Quaderni, 69

8322191220

69

Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*

Dipartimento di Scienze Politiche

Laura Letizia è professoressa associata di diritto tributario presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli e **J.J. Martos García** è professore associato di diritto tributario e finanziario presso l'Università degli Studi di Granada.

Laura Letizia es profesora titular de derecho tributario en la Universidad de Campania Luigi Vanvitelli y **J.J. Martos García** es profesor titular de derecho financiero y tributario en la Universidad de Granada

L. LETIZIA e J.J. MARTOS GARCÍA **La tassazione delle criptovalute in Italia e Spagna**
La tributación de las criptomoneda en Italia y España

LA TASSAZIONE DELLE CRIPTOVALUTE IN ITALIA E SPAGNA

LA TRIBUTACIÓN DE LAS CRIPTOMONEDAS EN ITALIA Y ESPAÑA

a cura di

LAURA LETIZIA e JUAN JESÚS MARTOS GARCÍA

LETIZIA e MARTOS GARCÍA
La tassazione delle criptovalute
La tributación de las criptomonedas
ESI

Questo volume, sprovvisto del talloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 00,00

ISBN 978-88-495-5099-3

Edizioni Scientifiche Italiane

Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Politiche
dell'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*

Quaderni

69

Comitato Scientifico e di Valutazione:

Prof. Olivier Butzbach (area economica)
Prof. Francesca Canale Cama (area storica)
Prof. Maurizio D'Arienzo (area informatica e tecnologica)
Prof. Elvira Falivene (area linguistica e letteraria)
Prof. Diego Giannone (area politologica)
Prof. Maria Cristina Ivaldi (area storico-giuridica)
Prof. Domenico Ruggiero (area giuridica)
Prof. Antonio Tisci (area storica)
Prof. Angelo Volpe (area sociologica)

Comitato Organizzativo e di Redazione:

Dott. Emanuele Coraggio
Dott.ssa Carmen Fiore
Dott.ssa Valentina Marano
Dott.ssa Angela Rombiolo

Università Della Campania *Luigi Vanvitelli*
Dipartimento Di Scienze Politiche

La tassazione delle criptovalute in Italia e Spagna

La tributación de las criptomonedas en Italia y España

a cura di

Laura Letizia e Juan Jesús Martos García

Edizioni Scientifiche Italiane

Il presente Volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli».

I lavori contenuti nel presente Volume, selezionati tramite *Call for Paper*, sono stati approvati dai Curatori e valutati anonimamente dai Componenti del Comitato scientifico per ciascuna area disciplinare di riferimento.

Proyecto de I+D+i PID2020-120203RB-I00, "Economía digital, dinero electrónico y ordenamientos tributarios. Medidas nacionales y propuestas de instituciones internacionales" financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación de España.

Proyecto A-SEJ-758-UGR20 "Retos de los mercados digitales: tributación, planificación y fraude" financiado por Programa Operativo Fondos Europeos de Desarrollo Regional y Junta de Andalucía.

Letizia Laura, Martos García Juan Jesús
La tassazione delle criptovalute in Italia e Spagna
La tributación de las criptomonedas en Italia y España
Collana: Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2022
pp. 412; 24 cm
ISBN 978-88-495-5099-3

© 2022 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi. Fotocopie per uso personale del lettore posso essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS E CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Introduzione

Il lavoro è l'esito di un'interessante attività di ricerca, cooordinata da Laura Letizia e Juan Jesús Martos García, avvalendosi del prezioso apporto di ricercatori delle Università "L. Vanvitelli", "L. Bocconi", Brescia, "Federico II" e Granada.

Il tema della tassazione delle criptovalute è apparso, infatti, di indubbia attualità sia nell'ordinaento italiano che nell'ordinamento spagnolo e, pertanto, meritevole di un'indage approfondita, proponendosi di contribuire a migliorare il quadro normativo, attualmente privo di disposizioni che formulino concetti, qualifichino specificamente le operazioni e la loro fiscalità, stabiliscano efficaci meccanismi di controllo.

Del resto, la velocità con cui i cambiamenti tecnologici avanzano e i nuovi sviluppi che il fenomeno sta assumendo sono apparsi elementi che hanno sollecitato approfondimenti del fenomeno e degli "effetti" che determina. Infatti, dopo le criptovalute di prima generazione, tra le quali i bitcoin, sono arrivate le stablecoin, alcune delle quali fanno riferimento a una moneta avente corso legale; peraltro, sono emersi anche i token, ossia rappresentazioni virtuali di valore rivolti a diversi scopi. Al contempo, sempre più Stati stanno procedendo verso un'omegenizzazione del processo con progetti sostenuti dalle Banche centrali e sono state introdotte alcune norme di prevenzione che individuano obblighi di controllo e vigilanza per gli operatori che operanonell'ambito. A livello europeo, invece, è in corso di elaborazione la proposta di regolamento sui mercati dei crypto-asset ("Regolamento MiCA"), rivolto a un ampio gruppo di asset virtuali.

Delimitare adeguatamente ciascuna delle modalità del fenomeno e i "rischi" che esso determina spinge di per la sua regolamentazione non più procastinabile. L'ambiente in cui le criptovalute operano, è,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

infatti, opaco o consente lo pseudo-anonimato, occorrendo verificare quali tra esse rappresentino lo "strumento" ideale da contrastare rispetto alle frodi e alle attività di riciclaggio.

Queste le ragioni dell'indagine, nell'auspicio di formulare considerazioni che contribuiscano ad arricchire il dibattito dottrinale e inducano a una riforma dei nostri ordinamenti, garantendo la certezza del diritto, dotandoli di norme fiscali adeguate e di un impianto che garantisca trasparenza e "sicurezza" al mercato criptovalutario.

Laura Letizia, Juan Jesús Martos García

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Introduction

El trabajo es fruto de una interesante actividad investigadora, coordinada por Laura Letizia y Juan Jesús Martos García, contando con la valiosa aportación de investigadores de las Universidades "L. Vanvitelli", "L. Bocconi", Brescia, "Federico II" y Granada.

El tema de la tributación de las criptomonedas resulta de indudable actualidad tanto en el derecho italiano como en el español. Por su complejidad requiere una investigación rigurosa y profunda que contribuya a mejorar el marco jurídico, actualmente huérfano de disposiciones que formulen conceptos, califiquen específicamente las operaciones y establezcam mecanismos de control efectivos; y es que la velocidad a la que avanzan los cambios tecnológicos y los nuevos desarrollos en el mundo cripto, hacen mas necesario si cabe esta labor.

Tras las criptomonedas de primera generación como el bitcoin, llegaron las stablecoins, algunas especialmente interesantes como las que se referencian a una moneda de curso legal; y a este proceso también se están uniendo los los Estados con los proyectos de monedas virtuales respadadas por Bancos Centrales.

Delimitar cada una de éstas *modalidades adecuadamente, con los riesgos que presentan, es imprescindible para regularlas con acierto. Se debe precisar el entorno de opacidad o pseudoanonimatos con el que se puedeo operar en relación a cada una de ellas y plantearnos si todas son un instrumento idóneo para el fraude fiscal y las actividades delictivas.*

A nivel nacional se han aprobado algunas normas tributarias y de prevención en la lucha contral el blanqueo de capitales que establecen obligaciones de control y supervisión a los operadores que aparecen en este universo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Mientras que en el plano europeo, se está tramitando la propuesta de regulación sobre los mercados de criptoactivos, comúnmente conocida como "Reglamento MiCA", que aborda un amplio grupo de activos virtuales. Junto a las criptomonedas de primera generación también han surgido los tokens, *como representaciones virtuales de valor con finalidades diversas, que también requieren una adecuada regulación.*

Presentamos un estudio del Derecho italiano y español y de las propuestas de la Unión Europea lo que nos permite formular consideraciones enriquecedoras que contribuyan al debate doctrinal para reformar nuestros ordenamientos, dotándoles de mayor transparencia y seguridad jurídica y haciéndolos más efectivos frente a defraudaores y delincuentes.

Laura Letizia, Juan Jesús Martos García

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Sezione Prima
Primera Sección

Capitolo I

Monete virtuali: tassonomia e inquadramento giuridico

Gennaro Rotondo e *Emanuele Coraggio**

Sommario: 1. Premessa. Inquadramento ermeneutico delle monete virtuali e impatto dell'innovazione tecnologica. – 2. Caratteristiche generali e struttura delle valute virtuali (private). – 3. Tassonomia essenziale del fenomeno delle criptomonete. – 4. Della (eventuale) natura monetaria delle valute virtuali private. - 4.1. Qualificazione giuridica delle criptovalute al di fuori della nozione tradizionale di moneta. - 4.2. Natura giuridica e disciplina applicabile alle valute virtuali private: un possibile percorso ermeneutico. – 5. Le monete virtuali di matrice "pubblica": l'introduzione nel sistema delle valute digitali delle banche centrali. - 5.1. Vantaggi e criticità delle valute digitali delle banche centrali. - 5.2. Il contesto europeo: il progetto di Euro digitale. – 6. Alcune considerazioni conclusive *de iure condendo*.

1. *Premessa. Inquadramento ermeneutico delle monete virtuali e impatto dell'innovazione tecnologica*

Il concetto di moneta è da sempre oggetto di attenzione da parte degli studiosi di differenti ambiti disciplinari, interesse che si è rinnovato esponenzialmente da quando l'innovazione tecnologica nel settore finanziario ha condotto, tra l'altro, alla crescente diffusione di "monete virtuali" (definite anche, con una terminologia eterogenea, "valute virtuali", "criptovalute" o "criptomonete")[1].

* Gennaro Rotondo è Professore ordinario di Diritto dell'Economia, presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"; Emanuele Coraggio è Dottore di ricerca in Diritto comparato e prcessi di integrazione presso la medesima Università. Pur essendo lo scritto, frutto di considerazioni condivise, i paragrafi 1 e da 5 a 6 sono di Gennaro Rotondo, mentre i paragrafi da 2 a 4.2. di Emanuele Coraggio.

[1] In generale, sul tema dell'innovazione tecnologica in ambito finanziario (*FinTech*), si rinvia, *ex multis*, M.T. Paracampo (a cura di), Fintech. *Introduzione ai*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Un cenno, seppure nella consapevolezza del grado di complessità del compito, va dedicato preliminarmente al concetto stesso di "moneta", per affrontare poi il tema principale della declinazione virtuale del fenomeno. Difatti, l'ampiezza della letteratura scientifica[2] rende complessa la ricostruzione sul piano giuridico della nozione di moneta, quanto meno nei suoi principali tratti distintivi. Tuttavia, utilizzando una diffusa schematizzazione si possono in-

profili giuridici di un mercato unico dei servizi finanziari, Torino, vol. 1, 2021, e vol. 2, 2019; F. Fimmanò e G. Falcone (a cura di), FinTech, Napoli, 2019, nonché alle indicazioni dottrinali *ivi* riportate; v. altresì P. Perlingieri, *Mifid II. Innovazione finanziaria e rapporti con la clientela. Editoriale*, in *Dir. merc. assic. e finanz.*, 2019, 1, p. 1 ss., per un inquadramento ermeneutico del fenomeno dell'innovazione finanziaria alla luce dei principi costituzionali, *in primis* quello di tutela del risparmio. Specificamente, sul fenomeno Fintech nell'ambito dei servizi di pagamento v., tra gli altri, F. Ciraolo, *La prestazione di servizi di pagamento nell'era* FinTech *e dell'*Open Banking, in M.T. Paracampo (a cura di), Fintech, cit., vol. 2, p. 217 ss.; R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale*: *primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2017, 1, p. 27 ss.; S. Capaccioli, *Criptovalute e bitcoin*: *un'analisi giuridica*, Milano, 2015, *passim*; M. Cian, *La criptovaluta – Alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia*: *spunti preliminari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, p. 315 ss.; G. Gasparri, *Timidi tentativi giuridici di messa* a *fuoco del* Bitcoin: *miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema*?, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 3, p. 415 ss.; G. Lemme, S. Peluso, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale*: *il caso* bitcoin, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, 11, p. 1 ss.; C. Pernice, Digital currency *e obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 2018, *passim*; G. Rinaldi, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, p. 257 ss.; N. Vardi, *"Criptovalute" e dintorni*: *alcune considerazioni sulla natura giuridica dei* bitcoin, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 3, p. 443 ss.

[2] Si segnalano qui in ordine cronologico, a partire dalla fine degli anni '20 del secolo scorso, *ex multis*: T. Ascarelli, *La moneta*, *considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928, *passim*; L. Mosco, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, *passim*; V. Lojacono, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955, *passim*; N. Distaso, *Somma di denaro (debito di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 867 ss.; A. di Majo, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 222 ss.; E. Quadri, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979, *passim*; B. Inzitari, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, vol. II, Padova, 1983, p. 1 ss.; M. Semeraro, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, *passim*; C. Pernice, Digital currency *e obbligazioni pecuniarie*, cit., *passim*.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dividuare a tal fine due linee teoriche principali: quella statalista e quella funzionale.

In base alla prima teoria[3], la moneta è il mezzo di pagamento, creato e garantito dallo Stato, cui la legge attribuisce corso legale ovvero potere liberatorio, nel senso di idoneità ad estinguere le obbligazioni pecuniarie essendo impossibile per il creditore rifiutare questo tipo di adempimento[4]. Linea teorica che appare supportata dalla giurisprudenza di legittimità, specie in quelle decisioni in cui si propende per una qualificazione della moneta solo come mezzo di pagamento universalmente accettato, ossia espressione delle potestà pubblicistiche di emissione e di gestione del valore economico[5].

Incontra maggiore favore nella dottrina giuridico-economica, invece, la teoria funzionale, secondo cui la moneta viene individuata sulla base di un criterio dinamico ossia con riguardo alle tre funzioni che, dall'antichità[6] ad oggi[7], si ritiene siano svolte dall'entità che si qualifica come moneta[8]: mezzo di pagamento, unità di conto e riserva di valore.

La prima funzione implica che l'utilità essenziale della moneta consista nell'essere impiegata e accettata per l'acquisto di beni o servizi. Come unità di conto, la moneta rappresenta il parametro di misurazione del valore dei beni scambiabili sul mercato. La funzione di riserva di valore, infine, consiste nella possibilità di preservare nel

[3] Fondata, in sostanza, sulla teoria cartalista dell'economista tedesco G.F. Knapp, *The State theory of money*, Londra, 1924, p. 1, ove l'A. asserisce fin da subito la matrice di natura legale del denaro. In argomento, v. tra gli altri F.A. Mann e C. Proctor, *Mann on the legal aspect of money*, Oxford, 2005, p. 10.

[4] È solo il caso di rammentare che il concetto di corso legale è differente quello di corso forzoso che attiene all'inconvertibilità della moneta nel bene cui si rapporta l'unità di misura monetaria (ad esempio, come avveniva in passato per l'oro), come attentamente osservato da P. De Vecchis, voce *Moneta e carte valori*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XX, Roma, 1990, p. 1 ss.

[5] Ciò in conformità agli obiettivi stabiliti dall'ordinamento nazionale e sovranazionale. Così, Cass., sez. II, 2 dicembre 2011, n. 25837, in *Contratti*, 2012, 3, p. 165 ss.

[6] Cfr. Aristotele, *Etica nicomachea*, Milano, 2000, V, p. 5.

[7] È la tesi sostenuta anche da Krugman in P. Krugman, *The International Role of the Dollar*: *Theory and Prospect*, in J.F.O. Bilson, C. Marston (a cura di), *Exchange Rate Theory and Practice*, Chicago, 1985, p. 263.

[8] J. Hicks, *Critical essays in monetary theory*, Oxford, 1967, p. 1, secondo cui «*Money is what money does*».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

tempo, attraverso la moneta, la parte del reddito prodotto non destinata immediatamente al consumo e, dunque, di dar vita a forme di risparmio.

Ebbene, l'inquadramento delle monete virtuali (nelle loro variegate espressioni empiriche) nel quadro funzionale appena delineato deve passare, *in primis*, per il vaglio di eventuali definizioni normative delle medesime.

In argomento, il legislatore italiano è intervenuto solo di recente (e in modo contingente) laddove, nel modificare la disciplina antiriciclaggio con il d.lgs. n. 90/2017[9], ha introdotto nell'ordinamento la prima definizione di «valuta virtuale»[10]. Concetto in seguito ribadito anche dalla quinta direttiva UE *anti-money laundering* (AMLD5), che definisce come tale la «rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente»[11].

[9] Il d.lgs. n. 90/2017 ha modificato il d.lgs. n. 231/2007 introducendo la lett. *qq*) dell'art. 1, c. 2 contenente la definizione di «*valuta virtuale*» e assoggettando agli obblighi antiriciclaggio una nuova categoria di operatori non finanziari, ossia i «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale» (c.d. *exchangers*), limitatamente allo svolgimento dell'attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso. La novella del 2017, inoltre, ha modificato il d.lgs. n. 141/2010 disponendo che i soggetti da ultimo individuati sono tenuti altresì all'iscrizione in una sezione speciale del registro dei cambiavalute e a trasmettere le negoziazioni effettuate all'organismo che ne cura la gestione.

[10] Questa definizione deriva da un *report* della Banca Centrale Europea del 2012 (cfr. BCE, *Virtual currency schemes*, 2012, reperibile su *www.ecb.europa.eu*, poi seguito da un ulteriore studio, ossia: BCE, *Virtual currency schemes – a further analysis*, 2015, reperibile su *www.ecb.europa.eu*) e di un parere dell'Autorità Bancaria Europea del 2014 (cfr. ABE, *Opinion on 'virtual currencies'*, reperibile su *www.eba.europa.eu*) ed è stata impiegata in Italia per la prima volta dalla Banca d'Italia in una comunicazione del 2015 (cfr. Banca d'Italia, *Comunicazione del 30 gennaio 2015 "Valute virtuali"*, reperibile su *www.bancaditalia.it*), prima di essere sostanzialmente recepita dal legislatore interno nel 2017.

[11] Cfr. direttiva UE 2018/843, che è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 125/2019, entrato in vigore a partire dal 10 novembre 2019. Il decreto, oltre a rimodulare il concetto di valuta virtuale (conducendolo alla sua formulazione attuale), ha esteso il campo di applicazione soggettivo della normativa antiriciclaggio,

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Allo stato, dunque, questo è il principale parametro di riferimento per qualificare a livello normativo la nozione di moneta virtuale/criptovaluta, elemento fondamentale per abbozzare un tentativo di ricostruzione ermeneutica della natura giuridica e di individuazione dei relativi profili regolamentari.

2. *Caratteristiche generali e struttura delle valute virtuali (private)*

Al fine di procedere all'analisi delle ipotesi di inquadramento giuridico è opportuno effettuare un sintetico riferimento ai tratti strutturali e funzionali delle valute virtuali comunemente intese, ossia delle criptovalute, le quali si caratterizzerebbero, anzitutto, per i seguenti aspetti elementi fondamentali[12]:

a) l'assenza di natura valutaria, in senso proprio, ossia legata all'emissione da parte della banca centrale o di altro organismo pubblico. Sono emesse, quindi, da soggetti privati secondo regole a cui gli uti-

da un lato ampliando la nozione di *exchanger*, che attualmente comprende «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche *online*, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da o in valute aventi corso legale ovvero in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute», dall'altro introducendo quale ulteriore categoria di operatore non finanziario quella dei «prestatori di servizi di portafoglio digitale» (*wallet providers*) alla quale appartengono le persone fisiche e giuridiche che forniscono professionalmente a terzi, anche *online*, unicamente servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali. L'intervento del 2019, inoltre, ha sancito che gli *exchangers* siano sottoposti agli obblighi antiriciclaggio con riguardo alla loro complessiva attività (e non più alla sola conversione di valute virtuali) e ha ulteriormente modificato il d.lgs. n. 141/2010 assoggettando anche i *wallet providers* all'obbligo di iscrizione nel registro dei cambiavalute e di trasmissione delle relative negoziazioni all'organismo preposto alla sua gestione. Da ultimo il Ministero dell'Economia e della Finanza, con decreto del 13 gennaio 2022, ha disciplinatole modalità e la tempistica con cui i prestatori di servizirelativi all'utilizzo di valuta virtuale e i prestatori di servizi di portafoglio digitalesono tenuti a comunicare la propria operatività sul territorio nazionale.

[12] Cfr. Banca d'Italia, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali* ", 2015, reperibile su *www.bancaditalia.it*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

lizzatori decidono di aderire. Inoltre, essendo prive di corso legale[13], il loro uso come strumento di pagamento può avvenire esclusivamente su base volontaria, tramite il previo consenso dei partecipanti alla transazione e con modalità *peer-to-peer*[14]. Si consideri d'altronde che alla base della creazione nel 2009 della prima criptovaluta – il *bitcoin* – vi era proprio la finalità di dar vita a uno strumento di scambio alternativo alla moneta legale, il cui valore non fosse determinabile sulla base delle politiche monetarie istituzionali[15];

b) sono totalmente immateriali, in quanto impiegabili in una dimensione esclusivamente digitale, attraverso un *software open-source* che consente di creare un portafoglio elettronico (*e-wallet*), nel quale depositare moneta virtuale da utilizzare per l'acquisto di beni o servizi;

c) l'anonimato dovrebbe connotare l'identità dei soggetti titolari di portafogli elettronici coinvolti nelle transazioni[16], d'altra

[13] Per moneta legale o di stato (*fiat money*) si intende ogni moneta fiduciaria emessa esclusivamente da un'autorità centrale (banconote, moneta metallica). Solo la moneta legale è garantita dalla legge, che ne regola l'emissione e le conferisce valore legale, sancendone l'efficacia liberatoria nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. Alcuni concetti tradizionalmente usati per le monete a corso legale, come ad esempio quello di "portafoglio", sono stati adattati anche al contesto delle monete virtuali; si parla infatti di "portafoglio digitale/elettronico" (*e-wallet*).

[14] L'espressione si riferisce alla modalità attraverso la quale, in caso di consenso, può essere scambiata la criptovaluta, ovvero direttamente tra due dispositivi, senza necessità di intermediari. A tal proposito V. De Stasio, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento,* in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2018, I, p. 747; A.M. Gambino, C. Bonprezzi, *Blockchain e criptovalute,* in G. Finocchiaro, V. Alce (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole,* Bologna, 2019, p. 270 ss.; G.L. Greco, *Valute virtuali e valute complementari, tra sviluppo tecnologico e incertezze regolamentari,* in *Rivista di diritto bancario,* 2019, 3, p. 18; nonché, id., *Nozione e problemi di regolazione di criptovalute e monete complementari*, in M.T. Paracampo (a cura di), Fintech, cit., vol. 2, p. 239 ss.

[15] Tali finalità si evincono chiaramente all'interno del *paper* pubblicato da parte del creatore del *bitcoin* sotto lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto (cfr. S. Nakamoto, *Bitcoin*: *A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, p. 1 ss., reperibile su *www.bitcoin.org/bitcoin.pdf*) pochi mesi prima dell'estrazione del primo blocco di *bitcoin*, noto come *Genesis Block*, avvenuta in data 3 gennaio 2009.

[16] Evidenzia come il tanto asserito anonimato delle transazioni in *bitcoin* non possa considerarsi in realtà una certezza C. Pernice, *Crittovalute e* bitcoin: *stato dell'arte e questioni ancora aperte*, in F. Fimmanò e G. Falcone (a cura di), FinTech, Napoli, 2019, p. 495 ss.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

parte anche per questo motivo di parla di *cripto*valute o di *cripto*-monete;

d) infine, le transazioni tramite le quali le valute virtuali vengono trasferite sono (tecnicamente) irreversibili, grazie all'impiego del registro elettronico denominato *blockchain* che ne cristallizza la successione nel tempo[17].

Le criptovalute, così definite sul piano strutturale e funzionale, finirebbero pertanto per coincidere con i c.d. *payment tokens* di matrice privata, caratterizzati per la circostanza di fungere da mezzo di pagamento e di non conferire al detentore alcun diritto nei confronti dell'emittente (ove esistente)[18].

3. *Tassonomia essenziale del fenomeno delle criptomonete*

Secondo una classificazione generale, adottata dalla Banca Centrale Europea[19] – e che riflette anche l'incidenza sulle operazioni economiche realizzate – possono distinguersi tre modelli fondamentali di criptomonete:

1. moneta virtuale chiusa (o non convertibile), concepita per l'utilizzo in uno specifico ambiente virtuale e che, quindi, non può essere

[17] In merito al funzionamento della tecnologia *blockchain* si rinvia a F. Sarzana e M. Nicotra, *Diritto della Blockchain*, *intelligenza artificiale e IoT*, Milano, 2019, p. 18 ss.

