de un tributo o de otra obligación, éste es recibido por X más 1. En este caso lo expuesto en el epígrafe anterior resultaría aplicable al configurarse una ganancia de capital.

C.2.4. Como mecanismo de ahorro

De acuerdo con el *Whitepaper* aprobado por la SUNACRIP, “Se establece un plan de ahorro en Petro denominado “Stakin”, con el cual los usuarios prestarán apoyo a la red y su dinámica. Este plan consiste en la emisión de recompensas predefinidas de acuerdo a la inmovilidad de los Petros en las *Wallets* de los usuarios. De esta manera, un usuario que posea una cantidad cualquiera, al no hacer uso de los mismos y conservarlos en su *Wallet* por un tiempo determinado, al culminar este lapso, recibirá una recompensa estimable en Petros, según los parámetros establecidos por la SUNACRIP y la TCV”²².

²¹ Artículo 14.- Están exentas de impuestos: (...) 12. Los enriquecimientos provenientes de los bonos de deuda pública nacional y cualquier otra modalidad de título valor emitido por la República.

²² White Paper, SUNACRIP, p. 7 En: www.petro.gob.ve.

Se establece también en el *Whitepaper* que aquellos ingresos pasivos serán distribuidos en un 85% para los Nodos Maestros y el 15% para el usuario en la fase inicial.

Visto lo anterior, pareciera que la recompensa en cuestión es asimilable al pago de un interés, razón por la cual cabría preguntarse si se trata de un rendimiento procedente de un título valor emitido por la Republica, exento conforme al artículo 14.12 de la LISR en los términos antes comentados.

C.3. IVA

C.3.1. Venta del PETRO

En caso de que el titular de un PETRO decida venderlo y a cambio reciba una cantidad de bolívares, la gravabilidad con IVA de esa venta dependerá en primera instancia de que al PETRO se le califique de bien mueble corporal.

Ya hemos señalado que el PETRO es un bien mueble incorporal, motivo por el cual de la lectura aislada de los artículos 1 y 3 de la LIVA pudiera pensarse que su transmisión a título oneroso queda al margen del tributo en comento.

No obstante ello, el propio artículo 16 aclara el alcance de la mención hecha por el artículo 3 a los títulos valores. Aquella norma, al establecer la no sujeción de título valores excluye a los que implican o se traducen en **derecho de propiedad sobre bienes muebles corporales**.

Como fuera señalado, el PETRO de calificar como un título valor que tiene como substrato o respaldo a yacimientos petroleros, pero que a su vez encierra un respaldo físico representado por un contrato de compraventa de un barril de petróleo (bien mueble corporal), quedaría excluido de la no sujeción a que se refiere el artículo 16, resultando gravable con el IVA la venta que de él se haga.

C.3.2. Permuta del PETRO con otros bienes

Como fue señalado, cuando el PETRO es utilizado como medio de intercambio, se configura una operación de permuta. Siendo ello así, a

efectos de su tratamiento impositivo a la luz de la LIVA debe tenerse nuevamente presente a los artículos 20 y 22 antes comentados.

En consecuencia, en el supuesto de que, por ejemplo, se permuten PETRO por Dash, se configuraría una permuta con los mismos efectos a que hicimos alusión en el caso de la permuta entre criptomonedas, causándose el tributo respecto de quien dispuso del PETRO (si califica de título valor), pero no respecto del Dash. En caso de que el PETRO no califique de título valor, entonces las operaciones que lo tengan por objeto no estarían sujetas al IVA, como ocurre con las criptomonedas.

A efectos de la determinación del valor del PETRO y del Dash permutados habría de aplicarse el artículo 22 de la LIVA concatenado con el comentado artículo 5 del Decreto N° 3196.

Reiteramos que el mundo de los criptoactivos representa para el Derecho y sus operadores una realidad que no debe ser ignorada, la cual demanda a la brevedad del mayor esfuerzo científico y político para la definición de su regulación, procurando en caso de así concluirse la preservación de una invención que, si bien registra debilidades, goza también de valiosas virtudes. Es este uno de los grandes retos que el Derecho enfrenta en este Siglo XXI caracterizado por el desarrollo de la economía digital.

IV EPÍLOGO

Mi inminente incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que se formalizará en los próximos minutos con el juramento de Ley correspondiente, necesariamente ha de estar precedida de un sincero y profundo homenaje a las instituciones y personas que han contribuido a que estemos aquí reunidos en tan solemne acto.