[18] Cfr. Finma, *Guida pratica per il trattamento delle richieste inerenti all'assoggettamento in riferimento alle* initial coin offering *(ICO)*, reperibile su *www.finma.ch*, che in seno alla macro-categoria del *token* distingue fra: *payment token*, quale sinonimo di criptovaluta; *utility token*, che offre accesso a un servizio digitale o conferisce altro vantaggio al titolare su o dietro utilizzo di un'infrastruttura *blockchain*; *asset token*, che rappresenta un diritto di credito ovvero un diritto sociale *lato sensu* partecipativo (*e.g.* diritto di voto) nei confronti dell'emittente. Per quanto concerne le finalità del presente lavoro, in punto di inquadramento giuridico delle diverse categorie di criptovalute, si ritiene possibile escludere la natura monetaria dei *tokens* di utilizzo e d'investimento. Sul punto, v. E. Rulli, *Incorporazione senza* res *e dematerializzazione senza accentratore*: *appunti sui* token, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, 1, p. 121 ss. Per una differente tripartizione fra *token* di prima, seconda e terza classe si veda C. Pernice, *Crittovalute e* bitcoin, cit., 499.

[19] Cfr. BCE, *Virtual Currency Schemes*, 2012, cit., 13 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

convertita in moneta legale[20]. È una valuta tipica di alcune piattaforme di giochi *online*, in cui si paga unicamente un canone periodico di abbonamento e si ricevono monete virtuali iniziali spendibili unicamente in quell'ambito e accrescibili solo attraverso il compimento di determinate attività digitali;

2. moneta virtuale unidirezionale (o a convertibilità limitata), acquistabile mediante moneta legale e spendibile per l'acquisto di beni e servizi *online* e, talvolta, anche di beni e servizi reali, ma non riconvertibile in moneta tradizionale (tali sono, ad esempio, gli *Amazon Coins*, utilizzabili unicamente all'interno del sito dell'emittente);

3. moneta virtuale bidirezionale (o a convertibilità piena), che può essere acquistata e riconvertita in moneta legale senza vincoli di sorta. A quest'ultima categoria appartengono non solo il *bitcoin*, ma anche la gran parte delle altre criptovalute esistenti: *Ethereum*, *Monero, Litecoin*, *Ripple*, *Dash, Tether,* e così via.

Una distinzione ulteriore attiene alle modalità di creazione della valuta virtuale, per cui si suole distinguere fra moneta decentralizzata e centralizzata[21]. Nella prima fattispecie, la creazione (detta *mining* o estrazione) viene realizzata diffusamente da una rete utenti che poi ricevono criptomonete come premio per la risoluzione di problemi di carattere informatico e, quindi, per aver partecipato volontariamente al corretto funzionamento del *network* e alla sicurezza delle transazioni. Nella seconda, viceversa, vi è un unico soggetto proprietario del relativo protocollo informativo che è preposto alla loro emissione[22].

Ancora, tra le monete virtuali si annoverano i c.d. *stablecoins*, che presentano caratteristiche di base assimilabili a quelle delle altre crip-

[20] Banca d'Italia, *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017, p. 30 ss. In particolare, la convertibilità, totale o parziale, è stabilita nelle regole di funzionamento, incorporate nel sistema di elaborazione dati sotteso alla criptovaluta. In argomento, si v. altresì A. Wright e P. De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, in *SSRN Electronic Journal*, gennaio 2015, reperibile su *https://papers.ssrn.com*.

[21] Cfr. FinCEN, *Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*, reperibile su *www.fincen.gov*.

[22] Cfr. C. Pernice, *Criptovalute, tra legislazione vigente e diritto vivente*, in *Ianus – Diritto e finanza*, 2020, 21, p. 45, la quale cita come esempi di criptovalute centralizzate *Ripple*, *NEO* e *NEM*.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tovalute, ma sono agganciati a beni o *asset* sottostanti (ad esempio, valute FIAT, ETF, indici di borsa, ecc.)[23], governati dalle ordinarie regole di mercato. In sostanza, l'indicizzazione a un parametro "stabile" (da qui deriva il nome della categoria) assicura transazioni più sicure ed eque[24].

Infine, distinzione ulteriore e fondamentale *è quella fra le* monete virtuali "private", che coincidono con quelle analizzate in precedenza (e cui si è soliti riferirsi con il termine *criptovalute*), e le monete virtuali di matrice *lato sensu* pubblicistica, quali sono le *Central Bank Digital Currency* (CBDC). Per queste ultime, in particolare, la questione dell'appartenenza alla categoria della moneta può ritenersi di fatto inesistente, dal momento che si tratta di vere e proprie monete fiat, al pari del denaro contante, emesse dalle banche centrali[25]. Esse rappresentano pertanto, sotto questo ed ulteriori aspetti, un caso a sé stante, come si avrà modo di specificare meglio nel prosieguo.

4. *Della (eventuale) natura monetaria delle valute virtuali private*

A differenza delle CBDC, la natura monetaria delle criptovalute non può considerarsi un dato pacifico e l'affermazione o meno della stessa – in funzione ricostruttiva della natura giuridica e della disciplina applicabile – dipende a monte dalla definizione di moneta che si intende adottare.

Laddove si opti per utilizzare i principi della teoria statalista, di sicuro non si può ritenere che le criptovalute siano moneta, stante la loro matrice essenzialmente privata e la conseguente necessità che il loro impiego sia subordinato a un'accettazione su base volontaria. Purtuttavia, non appare proficuo, a fini tassonomici, fare ricorso a questa teoria salvo che non si voglia propendere per una coincidenza

[23] A. Matteo e A. Carotenuto, *Central Bank Digital Currency. Sfide e opportunità della nuova moneta digitale*, in *Digital Finance*, 2021, p. 4.

[24] Con riguardo agli *stablecoins*, cfr. A. Borroni, M. Seghesio, Bitcoin *e* blockchain: *un'analisi comparatistica dalla nascita alla potenziale regolamentazione*, in *Ianus – Diritto e finanza*, 2019, 19, p. 294 ss. e i richiami bibliografici ivi contenuti.

[25] Cfr. Parlamento dell'Unione europea, *Virtual currencies and central banks monetary policy: challanges ahead,* Monetary Dialogue, luglio 2018, reperibile su *www.europarl.europa.eu*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

della nozione di moneta con quella di valuta – quest'ultima da intendersi viceversa, secondo la dottrina pressoché unanime[26], come quella *species* monetaria emessa da parte di un'autorità pubblica e avente corso legale. Una conferma in tal senso, si ricava dalla disciplina delle obbligazioni pecuniarie (di cui agli art. 1277 ss. c.c.), nella quale si fa riferimento alla «moneta avente corso legale» attestando come il legislatore presupponga una sostanziale differenza tra questa e la moneta *lato sensu* intesa (la quale cioè può anche essere priva di corso legale)[27]. Un'analisi *de iure condito*, dunque, dimostra che adottare la teoria statalista significa discostarsi dal dato normativo con la conseguenza di giungere a esiti non condivisibili in punto di qualificazione giuridica della fattispecie.

Ebbene, sulla base di quanto precede, è possibile affermare che sicuramente più conforme agli indici ordinamentali è la teoria funzionale, la quale non si propone di definire il concetto di moneta quanto di disciplinarla alla stregua di mezzo di pagamento, ossia con riguardo alla sua funzione primaria. Pertanto, alla stessa si farà riferimento nel determinare la nozione di moneta, quanto meno secondo i principi dell'ordinamento giuridico.

Sulla base teorica appena prospettata, si potrebbe ragionevolmente sostenere – sebbene si tratti di questione controversa[28] – che le criptovalute integrino una vera e propria forma di moneta, ancorché complementare[29]. Difatti, più si diffonde l'impiego generalizzato del-

[26] Cfr. *ex multis* C.M. Bianca, *Diritto civile*. *L'obbligazione*, Milano, 2019, p. 142.

[27] Sia consentito il rinvio a E. Coraggio, Virtual currency *tra difficoltà esegetiche e tentativi di inquadramento dogmatico in seguito al recepimento della Quinta Direttiva UE* anti-money laundering, in *Ianus – Diritto e finanza*, 2020, 21, p. 108.

[28] Numerosi sono gli autori che, adottando la teoria funzionale, escludono la riconducibilità delle valute virtuali al concetto di moneta sulla base del rilievo assorbente che l'estrema volatilità dei valori delle criptovalute, soggetti a continue e imprevedibili fluttuazioni, impedirebbe alle stesse di fungere vuoi da unità di conto vuoi da riserva di valore. In tal senso, cfr. V. De Stasio, *op. cit.*, p. 756; G. Lemme e S. Peluso, *op. cit.*, p. 39; M. Mancini, *Valute virtuali e «Bitcoin»*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, 1, p. 125; R. Razzante, *«Bitcoin» e monete digitali. Problematiche giuridiche*, in *Gnosis*, 2014, 2, p. 113.

[29] In tal senso con specifico riguardo al *bitcoin* cfr. *ex multis*: Agenzia delle entrate, *Risoluzione n. 72/E*, 2 settembre 2016, reperibile su *www.finaria.it/pdf/bitcoin-tasse-agenzia-entrate.pdf*; R. Bocchini, *op. cit.*, p. 30; M.F. Campagna, *Crip-*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

le stesse (o di alcune di esse come il *bitcoin*), più difficile diventa negare sul piano funzionale la loro natura monetaria, quando impiegate come mezzo di pagamento[30].

Sebbene questa conclusione appaia maggiormente persuasiva perché più aderente alla «realtà giuridica effettuale»[31], collide tuttavia con il disposto della AMLD5 secondo cui la valuta virtuale non possiede lo *status* giuridico della valuta o della moneta. Pur aderendo alla teoria funzionale e riconducendo la sostanza delle criptovalute al fenomeno monetario, pertanto lo stato attuale della normativa non consente di qualificare le stesse (in punto di disciplina applicabile) come monete né in Italia né in generale nell'Unione europea, per via di un'espressa posizione "politica" del legislatore europeo[32]. D'altra parte, l'omissione nella normativa interna del riferimento allo *status* giuridico delle valute virtuali, verosimilmente imputabile a un atteggiamento pilatesco del legislatore italiano in sede di recepimento della direttiva, non è dirimente in punto di qualificazione giuridica della

tomonete e obbligazioni pecuniarie, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, p. 183 ss.; C. Pernice, Digital currency *e obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 220; N. Vardi, *op. cit.*, p. 448. Sottolinea in particolare C. Pernice, Digital currency *e obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 270 ss., che essendo il *bitcoin* una moneta complementare sarebbe giusto concludere che il contratto mediante il quale si scambiasse quest'ultimo contro beni e servizi sarebbe qualificabile in termini di vendita *ex* artt. 1470 ss. c.c. e che l'obbligazione contratta in *bitcoin* sarebbe assoggettabile all'art. 1278 c.c. in tema di debiti di somme di monete non aventi corso legale. È appena il caso di osservare, tuttavia, che anche i fautori della natura monetaria delle valute virtuali ne escludono l'identificazione con la moneta elettronica, dovendosi infatti ritenere pacifica l'inapplicabilità ad esse *ratione materiae* della direttiva 2009/110/CE (EMD2), come già in passato evidenziato dalla BCE, *Virtual currency schemes*, cit., 5, e come ribadito da ultimo dal *considerando* 10 della AMLD5.

[30] Sul punto si segnalano alcune prime timide adesioni alla teoria in esame, in ambito tanto giurisprudenziale (cfr. Corte d'Appello di Brescia, 24 ottobre 2018, Decreto n. 270, in *Riv. Not.*, 2018, 6, p. 1286 ss.) che arbitrale (cfr. Arbitro Unico Marcianise, 14 aprile 2018, Lodo arbitrale, in *Gius. civ.*, con nota di M. Rubino De Ritis, *Obbligazioni pecuniarie in criptomoneta*). Per una argomentazione delle ragioni che consentirebbero al *bitcoin* di esercitare le tre funzioni tipiche della moneta cfr. C. Pernice, Digital currency *e obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 260.

[31] L'espressione è di T. Ascarelli, *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 775 ss.

[32] E. Coraggio, *op. cit.*, p. 109.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

fattispecie che va comunque operata alla luce delle coordinate ermeneutiche rivenienti dalla fonte sovranazionale.

La ragionevolezza di siffatta ipotesi ricostruttiva, inoltre, viene confermata da alcune statuizioni contenute nel preambolo della citata direttiva (com'è noto privo di efficacia precettiva[33], ma valido strumento di esegesi del provvedimento normativo)[34]. Da un lato, rileva il *considerando* 11 che esclude l'identificazione delle valute virtuali con le valute locali o monete complementari[35], e dall'altro il *considerando* 10 che esplicita l'obiettivo della direttiva nel «coprire tutti i possibili usi delle valute virtuali», quasi a volerne negare sempre e comunque la riconducibilità al concetto di moneta. In aggiunta, si osservi che coerentemente a tale politica legislativa le criptovalute non vengono menzionate – pur nella consapevolezza (normativamente fondata) che il loro impiego principale resta quello di strumenti di pagamento – fra i *funds*[36] di cui alla direttiva UE 2015/2366 (PSD2) con conseguente inapplicabilità della relativa disciplina ai prestatori di servizi di pagamento in valute virtuali[37].

Si tratta evidentemente di un approccio regolamentare sostanzialmente indefinito e che ignora (è da accertare in che misura consapevolmente) la reale direzione intrapresa dalle principali crip-

[33] Cfr. *ex multis* CGUE, 11 aprile 2013, c. C-290/12, Oreste Della Rocca c. Poste Italiane SpA, punto 38, reperibile su *www.curia.europa.eu.*

[34] Cfr. F. Fracchia, *Legistica, AIR e VIR*: *tecnica legislativa, effetti invalidanti e diritti dei cittadini*', in *Il diritto dell'economia*, 2016, 1, p. 15.

[35] In particolare, il *considerando* 11 individua le valute locali (o monete complementari) sulla base del loro impiego in ambiti molto ristretti, quali una città o una regione, e tra un numero limitato di utenti.

[36] Cfr. art. 4, c. 1, n. 25 della direttiva UE 2015/2366.

[37] In tal senso, cfr. BCE, *Virtual currency schemes – a further analysis*, cit., p. 24, nota 55; nonché, evidenziando che il *considerando* 10 della quinta direttiva UE antiriciclaggio riflette le proprie conclusioni, cfr. ABE, *Report on crypto-assets*, 9 gennaio 2019, 5, nota 6. In dottrina, v. R. Bocchini, *op. cit.*, p. 35, il quale con riguardo al sistema *Bitcoin* sottolinea che lo stesso astrattamente sarebbe ascrivibile alla nozione di strumento di pagamento – quale «dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utente e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utente di servizi di pagamento si avvale per impartire un ordine di pagamento» – di cui alla normativa in materia di *payment services*, salvo poi l'impossibilità di applicarla in forza della «interpretazione corrente […] che ne limita la portata ai soli pagamenti denominati in moneta legale».

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tovalute quali mezzo di pagamento ulteriore rispetto alla valuta e che sembrerebbe creare la paradossale situazione di impedire l'applicazione della normativa inerente alle monete a un fenomeno di natura essenzialmente monetaria. In definitiva, si verrebbe così a creare una dicotomia tra l'evoluzione fattuale del fenomeno economico e la regolazione del medesimo. Si potrebbe dunque auspicare, in una prospettiva di riforma legislativa, che venga eliminato dalla definizione di valuta virtuale quanto meno l'inciso relativo all'impossibilità di riconoscervi lo *status* giuridico di moneta[38], di modo che altresì venga appositamente esteso il perimetro applicativo della PSD2 anche a tutte le monete virtuali utilizzate come mezzi di pagamento.

4.1. *Qualificazione giuridica delle criptovalute al di fuori della nozione tradizionale di moneta*

Nell'attesa che il legislatore dell'UE provveda finalmente a prospettare una definizione sul piano normativo della natura giuridica delle valute virtuali, è opportuno effettuare tale ricostruzione in via ermeneutica, tenuto conto della asserita impossibilità di equipararle alle monete in punto di diritto applicabile.

Al riguardo può essere utile richiamare quegli orientamenti dottrinali che, collocando il fenomeno in esame al di fuori del concetto stesso di moneta (ancor prima che al di fuori del relativo statuto giuridico), si curano di addivenire a un inquadramento giuridico mediante l'impiego di variegate categorie dogmatiche.

Anzitutto, v'è chi afferma che le criptovalute, pur non essendo denaro[39], apparterrebbero al più ampio *genus* del bene giuridico (immateriale) *ex* art. 810 c.c.[40]. Tesi che, prima della richiamata novella

[38] Comprensibile, ancorché fondamentalmente ultronea, viceversa, è l'esclusione del fenomeno cripto-monetario da quello della valuta (*rectius* della moneta avente corso legale), giacché in assenza di un espresso riconoscimento normativo è evidente che le criptovalute risultino sprovviste di *legal tender*.

[39] Si badi, infatti, che il denaro è considerato dalla dottrina tradizionale pur sempre una *species* di bene giuridico: cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, *L'obbligazione*, Milano, 2019, p. 145. *Contra* M. Semeraro, *op. cit.*, *passim*, secondo cui il denaro si risolverebbe nella pura disciplina di un potere economico.

[40] Cfr. P.L. Burlone e R. De Caria, *Bitcoin e le altre criptomonete*. *Inqua-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

del 2017, era avversata da una parte della dottrina sulla base di un asserito principio di tipicità dei beni immateriali[41]. Logica conseguenza di questo orientamento consiste nel ritenere inapplicabili alle criptovalute le norme dettate in materia di obbligazioni pecuniarie, talché il contratto mediante il quale si scambino queste monete virtuali contro beni sia qualificabile quale permuta *ex* artt. 1552 ss. c.c.

Un diverso orientamento[42], d'altra parte, ascrive le criptovalute alla categoria degli strumenti finanziari ai sensi della normativa settoriale. Asserzione che, tuttavia, si pone in palese contrasto con l'art. 1, c. 2, t.u.f. che individua in maniera "tassativa" gli strumenti finanziari, senza fare menzione alcuna delle valute virtuali[43].

Ancora, si segnala la tesi secondo cui le criptovalute potrebbero dar vita in realtà ad un prodotto finanziario atipico, trattandosi di una categoria dogmatica aperta e inclusiva degli strumenti finanziari e di ogni altra forma di investimento di natura finanziaria[44]. In concreto, tuttavia, si tratta di una qualificazione che riguarderebbe più l'aspetto funzionale, ossia l'operazione negoziale nell'ambito della quale la

dramento giuridico e fiscale, in *IBL Focus 234*, 2014, p. 4; M. Krogh, *L'aumento di capitale nelle S.r.l. con conferimento di criptovalute*, in *Notariato*, 2018, 6, p. 668; Trib. Firenze, 21 gennaio 2019, n. 18, reperibile su *www.quotidianogiuridico.it*; TAR Lazio, 27 gennaio 2020, n. 1077, reperibile su *DeJure*.

[41] In tal senso, cfr. A. Lodi, *Le criptovalute*, in *Gius. civ.*, 9 ottobre 2014, reperibile su *www.giustiziacivile.com*; Gasparri, *op. cit.*, p. 429. Per il principio di tipicità che governerebbe i beni giuridici immateriali si vedano: M. Costantino, *I beni in generale*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, vol. VII, Torino, 1982, p. 13; V. Zeno-Zencovich, *Cosa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1989, p. 460.

[42] Sostenuto da Trib. Verona, 24 gennaio 2017, n. 195, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 4, p. 467 ss., con nota di M. Passaretta, *Bitcoin: il* leading case *italiano*.

[43] In particolare, l'art. 1, c. 2, t.u.f. rinvia all'Allegato I, Sezione C nel quale vengono menzionati *ex multis*: valori mobiliari (*e.g.* azioni e obbligazioni), strumenti del mercato monetario (*e.g.* BOT e cambiali finanziarie), quote di un organismo di investimento collettivo e strumenti finanziari derivati (*e.g. futures*, *swaps*, *options*).

[44] Cfr. E. Girino, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 10, p. 21. Sembrerebbe accogliere tale qualificazione Cass. Sez. pen., 2 ottobre 2020 n. 26807, reperibile in *DeJure*, che si è pronunciata in tema di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria *ex* artt. 166 ss. t.u.f. La Cassazione ha affermato, in particolare, che le criptovalute, quando vengono vendute su internet e pubblicizzate come vere e proprie forme di investimento, rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 91 ss. t.u.f. e sono, quindi, soggette agli obblighi di pubblicazione del prospetto e di comunicazione alla Consob della loro offerta al pubblico.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

criptovaluta è impiegata, che la nozione *de qua*, naturalmente a condizione che ricorrano i seguenti tre elementi fondamentali dell'impiego di capitale, dell'aspettativa di un rendimento di natura finanziaria e del rischio correlato[45].

Infine, vi è chi ritiene che le valute virtuali siano più semplicemente un documento informatico ai sensi del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005), con la conseguente semplificazione del fenomeno tramite l'applicazione delle sole norme ivi contenute che ne disciplinano essenzialmente l'efficacia probatoria[46].

4.2. *Natura giuridica e disciplina applicabile alle valute virtuali private: un possibile percorso ermeneutico*

Una adesione acritica alle tesi poc'anzi illustrate è difficilmente ipotizzabile, al di là dei pur apprezzabili sforzi di inquadramento esegetico, soprattutto in considerazione dei tratti così eterogenei del fenomeno analizzato. L'approccio metodologico più corretto, dunque, pare quello di fondare l'indagine classificatoria sull'assunto che

[45] Trattasi di requisiti costantemente affermati dalla Consob. In particolare, cfr. Consob, Delibera n. 13423 del 22 gennaio 2002 – Divieto dell'attività di sollecitazione all'investimento avente ad oggetto certificati di associazione in partecipazione, posta in essere dalla *Smallxchange.com Ltd*. e dalla *Smallxchange.com* Italia s.r.l.; Consob, Delibera n. 14110 del 3 giugno 2003 – Divieto, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *b*) del d.lgs. n. 58/1998 dell'attività di sollecitazione all'investimento effettuata dalla Four Shakespeare Company ltd e dallo Studio Amministrazioni Immobiliari Dipa avente ad oggetto quote di partecipazione al capitale della medesima *Four Shakespeare Company Ltd.*; Consob, Delibera n. 14347 del 10 dicembre 2003 – Sospensione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 58/1998 dell'attività di sollecitazione all'investimento effettuata dalla Diamond s.p.a. e avente ad oggetto «contratti di affidamento diamanti»; Consob, Delibera n. 14422 del 13 febbraio 2004 – Sospensione cautelare, per un periodo di novanta giorni, della sollecitazione all'investimento avente ad oggetto la moneta "Dhana", effettuata dalla Avatar spa. In tal senso si veda anche Cass., sez. II, 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Contratti*, 2013, 12, p. 1105 ss., con nota di F. Savasta, *Natura finanziaria dei diamanti e ruolo della Consob*.

[46] G. Arangüena, Bitcoin: *una sfida per* policymakers *e regolatori*, in *Diritto mercato tecnologia*, 2014, 1, p. 30, che individua quella del documento informatico come una delle due possibili ricostruzioni del fenomeno in esame, unitamente a quella del bene giuridico *ex* art. 810 c.c.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

i relativi risultati possano variare in funzione delle connotazioni inerenti alla specifica criptovaluta considerata o quanto meno dell'impiego concreto cui la medesima sia destinata (*e.g.* acquisto di beni e servizi ovvero attività finanziaria) e/o della categoria di appartenenza (ovvero decentralizzata/centralizzata)[47].

Per un verso, infatti, è innegabile che le criptovalute siano ascrivibili alla macrocategoria dogmatica dei beni immateriali *ex* art. 810 c.c., vuoi che si aderisca alla teoria *realistica* (secondo cui anche le *res incorporales* sono qualificabili come beni giuridici se connotate da scarsità e da utilità economica, pur in assenza di un'espressa previsione normativa)[48], vuoi che si aderisca alla teoria *formalistica* (che postula il menzionato principio di tipicità dei beni immateriali)[49]. Ad ogni modo, si tratta di una qualificazione insufficiente a descrivere compiutamente il fenomeno economico sul piano giuridico (e quindi a esprimere le relative esigenze di regolazione) oltreché a rispondere a pieno alle istanze di tutela dei soggetti coinvolti nelle transazioni che necessitano di un inquadramento ben definito ai fini dell'individuazione della disciplina in concreto applicabile[50].

Ecco allora che nell'ipotesi in cui l'operazione negoziale posta in essere realizzi il trasferimento di criptovalute verso la proprietà di cose o altri diritti – stante l'argomentata inapplicabilità della disciplina dettata per la moneta – sembra corretto qualificare il contratto in questione in termini di permuta (piuttosto che di vendita). Ricorrendone i presupposti soggettivi riconducibili allo schema del secondo contratto (*Business to Consumer*), inoltre, risulterebbe altresì appli-

[47] Parla non a caso di «natura poliedrica e cangiante» delle criptovalute C. Pernice, *Crittovalute e* bitcoin, cit., p. 540.

[48] Cfr. S. Patti, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 147 ss.

[49] Per i relativi riferimenti si veda *supra*, nota 43.

[50] Resta salva, beninteso, l'applicazione della normativa *anty-money laundering* che espressamente si riferisce all'impiego di valute virtuali, e in particolare si considerino gli obblighi gravanti sugli *exchangers* e sui *wallet providers* – di cui al Titolo II del d.lgs. 231/2007 – in tema di adeguata verifica della clientela, conservazione dei dati, segnalazione di operazioni sospette ed astensione dall'instaurare, eseguire o proseguire il rapporto e/o la prestazione professionale in caso di impossibilità oggettiva di procedere all'adeguata verifica. Con riguardo poi alle considerazioni che seguono, relative alla disciplina privatistica applicabile ad alcune fondamentali operazioni negoziali in criptovalute, si v. altresì E. Coraggio, *op. cit.*, p. 113 ss.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

cabile, anche in chiave di maggiore tutela del contraente "debole", la normativa generale del Codice del consumo (d.lgs. 206/2005)[51].

Viceversa, ove lo schema negoziale connesso all'impiego di criptovalute sia assistito da una causa di natura finanziaria, secondo i canoni in precedenza indicati, lo stesso potrebbe essere riportato nella categoria dogmatica del prodotto finanziario atipico[52]. Da ciò deriverebbe, in particolare, l'assoggettamento del gestore (*exchanger*) della piattaforma informatica presso cui è possibile negoziare criptovalute e depositarle in *e-wallet*[53] alla disciplina dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari[54]. Graverebbe su di esso, pertanto, il rispetto di tutti gli obblighi informativi verso il pubblico e delle regole sulla promozione pubblicitaria dei prodotti offerti, a cominciare dalla predisposizione del prospetto informativo, di cui agli artt. 93-*bis* ss. t.u.f.[55]. Del pari,

[51] In tal senso AGCM, Provvedimento n. 26708, in *Bollettino settimanale 31/2017*, 154 ss., reperibile su *www.agcm.it/dotcmsDOC/bollettini/31-17.pdf*, che ha deliberato che la società *One Life Network LTD* – promuovendo con l'ausilio di altri professionisti l'acquisto della criptovaluta *OneCoin* e di pacchetti di formazione in abbinamento – ha posto in essere una pratica commerciale scorretta sotto il profilo delle informazioni fornite ai consumatori circa le caratteristiche del prodotto e del suo sistema di vendita con caratteristiche piramidali.

[52] Circostanza che potrebbe verificarsi *e.g.* ove all'acquisto di criptovalute dietro corrispettivo in denaro sia contestuale l'assunzione di obblighi di rendimento da parte dell'alienante.

[53] Sul punto, cfr. P. Carrière, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari"; tra tradizione e innovazione*, in *Rivista di diritto bancario*, 2019, 2, p. 44, secondo cui le considerazioni che seguono varrebbero sia che il gestore della piattaforma sia qualificabile in termini di emittente che di mero intermediario.

[54] Cfr. artt. 94 ss. t.u.f.

[55] Questa conclusione trova il conforto dell'orientamento costante della Consob, che in numerose occasioni ha avuto modo di predicare l'applicabilità della normativa in tema di offerta al pubblico di prodotti finanziari con riguardo alle criptovalute e più in generale ai *crypto-assets*. Sul punto si vedano: Consob, Delibera n. 19866 del 1° febbraio 2017 – Sospensione, ai sensi dell'art. 101, comma 4, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'attività pubblicitaria effettuata tramite il sito internet www.coinspace1.com relativa all'offerta al pubblico promossa dalla *Coinspace Ltd*. avente ad oggetto "pacchetti di estrazione di criptovalute"; Consob, Delibera n. 19968 del 20 aprile 2017 – Divieto, ai sensi dell'art. 101, comma 4, lett. *c*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'attività pubblicitaria effettuata tramite il sito internet www.coinspace1.com relativa all'offerta al pubblico promossa dalla *Coinspace Ltd*. avente ad oggetto "pacchetti di estrazione di criptovalute"; Consob, Delibera n.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

20660 del 31 ottobre 2018 – Sospensione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto "token TGA", effettuata da *Togacoin Ltd*. anche tramite il sito internet https://togacoin.com; Consob, Delibera n. 20693 del 14 novembre 2018 – Sospensione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico avente ad oggetto la moneta digitale denominata "Crypton"; Consob, Delibera n. 20694 del 14 novembre 2018 – Sospensione, ai sensi dell'art. 101, comma 4, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'attività pubblicitaria effettuata dal sig. Alessandro Brizzi tramite la propria pagina facebook relativa all'offerta al pubblico correlata all'acquisto della moneta digitale denominata "Crypton"; Consob, Delibera n. 20741 del 12 dicembre 2018 – Sospensione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico avente ad oggetto i contratti su "Bitsurge token" promossa sul sito www.bitsurge.io e sulla pagina facebook "Bitsurge Token"; Consob, Delibera n. 20786 del 22 gennaio 2019 – Divieto, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *d*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto "token TGA", effettuata da *Togacoin Ltd*. anche tramite il sito internet https://togacoin.com; Consob, Delibera n. 20814 del 14 febbraio 2019 – Divieto, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico avente ad oggetto investimenti di natura finanziaria promossa dalla *Cryptoforce Ltd*.; Consob, Delibera n. 20815 del 14 febbraio 2019 – Divieto, ai sensi dell'art. 101, comma 4, lett. c), del d.lgs. n. 58/1998, dell'attività pubblicitaria effettuata dal sig. Alessandro Brizzi tramite la propria pagina facebook relativa all'offerta al pubblico avente ad oggetto investimenti di natura finanziaria promossa da *Cryptoforce Ltd*.; Consob, Delibera n. 20844 del 13 marzo 2019 – Divieto, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *d*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico avente ad oggetto i "certificati Green Earth" promossa sulla pagina facebook "Progetto Crypto Green Earth"; Consob, Delibera n. 20845 del 13 marzo 2019 – Divieto, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *d*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico avente ad oggetto i contratti su "Bitsurge token" promossa sul sito www.bitsurge.io e sulla pagina facebook "Bitsurge Token"; Consob, Delibera n. 20843 del 13 marzo 2019 – Sospensione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico residente in Italia effettuata anche tramite il sito internet www.wachsendewerte.at/it ed avente ad oggetto investimenti di natura finanziaria; Consob, Delibera n. 20929 dell'8 maggio 2019 – Sospensione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto "Token ECB I" e "Token ECB S", effettuata da *Forgues Gestion* s.a.s. anche tramite il sito internet www.europeancryptobank.io; Consob, Delibera n. 20944 del 29 maggio 2019 – Sospensione, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto "Liracoin", effettuata da "Liracoin – DAMO" anche tramite i siti https://liracoin.club, www.liracoin.com e www.licex.io; Consob, Delibera n. 21023 del 31 luglio 2019 – Divieto, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico italiano avente ad oggetto "Token ECB I" e "Token ECB

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sembrerebbe corretto sostenere altresì che l'*exchanger* sia sottoposto alla normativa sul collocamento a distanza di prodotti finanziari (di cui al combinato disposto degli artt. 32 t.u.f. e 125 ss. del Regolamento intermediari della Consob), con la rilevante conseguenza di ritenere detta attività riservata a favore dei soli soggetti abilitati e di ritenere applicabili alla medesima il libro III («Prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori») e IV («Procedure, anche di controllo interno, per la corretta e trasparente prestazione dei servizi, controllo di conformità alle norme, trattamento dei reclami, operazioni personali, gestione dei conflitti di interesse, conservazione delle registrazioni») del Regolamento intermediari[56]. Si aggiunga – in ipotesi di contratto *B2C* – l'applicazione della normativa del Codice del consumo relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori[57].

Non è escluso, infine, che in futuro lo sviluppo e la diffusione di criptovalute centralizzate e degli *stablecoins* conduca a nuovi e inaspettati risultati in punto di qualificazione giuridica.

S", effettuata da *Forgues Gestion* s.a.s. anche tramite il sito internet www.europeancryptobank.io; Consob, Delibera n. 21024 del 31 luglio 2019 – Divieto, ai sensi dell'art. 99, comma 1, lett. *d*), del d.lgs. n. 58/1998, dell'offerta al pubblico residente in Italia avente ad oggetto "Liracoin", effettuata da "Liracoin – Damo" anche tramite i siti https://liracoin.club, www.liracoin.com e www.licex.io.

[56] In tal senso parrebbe orientata anche la Consob in quattro delibere del 2 maggio 2019, e precisamente cfr.: Consob, Delibera n. 20907 del 2 maggio 2019 – Ordine, ai sensi dell'art. 7-*octies*, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998 ("TUF") di porre termine alla violazione dell'art. 18 del TUF posta in essere da *Elmond Enterprise Ltd*. e *Fukazawa Partnership OÜ* tramite il sito internet https://cryptokartal.com/; Consob, Delibera n. 20908 del 2 maggio 2019 – Ordine, ai sensi dell'art. 7-*octies*, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998 ("TUF") di porre termine alla violazione dell'art. 18 del TUF posta in essere dalla "Bitcoin Revolution" tramite il sito internet https://www.bitcoin-revolution.eu/; Consob, Delibera n. 20909 del 2 maggio 2019 – Ordine, ai sensi dell'art. 7-*octies*, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998 ("TUF") di porre termine alla violazione dell'art. 18 del TUF posta in essere dalla "BitCoin Code" tramite il sito internet https://bitcoin-code.eu; Consob, Delibera n. 20910 del 2 maggio 2019 – Ordine, ai sensi dell'art. 7-*octies*, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 58/1998 ("TUF") di porre termine alla violazione dell'art. 18 del TUF posta in essere dalla "The-Bitcoin Codes" tramite la pagina web http://it.thebitcoinscodes.com/?TrackingID=769&ClickID=1024e37479bbedf8bc7def95e88c2d&SubCampaignID=1160.

[57] Cfr. artt. 67-*bis* ss. del d.lgs. 206/2005.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

È quanto, probabilmente, sta accadendo con riguardo alle CBDC, su cui si concentra l'attenzione nei prossimi paragrafi per poi provare a prospettare alcune considerazioni conclusive sull'inquadramento giuridico del fenomeno economico rappresentato dalle valute virtuali.

5. *Le monete virtuali di matrice "pubblica": l'introduzione nel sistema delle valute digitali delle banche centrali*

Ferme restando le oggettive differenze con la moneta avente corso legale, cui si è accennato, la circolazione di una moneta digitale nell'economia crea, inevitabilmente, una tensione competitiva con la valuta ufficiale emessa dalla banca centrale, innescando di conseguenza profili di criticità con riguardo agli equilibri del sistema finanziario[58].

Purtuttavia le criptovalute, per sostituire efficacemente le valute ufficiali, dovrebbero essere in grado di assolvere almeno tre obiettivi principali: in primo luogo, dovrebbero produrre un impatto concreto sull'economia reale; poi, l'emittente della medesima dovrebbe avere la capacità di reagire alle crisi di liquidità come prestatore di ultima istanza, al fine di salvaguardare la stabilità finanziaria[59]; infine, sarebbe necessario implementare un sistema di controlli per rendere l'emittente di criptovaluta responsabile nei confronti degli utenti.

[58] Il tema è al centro del dibattito sulle esigenze di regolazione delle criptovalute e sulle implicazioni concrete delle sinergie tra valute digitali e monete legali. Sul punto, v. Financial Stability Board, *Financial Stability Implications from FinTech. Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorithies' Attention*, 27 giugno 2017; nonché L. Scipione, *Le valute digitali sovrane tra stabilità e concorrenza. Perno di un nuovo sistema finanziario globale o inganno demagogico?,* in *Innovazione e diritto,* 3, 2019, p. 13; A. Rombiolo, *Central Bank Digital Currency, profili definitori e applicativi*, in *Annali* del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli", Napoli, 2022 (in corso di pubblicazione).

[59] Le criptovalute, sulla base della loro progettazione, si basano su formule e algoritmi (alcuni dei quali includono un limite di liquidità) che non sono in grado di gestire le richieste quotidiane di liquidità dell'emittente.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Circostanze che, come è facilmente intuibile, sono di ardua realizzazione, in particolare l'ultima, per trattandosi di una valuta emessa solo digitalmente e da soggetti di natura privata[60].

Ebbene, per i motivi fin qui individuati, nonché per l'evidente impatto sistemico delle valute digitali, le istituzioni pubbliche, i governi e (*in primis*) le banche centrali si sono trovati di fronte a una scelta obbligata tra vietare, tollerare/ignorare o affrontare/controllare siffatta manifestazione dell'innovazione digitale in ambito finanziario[61]. Fermo restando il nodo del livello di regolazione complessivo da assegnare al fenomeno economico, su cui il dibattito è ancora *in fieri* e le posizioni sono ben lungi dall'essere univoche.

Ciononostante, con l'emergere delle criptovalute, le banche centrali non hanno avvertito immediatamente il bisogno di riaffermare la centralità del loro ruolo nel processo di creazione della moneta, restando agganciate a valute fiat e non offrendo strumenti digitali alternativi al denaro[62]. Solo successivamente, le istituzioni internazionali e i governi hanno iniziato a dedicare maggiore attenzione al fenomeno[63], ponendosi il problema non solo di creare eventuali nuo-

[60] N. Vardi, *op. cit.*, p. 446 ss.; L. D'Agostino, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del d.lgs. 90/2017*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 1, p. 6 ss.

[61] Cfr. ABE, *Report with advice for the European Commission on Crypto-Asset*, 9 gennaio 2019, p. 9, reperibile su *www.eba.europa.eu*. Alcuni Stati, in particolare, hanno emesso o sono intenzionati a emettere valute digitali per i pagamenti al dettaglio, anche se queste non possono ritenersi a tutti gli effetti CBDC in quanto non emesse da banche centrali; le isole Marshall hanno discusso il lancio del SOV, un *crypto-asset* che avrà corso legale insieme al dollaro USA, con l'intenzione di raccogliere i fondi per il governo; il Venezuela ha progettato il "Petro", un *community-backed crypto-asset*.

[62] Cfr. M. Raskin e D. Yermack, *Digital Currencies, Decentralized Ledgers, and the Future of Central Banking,* NBER Working Paper n. 22238, 2016, reperibile su *www.nber.org/papers/w22238*. Sebbene la rivoluzione digitale stia concretamente insinuandosi negli aggregati monetari, in una recente analisi, la BCE (cfr. BCE, *Focus Group on Digital Currency including Digital Fiat Currency,* ITU, 3, dicembre 2017), ha dichiarato che «non considera le cosiddette monete virtuali una vera forma di moneta così come definita nella letteratura economica».

[63] In argomento, *amplius*, L. Scipione, *op. cit.*, p. 3 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ve valute, ma anche di ipotizzare metodi innovativi per l'utilizzo di quelle esistenti[64].

In questo contesto, si è avviato il dibattito sull'emissione di valute digitali da parte delle banche centrali (in seguito, anche CBDC). Si tratta di strumenti solo digitali, al portatore, stabili e sicuri, un mezzo di pagamento (come la moneta fisica), un'unità di conto e una riserva di valore. Sono emesse, come da denominazione, dalle banche centrali dei singoli Stati, hanno corso legale e sono accettate per tutte le transazioni pubbliche e private. Sono scambiabili alla pari con altre forme di denaro (monete fiat, depositi bancari), anche tenute in deposito presso la stessa banca centrale, sono disponibili per tutti i tipi di pagamenti e implementabili su diverse piattaforme tecnologiche[65]. Una CBDC può essere archiviata, trasferita e trasmessa da tutti i tipi di sistemi e servizi di pagamento digitali, dato che la sua validità è indipendente dai sistemi di utilizzo e gestione della moneta ordinaria.

Una CBDC si ritiene possa realizzarsi in due forme principali: *a*) nella veste di conti di deposito, presso la banca centrale che la emette, facenti capo a individui e imprese. Soluzione scarsamente innovativa in chiave tecnologica, ma decisamente impegnativa sotto il profilo organizzativo, poiché il numero di conti di deposito nell'Eurozona potrebbe aumentare vertiginosamente; *b*) come *token* digitale decentralizzato, la cui circolazione non è tracciata a livello di sistema. Questa seconda possibilità realizza una situazione simile a quella del contante, con la banca centrale emittente che non ha gli strumenti per individuare i possessori dei *token*, il che garantisce una situazione di quasi completo anonimato[66].

[64] Per quanto concerne le implicazioni di *policy* legate all'introduzione di nuove forme di moneta digitale sovrana, rispetto ai profili di anonimato, pseudoanonimato e trasparenza, cfr. B. Dyson e G. Hodgson, *Digital Cash: Why Central Banks Should Start Issuing Electronic Money*, in *Positive Money*, 2017, *passim*; B. Fung e H. Halaburda, *Central Bank Digital Currencies: A Framework for Assesing Why and How*, Bank of Canada Staff Discussion Paper n. 22, 2016, *passim*.

[65] Cfr. J. Meaning, B. Dyson, J. Barker, E. Clayton, *Broadening narrow money: monetary policy with a central bank digital currency*, Staff Working Paper n. 724, Bank of England, 2018, reperibile su *https://bankofengland.co.uk*.

[66] Sul punto, v. T. Favaro, *La valuta digitale della banca centrale tra funzione monetaria e tutela del risparmio*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, 2, p. 353.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La prima eventualità assicura un maggiore controllo sul riciclaggio di denaro e su altri usi illeciti, realizzando più ampi margini di sicurezza e certezza rispetto alla massa di valuta CBDC circolante, senza richiedere soluzioni tecniche eccessivamente complesse[67]. Si tratta di un modello che corrisponde in modo specifico alle esigenze di emissione di una valuta digitale sovrana, in quanto può assicurare maggiore stabilità finanziaria e un più efficace controllo sulla politica monetaria. In aggiunta, si incrementa la propensione a detenere una CBDC come riserva di valore e a utilizzarla come mezzo di pagamento, in contrapposizione ad altre valute, anche fiat, emesse da privati (quali, ad esempio, i depositi bancari)[68].

La seconda soluzione, invece, utilizzando un *token* basato su tecnologia distribuita (*blockchain*)[69], è espressione della valuta fiat di una data banca centrale (nazionale o regionale) e assicura un livello di riservatezza più elevato[70].

5.1. *Vantaggi e criticità delle valute digitali delle banche centrali*

Dalla descrizione che precede se ne ricava che le valute digitali delle banche centrali differiscono dalle criptovalute, in primo luogo perché sono monete aventi corso legale che, come tali, possono rappresentare un'alternativa ai depositi bancari commerciali[71].

[67] A. Matteo, A. Carotenuto, *op. cit.*, p. 15.

[68] L. Scipione, *op. cit.*, p. 33.

[69] È possibile utilizzare due macrocategorie di tecnologia distribuita: *i*) *account based*; *ii*) *token based*, come evidenziano anche M. Raskin e D. Raskin, *op. cit.*, *ibidem*.

[70] S. Scorer, *Central Bank Digital Currency: DLT or not DLT? That is the Question*, 5 giugno 2017, reperibile su *https://bankunderground.co.uk*.

[71] Allo stato il contante è l'unica moneta emessa dalle banche centrali accessibile a chiunque, mentre le riserve (altra forma di moneta elettronica) sono scambiate in modo centralizzato solo con le banche commerciali e le altre istituzioni a ciò deputate (attraverso conti aperti presso la banca centrale), quindi i singoli possono accedere a tali fondi digitali solo per il tramite di intermediari. Sul punto. v. G. Barbaresco, *Banche senza mercato o mercato senza Banche?*, in P. Alessandrini, G. Barbaresco, M. Fratianni e P. Savona (a cura di), *Rapporto sulla tutela del risparmio finanziario in Italia*, 2017, p. 61 ss.; L. Scipione, *op. cit.*, p. 5.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Secondo alcuni studi, inoltre, l'emissione di CBDC potrebbe contribuire al miglioramento dell'efficienza finanziaria, oltre a promuovere l'inclusione finanziaria[72]. Difatti, potrebbero aumentare il livello di fiducia del pubblico nel sistema monetario grazie a una comunicazione diretta tra banca centrale e depositanti[73] con il conseguente abbattimento dei costi delle transazioni in contanti[74]. Inoltre, l'uso diffuso di CBDC e il graduale superamento della valuta fisica scoraggerebbero l'elusione e l'evasione fiscale, il riciclaggio del denaro e altre attività illecite o illegali grazie al tracciamento continuo della valuta.

Naturalmente, l'inserimento nel sistema finanziario di tali valute potrebbe anche presentare talune criticità, quali ad esempio i rischi riguardanti, per un canto, la stabilità del sistema monetario e finanziario, per l'altro la riservatezza dei dati degli utenti, trattandosi di strumenti sotto controllo pubblico[75]. Inoltre, altri autori ritengono che la

[72] In particolare, «in alcune economie avanzate, la netta riduzione del contante spinge allo studio delle valute digitali quale sistema di pagamento alternativo, solido e conveniente», come conferma uno studio del Fondo Monetario Internazionale: T. Mancini, M. Griffoli, Soledad Martinez Peria, I. Agur, A. Ari, J. Kiff, A. Popescu e C. Rochon, *Casting Lights in Central Bank Digital Currency*, IMF, Staff Discussion Note, novembre 2018, reperibile su *www.imf.org.it*, ove si sottolineano le opportunità in termini di riduzione dei costi e di efficienza nell'implementazione della politica monetaria.

[73] Parla di potenziale rivoluzione delle usuali relazioni tra banca centrale e banche commerciali, ma soprattutto tra la prima e i soggetti privati (famiglie e imprese), T. Favaro, *op. cit.*, p. 352.

[74] Cfr. D. He, R. Leckow, V. Haksar, T. Mancini-Griffoli, N. Jenkinson, M. Kashima, T. Khiaonarong, C. Rochon e H. Tourpe, *Fintech and Financial Services: Initial Considerations,* in *International Monetary Fund*, 2017, p. 26 ss.; F. Panetta, *21st Century Cash: Central Banking, technological innovation and digital currencies*, Milano, 7 giugno 2018, p. 4. L'apertura di conti di deposito presso le banche centrali e il conseguente possesso in forma digitale di passività delle stesse consentirebbe ai clienti di annullare il rischio di credito connesso alle passività delle banche commerciali, il che rappresenta uno degli esiti di più accentuata innovatività dell'emissione di CBDC, secondo M. Bech e R. Garratt, *Criptovalute delle banche centrali*, in *Rassegna trimestrale BRI*, 2017, p. 10.

[75] Sulle reti *permissionless* pubbliche, che sono controllate in maniera decentralizzata, la *privacy* delle persone rappresenta un valore centrale, mentre quando si parla di reti sotto controllo statale ogni diritto alla *privacy* può essere messo in discussione. Sul punto, v. A. Rombiolo, *op. cit.*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

diffusione delle CBDC potrebbe creare un parallelismo con le monete ufficiali[76], con il rischio di minare l'efficacia della politica monetaria, riproponendo in sostanza le medesime vulnerabilità che vengono imputate alle criptovalute. Secondo diversa opinione, invece, le CBDC non costituiscono in alcun modo una valuta parallela, ma integrano solo una rappresentazione della valuta legale basata sulla tecnologia del "registro distribuito" (*distributed ledger*)[77], configurandosi in definitiva solo come un nuovo mezzo digitale di pagamento.

È chiaro, dunque, che vi sono sia vantaggi associati all'adozione di una valuta digitale sovrana, sia incertezze e dubbi sulla tenuta complessiva del sistema, soprattutto in termini di stabilità. In ogni caso, gli obiettivi delle istituzioni che perseguono questo progetto restano la massimizzazione dell'efficacia di tale strumento come mezzo di pagamento, la sicurezza come riserva di valore e la stabilità come unità di conto per le transazioni economiche[78].

5.2. *Il contesto europeo: il progetto di Euro digitale*

Nello scenario fin qui delineato, anche la Banca Centrale Europea ha avviato un progetto per la realizzazione dell'euro digitale, ovvero una valuta digitale accessibile a famiglie e imprese e utilizzabile per i pagamenti, percorso che dovrebbe completarsi (presumibilmente) alla fine del 2023.

Questa iniziativa si inserisce, dunque, nel trend che vede le banche centrali procedere all'innovazione degli strumenti di pagamento, per adeguarli al progresso tecnologico, al mutare delle abitudini di pagamento e all'evoluzione del sistema finanziario[79]. D'altra parte,

[76] M. Bozina Beros, *Sovereign digital currencies: Central banking of the future or echoes from the past?*, in *Ianus – Diritto e Finanza*, 2019, 19, p. 334 ss.

[77] Sull'argomento v. Bank of International Settlement, *Distributed Ledger Technology in payment, clearing and settlement. An Analytical Framework*, 2017, p. 2 ss.

[78] T. Adrian e T. Mancini Griffoli, *The Rise of Digital Money*, in *Fintech Notes*, IMF, luglio 2019, p. 6; M. Bordo, T. Levin, *Central Bank Digital Currency and the future of monetary policy*, Economic Working Paper n. 17104, Hoover Institution, agosto 2017, *passim*.

[79] Intervento di Fabio Panetta del 5 novembre 2021 presso l'Istituto Reale Elcano, Madrid.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

nell'Unione europea, la diffusione di strumenti diversi dal contante, anche se con ritmi più lenti rispetto ad altri contesti, è in progressivo incremento, specie a seguito dell'emergenza pandemica[80].