A mis padres, Jesús Ramón Carmona y Morella Borjas, modelos de rectitud, trabajo, generosidad, sacrificio y amor. En ellos y en el resto de quienes conforman las familias Carmona y Borjas reconozco la mayor inspiración y compromiso para emprender los retos que implica honrar su legado histórico libertario y su ejemplo de superación intelectual y unión, que encuentra su máxima expresión en la impronta de la tía abuela Ana Rosa Borjas y de las tías Olga Lucila e Isabel Carmona.

Al Institutos Educativos Asociados, donde transcurrió mi formación preuniversitaria de la mano de tres pilares de la educación venezolana las Doctoras Luisa Elena Vegas, Eunice Gómez y María Isabel Vegas de Sosa.

A Concepción Cusati, mi profesora de biología en tercero y quinto años de bachillerato, quien esculpió hasta consolidar la firme vocación por la búsqueda de la excelencia que aún me acompaña y a afrontar con decisión los retos que nos impone la vida y a perseguir incansablemente nuestros objetivos.

A las cuatro organizaciones en las que he desarrollado mi carrera profesional y encontrado grandes amigos y aliados: Petróleos de Venezuela, S.A., Carmona, Ducharme, Guerra & Asociados, KPMG y Grau, García, Hernández & Mónaco.

A Gabriel Ruan Santos, no sólo en su condición de Presidente de esta Academia, sino también, por su amistad y haberse convertido en ejemplo e inspiración en lo profesional y personal.

A la Asociación Venezolana de Derecho Tributario espacio privilegiado para el desarrollo científico y para cultivar la amistad.

A las Universidades Católica Andrés Bello, Central de Venezuela y al Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), por la generosa acogida que, por casi cinco lustros, me han brindado como parte de su profesorado.

A la Directiva de esta Academia por la acertada decisión de designar al Dr. Humberto Romero-Muci para dar contestación a este Discurso, con lo que agregan mayor significación personal a este acto por la admiración y amistad que a él me unen.

A Evelyn Barboza, solícita y apasionada colaboradora de esta Corporación.

A todos los amigos con los que la vida generosamente me ha premiado, con los que es posible compartir y encontrarle sentido a cada paso dado.

Escoltado por Santo Tomás, invoco su pensamiento al señalar “Si el objetivo más alto de un capitán fuera preservar su barco, lo mantendría en el puerto por siempre”. Levo anclas, esta vez para surcar aguas profundas, un océano infinito, confiado en sortear la tempestad que nos embate por que la tripulación a la que me incorporo está comprometida a llevar a buen puerto a esta nave que nos alberga, nuestra patria, Venezuela. Señoras, señores.

Caracas, 6 de noviembre de 2018

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAL, Aleksandra Marta. Taxation of virtual currency. Leiden University. Diciembre de 2014.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, C. (2016). Bitcoin: problemas reales. En: E. Téllez Carvajal (C), ed.1, Derecho y TIC. Vertientes Actuales, 1st ed. [online] México: UNAM. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4065-derecho-y-tic-vertientes-actuales>.
- HAYEK, Friederich. La desnacionalización de la moneda. Folio Biblioteca de la Economía. The Intitute of Economic Affairs. Segunda edición, Traducción Carmen Liaño. Barcelona-España. 1978.
- JIMÉNEZ, F. Elementos de teoría y política macroeconómica para una economía abierta. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Departamento de Economía. (2010).
- KUMMEROW, Gert. Compendio de bienes y derechos reales. Derecho Civil II. Ediciones Magon, Tercera Edición, Caracas, 1980.
- MÁRMOL MARQUÍ, Hugo. Fundamentos de Derecho Mercantil, Títulos Valores, UCAB, Caracas, 1982.
- NAÍM, Moisés. El Fin del Poder. Primera Edición, 2014. Debate, Caracas, Venezuela, 2014.
- PURROY, Miguel Ignacio. ¿Moneda común o propia? Teoría y experiencias de la integración monetaria. La Hoja del Norte, Caracas, Primera Edición, 2013.
- ROCA SASTRE, Ramón María. Derecho Hipotecario. Editorial Bosch, Barcelona, 1948, Tomo II.
- RODNER, James Otis. El Dinero. La Inflación y las deudas de valor. Editorial Arte, Caracas, 1995
- RODNER, James Otis. La Globalización (Globalización de la Norma Jurídica), Series Estudios 101, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Quinta Edición, Legis- Caracas, 2002.
- TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex. Blockchain Revolution. Peguin Random House LLC, Houston, USA, 2016