L'euro digitale consentirà ai cittadini di utilizzare la moneta emessa dalla BCE come mezzo di pagamento, affiancando il contante, con i margini di sicurezza e fiducia propri della moneta garantita da un ente istituzionale. Per tale via, la moneta pubblica resta fulcro del sistema finanziario, ma viene ampliata la scelta degli strumenti in un contesto di integrazione con altri mezzi di pagamento forniti da operatori privati, a vantaggio di una diversificazione dell'offerta e della diffusione di servizi aggiuntivi a costi inferiori per i consumatori[81].

In aggiunta, il progetto di euro digitale consentirebbe di effettuare pagamenti elettronici senza costi nell'Eurozona, nonché di rafforzare la *privacy* delle transazioni digitali non avendo la BCE (in quanto istituzione pubblica) alcun obiettivo di profitto connesso con la disponibilità di dati degli utenti che, tuttavia, potrebbero essere utilizzati (opportunamente crittografati) anche in chiave di *compliance* delle norme sul contrasto al riciclaggio del denaro e al finanziamento del terrorismo[82].

Il fenomeno delle valute virtuali, quale che sia il percorso logico-argomentativo seguito, presenta dei lapalissiani profili di criticità in punto di inquadramento dogmatico e conseguentemente di individuazione della regolamentazione applicabile.

D'altronde, è assodato che i rischi connessi all'impiego di valute virtuali, specialmente quelle private, esistono e sono probabilmente più concreti e pressanti di quanto i fautori dell'innovazione tecnologica ritenessero, specie nel recente passato. A titolo meramente esemplificativo, si possono rammentare[83]: *i*) il rischio di impiego a fini di

[80] BCE, *Le valute digitali delle banche centrali: un'àncora monetaria per l'innovazione digitale*, 2021, reperibile su *www.ecb.europa.eu*.

[81] C. Buzzacchi, *Risparmio, Credito e Moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca Centrale Europea: beni costituzionali che intersecano l'ordinamento della Repubblica e l'ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2, p. 39 ss.

[82] Cfr. Banca d'Italia, *Sorveglianza sui mercati e sul sistema dei pagamenti*, 2020, reperibile su *www.bancaditalia.it*.

[83] Cfr. Banca d'Italia, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette* "valute virtuali", 30 gennaio 2015, reperibile su *www.bancaditalia.it*.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

riciclaggio e autoriciclaggio, di finanziamento del terrorismo e di altre attività illecite[84], certamente favorito dall'anonimato; *ii*) il rischio per l'utilizzatore di subire perdite o frodi, dovuto sia all'inesistenza di sistemi di garanzia analoghi a quelli previsti per i depositi bancari sia alla carenza di rimedi in caso di *cyber*-attacchi, di malfunzionamenti del *network* di scambio ovvero di smarrimento della *password* del portafoglio elettronico; rischio per vero in aumento incessante, più di recente, a causa degli episodi di *hacking* ai danni dei sistemi di gestione e dei portafogli di criptovalute[85]; *iii*) infine, in chiave prospettica e di maggiore diffusione delle criptovalute, il rischio di incidere negativamente sull'efficacia delle politiche monetarie oltreché sulla stabilità dei mercati finanziari.

Ebbene, alla luce di quanto precede, parrebbe auspicabile un intervento normativo che, a livello europeo e internazionale, disciplini i molteplici possibili impieghi delle monete virtuali, verosimilmente destinate a diffondersi in misura esponenziale nei prossimi anni, fermo restando tuttavia l'ulteriore nodo del livello di dettaglio che dovrebbe caratterizzare tali interventi regolatori. Più nello specifico potrebbe ipotizzarsi ad esempio, come già anticipato con riguardo alle valute virtuali private, che le stesse vengano assimilate sul piano giuridico alle monete complementari, stante la evidente affinità pratico/operativa con queste ultime. Intervento che, dall'angolo visuale del diritto italiano, risulterebbe oltretutto opportuno per ricondurre a coerenza il sistema privatistico che sembra reggersi su una nozione funzionale piuttosto che statalista di moneta. In secondo luogo, sarebbe nodale chiarire quale normativa sia applicabile nelle ipotesi in cui le criptovalute diano vita a prodotti finanziari, con particolare riguardo agli obblighi gravanti sull'*exchanger*, tenuto conto dell'esigenza di contemperare la tutela degli investitori con la libertà d'impresa.

[84] Significativa è l'analisi del rapporto fra criminalità organizzata e criptovalute effettuata in N. Gratteri e A. Nicaso, *La rete degli invisibili*, Milano, 2019, p. 68 ss.

[85] Si vedano i dati riportati da V. Carlini, *Criptopirati, è boom di furti. Nel 2022 sottratti oltre 3 miliardi di dollari*, in *Il Sole 24 Ore+.com*, 22 ottobre 2022; situazione che attesta con evidenza come tra le altre esigenze di regolazione del fenomeno vi sia anche quella relativa agli standard di sicurezza del comparto.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Se si intende realmente contrastare le principali problematiche legate al fenomeno delle monete virtuali, in conclusione, la strada maestra da percorrere non può essere che quella di una regolamentazione più incisiva, che sia però finalizzata ad affrontare le principali criticità legate a tale manifestazione dell'innovazione finanziaria e che in tal modo eviti di irrigidire all'eccesso le maglie normative impedendo eventuali ulteriori margini di progresso e vantaggi per gli utenti. Solo per tale via, probabilmente, potrebbero superarsi finalmente incertezze ermeneutiche ed applicative che si pongono innanzi all'operatore del diritto e garantire al contempo lo sviluppo di nuove espressioni dell'innovazione tecnologica nell'ambito del cruciale settore dei mezzi e dei servizi di pagamento.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Capitolo II

Imposizione diretta

*Angelo Contrino**

Sommario: 1. Un'introduzione: le origini delle criptovalute e le problematiche. – 2. Il quadro regolamentare europeo e nazionale. – 3. L'imposizione diretta delle persone fisiche non esercenti attività d'impresa. – 4. L'imposizione diretta dei soggetti esercenti attività d'impresa. – 5. Il monitoraggio fiscale delle criptovalute.

1. *Un'introduzione: le origini delle criptovalute*

Suonano profetiche le affermazioni di Timothy Christopher May "*a specter is haunting the modern world, the specter of crypto anarchy… Just as the technology of printing altered and reduced the power of medieval guilds and the social power structure, so too will cryptologic methods fundamentally alter the nature of corporations and of government interference in economic transactions*"[1].

Sottovalutate o, peggio ancora, ignorate dalle istituzioni di tutto il mondo per oltre trent'anni, sono state una delle principali fonti di ispirazione per i *cypherpunk*, un movimento anarchico libertario fondato da alcuni scienziati della baia di San Francisco[2] che erano

* Professore ordinario di diritto tributario presso l'Università "*L. Bocconi*", Milano.

[1] Cfr. *Crypto Anarchist Manifesto*. I principi enunciati nel Manifesto sono stati ulteriormente sviluppati dallo stesso May nel *The Cyphernomicon* e dai altri *cypherpunk.* Alcuni dei papers più importanti sono quelli di David Chauman (*Online Cash Checks*), Eric Hughes (*A Cypherpunk's Manifesto*), Wei Dai (*B-money*), Nick Szabo (*Contracts with Bearers*) e Adam Back (*Hashcash*). Tutti *papers* sono tutti visualizzabili su https://nakamotoinstitute.org/literature/.

[2] Si tratta del già citato Timothy Christopher May, Eric Hughes e John Gilmore. Il movimento nacque intorno ai primi anni '90 e divenne molto popolare grazie

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

accomunati dagli stessi valori socio-economici e portatori di un'unica ideologia di fondo: quella di opporsi alla tecnocrazia e minimizzare – o, secondo alcuni di essi, addirittura eliminare – le ingerenze da parte dello Stato nell'economia e nella sfera personale dei singoli attraverso la creazione di una moneta virtuale decentralizzata, sicura e accessibile a tutti, di un *software* in grado di consentire la navigazione in forma anonima sul *web*, di un mercato non regolamentato e di un sistema di *whistleblowing* volto ad assicurare la non identificazione del soggetto segnalante[3]. E ciò attraverso un insieme di soluzioni informatiche che, nel corso degli anni[4], sono state perfezionate, combinate tra loro

alla *mailing list Cypherpunks*, uno spazio "franco" al quale chiunque poteva aderire in forma anonima e gratuita, e in cui si discuteva di crittografia, matematica, politica e filosofia. Tra gli attivisti più noti spiccano Julian Assange (cofondatore di *WikiLeaks*), Whit Diffie (coinventore della crittografia a chiave pubblica), Nick Szabo (ideatore dello *smart contract*), Hal Finney (creatore della *proof of work*), Tim Berners-Lee (creatore di *internet*).

[3] I criptoanarchici erano convinti che l'uso distorto *internet* avrebbe permesso ai governi centrali e alle grandi società di aumentare il loro controllo sui singoli e di rintracciare ogni loro comunicazione e transazione economica. L'obiettivo che intendevano raggiungere era, in sostanza, quello di difendere le libertà fondamentali e rendere sicuro tanto lo scambio di informazioni, quanto le transazioni e il commercio *online* attraverso la crittografia e un sistema *peer-to-peer* (*p2p*). La letteratura che si è occupata studiare il movimento è limitata: cfr. S. Levy, *Crypto: How the Code Rebels Beat the Government, Saving Privacy in the Digital Age*, New York, 2001; T. Jordan, *Language and libertarianism: The politics of cyberculture and the culture of cyberpolitics*, in *Sociological Review*, 49, 2001, p. 1 ss.; J. Assange, J. Appelbaum, A. Müller-Maguhn e J. Zimmerman, *Cypherpunks: Freedom and the future of the Internet*, New York, 2012; L. Dahlberg, *Cyberlibertarianism*, in *Oxford Research Encyclopedia of Communication*, New York, 2017; E. Beltramini, *Against technocratic authoritarianism. A short intellectual history of the cypherpunk movement*, in *Internet Histories. Digital Techology, Culture and Society*, 2021, 5, p. 101 ss.; C. Jarvis, *Cypherpunk ideology: objectives, profiles, and influences (1992-1998)*, in *Internet Histories. Digital Techology, Culture and Society*, 2021, 6, p. 1 ss.; C.M. De Oliveira Costardi, *The Ideological Background of Bitcoin: The Unintended, but Predicted, Convenience of Anonymity for Criminal Activities*, in *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, 2021, 12, p. 75 ss.

[4] Gli studi della crittografia e dei protocolli di sicurezza applicati all'elettronica dei calcolatori non vennero mai abbandonati del tutto nonostante alcuni arresti. Tra gli anni '90 e i primi anni 2000, in particolare, si registrarono diversi tentativi finalizzati alla creazione di una moneta virtuale decentralizzata (basti pensare al *DigiCash* di David Chauman, o al *B-money* di Wei Dai, o ancora al *Bit Gold* di Nick Szabo

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

e pubblicate nel famoso *Whitepaper* "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*"[5].

1.1. Se questa è la scaturigine di *blockchain Bitcoin* e *bitcoin cryptocurrency* (BTC o XBT)[6], non sorprende che i Paesi di tutto il mondo facciano così tanta fatica a definire e a regolamentare in maniera organica ed esauriente i rapporti giuridici che possono sorgere su una qualunque *Distributed Ledger Technology* (DLT)[7], o i migliaia di *al-*

e a *RPOW* di Hal Finney). In linea generale, i fattori che favorirono la nascita e il diffondersi di *bitcoin* furono molteplici e di diversa natura: il superamento delle principali criticità di natura informatica che presentavano i precedenti modelli di *criptovalute* (ad esempio, un sistema di organizzazione centralizzata, l'essere vulnerabili agli attacchi *Sybil*, il problema della *double spending,* ecc.), lo sviluppo tecnologico e la crescita esponenziale del numero di *host* internet, l'introduzione dell'obbligo di identificazione dei clienti dei servizi di *money transfer* (la *Know your Customer Rule*) e la grave crisi economico-finanziaria del 2007-2008; come testimonia lo stesso *Whitepaper* di Satoshi Nakamoto, "*il problema principale della moneta convenzionale è tutta la fiducia richiesta per farla funzionare. Ci si deve fidare che la banca centrale non svaluti la moneta […] che le banche detengano il nostro denaro e lo trasferiscano elettronicamente, ma lo prestano in ondate di bolle di credito con appena una frazione di riserva. Dobbiamo fidarci di loro per la nostra privacy, fidarci che non lascino che i ladri di identità non prosciughino i nostri conti*": la *blockchain* ha il merito di aver risolto il problema della fiducia personale, attraverso la sua sostituzione con un sistema di consenso (di nodi) basato sulla tecnologia.

[5] Il documento, firmato da Satoshi Nakamoto, è apparso per la prima volta sul *Cryptograghy Mailing List* sul sito *metzdowd.com* il 31 ottobre 2008.

[6] Nel *Whitepaper* di Satoshi il *bitcoin, peer-to-peer cash system*, è descritto metaforicamente anche come "oro" digitale. Di fatto, per la prima volta nella storia, il *bitcoin* è un bene scarso digitale, cioè trasferibile ma non duplicabile e, quindi, non è "doppio spendibile". Al di là di diversi modi in cui il *bitcoin* può essere declinato, è indubbio che la sua vera peculiarità è quella di permette di trasferire "valore" da una parte all'altra del globo in modo istantaneo in modo incensurabile e con costi di transazione trascurabili. In questo senso è una sorta di TCP IP.

[7] Sembra opportuno, per una migliore comprensione di quanto si dirà nel prosieguo, soffermarsi brevemente sulle tecnologie *distributed ledger* e sulla *blockchain*, ma con una descrizione molto semplificata e di natura non tecnica, trattandosi di temi molto complessi e non di facile comprensione senza un'appropriata preparazione tecnica. In linea generale, i *distributed ledger* sono sistemi distribuiti (libri mastri, per intenderci) caratterizzati dalla replica sincronizzata del registro in diversi nodi, i quali si comportano come sistemi indipendenti ma collegati tra loro da una rete di comunicazione. Ciascun nodo, in particolare, oltre a gestire la propria copia identica

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

a tutte le altre, contribuisce alla crescita e allo sviluppo del registro stesso. Le caratteristiche di fondo che permettono di distinguere i diversi di *distributed ledger* sono essenzialmente tre e riguardano: *(i)* la tipologia di rete (quindi, la macro distinzione tra sistemi *public* o *private* e quella tra sistemi *permissionless* e *permissioned*); *(ii)* il meccanismo di consenso (semplice o complesso), *(iii)* la struttura del registro (le informazioni possono, infatti, essere organizzate all'interno del registro attraverso il sistema *ledger* tradizionale, quello catena di blocchi, oppure quello *tangle*). La *blockchain* costituisce una particolare scelta implementativa di registro distribuito. Come indica la parola stessa, è un database distribuito che, sfruttando la tecnologia *peer-to-peer*, gestisce un elenco di dati crescenti mediante una procedura di codifica a blocchi, progettata per garantire a tali dati, condivisi pubblicamente, sicurezza e immutabilità attraverso l'applicazione di strumenti crittografici e sistemi di verifica. Ciascun blocco della catena, oltre ad essere marcato temporalmente dal *timestamp* e identificato da un *hash* (*block hash*) generato da un algoritmo crittografico, è tendenzialmente composto da quattro distinti campi: il *block size*, il *block header*, il *transaction counter* e le operazioni/transazioni poste. Giacché l'intestazione contiene il codice *hash* (una stringa alfanumerica di lunghezza prefissata generata attraverso il procedimento di *hashing*) del blocco precedente, un'eventuale modifica di quest'ultimo genera quello che viene definito "effetto farfalla", cioè una modifica a catena di tutti i blocchi successivi. Questo meccanismo serve a rendere sicura la tecnologia stessa e a identificare e neutralizzare i potenziali attacchi informatici. Per quanto riguarda la *blockchain Bitcoin,* essa è la prima e, probabilmente, la più conosciuta delle *blockchain* esistenti, basata su un complicatissimo algoritmo di consenso denominato sulla *Proof of Work* (PoW, o prova del lavoro), che ha il compito di verificare la corretta interazione tra i nodi e confermare le operazioni eseguite attraverso il consenso del *network*. In estrema sintesi, con questo sistema, utilizzato nel processo di *mining* con tutti i pro e i contro che ne derivano in termini energetici e di sicurezza, prevede che un nodo, per aver il diritto ad aggiungere un blocco alla catena e aggiudicarsi una *reward* (una ricompensa), deve essere il primo a risolvere un dato problema computazionale, caratterizzato dalla asimmetria e basato su un algoritmo crittografico di *hashing*. Una volta che un *miner* che riesce a trovare la soluzione "propaga" il blocco agli altri *node's peers*, i quali, a loro volta, hanno il compito di verificare la validità del blocco (così effettuando una validazione indipendente) e trasmetterlo, dopo, al resto della rete. Qualora il *mining* sia effettuato simultaneamente da due diversi *miners* ed entrambi trasmettano il proprio blocco agli altri nodi, si verifica una biforcazione della catena, chiamata *fork* (che, a seconda del grado di retrocompatibilità, può essere più o meno forte). In tal caso, i *miners* continueranno a minare blocchi sui *fork* fino a quando uno dei due rami diventerà più lungo; a quel punto, tutti i nodi riconosceranno quel ramo come il principale della *blockchain* così ottenendo il pieno consenso. Data la difficoltà di trovare la soluzione computazione, con conseguente necessità di lavorare a lungo e rischio di non ricevere una ricompensa per gli sforzi compiuti, i *miners* possono scegliere di organizzarsi in pool, così da aumentare non solo la capacità di calcolo e la possibilità di risoluzione dell'algoritmo, ma anche da poter

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tcoins[8] e *token* che attualmente invadono il mercato. Siamo in presenza di fenomeni che sono progettati per sfuggire al controllo dello Stato, intrinsecamente ibridi, mutevoli, autonomi, poliformi, virtuali.

Ciononostante, una qualche forma di regolamentazione – quanto più condivisa possibile a livello internazionale (OCSE)[9] – è evi-

ricevere e condividere il premio in virtù del blocco minato. Per gli approfondimenti sulla *DLT* e sulla *blockchain* v. A. Gaschi e V. Portale, *La definizione di blockchain e distributed ledger*, in M. Risius e K. Spohrer, *A blockchain research framework*, in *Business inf. syst. & eng*., 2017, 6, p. 384 ss.; C. Barbain, *La blockchain*: *concept, technologies, acteurs et usages*, in *Annales des Mines*, 2017, 3, p. 6 ss.; D. Lopez Jimenez, *Blockchain: la revolucìon industrial de internet*, in *Rev. Der.*, 2018, 11, p. 197 ss.; N. Attico, *Blockchain, guida all'ecosistema: tecnologia, business, società*, Milano, 2018; R Battaglini e M.T. Giordano (a cura di), in *Blockchain e Smart Contract*, Milano, 2019, p. 19 ss.; P. De Filippi e A. Wright, *Blockchain and the law*, Cambridge, 2018; R.P. Jimenez e M. Nieves, *De la tecnologìa blockchain a la economìa del token in Derecho PUCP*, 2019, p. 61 ss.; M. Finck, *Blockchain regulation and governance in Europe*, Cambridge, 2019.

[8] Per *altcoins* o *alternative coins* si fa rifermento a tutti i *digitalassets* successivi a *bitcoin*. Per nessuna *criptoattività* esiste una quotazione ufficiale del prezzo e il "valore" è dato unicamente dal volume di scambi con altre valute ed è condizionato dalla domanda e dall'offerta all'interno di un mercato virtuale (maggiore è la domanda di mercato a parità di offerta totale, più alto sarà il suo valore e quindi il suo prezzo), fluttuando sensibilmente. La maggior parte delle *criptovalute* esiste in misura finita (sono caratterizzati, cioè, da scarsità artificiale), il che incide inevitabilmente anche sul loro valore. Per avere una maggiore contezza sulla quantità di *criptoassets* presenti sul mercato o avere informazioni sul loro prezzo, numero di scambi, i volumi di capitalizzazione e i mercati dove scambiati, basti navigare su *coinmarket.com*, *CoinGecko.com*, *Coincode.com* oppure leggere *Coindesk.com*.

[9] Divergenze in punto di qualificazione e regolamentazione del fenomeno in esame dipendono da numerosi fattori: dai diversi sistemi economici adottati, al differente grado di intervento dei poteri pubblici nelle attività dei privati, agli obiettivi che ciascun Paese intende perseguire e che può andare dalla protezione degli investitori, dall'integrità del mercato e dalla stabilità finanziaria. Recentissimamente, in data 10 ottobre 2022, l'OCSE ha condiviso il "*Crypto-Asset Reporting Framework and Amendmentes to the Common Reporting Standard*" (CARf) contenente le regole di segnalazione, da parte degli intermediari, in materia di criptoattività e le modifiche da apportare al CBS. Il documento – oltre a confermare la definizione di criptoattività come rappresentazione digitale di valore, basata su una tecnologia DLT o altra tecnologia similare, volta a convalidare le transazioni definisce il perimetro delle criptoattività rilevanti ai fini del CARF, ossia quelle che formano oggetto di reporting da parte degli intermediari. Rilevante è l'esclusione dall'ambito di regolamentazione del CARF delle criptoattività: *(i)* non utilizzabili per le finalità di pagamento

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

dentemente necessaria, se si considerano gli effetti dirompenti (e distorsivi) che producono in ambito economico, finanziario e sociale[10]: basti pensare al recentissimo e repentino collasso di FXT, uno degli *exchange* più grande e importante del mondo, a riserva frazionata e collateralizzazione degli *cryptoasset* (inclusi i *coin*), oramai sull'orlo della bancarotta[11].

A tal fine, un ruolo fondamentale non può che essere svolto dagli organismi internazionali, dalle organizzazioni intergovernative e

o investimento da parte del service provider tenuto alla segnalazione; *(ii)* emesse da banche centrali; *(iii)* "*Specified ElectronicMoney Products*", una particolare tipologia di valute digitali che sostituiscono una rappresentazione digitale di valore fiat e che possono essere riscattati in qualunque momento, su richiesta del titolare, ricevendo il loro valore nominale nella stessa valuta fiat in virtù di obblighi regolamentari ai quali l'emittente è soggetto. Ancora, tra le operazioni oggetto di monitoraggio del CARF vengono confermate le operazioni di scambi di criptoattività contro valute fiat e gli scambi tra una o più forme di criptoattività e, più in generale, "ogni altro trasferimento di criptoattività", ivi inclusi i pagamenti *retail* qualora il valore dei beni o dei servizi della singola transazione sia superiore a 50.000 USD. In tutti questi casi, gli intermediari dovranno rendere noto nel reporting annuale le generalità dell'utente, i dati del service provider e le informazioni relative alle criptoattività e gli importi oggetto delle operazioni rilevanti.

[10] A destare maggiore preoccupazione sono le c.d. *criptovalute* "anonime" e non tracciabili come Monero (XMR), la cui tecnologia garantisce l'anonimato per il tramite tre elementi crittografici: la *ring signature*, lo *stealth adress* e il *ring confidential transaction*. Altri esempi di valute anonime sono NAV, Dash, Zcash, Grin, etc.

[11] La crisi di FTX è stata paragonata alla crisi della *Lehman Brothers Holdings Inc* non solo per l'importanza in questo particolare settore, ma anche per alcuni aspetti più "tecnici" che stanno emergendo, come, ad esempio, il fatto che mischiasse i due comparti principali della propria attività: quello *custodian* e quello di investimento (in sostanza, si usavano le valute virtuali dei clienti per investimenti complessi e rischiosi). In linea generale, l'*exchange* è una piattaforma che consente di fare *trading* (acquistare, vendere e trasferire), ma molto spesso è anche "luogo virtuale" in cui i clienti depositano i propri asset per poter operare sulla borsa virtuale. FTX non è il primo caso di *exchange* ad essere finito in bancarotta: prima, infatti, vi sono stati i casi di *Voyager*, *Celsius* e *Terra Luna UST*. Le piattaforme di questo tipo svolgono, in maggiore o minore misura, le stesse operazioni di una banca, con la differenza che non offrono alcuna garanzia di qualità del servizio, non sono obbligati a rispettare i requisiti patrimoniali o le procedure di controllo interno e di gestione dei rischi e non sono assoggettati ad alcun obbligo informativo e di trasparenza. Donde il rischio per gli utenti di subire ingenti perdite in caso di condotte fraudolente, fallimento o cessazione dell'attività, anche perché i depositi non sono assicurati.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dalle autorità di vigilanza europee e nazionali che, attraverso i loro studi e documenti, sono chiamati a fornire un quadro *up to date* del fenomeno, a garantirne il monitoraggio e a fungere da guida per i legislatori nelle scelte di *governance*.

1.2. Entrando nella materia tributaria, è evidente come le problematiche poste da questa "quarta rivoluzione industriale" abbiano assunto una rilevante portata, ancora di più in un contesto – come si è cercato di evidenziare in sintesi – di mancanza di un inquadramento del fenomeno nelle tradizionali categorie giuridiche.

Quanto all'Italia, la mancanza di una specifica disciplina di riferimento[12], di rango sia primario che secondario, sta determinando rilevanti incertezze sul piano del trattamento fiscale delle operazioni in valute virtuali[13], e in termini più ampi in *criptoasset,* e di ciò sono

[12] Le uniche norme italiane che fanno espresso riferimento ai *cryptoasset* si rinvengono nella disciplina antiriciclaggio di cui d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231 (cfr. *infra*). A ciò va aggiunto, per ragioni di completezza, che il disegno di legge A.S. 2572 (cfr. *infra*) che è stato presentato il 30 marzo 2022, contenente alcune proposte di regolamentazione delle operazioni aventi ad oggetto le *criptoattività* (e i *coin*).

[13] Prima di proseguire nell'analisi, è necessario chiarire che per "valuta virtuale" e "moneta elettronica" si intendono due fattispecie differenti. L'*e-money* è definita all'art. 1, comma 2, lett. h-*ter*), TUB, come modificato dal d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45, in attuazione della direttiva 2009/110/CE, come "*valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso dietro ricevimento di fondi per effettuare operazioni di pagamento [...] e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente*". In altre e più semplici parole, la moneta elettronica: *(i)* è memorizzata su carte prepagate o su *wallet* digitali; *(ii)* rappresenta un credito nei confronti dell'emittente pari alla somma previamente addebitata al cliente; *(iii)* la sua emissione *ex* art. 114-*bis* TUB è riservata alle banche e agli istituti di moneta elettronica; *(iv)* i fondi a essa sottostanti sono espressi in valuta corrente (euro o dollari americani). Di contro, nelle criptovalute l'unità di riferimento è un'entità virtuale, non riconducibile ad alcuna valuta legalmente riconosciuta, il cui valore è regolato solo dal meccanismo della domanda e dell'offerta. Sul tema si vedano, per tutti, G. Guerrieri, *La moneta elettronica. Profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, Bologna, 2015; B. Inzitari, *La natura giuridica della moneta elettronica*, in S. Sica, P.V. Stanzione e V. zeno zencovich (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano 2006, p. 24 ss.; G. Lemme, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino 2003.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

tangibile testimonianza le numerose istanze di interpello avanzate negli ultimi anni dai contribuenti[14].

Posta davanti a questioni estremamente complesse, obiettivamente incerte ma di sicuro interesse generale, l'Agenzia delle entrate ha cercato di colmare il totale vuoto normativo e di risolvere le problematiche sopposte ricorrendo – neanche troppo velatamente – a interpretazioni di tipo analogico[15], estendendo alle *criptovalute* norme sostanziali "a fattispecie esclusiva" relativi ad altri casi, con ampliamento illegittimo della loro portata precettiva, essendo puntualmente dise-

[14] La confusione e il disorientamento si riscontrano anche nella giurisprudenza, sebbene le pronunce sulle *criptovalute* siano ancora poche. Basti pensare che, da un lato, la Corte di Cassazione, con sentenza del 2 ottobre 2020, n. 26807, e il Tribunale di Verona, con sentenza n. 24 gennaio 2017, n. 195, hanno considerato le *criptovalute* come strumenti finanziari; dall'altro, il Tribunale di Firenze, con sentenza del 21 gennaio 2019 n. 18, ha qualificato le *criptovalute* come beni giuridici fungibili *ex* art. 810 cod. civ; e ancora, il T.A.R. Lazio, con sentenza del 20 gennaio 2020, n. 1077, ha escluso la loro natura di moneta "in quanto ritenute inidonee ad assolvere – almeno in parte – alle funzioni tipiche di unità di conto ed riserva di valore, in ragione della loro estrema volatilità e della mancanza di valore legale liberatorio ai fini del pagamento", con la precisazione che dalla formulazione di cui all'art. 1, comma 2, lett. q) del d.lgs. 231 del 2007 "deriva una qualificazione fondata su una definizione "funzionale" dell'oggetto (ovvero teleologica e non meramente tipologica), che impone di ricondurre alle pertinenti forme (esistenti) di tassazione non già il mero possesso di valute virtuali in quanto tali, bensì il loro impiego e la loro utilizzazione entro il novero delle diverse operazioni possibili, coerentemente con la loro natura effettiva, che è – per l'appunto – "rappresentativa di valori" (sia pure scaturente da un riconoscimento pattizio e volontario dei soggetti che le utilizzano), che, a loro volta, sono costituiti da utilità economiche e giuridiche come tali valutabili e pertinenti al patrimonio del soggetto titolare, quindi espressivi di capacità contributiva"; infine, il Tribunale e la Corte d'Appello di Brescia hanno affermato, rispettivamente con i decreti del 25 luglio 2018, n. 7556 e del 30 ottobre 2019, n. 26, che "la criptovaluta deve essere assimilata, sul piano funzionale, al denaro, anche se, strutturalmente presenta caratteristiche proprie dei beni mobili". Insomma, un quadro estremamente eterogeneo e sintomatico dello stato di confusione generale che caratterizza la materia.

[15] Quanto alle opere monografiche di settore più recenti, v., per tutti, G. Fransoni (a cura di), *L'analogia nel diritto tributario*, Bari, 2020, *passim,* anche per una disamina annotata della prassi amministrativa degli ultimi tre lustri, e G. Melis, *L'interpretazione nel diritto tributario,* Padova, 2003, p. 388 ss., cui si rinvia anche per il mai sopito dibattito sul tema dell'analogia nel diritto tributario, anche in rapporto alla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

gnate su fattispecie concrete peculiari e generalmente non ripetibili[16]. E infatti, contrariamente a quanto sostenuto da altri[17], le valute virtuali non possono essere ricondotte né letteralmente né sistematicamente ad alcuna norma impositrice, onde le soluzione esegetiche dell'Agenzia vanno considerate non il frutto di una mera attività interpretativa, ma di una vera e propria attività integrativa di stampo para-normativo che espande la portata di taluni enunciati in modo additivo, in aperta violazione del principio di legalità in materia tributaria di cui all'art. 23 della Costituzione.

Trattasi di una situazione grave, fonte di numerose incertezze ma anche di prelievi tributari contrari ai precetti costituzionali, la cui responsabilità grava esclusivamente sul nostro legislatore: è, infatti, quest'ultimo ad avere sottovalutato e marginalizzato il fenomeno,

[16] Sull'impossibilità di procedere a un'interpretazione analogica delle norme a "fattispecie esclusiva" concordano anche coloro che non escludono, in via di principio, l'integrazione analogica delle norme tributarie, come G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2017, 200; cfr., sul punto, anche G.A. Micheli, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1981, p. 84 e ss.; M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 196; Id., *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, in *Riv. dir. fin.*, 1/1941, 95. In sintonia con l'ammissibilità di norme tributarie a "fattispecie esclusiva", pur nel contesto di generale operatività del principio di analogia quale elemento attuativo dell'esigenza di parità di trattamento tra tutte le situazioni esprimenti pari capacità contributiva, v. B. Griziotti, *Principi di politica, diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929; nonché, Id., *L'interpretazione funzionale delle leggi finanziarie*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1/1949, p. 347, in cui l'Autore delinea la teoria dell'interpretazione tributaria come atto specificativo della funzione del singolo tributo, e dunque di ricerca della capacità contributiva per esso rilevante, alla luce dei principi politici, economici, giuridici e tecnici che governano le entrate, così da commisurare la legittimità dell'estensione analogica del tributo alla luce della sua funzione complessiva e specifica, anziché sulla base delle tradizionali tecniche dell'interpretazione giuridica; in tema v. anche E. Vanoni, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932.

[17] V. P. Claps e M. Pignatelli, *L'acquisto e la vendita per conto di terzi di 'bitcoin' non sconta l'IVA ma rileva ai fini IRES e IRAP*, in *Corr. trib*., 40, 2016, p. 3073 ss.; A. Pantella, *Etherum e Bitcoin: finzioni giuridiche e territorialità delle plusvalenze*, in *Il fisco*, 19, 2021, p. 1815 ss.; A. Tommasini, *Criptovalute, NTF e Metaverso. Fiscalità diretta, indiretta e successoria*, Milano, 2022, p. 67 ss. Di segno opposto, e a nostro avviso correttamente, per le ragioni indicate nel testo, E. Belli Contarini, *La (in)tassabilità dei proventi da cessione di criptovalute. Lacune normative ai fini IRPEF, IVA, monitoraggio fiscale e dell'imposta sulle successioni e donazioni*, in *Boll. trib*., 2021, 9, p. 652 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

rimettendo all'Amministrazione finanziaria il compito, che non le spetta, di stabilire, di volta in volta, se la cessione, l'acquisto, la detenzione o l'investimento di determinato "valuta" digitale sia imponibile o meno, e di definire i relativi adempimenti fiscali.

Non rimane, a questo punto, che disvelare il piano e la sfera dell'indagine.

Dopo una breve ma necessaria ricognizione giuridica del fenomeno in ambito europeo e nazionale, in assenza di una disciplina positiva la tassabilità ai fini delle imposte dirette delle *criptovalute* sarà effettuata in filigrana rispetto ai pronunciamenti della prassi, distinguendo – per rendere più schematica l'esposizione e agevole la comprensione – tra persone fisiche non imprenditori e soggetti che svolgono attività d'impresa (sia persone fisiche sia enti diversi), non mancando di trattare, per completezza, i profili contabili delle valute digitali per i soggetti *IAS/IFRS* e OIC *adopter* e gli obblighi di monitoraggio fiscale.Per i limiti del presente lavoro, saranno oggetto di analisi solo le *criptovalute*[18], tralasciando tutte le altre fattispecie di *criptoassets*[19] e le relative questio-

[18] I termini *criptoasset*, *criptovalute*, *token,* pur essendo riferendosi a fenomeni distinti, sono generalmente utilizzati come sinonimi data la comune tecnologia sottostante (la DLT). Le *criptovalute* o valute virtuali (*payment o currency tokens*) costituiscono una *species* del più ampio *genus* di *criptoasset* (o *digitalasset* o *criptoattività*) e si differenziano dai *token.* Questi ultimi, in particolare, non nascono su una propria *blockchain*, ma si appoggiano a una già esistente (da qui anche la distinzione tra *criptoattività* native, ossia emesse direttamente dallo specifico protocollo del DLT su cui girano, e non native). Le *criptovalute*, a loro volta, possono distinguersi in: *(i)* tradizionali: il cui valore è dato dall'incontro tra la domanda e l'offerta; *(ii) stablecoin*: create al fine di ancorare ad uno o più *asset* convenzionali (ad esempio, *asset* finanziari, valute *fiat*, a *commodities*, etc.) o digitali (*bitcoin*, *ether,* etc.), così eliminando il problema delle fluttuazioni di prezzo; *(iii) central bank digital currencies*, cioè valute di banca centrale in formato digitale. All'interno della categoria delle *stablecoin*, si possono ulteriormente distinguere: *(a)* gli *asset backed stablecoin*: sono supportati da una garanzia sotto forma di asset convenzionali (finanziari, non finanziari, valute fiat, oro, etc.) o virtuali (*bitcoin, ethereum*, etc.) e sono generalmente custoditi dall'emittente delle *stablecoins* stesse; *(b)* gli *algorithmic stablecoin*: alla cui base vi sono dei contratti intelligenti (c.d. *smart contracts*) programmati per regolare l'emissione e il riscatto della *stablecoin* steesa in modo da far coincidere domanda e offerta e quindi ridurre la volatilità del prezzo.

[19] Nel corso degli anni sono state elaborate numerose classificazioni volte a ricondurre le *criptoattività* all'interno di categorie già esistenti, nel tentativo di estenderne il trattamento regolamentare a questa nuova figura. Tra le classificazioni più uti-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lizzate (accolta anche *Report with advice for European Commission on crypto-assets* dell'EBA e nel *Code of conduct taxonomy for Cryptogrphic assets* del Global Digital Finance) vi è quella basata sulla funzione economica svolta dalle *criptoattività,* che suole distingue: *(i)* i *payment or currency token*, "gettoni" che consentono l'acquisto di beni e di servizi su una pluralità di piattaforme online, ma prive di qualunque diritto associato o connesso; *(ii)* gli *utility token*, "gettoni" che possono essere utilizzati per l'acquisto di beni o servizi solo all'interno del sistema in cui vengono emessi e solo nei confronti dell'emittente e non conferiscono al titolare che li detiene alcun diritto associato (es. diritto di voto, a ricevere reddito, dividendi o altre distribuzioni); *(iii)* i *security token*, "gettoni" che presentano caratteristiche simili agli strumenti finanziari; in ispecie, possono essere rappresentativi di diritti economici o di diritti amministrativi, quindi dare diritto di voto, di partecipazione ai dividendi, ecc. Si tratta di una tassonomia oramai inadeguata, poiché non tiene conto degli *hybrid token*, cioè *token* che possono cumulare le caratteristiche proprie delle categorie precedenti, che perseguono finalità miste e che possono addirittura variare nel tempo in base al loro impiego, e neppure dei *non fungible token* o *NTF* e dei *Synthetic assets.* Gli *NTF* possono essere descritti come "gettoni" digitali impiegati per rappresentare un bene, materiale o immateriale, la cui unicità e autenticità sono assicurate dalla DLT sottostante e dall'uso della crittografia. Si differenziano da tutti gli altri *criptoasset* perché, oltre possedere le caratteristiche dell'immutabilità e della tracciabilità, presentano altri tre elementi propri e distintivi, ossia: *(i)* l'unicità (ogni NFT è unico nel suo genere e diverso da tutti gli altri); *(ii)* la non interscambiabilità (un NTF non può essere sostituito da un altro NTF, pur avendo quest'ultimo proprietà affini); *(iii)* la non divisibilità (ossia non possono essere divisi in unità più piccole). Una recentissima categoria di *token*, ancora poco conosciuta ma ritenuta "rivoluzionaria", è quella dei *Soulbound token* o *SBT*, i quali, a differenza dei tradizionali NFT, non sono trasferibili né scambiali perché legati all'anima (sui diversi usi di questi *token* v. E. Glen Weyl, Puja Ohlhaver e Vitalik Buterin, *Decentralized Society: Finding Web3's Soul*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4105763). In ultimo, i *Synthetic assets* o *Synth* sono derivati *tokenizzati*. In parole semplici, utilizzano un protocollo basato su uno *smart contract* per tracciare il valore di *asset* appartenenti al "mondo reale" e consentono di negoziare *asset* senza possederli realmente. Gli *asset* di riferimento possono essere indici, inversioni, altri *asset* del mondo virtuale o reale (metalli preziosi o *fiat*). Tanto per fare un esempio, *sUSD* è un *Synth* progettato per imitare il valore del dollaro, mentre *sBTC* è un sintetico creato per replicare il prezzo di *bitcoin*. Utilizzando un derivato per legare il valore a un *asset* già esistente, e creando poi un *token* per questo derivato, gli investitori possono negoziare praticamente qualsiasi cosa sulla *blockchain*. Inoltre, una delle ragioni per le quali i *Synth* stanno diventando un investimento diffuso è la maggiore sicurezza e tracciabilità, poiché, mentre tradizionalmente le contrattazioni avvengono su borse centralizzate, con gli *asset* sintetici tutti gli scambi avvengono sulla *blockchain*. Questo garantisce ai *trader* sia l'anonimato sia la sicurezza, poiché tutte le transazioni sono registrate nel libro mastro distribuito. Per ulteriori approfondimenti v. A. Rahman, V. Shi,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ni di natura fiscale[20]; soltanto nel paragrafo 2, relativo alla disciplina sull'antiriciclaggio, che è funzionale alla disamina degli obblighi di monitoraggio, si farà riferimento al *genus* dei *digital assets*.

2. *Il quadro regolamentare europeo e nazionale*

Prima di entrare in *media res*, è opportuno inquadrare, in sintesi, il tema oggetto di indagine nell'ambito regolamentare europeo e nazionale, anticipando subito che, ad oggi, non esiste né una definizione né una tassonomia unica e condivisa di *criptoattività*, e che la loro regolamentazione differisce da Paese a Paese[21].

M. Ding e E. Choi, *Systematization of Knowledge: Synthetic Assets, Derivatives, and On-Chain Portfolio Management*, https://arxiv-export1.library.cornell.edu/abs/2209.09958. In ultimo, si segnala anche la classificazione proposta dalla Banca d'Italia, nel documento "*Avvertenza sull'utilizzo delle c.d. 'valute virtuali'*" basata sulla convertibilità o meno delle criptovalute e che distingue: *(i)* valute virtuali non convertibili: spendibili solo entro la comunità virtuale che le accetta; *(ii)* valute virtuali a convertibilità limitata: che si possono acquistare con moneta tradizionale (ad esempio utilizzando la propria carta di credito o di debito), ma che non è possibile riconvertire in moneta tradizionale; *(iii)* valute virtuali pienamente convertibili: che si possono acquistare e rivendere in cambio di moneta tradizionale. Per ulteriori approfondimenti, limitandosi alla letteratura italiana, v. S. Capaccioli, *Paradigma interpretativo delle criptoattività*, in S. Capaccioli (a cura di), *Criptoattività, criptovalute e bitcoin*, Milano, 2021, p. 1 ss.; F. Avella, *Il fenomeno dei crypto-assets e delle criptovalute*, in F. Avella (a cura di), *Bitcoin e criptovalute. Conoscere e comprendere un fenomeno planetario. Analisi delle implicazioni giuridiche e fiscali*, Milano, 2021, p. 6 ss.; R. Moro Visconti, *La valutazione dell'arte digitale*, in *Dir. ind.*, 2021, 5, p. 472 ss.

[20] In linea generale, per *criptoasset* si intende qualsiasi tipo asset digitale, nativo e non, emesso e trasferito attraverso sistemi DLT aperti o chiusi. In particolare, secondo il Fondo Monetario Internazionale (*Regulation of Crypto Assets*, 2020), l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (*Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, 2019) e l'Autorità bancaria europea (*Report with advice for the European Commission on crypto-assets*, 2019), il termine *criptoassets* individua tutto ciò che è registrato su DTL; per Banca d'Italia, invece, il termine *criptoasset* indica qualsiasi "*attività di natura digitale il cui trasferimento è basato sull'uso della crittografia e sulla DLT*" (cfr. *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, 2018).

[21] Da uno studio condotto dall'OCSE (cfr. *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*, October 2020) emerge che sono pochi i Paesi che, come l'Italia, equiparano le *criptovalute* ale valute tradizio-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

2.1. Partendo dal contesto unionale, nel 2020 la Commissione europea ha pubblicato un articolato pacchetto di misure per la finanza digitale allo scopo di favorire due linee strategiche di sviluppo: la *Digital Finance Strategy* e la *Retail Payment Strategy* (COM(2020)591 e 592), entrambe basate sull'art. 114 del TFUE.

Nel quadro della *Digital Finance Strategy,* il 24 settembre 2020 è stata presentata una bozza di Regolamento denominata "*Proposal for a regulation of the European Palament and of the Council on markets in Cripto-assets and amending Directive 2019/1937/UE"* (c.d. *Markets in Crypto Assets Regulation*, MiCAR) avente ad oggetto diversi obiettivi, tra i quali: *(i)* l'armonizzazione del quadro unionale in materia di emissione e offerta al pubblico di alcune tipologie di *token*[22] crittografici e dei relativi servizi (negoziazione e *wallet*); *(ii)* la salva-

nali: si tratta, in particolare, di Belgio e Polonia. Le *criptovalute* sono, invece, considerate alla stregua di beni immateriali in Australia, Francia, Cile, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Nigeria, Spagna, Svezia e Svizzera e Regno Unito; come strumenti finanziari in Argentina, Brasile, Croazia, Danimarca, Israele, Giappone, Slovacchia, Sud Africa; come *commodities* in Austria, Canada, Cina e Indonesia. Negli Stati Uniti le valute virtuali sono considerate come beni di proprietà, mentre in Russia sono qualificate come strumenti finanziari digitali

[22] Tale regolamento, pur riferendosi genericamente al mercato dei *criptoasset*, riguarda solo l'emissione e l'ammissione sulle piattaforme di negoziazione degli *utility tokens* (quelli il cui contenuto non rientra nell'ambito delle *securities* e dell'*e-money*) e delle *stablecoins* (che peraltro le distingue in due sottocategorie: gli *asset referenced tokens* e gli *e-money tokens*). Il fatto che le categorie di *tokens* assoggettate al regolamento siano individuate in negativo conferma, ancora una volta, la difficoltà che incontrano le istituzioni nel distinguere sotto il profilo giuridico tutte le possibili fattispecie esistenti e che possono essere create. In particolare, l'art. 2 esclude l'applicazine della disciplina in esame in caso di "*(a) financial instruments as defined in Article 4(1), point (15), of Directive 2014/65/EU; (b) electronic money as defined in Article 2, point (2), of Directive 2009/110/EC, except where they qualify as electronic money tokens under this Regulation; (c) deposits as defined in Article 2(1), point (3), of Directive 2014/49/EU of the European Parliament and of the Council49; (d) structured deposits as defined in Article 4(1), point (43), of Directive 2014/65/EU; (e) securitisation as defined in Article 2, point (1), of Regulation (EU) 2017/2402 of the European Parliament and of the Council*". Si tratta, in buona sostanza, di tutti i *criptoassets* che rientrano nella definizione di strumenti finanziari, depositi o depositi strutturati ai sensi della legislazione unionale in materia di servizi finanziari e gli NFT. Per approfondimenti sul punto, v., per tutti, D.A. Zetzsche, F. Annunziata, D.W. Arner e R.P. Buckley, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, in *Law Working Paper Series*, 2020-018.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

guardia della stabilità finanziaria; *(iii)* la garanzia di livelli adeguati di tutela dei consumatori e degli investitori attraverso una disciplina che assicuri chiarezza e certezza del diritto. Una volta entrato in vigore, non prima del 2024[23], il Regolamento sostituirà le regole nazionali eventualmente esistenti in tema di *criptoassets* con una disciplina uniforme e direttamente applicabile[24].

Questa bozza di Regolamento non è il primo tentativo dell'Unione europea di regolamentazione del fenomeno: già con le Direttive n. 2015/849/Ue e n. 2018/843/UE era stata introdotta una prima definizione di *criptoattività* ed erano stati estesi i presisi antiriciclaggio e di lotta al terrorismo ai prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute legali, nonché ai prestatori di servizio di portafoglio digitale.

2.2. Sotto la spinta europea, anche il legislatore italiano si è occupato dei *criptoassets,* e l'ha fatto apportando alcune modifiche all'art. 1, comma 2 del d.lgs.21 novembre 2007, n. 231.

[23] Secondo una nota informativa del 5 ottobre 2022, il Comitato dei Rappresentanti Permanenti del Consiglio Europeo ha approvato il testo del MiCA (v. *https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2020_265*) e lo ha inviato alla presidenza della Commissione per gli Affari Economici e Monetari del Parlamento Europeo. Il Presidente del Comitato dei Rappresentanti Permanenti ha confermato che la proposta potrebbe essere promulgata con la stessa formulazione nel caso in cui il Parlamento europeo approvasse la sua versione in prima lettura.

[24] I soggetti inclusi nell'ambito applicativo del regolamento – i.e. gli emittenti, i fornitori di servizi di *criptoassets* e i consulenti esterni di *marketing* e di vendita che operano sulle piattaforme di CASPi – saranno sottoposti a obblighi uniformi e comuni in materia di trasparenza e informativa in relazione alla loro attività di emissione, al loro funzionamento e alla loro governance. Abbastanza discussa è l'esclusione dal suo ambito soggettivo di applicazione dei programmatori, dei titolari di *token* di *governance* delle *Decentralised Autonomous Organization* (DAO) e degli *unhosted wallets*, *software* che abilitano allo scambio *peer-to-peer* tra indirizzi su DLT. Sebbene non sia questa la sede per analizzare nel dettaglio la MiCAR, non può sottacersi che la maggiore criticità che presenta sia quella della sua sostanziale analogia alla disciplina finanziaria; per ciò, non sembra del tutto convincente il tentativo di regolare alla stregua di prodotti finanziari e mercati finanziati un fenomeno che è del tutto estraneo a tali ambiti. Cfr. F. Annunziata e A. Conso, *Il digital finance Package*, in F. Avella (a cura di), *op. cit.* pp. 25-30.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Tra queste, la più rilevante è stata certamente l'introduzione nella citata disposizione della lett. qq)[25], con la quale è stato definito il termine *criptoattività* come "*rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'Autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente*".

Una definizione importante, ma non per questo priva di criticità, soprattutto se confrontata con la legislazione europea.

Invero, soffermandosi sulla formulazione della definizione è agevole notare che se, da un lato, ha il pregio di includere "*sia sul piano dei soggetti obbligati all'adempimento degli obblighi antiriciclaggio, sia su quello delle fattispecie rilevanti una casistica ampia, variegata e difficilmente codificabile*"[26], soddisfacendo così il principio cardine dell'approccio basato sul rischio[27], dall'altro lato, non reca alcuna indicazione in ordine alla classificazione dei vari tipi di *digital assets* o degli attori che partecipano alle fasi di creazione e circolarizzazione degli stessi, lasciando all'interprete un certo margine di apprezzamento[28].

Ma non è tutto. Proseguendo la disamina, risulta altresì evidente che, a differenza di quanto stabilito dall'art. 3 della direttiva

[25] La lettera qq) è stata, dapprima, introdotta dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 (di recepimento della IV direttiva antiriciclaggio 2015/849) e, poi, modificata e ampliata dal d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, con il quale è stata recepita la V direttiva antiriciclaggio (UE) 2018/843: su quest'ultima Direttiva, fra gli altri, V. Pacillo, *Le valute virtuali alla luce della V Direttiva Antiriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. trib*., 2018, p. 631 ss.

[26] Cfr. Relazione di accompagnamento al d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125.

[27] Il principio è "diretto a identificare, valutare, prevenire e mitigare i rischi per l'uso del sistema finanziario dell'Unione europea ai fini antiriciclaggio e finanziamento al terrorismo, attraverso l'obbligo di adozione di presidi calibrati alla minaccia specifica": così I. Bixio, *La quinta direttiva antiriciclaggio, la normativa nazionale e il lavoro del FAFT-GAFI*, in S. Capaccioli (a cura di), *Criptoattività, criptovalute e bitcoin*, Milano, 2021, p. 273 ss.

[28] Provando a delinearne l'ambito oggettivo di applicazione, sembra possibile sostenere che, almeno secondo la normativa antiriciclaggio, la definizione di cui alla lett. qq) non include solo le valute virtuali in senso stretto, ma si estende anche alle altre tipologie di *criptoasset* e a tutte le diverse finalità sottostanti alla loro emissione e circolazione.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

2015/849/UE[29] (così come modificata dalla direttiva 2018/843/UE), il legislatore italiano, per un verso, ha scelto di attribuire alle *criptoattività* sia la funzione di mezzo di scambio, sia quella di strumento di investimento[30], adottando in tale guisa un approccio teso a coprire tutti i possibili usi di questi *assets* digitali di carattere camaleontico; per altro, non ha codificato espressamente il loro *status* giuridico.

Tale ultima circostanza non dovrebbe, tuttavia, far da stura ad alcuna criticità, per almeno una coppia di ragioni.

In primo luogo, è possibile ritenere che il legislatore abbia dato per assunto la non riconducibilità delle *criptovalute* alla nozione di moneta, donde la loro inidoneità ad assumere le connotazioni economiche e giuridiche proprie del denaro corrente, nel momento in cui ha scelto di adottare l'espressione "mezzo di scambio" in luogo di quella di "mezzo di pagamento"[31]. Questa sostituzione, operata anche in sede europea, è frutto di un'attenta valutazione delle posizioni espresse dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella nota sentenza C-264/14 (Hedqvist) del 22 ottobre 2015[32], e dalle Autorità di

[29] Il citato art. 3 recita, testualmente, che per "valuta virtuale" si intende "*una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente*".

[30] La scelta legislativa nazionale ha addirittura anticipato quanto poi stabilito nella direttiva antiriciclaggio 2018/843/UE, al considerando 10: "*Sebbene le valute virtuali possano essere spesso utilizzate come mezzo di pagamento, potrebbero essere usate anche per altri scopi e avere impiego più ampio, ad esempio come mezzo di scambio, di investimento, come prodotti di riserva di valore o essere utilizzate in casinò online. L'obiettivo della presente direttiva è coprire tutti i possibili usi delle valute virtuali*".

[31] Sul punto, M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, in *Riv. dir. trib.*, 2020, p. 104 ss.

[32] Al punto 42 della sentenza, la Corte di Giustizia ha osservato che "la valuta virtuale bitcoin, essendo un mezzo di pagamento contrattuale, non può essere considerata, da una parte, né come un conto corrente né come un deposito di fondi, un pagamento o un versamento. D'altra parte, a differenza dai crediti, dagli assegni e dagli altri effetti commerciali (…), essa costituisce un mezzo di pagamento diretto tra gli operatori che l'accettano".

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

vigilanza, tra le quali la BCE[33], l'EBA[34], la Banca d'Italia[35]. In secondo

[33] Secondo l'European Central Bank "*Although the term "virtual currency" is commonly used – indeed, it often appears in this report – the ECB does not regard virtual currencies, such as Bitcoin, as full forms of money as defined in economic literature. Virtual currency is also not money or currency from a legal perspective. For the purpose of this report, it is defined as a digital representation of value, not issued by a central bank, credit institution or e-money institution, which in some circumstances can be used as an alternative to money. The term "virtual currency scheme(s)" is used throughout this report to describe both the aspect of value and that of the inherent or in-built mechanisms ensuring that value can be transferred*" (cfr. *Virtual Currency Schemes – a Further Analysis,* February 2015). Analoghe considerazioni si rinvengono nel parere del 12 ottobre 2016, reso dalla stessa Autorità, su una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2015/849 e la direttiva 2009/10/CE: si legge, infatti, che "'*virtual currencies' do not qualify as currencies from a Union perspective. In accordance with the Treaties and the provisions of Council Regulation (EC) No 974/98, the euro is the single currency of the Union's economic and monetary union, i.e. of those Member States which have adopted the euro as their currency*".

[34] Secondo l'European Bank Authority le "*VCs [Virtual Currencies] are a digital representation of value that is neither issued by a central bank or a public authority, nor necessarily attached to a FC [Fiat Coin], but is accepted by natural or legal persons as a means of payment and can be transferred, stored or traded electronically*" (cfr. *Opinion on "virtual currency"*, July 2014). Una definizione simile è stata proposta anche dal Financial Action Task Force – Groupe d'action financière nei termini che seguono: "*digital representation of value that can be digitally traded and functions as a medium of exchange; and/or a unit of account; and/or a store of value, but does not have legal tender status (i.e., when tendered to a creditor, is a valid and legal offer of payment) in any jurisdiction. It is not issued nor guaranteed by any jurisdiction, and fulfils the above functions only by agreement within the community of users of the virtual currency*" (*Virtual Currencies. Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, June 2014).

[35] Secondo Banca d'Italia, le *criptovalute* "*non rappresentano in forma digitale le comuni valute a corso legale (euro, dollaro, ecc.); non sono emesse o garantite da una banca centrale o da un'autorità pubblica e generalmente non sono regolamentate. Le valute virtuali non hanno corso legale e pertanto non devono per legge essere obbligatoriamente accettate per l'estinzione delle obbligazioni pecuniarie, ma possono essere utilizzate per acquistare beni o servizi solo se il venditore è disponibile ad accettarle*" (cfr. *Avvertenze sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, gennaio 2015); analogamente anche l'Unità di informazione finanziaria per l'Italia, secondo cui "*Le valute virtuali non sono emesse da banche centrali o da autorità pubbliche, non costituiscono moneta legale né sono assimilabili alla moneta elettronica*" (così in *Utilizzo anomalo di valute virtuali*).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

luogo, il DDL A.S. 2572[36], nel prevedere la sostituzione dell'attuale lett. qq), stabilisce esplicitamente che la valuta virtuale "*non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta*", ponendo così fine a qualsiasi ambiguità, anche solo potenziale.

Ritornando all'art. 1, comma 2, d.lgs. 231/2007, si evidenzia, per completezza, che, insieme alla definizione di *criptoassets,* è stata introdotta altresì quella di "prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale" (*virtual asset service provider*, acronimo VASP) e di "prestatori di servizi di portafoglio digitali", rispettivamente alle lett. ff)[37] e ff-*bis*)[38].

In ispecie, la prima espressione ricomprende "*ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute*"[39]; la seconda, invece, "*ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private*

[36] Giova precisare che il d.d.l. n. 2572 basa la definizione di valuta virtuale sul concetto di "unità matematica". Quest'ultima, ai sensi dell'art. 1, comma 1, è da intendersi quale "*l'unità minima matematica crittografica, statica o dinamica, suscettibile di rappresentare diritti, con circolazione autonoma*".

[37] Introdotto con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 e successivamente modificato dal d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125.

[38] Introdotto con il d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125.

[39] La norma recepisce quanto previsto nella *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers,* October, 2021, del FATF-GAFI, ove si rileva che "*virtual asset service provider means any natural or legal person who is not covered elsewhere under the Recommendations, and as a business conducts one or more of the following activities or operations for or on behalf of another natural or legal person: i) exchange between virtual assets and fiat currencies; ii) exchange between one or more forms of virtual assets; iii) transfer of virtual assets; iv) safekeeping and/or administration of virtual assets or instruments enabling control over virtual assets; v)participation in and provision of financial services related to an issuer's offer and/or sale of a virtual asset*".

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali"[40].

In linea con l'evoluzione del contesto internazionale, gli interventi sinteticamente illustrati hanno inteso notevolmente ampliare il perimetro di operatività del d.lgs. n. 231/2007, così da assoggettare agli obblighi antiriciclaggio anche gli emittenti di *token* (ad esempio, nell'ambito dell'*Initial Coin Offering*, le c.d. ICO), gli *exchanges* (nei casi in cui abbiano natura fisica) e i *wallet providers*[41].

Tali soggetti – in forza dell'art. 17-*bis*, commi 8-*bis* e 8-*ter*[42] del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 – sono oggi tenuti ad iscriversi nella sezione speciale del registro pubblico informatizzato dei cambia valute gestito dall'OAM (Organismo degli Agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi) e sono destinatari degli obblighi di adeguata verifica della clientela, che sono ficcanti[43], di cui agli artt. 17, 18 e 19 del d.lgs. n. 231/2007.

Con il recente d.m. 13 gennaio 2022 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, attuativo del citato comma 8-*ter*, sono state stabilite le modalità e le tempistiche con cui i VASP sono tenuti a comunicare la propria attività.

[40] In relazione agli *exchangers* virtuali, le autorità di settore non hanno ancora definito *ex* art. 19, comma 1, n. 5, d.lgs. n. 231 del 2007 le forme e le modalità di identificazione a distanza.

[41] Questi soggetti consentirebbero, attraverso l'identificazione dell'utenza, la loro associazione all'indirizzo del *wallet*. Sul tema, e in particolare sulle difficoltà di attuare in modo efficiente i controlli antiriciclaggio sulla clientela per le operazioni sospette, v. I. Bixio, *Valute virtuali e adempimenti antiriciclaggio: riflessi sui soggetti obbligati, nuovi e non*, in *Corr. trib*., 2017, 34, p. 2676 ss.; Id., *I nuovi obblighi antiriciclaggio relativi alle valute virtuali*, in *Corr. trib*., 2017, pp. 32-33, 2593 ss.; Id., *Le valute virtuali nella V Direttiva antiriciclaggio*, in *Corr. trib*., 2018, 25, p. 1987 ss.

[42] I commi 8-*bis* e 8-*ter* sono stati introdotti entrambi dall'art. 8 del d.lgs. n. 90 del 2017.

[43] L'obbligo non è limitato ai nuovi clienti, ma anche a quelli già acquisiti in considerazione di disposizioni normative sopravvenute. Inoltre, l'adeguata verifica dovrà essere effettuata sia in occasione dell'instaurazione di un rapporto continuativo, sia nel caso di movimentazione occasionale di mezzi di pagamento pari o superiori a 15.000 euro – a prescindere dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni collegate e tali da costituirne una frazionata – sia nel caso di trasferimento di fondi superiore a 1.000 euro.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

In particolare, per l'iscrizione i soggetti interessati a svolgere tali attività sul territorio nazionale e in possesso dei requisiti[44] stabiliti all'art. 17-*bis*, comma 2 del d.lgs. n. 141 del 2010, dovranno darne comunicazione[45] all'OAM telematicamente[46] a far data dall'avvio della gestione della richiamata sezione speciale del registro. Diversamente, i soggetti che alla data di avvio della sezione speciale del registro già svolgono le suddette attività sul territorio nazionale, sono tenuti ad effettuare la comunicazione entro 60 giorni da tale data[47]. Una volta effettuata l'iscrizione, gli operatori dovranno trasmettere all'OAM – per via telematica e con cadenza trimestrale – i dati relativi alle operazioni effettuate sul territorio nazionale, indicando sia i dati identificativi del cliente, sia i dati sintetici relativi all'operatività complessiva per singolo cliente, così come riportati entrambi nell'Allegato 1 al citato decreto ministeriale.

Quelli sinteticamente illustrati sono gli unici riferimenti normativi in tema di *criptoassets* (e *coin*) vigenti nell'ordinamento italiano, ed essi, con evidenza, sono ai fini fiscali, del tutto inidonei a costituire una valida base di qualificazione giuridica del fenomeno, ivi compresa la definizione contenuta all'art. 1, comma 2, lett. qq), in quanto meramente descrittiva.

L'inerzia del legislatore è ingiustificabile soprattutto se ti tiene conto che in altri Paesi dell'Unione europea sono state adottate normati-

[44] Per le persone fisiche è richiesto il possesso della cittadinanza italiana o di uno Stato dell'Unione Europea o, ancora, di uno Stato diverso ma con domicilio nel territorio della Repubblica. Per i soggetti diversi dalle persone fisiche, la fissazione della sede legale e amministrativa o, per i soggetti unionali, della stabile organizzazione nel territorio della Repubblica.

[45] A livello operativo, la comunicazione dev'essere effettuata telematicamente utilizzando il servizio presente nell'area privata dedicata del portale dell'OAM e, in aggiunta ai dati anagrafici e a un indirizzo di posta elettronica certificata, deve contenere: *(i)* l'indicazione della tipologia di attività svolta; *(ii)* l'indicazione della tipologia di servizio prestato tra quelli elencati nell'Allegato 2 del decreto; *(iii)* le modalità di svolgimento del servizio.

[46] La comunicazione all'OAM è condizione essenziale per l'esercizio legale dell'attività sul territorio della Repubblica da parte dei prestatori di servizi aventi ad oggetto l'utilizzo di valuta virtuale e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale. La mancata comunicazione configura l'esercizio abusivo dell'attività.

[47] In caso di mancato rispetto del predetto termine, l'obbligo di comunicazione si considera non assolto e l'eventuale esercizio dell'attività da parte dei predetti prestatori è considerato abusivo.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ve specifiche o di indirizzo generale per delineare e definire, fra i tanti aspetti, anche il regime impositivo dei *criptoassets* e delle *criptovalute*[48].

2.3. Come anticipato all'inizio, difettando una disciplina positiva, in Italia è stata l'Agenzia delle entrate a disegnare, a partire dalla risoluzione 72/E del 2 settembre 2016[49], il trattamento fiscale applicabile alle operazioni (o meglio, a talune operazioni) aventi ad oggetto criptovalute, e ciò muovendo da un presunto assioma[50]: la loro assimilabilità alle valute estere. In particolare, dopo aver scrutinato il contenuto della sentenza

[48] Per fare un esempio, la Germania considera le *criptovalute* alla stregua del denaro privato e non prevede alcuna tassazione nell'ipotesi di detenzione per un periodo di oltre un anno (in caso contrario, l'operazione di vendita è considerata speculativa e l'eventuale plusvalenza viene tassata). La Francia disciplina le "attività digitali" (*actifs numériques*) e i token (*jetons*), prevedendo la tassazione come redditi diversi dei plusvalori che sono realizzati all'atto della cessione, e come redditi di lavoro autonomo la ricchezza generata dalle attività di *mining*. Sul tema in generale, A.M. Bal, *Taxation, Virtual Currency and Blockchain*, Netherlands, 2019, pp. 110-135.

[49] In questo primo parere, l'Agenzia delle entrate è stata chiamata ad esprimersi da una società di intermediazione di *criptovalute* (*exchanger*) in ordine al trattamento fiscale da adottare ai fini delle imposte dirette, dell'IVA, ma anche nei confronti dei propri clienti (*users*). Secondo l'Agenzia, ai fini IRES le *criptovalute* esistenti a fine esercizio si sarebbero dovute valutare al cambio in vigore alla data di chiusura dell'esercizio al valore normale (art. 9 del TUIR), facendo riferimento alla media delle quotazioni ufficiali rinvenibili sulle piattaforme online, ove si effettuano le operazioni di compravendita. Per quanto riguarda la tassazione dei clienti persone fisiche, la risoluzione si limita a richiamare il principio generale che regola le operazioni aventi ad oggetto le valute tradizionali, in forza del quale le operazioni a pronti non generano redditi imponibili in capo alle persone fisiche che non esercitano attività d'impresa, in quanto prive di finalità speculativa, mentre rilevano ai fini reddituali le cessioni a termine, in quanto operazioni realizzative di *plusvalenze* tassabili.

[50] È appena il caso di ricordare che, per giurisprudenza di legittimità consolidata, i documenti di prassi di qualsivoglia tipo "non possono spiegare alcun effetto giuridico nei confronti di soggetti estranei al l'Amministrazione, né acquistare efficacia vincolante per quest'ultima, essendo destinate esclusivamente ad esercitare una funzione direttiva nei confronti degli uffici dipendenti, senza poter incidere sul rapporto tributario, tenuto anche conto che la materia tributaria è regolata soltanto dalla legge, con esclusione di qualunque potere o facoltà discrezionale dell'Amministrazione finanziaria": cfr. Cass. SS.UU., sent. 9 ottobre 2007, n. 23031; in questa prospettiva e in tempi meno recenti Cass. civ., sent. 25 marzo 1983, n. 2092; Cass. civ., sent. 17 novembre 1995, n. 11931; Cass. civ., sent. 10 novembre 2000, n. 14619; Cass. civ. sent. 14 luglio 2003, n. 11011.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

C-264/14 del 2015 della Corte di Giustizia[51], l'Agenzia ha affermato che "il bitcoin è una tipologia di moneta 'virtuale', o meglio 'criptovaluta', utilizzata come 'moneta' alternativa a quella tradizionale avente corso legale emessa da una Autorità monetaria", per concludere che, "coerentemente all'inquadramento giurisprudenziale europeo, ai fini della tassazione diretta, si ritiene che la Società debba assoggettare ad imposizione i componenti di reddito derivanti dalla attività di intermediazione nell'acquisto e vendita di bitcoin, al netto dei relativi costi inerenti a detta attività".

La premessa indimostrata di questo primo pronunciamento si è consolidata nel tempo ed è diventata la base teorica di tutti i successivi interventi della prassi amministrativa in materia di imposizione diretta.

3. *L'imposizione diretta delle persone fisiche non esercenti attività d'impresa*

In materia di imposizione diretta, i redditi tassabili delle persone fisiche sono soltanto quelli rientranti nelle categorie di cui all'art. 6 del TUIR: non esiste, infatti, una clausola di residuale e di chiusura di carattere generale che preveda la tassazione dei redditi ivi non incasellabili.

[51] Con tale sentenza, la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito alla natura e al trattamento IVA applicabile alle operazioni di cambio di valute tradizionali con valuta virtuale *bitcoin* e viceversa. Più nel dettaglio, i giudici europei – dopo aver chiarito che il *bitcoin* non può essere considerato un bene materiale di cui all'art. 14 della direttiva 2006/112/CE (ossia come un "*titolo che conferisce un diritto di proprietà su persone giuridiche, né un titolo di natura comparabile*", perché, al pari delle valute tradizionali, "non ha finalità diverse da quella di mezzo di pagamento") – hanno affermato che le operazioni di cambio tra valuta virtuale e valute tradizionali rappresentano una prestazione di servizio a titolo oneroso di cui all'art. 2 della direttiva IVA, concludendo che tali operazioni – proprio perché riconducibili a quelle relative a divise, banconote e monete con valore liberatorio di cui all'art. 135, paragrafo 1, lett. e) della direttiva – devono considerarsi esenti. Per un commento alla sentenza in questione, v. S. Capaccioli, *Criptovalute, bitcoin e IVA*, in *Il fisco*, 2014, 27, p. 2671 ss.; F. Spaziante., *Le operazioni concernenti i "bitcoin": la declinazione pratica dei principi espressi nella sentenza Hedqvist*, in *Fisc. comm. int.*, 2016, 8-9, p. 29 ss.; C. Trenta, Bitcoin *e valute virtuali. Alcune riflessioni alla luce della decisione della Corte di Giustizia UE sul regime IVA applicabile ai* bitcoin, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 4, p. 949 ss.; S. Giorgi, *Cripto-attività, tra "polimorfismo" e dubbi qualificatori in materia fiscale*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2019, 2.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Una clausola di tal fatta è stata prevista solo nell'ambito della categoria dei redditi diversi e solo per i redditi derivanti da attività illecita, i quali sono comunque qualificati e tassati come redditi diversi – appunto – anche se non rientranti nelle altre categorie di reddito del citato art. 6. Da ciò consegue che, pacificamente in presenza di fattispecie impositive "a forma esclusiva", una novella ricchezza estranea alle citate categorie di reddito non è – o, meglio, non dovrebbe essere – assoggettabile a tassazione in capo alla persona fisica che la consegue.

In relazione alle criptovalute, la conseguenza dell'illustrato assetto impositivo dovrebbe essere la non percuotibilità con i tributi sui redditi della novella ricchezza generata dalle operazioni che le riguardano, posta la pacifica assenza in tutte le categorie di reddito di cui all'art. 6 di una fattispecie che contempli l'imponibilità dei redditi che in esse trovano la loro genesi, e in ispecie nelle operazioni rilevanti aventi ad oggetto le criptovalute, ossia la creazione, il deposito e lo scambio.

Quest'ultima tipizzazione – va evidenziato – è una semplificazione. E infatti, il mondo delle valute virtuali si connota per un'ampiezza e una varietà delle fattispecie suscettibili di generare reddito ad oggi sconosciuta: basti pensare, ad esempio, che le criptovalute non sono create tutte allo stesso modo e non sono depositate o scambiate secondo un'unica modalità, ma esistono molteplici sistemi di creazione[52], mec-

[52] Paradigmatici sono i diversi protocolli di consenso distribuito sottesi alle *criptovalute*, e in ispeciei: *(i)* la *proof of work* (cfr. infra); *(ii)* la *proof of stake* (o PoS, nata per ovviare al problema del dispendio energetico e alla possibilità di possedere hardware altamente specializzati: in questo sistema la probabilità per i validatori, *forges* o *stakers*, di aggiungere un blocco alla *blockchain* è proporzionale all'interesse, stake, e non alla potenza di estrazione); *(iii)* la *delegated proof of stake* (o DPoS; a differenza della PoS, dove la validazione dei blocchi coinvolge l'intera comunità degli *stakeholders* che partecipano a una *blockchain*, nella DPoS la possibilità di validazione è offerta a soggetti c.d. "delegati", eletti dall'intera reta con un sistema di democrazia rappresentativa dei consensi; il peso del voto è proporzionale a una quantità di token, i c.d. *token* di *governance*, onde chi possiede più token può esercitare una maggiore influenza); *(iv)* alla *proof of authority* (o Poa, anche in questo meccanismo di consenso i nodi che convalidano i blocchi sono solo quelli autorizzati; tuttavia, ad assumere rilievo non è solo il valore della quota di *criptovaluta* posseduta, ma anche l'identità del validatore, che viene verificata da un soggetto terzo, previo controllo delle corrispondenza tra l'identificazione personale del *miner* con la documentazione ufficialmente rilasciata per la stessa persona); *(v)* alla *proof of coverage* (o PoC; in questo sistema un algoritmo controlla e premia periodicamente gli utenti che verifi-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

canismi di deposito[53] e scambio[54]. Come si è anticipato, la posizione

cano di aver fornito una copertura costante in una determinata zona geografica; gli *hotspot* ricevono dei test, casuali ed eseguiti in automatico, nell'ambito di un sistema di consenso PoC per dimostrare che stanno effettivamente fornendo copertura: il superamento di tali test consente all'operatore dell'*hotspot* di guadagnare na certa quantità di valute virtuali). In questo contesto è possibile richiamare anche i diversi modi in cui le *criptovalute* giungono agli utenti, ossia tramite: *(a) airdop* (distribuzione gratuita); *(b) Initial Coin Offering/Initial Token Offering o Initial Exchange Offering* (offerte pubbliche iniziali finalizzate alla raccolta di fondi necessari per finanziare un progetto imprenditoriale di un soggetto emittente in modo simile alle più note *Initial Public Offerings* – IPOs); *(c)* il *minting* (senza offerta al pubblico o attività di scambio). Un soggetto può entrare nella disponibilità di valute virtuali anche in altri modi, e in particolare acquistandole tramite la conversione di una moneta a corso legale, accettandole come corrispettivo per la vendita di prestazioni di servizi o un cessioni di beni, etc.

[53] Il primo riferimento è ai *wallet*, cioè agli strumenti e alle soluzioni che possono essere utilizzati per generare, gestire, archiviare o utilizzare le proprie chiavi. La connessione tra una certa transazione e un soggetto è mediata un sistema crittografico a chiavi asimmetriche usate, rispettivamente, per la crittografia e per la decrittografia. In particolare, la chiave pubblica, che deriva asimmetricamente dalla chiave privata, è fondamentale per poter generale l'indirizzo pubblico che indica la "posizione" del singolo wallet sul registro della *blockchain* (per questo è definita anche come distribuita ed è simile ad un IBAN), mentre la chiave privata, come suggerisce la stessa parola, è strettamente personale, simile ad un PIN, e consente di firmare le transazioni. Il *wallet* non ha un'unica configurazione, ma può essere distinto in base alle modalità di utilizzo, accesso e gestione delle chiavi; donde la distinzione tra: *(i) wallet online* o *web based wallet* (che possono usati attraverso qualsiasi browser e il cui accesso è gestito, solitamente, mediate comuni credenziali; *(ii) wallet desktop* (*software* che normalmente vengono scaricati e installati su qualsiasi tipo di personal computer e che, a loro volta, si distinguono in *full node* e *light wallet*); *(iii) wallet mobile* (che funzionano come i *wallet desktop,* ma sono progettati per funzionare su dispositivi mobili come *smartphone* e *tablet*); *(iv) wallet hardware* (si tratta di supporti fisici informatici, simili a pennette USB, che conservano al loro interno le chiavi private e sono generalmente connessi a *software*). I *wallet* collegati alla rete sono definiti "*hot wallet*" (*desktop, mobile, web based, etc.*), mentre quelli non connessi alla rete sono detti "*cold wallet*", al cui interno rientrano anche i *paper wallet* (la chiave e l'indirizzo sono stampati su un foglio di carta in for a di *QR Code*). Gli *hot wallet* si distinguono, a loro volta, in *custodian* (gestito direttamente dal titolare della chiave privata) e *non custodian* (la gestione e la custodia della chiave privata viene affidata a soggetti terzi, come un *exchange* o un fornitore di servizi *custodial;* sono detti *proper custodian* i terzi che svolgono un servizio di mera custodia; sono denominati full *custodian* coloro che entrano nella piena disponibilità delle *criptovalute* e le gestiscono nell'interesse altrui).

[54] Anche le modalità di utilizzo delle *criptovalute* possono essere delle più varie:

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dell'Agenzia delle entrate è opposta: in quanto "moneta" sostanzialmente alternativa alle valute estere, le criptovalute sono ritenute assimilabili a tali ultime valute e, dunque, i redditi delle operazioni in criptovalute mutuano e seguono il trattamento fiscale previsto dalla disciplina positiva delle valute estere. Ciò tuttavia non risolve ogni problema, perché – anche se moneta – le criptovalute sono una moneta "tecnologica" e le operazioni tecnologicamente possibili non sono catalogabili in categorie limitate, come potrebbe essere per le valute estere, ma presentano forme e confini in continua evoluzione e pressoché indefiniti.

In assenza di una disciplina positiva, i pronunciamenti della Agenzia costituiranno – anche questo lo si è anticipato – il termine di riferimento per la disamina della fiscalità delle criptovalute oggi.

Tali pronunciamenti possono essere suddivisi, per semplicità e chiarezza espositiva, in ragione del tipo di attività posta in essere dal contribuente-persona fisica (e, dunque, non imprenditore né professionista), in modo da ottenere due distinti macro-gruppi: un primo che contiene tutte le questioni relative alla cessione di *criptovalute* e al loro trasferimento da un *wallet* ad un altro; un secondo che comprende solo talune, specifiche problematiche inerenti all'attività di *staking*.

3.1. Appartengono al primo gruppo i seguenti documenti di prassi: n. 956-39/2018 della Direzione Regionale della Lombardia[55], n.

possono, ad esempio, possono essere ceduti al fine di ottenere in cambio una moneta avente corso legale, usati alla stregua di mezzo di pagamento per ottenere un bene o un servizio, utilizzati in schemi di investimento o finanziamento della stessa, oppure ancora donati o trasferiti a titolo gratuito, etc.

[55] Questa risposta, riportata da molti quotidiani specializzati ma mai pubblicata, è stata resa a seguito di istanza presentata da un lavoratore dipendente frontaliero in Svizzera (e soggetto a imposizione in tale Paese) con la quale chiedeva se l'acquisto di oro tramite *bitcoin* generasse o meno una plusvalenza fiscalmente rilevante. Il contribuente aveva specificato che l'oro acquistato era inizialmente depositato a nome dell'intermediario estero presso un deposito estero e che solo in un secondo momento, dietro sua espressa richiesta, era stato trasferito a suo nome: per un commento, v. T. Calculli, *Proporzionalità del prelievo e sostituzione tributaria ai tempi della blockchain "aterritoriale"*, in *Riv. tel. dir., trib.,* 2022, 2. In passato, lo stesso

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

903-47/2018 della Direzione Regionale della Liguria[56], n. 788 del 24 novembre 2021[57] e n. 397, del 1° agosto 2022[58].

In tutte le quattro risposte, muovendo dall'equiparazione delle *criptovalute* alle valute estere e in continuità con la risoluzione 72/E del 2016, l'Amministrazione finanziaria ha affermato che "ai fini delle imposte sul reddito delle persone fisiche che detengono valute virtuali al di fuori dall'attività d'impresa, si applicano i principi generali che regolano le operazioni aventi ad oggetto valute tradizionali".

istante aveva presentato altre due istanza di interpello, la n. 904-4/2017 e la n. 904-1412/2017, entrambe vertenti sulla tassazione delle operazioni di cambio di *bitcoin* con euro

[56] Nel caso di specie, dopo aver premesso che deteneva *criptovalute* con cui partecipava a progetti di *crowdsale*, il contribuente aveva chiesto quale fosse il trattamento fiscale da applicare in caso di conversione in euro di eventuali differenziali positivi derivanti da tali transazioni o in caso di mero cambio della valuta virtuale in euro. Questo documento di prassi è stato annotato da T. Calculli, *op ult. loc.cit.*

[57] Oggetto di disamina era il trattamento fiscale da applicare a talune valute virtuali detenute in alcuni *digital wallet* per un periodo di tempo superiore a cinque anni, senza che le stesse fossero state oggetto di cessione o di conversione in euro in ragione. Come precisato nell'istanza le valute erano state acquistate a titolo oneroso e detenute, alcune, su un *wallet* presso un *exchange* estero, altre, in un *hardware wallet* e in un *desktop wallet* con disponibilità diretta di chiave privata. L'istante chiedeva se la "strategia di detenzione in *holding*", per la quale non era riconosciuto alcun compenso, determinasse un risultato di gestione fiscalmente rilevante in sede dichiarativa. Questo documento di prassi è stato oggetto di commento da parte di P. Mastellone, *Redditi derivanti da operazioni in criptovalute: profili di fiscalità sostanziale e adempimenti dichiarativi a carico dei contribuenti*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2, 2021.

[58] In questo documento l'Agenzia ha analizzato il caso di un contribuente titolare di un portafoglio di *criptovalute* – in parte, depositate sulla *piattaforma exchange Coinbase* (società di diritto statunitense) e, in parte, detenute personalmente in un *cold storage wallet* localizzato nel Regno Unito – che, a seguito del trasferimento della residenza fiscale in Italia, ha dapprima interamente trasferito le valute virtuali presso *Coinbase* e poi ha ceduto l'intero *stock* realizzando una plusvalenza: l'istante chiedeva la possibile applicazione del regime ci cui all'art. 24-*bis* del TUIR sui redditi derivanti da tali operazioni. La questione era, dunque, se le plusvalenze generate dalla cessione di valute virtuali potessero essere considerate reddito di fonte estera *ex* art. 165 TUIR, rientrando fra quelli soggetti a imposizione sostitutiva fissa, in considerazione del fatto che il *wallet* era detenuto presso una piattaforma *exchange online* gestita da un intermediario non residente.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Per l'effetto, le cessioni a termine di valute virtuali rilevano sempre fiscalmente ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. c-*ter*) del TUIR[59], mentre le cessioni a pronti[60] – tipicamente prive di finalità speculativa – non genererebbero redditi imponibili, salva l'ipotesi in cui la valuta ceduta derivi da prelievi da *wallet* per i quali la giacenza media superi un controvalore di euro 51.645,69 per almeno sette giorni lavorativi continui nel periodo d'imposta – da verificarsi, si badi, rispetto all'insieme dei *wallet* detenuti dal contribuente, indipendentemente dalla tipologia dei wallet (*paper*, *hardware*, *desktop*, *mobile*, *web*)[61] – ai sensi del combinato disposto degli artt. 67, comma 1, lett. c-*ter*), e comma 1-*ter* del TUIR[62].

In tale ipotesi, in continuità con quanto già affermato nella vecchia la circolare ministeriale del 24 giugno 1998, n. 165, il valore in euro della giacenza media in valuta virtuale dev'essere calcolato secondo il cambio di riferimento all'inizio del periodo di imposta[63] oppure, qualora tale riferimento dovesse mancare, sulla base del rapporto di cambio al 1° gennaio rilevato sul sito dove la *criptovaluta* è stata acquistata o sul sito in cui si effettua la maggior parte delle operazioni nei casi in cui il primo non sia più disponibile[64].

[59] Nella risposta n. 956-29/2018 è stato precisato che i redditi derivanti dalle operazioni in valute virtuali realizzate sul mercato FOREX e da *Contract for Difference* (CFD) costituiscono redditi diversi ai sensi dell'articolo 67, comma 1, lettera *c-quater)*, del TUIR.

[60] Per cessioni a pronti si intende una transazione in cui si ha lo scambio contestuale di una certa valuta contro una valuta differente.

[61] Ciò fa sorgere il dubbio se occorra sommare anche il valore delle altre valute estere tradizionali detenute dal contribuente su conti correnti e depositi.

[62] Nella risposta n. 397 del 2022 l'Ufficio ha conclusivamente ritenuto che i redditi realizzati dall'istante, in virtù della cessione di tali valute virtuali, durante il periodo in cui era già fiscalmente residente in Italia, fossero qualificabili come redditi diversi prodotti all'estero e che, dunque, essi potessero essere ricompresi nell'ambito dell'imposizione sostitutiva sui redditi esteri di cui all'art. 24-*bis* del TUIR.

[63] In caso di *criptovalute* ricevute a titolo gratuito, il costo iniziale è quello sostenuto dal donante ai sensi dell'art. 68, comma 6 del TUIR: così Risposta ad interpello n. 956-29/2018.

[64] Nella citata Risposta ad interpello n. 956-29/2018, poiché l'istante aveva dichiarato di non essere in grado di documentare il costo dei *bitcoin*, in quanto il sito *exchanger* su cui li aveva acquistati era stato chiuso, e di poter dimostrare solo l'avvenuto bonifico, l'Agenzia delle entrate ha riconosciuto la possibilità di determinare

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Sulla base di tale ricostruzione, l'eventuale plusvalenza va determinata secondo le regole stabilite dall'art. 68 del TUIR, per cui occorre considerare cedute per prime le valute acquisite in data più recente, in applicazione del metodo LIFO di cui all'art. 67, comma 1-*bis* del TUIR. Le plusvalenze e le minusvalenze derivanti dal *cash-out* delle valute virtuali confluiscono, invece, nella somma algebrica dei medesimi plusvalori o minusvalori generati dal contribuente nel periodo d'imposta e, ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. 21 novembre 1997, n. 46, sono assoggettati all'imposta sostitutiva del 26 per cento da liquidare nel quadro RT della dichiarazione dei redditi.

Quanto invece al trasferimento delle *criptovalute* da un *wallet* ad un altro, nella Risposta n. 397/2022, l'Agenzia ha affermato che tale operazione non rappresenta un evento realizzativo agli effetti della tassazione italiana, ma è nella sostanza equiparato al trasferimento di strumenti finanziari da un conto deposito a un altro conto deposito, intestato allo stesso soggetto: il presupposto impositivo sarebbe, per ciò, rappresentato soltanto dalla successiva cessione a titolo oneroso delle valute virtuali.

Ferma l'obiezione iniziale per cui scaturisce da un'interpretazione analogica giuridicamente inammissibile, il quadro della fiscalità delle criptovalute estraibile dalla prassi amministrativa, appena riassunta, non convince appieno per la presenza di alcune criticità.

3.2. Innanzitutto, un conto è affermare interpretativamente che le *criptovalute* sono a tutti gli effetti valute estere e soggiacciono allo stesso trattamento fiscale (così come ha fatto l'Amministrazione nella risoluzione *leading* n. 72/E del 2 settembre 2016), altra cosa è l'estensione per espressa previsione normativa della disciplina di talune fattispecie reddituali alle *criptovalute*.

In tale prospettiva si pone il Disegno di Legge A.S. 2572 del 30 marzo 2022, il quale, pur dando atto che non possiedono lo *status* giuridico di valuta o di moneta e sono "differenti" rispetto a queste ultime[65], in-

il costo di acquisto come costo medio derivante dal bonifico effettuato diviso il numero di bitcoin comprati.

[65] Emblematica è l'affermazione secondo cui "*in considerazione della differenza tipologica delle valute virtuali rispetto alle valute tradizionali, non viene attribuita alcuna rilevanza al concetto di 'prelievo' ed è introdotta la rilevanza fiscale soltanto*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

clude le valute virtuali all'interno dell'art. 67, comma 1, lett. c-*ter*)[66] e del TUIR e c-*quater*)[67]: in definitiva, pur trattandosi di fenomeni differenti, si prevede l'estensione alle valute virtuali della disciplina prevista per le altre fattispecie individuate nei due commi c-*ter*) e c-*quater*).

La scelta di utilizzare e introdurre il sintagma "valute virtuali" conduce, in qualche modo, a una tipizzazione di questa nuova fattispecie, distinguendola inequivocabilmente da tutte le altre.

E – a meno di non introdurre una compiuta disciplina tributaria *ad hoc* – la soluzione non poteva essere diversa, giacché le valute virtuali, al di là del *nomen* improprio "valute", non presentano i connotati per essere considerate: *(i)* strumenti finanziari[68];

per le operazioni che comportano il pagamento o la conversione in euro o in valute estere".

[66] In definitiva, la lett. c-*ter*), così come modificata dal DDL n. 2572, assumerebbe il seguente tenore: "*le plusvalenze, diverse da quelle di cui alle lettere c) e c-bis), realizzate mediante cessione a titolo oneroso ovvero rimborso di titoli non rappresentativi di merci, di certificati di massa, di valute estere, oggetto di cessione a termine o rivenienti da depositi o conti correnti, [di valute comunque detenute,] di metalli preziosi, sempreché siano allo stato grezzo o monetato, e di quote di partecipazione ad organismi d'investimento collettivo. Agli effetti dell'applicazione della presente lettera si considera cessione a titolo oneroso [, per quanto concerne le valute virtuali, solo l'operazione che comporta il pagamento o la conversione in euro o in valute estere e si considera cessione a titolo oneroso] anche il prelievo delle valute estere dal deposito o conto corrente*".

[67] In questo caso, la norma di cui alla lett. c-*quater*) assumerebbe questa formulazione: "*i redditi, diversi da quelli precedentemente indicati, comunque realizzati mediante rapporti da cui deriva il diritto o l'obbligo di cedere od acquistare a termine strumenti finanziari, valute, [valute virtuali,] metalli preziosi o merci ovvero di ricevere o effettuare a termine uno o più pagamenti collegati a tassi di interesse, a quotazioni o valori di strumenti finanziari, di valute estere, [di valute virtuali,] di metalli preziosi o di merci e ad ogni altro parametro di natura finanziaria. Agli effetti dell'applicazione della presente lettera sono considerati strumenti finanziari anche i predetti rapporti*".

[68] La disciplina degli strumenti finanziari è contenuta nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria). L'art. 1, comma 2 del TUF prevede che "per strumento finanziario si intende qualsiasi strumento riportato nella Sezione C dell'Allegato I. Gli strumenti di pagamento non strumenti finanziari". In altre parole, i servizi e le attività di investimento per essere qualificati come tali devono avere per oggetto strumenti finanziari. Si tratta di una norma di centrale importanza che reca non una definizione astratta e di carattere generale, ma un elenco di fattispecie rilevanti (tra le quali azioni, altri titoli rappresentativi di capitale di rischio, obbligazioni, titoli di Stato ed altri titoli di debito negoziabili sul mercato dei capitali). Almeno due argomentazioni militano a favore dell'esclusione delle valute

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

(ii) certificati di massa[69]; *(iii)* valute estere[70]; *(iv)* metalli preziosi[71];

virtuali dall'ambito del citato art. 1, comma 2: in primo luogo, se è vero che talune *criptovalute* hanno caratteristiche per certi versi simili agli strumenti finanziari, è parimenti vero che ve ne sono molte altre che presentato connotazioni tipiche degli strumenti di pagamento e vengono usate anche in tal modo; in secondo luogo, l'elencazione degli strumenti finanziari contenuta nel TUF è considerata chiusa e tassativa, salvi i poteri ampliativi riconosciuti al Ministro dell'economia e delle finanze. Su quest'ultimo punto v., fra gli altri, L. Salamone, *La nozione di "strumento finanziario" tra unità e molteplicità*, in *Riv. dir. comm*., 1998, p. 716 ss. e F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014, p. 84. Una posizione del tutto peculiare è quella dalla Consob, che equipara le criptoattività ai prodotti finanziari: secondo tale Autorità, "vi sono tipologie di token che, per le peculiari caratteristiche, integrano la fattispecie degli strumenti finanziari o dei prodotti finanziari (investment token o security like token). Altri token presentano un mix variabile di caratteristiche, tanto da venire definiti hybrid token, e sono quelli di più difficile trattazione e inquadramento rispetto alle vigenti discipline. In particolare, tale ultimo insieme di token può presentare un apprezzabile contenuto di tipo finanziario oltre a essere collocati a investitori retail con offerte pubbliche" (cfr. *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*, marzo 2019).

[69] Se si considera la definizione contenuta nella Circolare Min. 24 giugno 1998, n. 165, secondo cui per certificati di massa si intendono quei "documenti offerti in sottoscrizione al pubblico che, pur essendo rappresentativi di credito, non costituiscono titoli di credito": le valute virtuali non sono rappresentative di alcun credito e, per l'effetto non possono rientrare e non rientrano in questa categoria.

[70] Ai sensi dell'art. 2 del d.p.r. 1° aprile 1988, n. 148, le valute estere sono "*a) i biglietti di banca e di Stato esteri aventi corso legale; b) i titoli di credito, che servono per effettuare pagamenti, estinguibili in monete aventi corso legale all'estero o in ECU; c) i titoli di credito di natura obbligazionaria in scadenza entro un termine non superiore a sei mesi, estinguibili all'estero e denominati in monete aventi corso legale all'estero o in ECU; d) i crediti liquidi ed esigibili derivanti da conti aperti presso le banche od altri intermediari finanziari estinguibili in monete aventi corso legale all'estero o in ECU3*". Va evidenziato, in via generale, che le *criptovalute* non solo non svolgono tutte e tre le differenti funzioni che la teoria economica classica ricollega alle divise tradizionali (ossia quella di mezzo di scambio, di unità di conto e di riserva di valore), ma non hanno neppure valore liberatorio. Non a caso, la Banca d'Italia ha affermato che l'espressione "valute virtuali" è adoperata "al solo scopo di identificare un fenomeno comunemente noto sotto tale denominazione" e che "l'utilizzo del termine valuta non deve intendersi volto a definire la natura degli strumenti in questione". Tali valute – si precisa – "non rappresentano in forma digitale le comuni valute a corso legale (euro, dollaro...)", "non hanno corso legale e pertanto non devono per legge essere obbligatoriamente accettate per l'estinzione delle obbligazioni pecuniarie, ma possono essere utilizzate per acquistare beni o servizi solo se il venditore è disponibile ad accettarle" (così nell'Avvertenza 2015).

[71] Le *criptovalute* esistono solo nella realtà virtuale. La carenza di materialità,

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

(v) merci[72]; *(iv)* opere dell'ingegno, brevetti, formule e *know how*[73].

La sola fattispecie codificata che avrebbe potuto rilevare – e la cui portata avrebbe potuto essere estesa dal legislatore per includervi almeno le attività di *mining* e di *staking on chain* (su cui si dirà *infra*) – è quella recata dalla lettera l), che – come noto – comprende i redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente o dalla assunzione di obblighi fi fare, non fare o permettere.

Ad ogni buon conto, la scelta operata nel citato DDL – al di là delle criticità che già a prima lettura presenta[74] – era, forse, la sola per-

unitamente alla tassatività dei metalli preziosi, impedisce qualunque assimilazione. Nella legislazione italiana sono da sempre considerati metalli preziosi: il platino, il palladio, l'oro e l'argento: cfr. l. 30 gennaio 1968, n. 46; d.p.r. 30 maggio 2022, n. 150; d.p.r. 26 novembre 2014, n. 195; d.p.r. 30 maggio 2022, n. 150 art. 1.

[72] Né il TUIR né il TUF recano una definizione di merce (benché il secondo faccia più volte menzione dei derivati su merci). Ai fini IRPEF, le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di merci non rientra nella categoria dei redditi diversi, risultando non imponibili alla stregua delle cessioni di titoli rappresentativi di merci (cfr. sul punto, la relazione al d.lgs. 21 novembre 1997, n. 461, ove si chiosa che, "nel momento in cui si è stabilito di non sottoporre ad imposizione come redditi diversi le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di merci, sarebbe stato illogico attrarre ad imposizione le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso dei predetti titoli, essendo evidente che tali plusvalenze trovano fonte nel maggior valore assunto dalle merci"). Una possibile definizione potrebbe essere rintracciata nella giurisprudenza della CGUE (in specie, nella sentenza del 21 ottobre 1999, C-97/98) che, in tema di libera circolazione delle merci, dichiara non sovrapponibile il termine merce a quello di beni. A orientare verso la sua esclusione dal concetto di merce vi sarebbe anche la natura immateriale delle *criptovalute*, sicché la mera circostanza di poter essere valutate pecuniariamente e costituire oggetto di negozi commerciali non determina di per sé la loro categorizzazione come merci.

[73] Tale rinvio è generalmente effettuato con riferimento alla legge sul diritto d'autore ovvero sul diritto industriale. Se, da un lato, la fattispecie sembrerebbe accostabile a quella dei beni immateriali, la definizione non coincide in realtà con quella di tali beni, posto che svariati di essi non costituiscono opere dell'ingegno e, viceversa, diverse opere dell'ingegno non sono, a loro volta, rappresentative di beni immateriali. Per tale ragione, benché le valute virtuali sembrino tendenzialmente inquadrabili nel novero dei beni immateriali, esse non sembrerebbero racchiudere al loro interno le caratteristiche tipiche delle opere soggette al diritto d'autore.

[74] Il disegno di legge risulta insoddisfacente perché – oltre ad apportare alcuni emendamenti agli artt. 44, 67, 68 del TUIR – non prevede alcuna disciplina per il comparto delle imposte indirette, non introduce alcuna norma transitoria, non spe-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

corribile nell'ottica di dare rapidamente una disciplina al fenomeno, essendo impensabile introdurre nell'immediato una disciplina tributaria compiuta delle *criptovalute* – e, più in generale, dei *cripto-assets* – quale fenomeno in continua e veloce evoluzione, ben lungi dall'aver raggiunto – e sempre ammesso che possa raggiungerlo – un assetto stabile.

Un altro aspetto non condivisibile, che emerge dai documenti di prassi, è quello di considerare cessione a titolo oneroso, insieme alla conversione di valute virtuali in euro (e viceversa), anche la conversione *crypto-to-crypto*[75].

Più in particolare, muovendo sempre dall'equiparazione alle valute estere, l'Agenzia ritiene che ogni *criptovaluta* possa essere considerata una valuta estera a sé stante, e differente, e che ogni cambio integri una cessione a titolo oneroso.

Si tratta di lettura molto discutibile poiché si finisce con l'assoggettare a tassazione una ricchezza meramente presunta fino a quando le valute virtuali non vengono convertite in valuta tradizionale. La soluzione propugnata dalla prassi conduce, in altre parole, a una tassazione sul maturato a fronte di un incremento o decremento di un tasso di cambio patrimoniale di riferimento sostanzialmente insussistente. Senza considerare che la tesi opposta e preferibile dell'irrilevanza fiscale di siffatte operazioni sarebbe pienamente coerente con l'art. 68, comma 8 del TUIR, posto che la valuta virtuale convertita in altra *criptovaluta* erediterebbe il costo fiscale di carico.

3.3. Appartengono al secondo gruppo, seguendo la partizione fatta all'inizio, i seguenti documenti di prassi: la n. 956-771/2022[76]

cifica se avrà efficacia *ex nunc* o *ex tunc*, ecc.: per una puntuale analisi del DDL A.S. 2572 v. A. Marinello, *Un "cripto-condono" e molti nodi irrisolti nel disegno di legge sulla disciplina fiscale delle valute virtuali*", in *Riv. telem. dir. trib.*, 2, 2022.

[75] Nelle risposte nn. 956-39/2018 e n. 788 del 2021, si legge che "*Ai fini della eventuale tassazione del reddito diverso occorre, dunque, verificare se la conversione di bitcoin con altra valuta virtuale (oppure da valute virtuali in euro) avviene per effetto di una cessione a termine oppure se la giacenza media del wallet abbia superato il controvalore in euro di 51.645,69 per almeno sette giorni lavorativi continui nel periodo d'imposta*".

[76] L'istanza di interpello, presentata da una società di nuova costituzione italiana operante quale intermediario tra i soggetti *private* e la *blockchain*, recava quattro

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

e la n. 433 del 24 agosto 2022[77]. In entrambe le risposte, l'Agenzia delle entrate ha ritenuto che i proventi ricevuti a fronte dell'attività di *staking* fosse qualificabili come redditi di capitale, poiché il vincolo di non utilizzo per un certo periodo di tempo di parte delle valute detenute non potrebbe che originare redditi tassati ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. h) del TUIR[78].

In ispecie, dopo aver evidenziato che la citata disposizione svolge una funzione di chiusura della categoria in esame, in quanto idonea a ricomprendere tutti i proventi derivanti da rapporti aventi per oggetto l'impiego di capitale diversi da quelli contemplati alle precedenti lettere, e dopo aver richiamato la Circolare Min. 24 giugno 1998, n. 165/E, afferma che per la configurabilità di un reddito di capitale è sufficiente l'esistenza di qualsivoglia rapporto che realizzi un impiego di capitale e, quindi, anche rapporti che non siano a prestazioni corrispettive o nei quali il nesso di corrispettività non intercorra tra la concessione in godimento del capitale e il reddito conseguito.

In forza di tale ricostruzione, è possibile attrarre imposizione non soltanto i proventi giuridicamente qualificabili come frutti civili

quesiti riguardante l'attività dalla stessa esercitata, ossia: *i*) l'attività di *exchange*; *ii*) l'attività di *wallet provider*; *iii*) lo *staking* di *criptovalute* ai fini del reddito d'impresa; iv)l'operabilità delle ritenute sui *rewards* da *staking* corrisposti ai privati, l'ultimo dei quali presupponeva una preliminare qualificazione del soggetto erogatore e dei flussi reddituali percepiti dal contribuente persona fisica.

[77] Nella fattispecie prospettata nell'istanza di interpello, il contribuente usava le proprie *criptovalute* come *stake*, mentre la piattaforma poneva sulle stesse un vincolo di indisponibilità (pur rimanendo le stesse depositate sul wallet del contribuente) per il tempo necessario alla produzione e alla convalida dei blocchi. La produzione/validazione di nuovi blocchi comportava una remunerazione in *criptovalute* determinata dalla stessa *blockchain*. Il contribuente ha chiesto all'Amministrazione finanziaria chiarimenti in merito al corretto trattamento fiscale dei redditi derivanti da tali operazioni. La risposta fornita in questo interpello è stato oggetto di rettifica (a distanza di pochi giorni dalla sua pubblicazione) con la risposta n. 437 del 26 agosto 2022, che è stata annotata, insieme ad altre, da T. Calculli, *Proporzionalità del prelievo e sostituzione tributaria ai tempi della blockchain "aterritoriale"*, in *Riv. tel. dir., trib.*, 2, 2022.

[78] La norma recita testualmente che "*gli interessi e gli altri proventi derivanti da rapporti aventi per oggetto l'impegno di capitale, esclusi i rapporti attraverso cui possono essere realizzati differenziali positivi e negativi in dipendenza di un evento incerto*".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ai sensi dell'art. 820 cod. civ., e cioè quei proventi che si conseguono come corrispettivo del godimento che un altro soggetto ha di un capitale, "ma anche tutti quei proventi che trovano fonte in un rapporto che presenti come funzione obiettiva quella di consentire un impiego del capitale, tra i quali rientrano le *criptovalute* assegnate in "premio" a fronte dell'attività di *staking*[79].

Quanto all'applicazione della ritenuta è interessante notare che, mentre nelle Risposte n. 956-771 del 2022 e n. 433 del 2022 si legge che le remunerazioni in *criptovaluta* percepite dalle persone fisiche non imprenditori per l'attività di *staking*, costituendo redditi da capitale, se accreditate nel *wallet* da una società italiana sarebbero assoggettate ritenuta alla fonte a titolo d'imposta nella misura del 26 per cento (*ex* art. 26, comma 5, d.p.R. n. 600/1973), nella Risposta n. 437 del 2017, l'Amministrazione, ritornando sui propri passi, ha precisato che la ritenuta da operare è a titolo d'acconto[80]. Tale correzione di rotta non è peregrina se si considera che la disciplina di riferimento non consente, *ictu oculi*, l'estensione dei regimi sostitutivi ai redditi di cui all'art. 44, comma 1, lett. h) del TUIR, essendo le imposte sostitutive e le ritenute alla fonte a titolo d'im-

[79] Nella prospettiva dell'Agenzia si è in presenza di un "frutto economico" perché le *criptovalute* sarebbero suscettibili di formare oggetto di impiego di capitale in ragione della comunanza di funzione economica rispetto alle valute aventi corso legale.

[80] La citata disposizione prevede che "*I soggetti indicati nel primo comma dell'articolo 23 operano una ritenuta del 12,50* [attualmente 26] *per cento a titolo d'acconto, con obbligo di rivalsa, sui redditi di capitale da essi corrisposti, diversi da quelli indicati nei commi precedenti e da quelli per i quali sia prevista l'applicazione di altra ritenuta alla fonte o di imposte sostitutive delle imposte sui redditi. Se i percipienti non sono residenti nel territorio dello Stato o stabili organizzazioni di soggetti non residenti la predetta ritenuta è applicata a titolo d'imposta ed è operata anche sui proventi conseguiti nell'esercizio d'impresa commerciale. La predetta ritenuta è operata anche sugli interessi ed altri proventi dei prestiti di denaro corrisposti a stabili organizzazioni estere di imprese residenti, non appartenenti all'impresa erogante, e si applica a titolo d'imposta sui proventi che concorrono a formare il reddito di soggetti non residenti ed a titolo d'acconto, in ogni altro caso*". Non è dato sapere, né sarà possibile mai sapere, se l'Agenzia delle entrate sia incorsa in un mero errore materiale o abbia cercato di applicare gli istituti della (para)soggettività, della sostituzione e della solidarietà tributaria in chiave garantista per le finanze pubbliche, ma a scapito della progressività del prelievo.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

posta previste nei soli casi di redditi diversi di natura finanziaria e in specifiche ipotesi di redditi di capitale.

Pur avendo una logica di fondo, le soluzioni interpretative offerte dall'Agenzia delle entrate non giustificano l'assoggettamento a imposizione degli eventuali proventi derivanti da attività di *staking*[81].

3.4. Per giustificare tale affermazione, e posto che per l'Amministrazione finanziaria rileva non la struttura dell'operazione ma il mero impiego di capitale[82], è opportuno muovere dal contenuto dell'art. 44 del TUIR.

In linea generale, è pacifico che tale articolo non contenga una nozione unitaria di reddito di capitale[83], quanto piuttosto una puntuale definizione delle singole fattispecie di reddito più una norma

[81] Sul tema, specificamente, T. Calculli, *La fiscalità diretta delle "operazioni minori" in criptovalute. Il caso dello* staking, in *Nuovo Diritto delle Società*, 8, 2022, p. 1513 ss.

[82] Tale puntualizzazione si deve in considerazione delle soluzioni interpretative prospettate dai contribuenti nelle due nelle istanze di interpello. In entrambi i casi, secondo gli istanti, le eventuali remunerazioni derivanti dall'attività di staking sarebbero dovute ricadere all'interno della categoria dei redditi diversi di cui all'art. 67 del TUIR e, ancor più precisamente, nella lett. l), poiché la corresponsione del rendimento richiede l'esercizio di prestazioni diverse alla semplice corresponsione di una somma di denaro e i rischi connessi a tale attività non avrebbero nulla a che vedere con i rischi tipici di natura finanziari o di quelli legati alla perdita di capitale: si tratterebbe di rischi comuni a qualsiasi altra operazione comportante la creazione di un vincolo di indisponibilità temporanea sui beni, come ad esempio quella relativa all'assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere.

[83] Senza alcuna pretesa di completezza, v., fra gli altri, A. Marinello, *Redditi di capitale e redditi diversi di natura finanziaria, principi e regole impositive*, Torino, 2018, 210 ss.; e, più in là nel tempo; L. Castaldi, *I redditi di capitale*, in F. Tesauro (a cura di), *L'imposta sul reddito delle persone fisiche. Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, Torino, 1994, p. 217 ss.; G. Escalar, *Contributo allo studio della nozione di reddito di capitale*, in *Rass. trib*., 1997, 1, p. 325 ss.; F. Gallo, *I redditi di capitale nel nuovo testo unico*, in Aa.Vv., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Milano 1990, p. 141 ss.; quanto alla manualistica, per tutti, A. Fantozzi, *Diritto tributario*, Torino, 2003, p. 814 ss.; G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2010, p. 151 ss.; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Torino, 2009, p. 51 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

residuale e di chiusura, alla lett. h), che completa la categoria in combinazione con le lettere precedenti del comma 1[84].

Non tutti i rapporti che hanno ad oggetto l'impiego di capitale sono, tuttavia, considerati come produttivi di redditi di capitale ai sensi della citata lettera h), la quale esclude espressamente dal novero dei redditi di capitale i proventi derivanti da rapporti dai quali possono conseguirsi differenziali positivi e negativi in dipendenza di un evento incerto, ossia i differenziali per i quali l'aleatorietà dell'evento incide non soltanto sull'ammontare del provento, ma anche sulla stessa possibilità che questo possa concretamente realizzarsi, potendosi generare anche un risultato negativo. Inoltre, il generico richiamo ai "rapporti" lascia intendere che la disposizione possa essere riferita anche a situazioni ove il nesso di corrispettività non intercorre in modo diretto tra la concessione in godimento del capitale e il relativo reddito che ne deriva[85].

In definitiva, per effetto della modifica alla lett. h) introdotta dalla dal d.lgs. 21 novembre 1997, n. 461, la teoria del reddito di capitale come frutto civile viene superata da quella più ampia di frutto economico, da intendersi come mera conseguenza dell'impiego di capitale, indipendentemente dalla sussistenza o meno di un nesso di corrispettività[86].

[84] Non è questa la sede per approfondire il contrasto dottrinale sulla funzione della lettera h). Basti solo evidenziare che, per alcuni, essa aveva una funzione definitoria generale, per altri, invece, si trattava di un'ennesima fattispecie puntuale. Tra i primi v. E. Potito, *Il sistema tributario italiano*, Milano, 1978, p. 98 ss.; G. Tremonti, *Aspetti fiscali*, in Aa.Vv., *Nuove norme di impiego del risparmio e del finanziamento delle imprese: disciplina civile e fiscale*, Milano, 1984, p. 363 ss. Tra i secondi, R. Lupi, *Gli interessi non derivanti da un "impiego di captale" nelle imposte dirette, dalla "natura compensativa" al nuovo testo unico IRPEF*, in *Rass. trib*., 1987, p. 142 ss.;

[85] Cfr. sullo specifico punto, G. Corasaniti, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012, 46 ss.

[86] Si rammenta che si considera frutto economico ogni provento che deriva dalla capacità che ha il capitale in sé di produrre nuova ricchezza, con la conseguenza che basta il trasferimento temporaneo della disponibilità del capitale da cui discende un vantaggio (economico) per colui che ha impiegato siffatto capitale. Sul punto v. F. Gallo, *I redditi di capitale come frutto economico*, in *Il fisco*, 1998, 6520 ss.; Id., *La nozione dei redditi di capitale alla luce del d.lgs. 21 novembre 1997, n. 461*, in *Dir. prat. trib*., 1998, 1219 ss.; F. Marchetti, *Le plusvalenze o guadagni di capitale e la*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Il DDL A.S. n. 2572/ 2022 avvalora la tesi dell'Agenzia delle entrate nella misura in cui prevede che, all'art. 44, comma 1, lett. h) del TUIR "*siano aggiunte, in fine le seguenti parole «e i rapporti attraverso cui possono essere gratuitamente acquisite, a qualunque titolo, valute virtuali »*": per tale via, infatti, sembra confermarsi che taluni rapporti aventi ad oggetto *criptovalute* diano origine a redditi di capitale, con collocazione all'interno della fattispecie residuale per escluderli dalle fattispecie disciplinate nelle altre precedenti lettere[87].

loro distinzione dai redditi capitale nel decreto legislativo 21 novembre 1997, n. 461, in Aa.Vv., *La tassazione delle rendite finanziarie dopo il riordino: la normativa, gli adempimenti e le opportunità per gli operatori*, in *Studi e note di economia*, 1999, 3, 46 ss.

[87] Come noto, l'art. 44 del TUIR impone di determinare il titolo in base al quale vengono percepiti tali *rewards*, anche al fine di individuarne la disciplina applicabile. Sulla base del funzionamento dell'attività di *staking* si potrebbe essere indotti a ritenere applicabili, in prima battuta, una delle fattispecie di cui all'art. 44, comma 1 del TUIR e, in particolare, quelle di cui alla lettera a) e alla lettera d): la prima include i proventi derivanti gli interessi e i proventi derivanti da mutui, depositi e conti correnti, la seconda quelli percepiti a fronte della prestazione di fideiussione o altra garanzia. Entrambe le soluzioni presentano, tuttavia, elementi di criticità che difficilmente possono essere superati. Fra le altre, le argomentazioni che militano contro l'assimilazione alle fattispecie di cui alla lett. a) sono le seguenti: *(i)* l'estrema volatilità del "sottostante" nelle operazioni di staking, la quale che tende ad oscillare in maniera molto più accentuata rispetto alle valute FIAT e rispetto agli indici azionari; *(ii)* il maggiore rischio di *hacking*, a differenza del deposito bancario; *(iii)* l'intrinseca volatilità del rendimento da tassare, atteso che è costituito generalmente da altri token, tanto da potersi perfino azzerare ove si realizzi un crollo della *criptovaluta* collegata; *(iv)* la nozione codicistica di deposito ex art. 1766 cod. civ., che, come noto, prevede come oggetto della prestazione "cose mobili". Quanto alla possibile riconduzione dei proventi all'interno della lett. d), occorre osservare che la scelta del legislatore di includere le fideiussioni di cui all'art. 1936 cod. civ. e ogni altra garanzia tra i redditi di capitale trova la sua giustificazione nel fatto che tali fattispecie, pur non configurando un impiego di capitale attuale, ne contemplano uno potenziale: in ragione di ciò, è dubbio se rientrino nell'alveo di tale di tale previsione solo i compensi corrisposti a fronte di tutte le forme tipiche e nominate di garanzia, reali o personali oppure anche quelle derivanti da contratti atipici caratterizzati da una funzione di garanzia; onde, è dubbio se le *criptovalute* usate come *stake*, e sulle quali viene posto un vincolo di indisponibilità per il tempo necessario alla produzione e alla convalida dei blocchi delle relativa *blockchain* costituiscano garanzia atipica ivi inquadrabile.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

In questo quadro, e focalizzando l'attenzione solo lo *staking*, emergono tuttavia due rilevanti criticità: una strettamente legata alla relativa attività, l'altra alla natura intrinseca delle *criptovalute*.

Sotto il primo profilo, quando si parla di *staking* occorre, per prima cosa, capire se si tratta di *staking on chain* o di *staking* come servizio offerto da una certa piattaforma, posto che, molto spesso, la scarsa conoscenza della materia conduce a confondere le due attività tra loro completamente diverse[88].

Nello *staking* "*on chain*" un soggetto – dopo aver appurato di possedere la quantità minima di *criptovalute* richiesta per poter "diventare" un nodo validatore e una connessione ad internet stabile e permanente (i.e. sempre connessa) – partecipa al processo di *staking* "puntando" le proprie monete virtuali; se risulta assegnatario di un blocco, (circostanza, questa, del tutto casuale basata gli algoritmi), egli riceve in cambio della sua chiusura una *reward*, ossia una nuova moneta virtuale. Se non viene scelto, il validatore dovrà comunque attestare la selezione degli altri nodi validatori e, quindi, che il loro lavoro sia del tutto corretto. Chiaramente, più sono i nodi che partecipano alla *proof of stake*, minori sono le possibilità che egli risulti assegnatario, possibilità che si riduce ulteriormente se lo *stake* puntato è inferiore rispetto a quello degli altri partecipanti. Ma non è tutto. Oltre a questo, il soggetto può scegliere se svolgere attività di *staking* su piattaforme centralizzate (in tal caso, l'*exchange*, oltre a semplificare il processo di messa in *staking*, funge anche da garante, attenuando i rischi dell'operazione a fronte di una commissione sull'eventuale *reward*) o attraverso il proprio *wallet non custodial* (in questo caso manca ogni tipo di assicurazione contro eventuali *hacking*, *bugs* o furti)[89].

[88] Tale confusione è determinata dall'uso improprio della parola "*staking*" da parte delle stesse piattaforme di scambio. In estrema sintesi, nel primo caso si immobilizza un capitale per convalidare dei blocchi ed eventualmente si riceve un compenso; nel secondo si immobilizza, invece, un capitale al fine di ricevere degli "interessi virtuali".

[89] Era questa la fattispecie oggetto della risposta ad interpello n. 956-771 del 2022, ove legge che "l'Istante, di fatto non 'genera' le opportunità di rendimento per i propri clienti, piuttosto consente ai possessori di criptovalute di essere remunerati per l'attività di staking, attività che gli stessi potrebbero comunque effettuare indipendentemente dall'infrastruttura messa a disposizione dall'Istante. Nello specifico,

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Se questo è lo *staking* per convalidare nuovi blocchi di una *blockchain* basata su tale tipologia di consenso, cosa differente è invece lo *staking* quale servizio offerto[90]: in quest'ultimo caso, un soggetto blocca dei *token* per un certo periodo di tempo, per essere utilizzati dalla piattaforma, e in cambio riceve una *reward* e l'accesso a determinati servizi virtuali[91].

Se nel caso di *staking on chain* centralizzato e *staking* inteso come servizio vi possono essere margini sotto il profilo dell'inquadramento nella categoria di cui alla lett. h), vi sono invece criticità nel caso di *staking on chain* decentralizzato.

E ciò perché esso dà vita ad un rapporto aleatorio che, pur presupponendo l'impiego di capitale, rende incerti i differenziali positivi e negativi non solo nell'esistenza, ma anche nel loro ammontare. In quest'ultimo caso, al di là delle differenze tecnico-informatiche, l'attività di staking può essere trattata, sul piano tributario, alla stregua dell'attività di mining e piuttosto ricadere all'interno dell'art. 67, comma 1, lett. l) del TUIR, che disciplina i redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente o dalla assunzione di obblighi di fare, non fare o permettere.

in base alle condizioni contrattuali, il Contribuente provvederà a imporre un blocco (stake) alle valute virtuali attraverso una 'prof of stake' con un network di parte terza. Le criptovalute oggetto di staking saranno detenute nel wallet digitale al fine di supportare le transazioni della relativa rete blockchain e fungere da validatore della stessa. A fronte dell'attività di staking provvederà a trasmettere al cliente le criptovalute generate dalla rete blockchain come corrispettivo, al netto della commissione […]. Considerato che l'entità e le condizioni per il trasferimento del predetto corrispettivo non sono determinate dall'Istante bensì dalla rete blockchain, esse saranno indicate di volta in volta sulla piattaforma e la stessa non potrà assumersi alcuna responsabilità circa l'entità del premio e del suo effettivo trasferimento".

[90] Servizi come questi sono offerti, ad esempio, da *blockfi.com*, *da crypto.com*, *stakingrewards.com*, *SwissBorg.com*. Quest'ultima, al fine di evitare confusione tra lo *staking on chain* e lo *staking* come servizio ha introdotto il concetto di *yield farming*, ossia di generazione di un rendimento. Per comprendere meglio si pensi al seguente esempio: un soggetto mette in *staking* un quantitativo di *token* presso un *exchange* e in cambio ottiene non solo una *reward*, ma anche tutta una serie di altri benefici dalla piattaforma come l'azzeramento dei costi di acquisto un'altra *criptovaluta* o il ricevimento di una card, ecc.

[91] I *token* possono essere immobilizzati e poi l'*exchange* può darli in prestito o può reinvestirli.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

L'altra criticità riguarda entrambe le attività di *staking* ed è legata alla natura estremamente volatile delle *criptovalute*, a meno che non si tratti *di stablecoin.*

Non bisogna, infatti, dimenticare che il valore di una *criptovaluta* in *staking* segue pur sempre valore di mercato, sicché sia nel caso in cui venga immobilizzato un certo numero di valute virtuali per chiudere un blocco e ricevere una ricompensa, sia nel caso in cui vengano immobilizzate per ottenere in cambio degli interessi da deposito, la valuta virtuale data in compenso (al pari di quella bloccata) può perdere di valore repentinamente a causa di eventi incerti e imprevedibili. Anche in questo caso non sussiste alcuna certezza né sull'*an* né sul *quantum*, onde è lecito dubitare se si tratti effettivamente di redditi di capitale oppure di redditi diversi.

4. *L'imposizione diretta dei soggetti esercenti attività d'impresa*

Com'è noto, in virtù della forza attrattiva del reddito d'impresa e della onnicomprensività di questa categoria reddituale, tutti i redditi generati nell'esercizio di un'attività d'impresa ai fini ricadono all'interno di siffatta categoria reddituale.

Ora, posto che la determinazione del risultato fiscale è fondata sul principio di derivazione rafforzata di cui all'art. 83 del TUIR (con la sola eccezione delle microimprese di cui all'art. 2435-*ter*, cod. civ., che non hanno optato per la redazione del bilancio in forma ordinaria)[92], per i soggetti esercenti attività d'impresa non si può prescindere da alcune considerazioni sulla sfera contabile.

Anche in questo contesto, i principi contabili internazionali e nazionali non recano alcuna regolamentazione specifica in ordine alla classificazione e alla valutazione in bilancio delle *criptovalute*.

[92] È appena il caso di ricordare che fino al d.l. 21 giugno 2022, n. 73, le microimprese *ex* art. 2435-*ter*, cod. civ., determinavano l'imponibile IRES in derivazione "semplice" dal risultato di bilancio, non ricadendo quindi nelle riserve previste dall'art. 83 del TUIR relativamente a qualificazione, imputazione temporale e classificazioni, che erano effettuate secondo i tradizionali criteri giuridico-formali. Con l'art. 8 comma 1 lett. a) del citato d.l. n. 73, l'esclusione dalla derivazione "rafforzata" di cui all'art. 83 del TUIR è stata limitata alle sole microimprese che non hanno optato per la redazione del bilancio in forma ordinaria.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

4.1. Alcune importanti indicazioni sono state tuttavia fornite dall'IFRS *Interpretation Commitee* in due occasioni: nel *paper* 4 del 5-6 marzo 2019 e nel *paper* 12 dell'11-12 giugno 2019.

In particolare, è stato chiarito che, ai fini IAS/IFRS, le *criptovalute* non possono rientrare nella definizione di attività finanziaria di cui allo IAS 32, par. 11[93], e la loro annotazione in bilancio da parte delle imprese che adottano i principi contabili internazionali dipende, essenzialmente, dalla loro destinazione economica.

Le sole ipotesi percorribili sarebbero le categorie "rimanenze" di cui allo IAS 2[94] e "attività immateriali" secondo lo IAS 38[95].

In particolare, si rientrerebbe nella prima ipotesi ogniqualvolta le *criptovalute* siano detenute per fini di vendita nel normale corso degli affari. La stessa esposizione in bilancio varrebbe, altresì, per le società che agiscono come intermediari (*broker-trader*) di *criptovalute*[96], ossia per gli *exchanges* e i *wallet providers* che possono avere la necessità

[93] Il Comitato ha affermato che le *criptovalute* non soddisfano le condizioni necessarie per essere considerate attività finanziarie perché: *(i)* non costituiscono disponibilità liquide, giacché non svolgono le tradizionali funzioni della moneta e non possono essere utilizzate alla stregua di un tradizionale mezzo di pagamento; *(ii)* non costituiscono uno strumento rappresentativo di capitale di un'altra entità; *(iii)* non attribuiscono alcun diritto contrattuale a ricevere disponibilità liquide o altre attività finanziarie da un'altra società o a scambiare attività/passività finanziarie con altre società a condizioni potenzialmente favorevoli; e *(iv)* non costituiscono neppure contratti che possono essere estinti tramite strumenti rappresentativi di capitale della società.

[94] Nell'ambito degli IAS, tale categoria include anche i beni intangibili. In particolare, lo IAS 2, par. 6, definisce le rimanenze come beni: *(i)* posseduti per la vendita nel normale svolgimento dell'attività; *(ii)* impiegati nei processi produttivi per la vendita; *(iii)* sotto forma di materiali o forniture di beni da impiegarsi nel processo di produzione o nella prestazione di servizi.

[95] In base allo IAS 38, par. 8, un'attività immateriale è un'"*attività non monetaria identificabile priva di consistenza fisica*". Tale principio, come noto, si applica alla contabilizzazione di tutte le attività immateriali ad eccezione di quelle che rientrano nell'ambito di applicazione di un altro principio, delle attività finanziarie definite dallo IAS 32 e delle attività di esplorazione e valutazione delle risorse minerarie IFRS 6.

[96] In base allo IAS 2, par. 5, sono tali "*coloro che acquistano o vendono merci per conto terzi o per proprio conto*", e le rimanenze "*sono principalmente acquistate per una vendita nel prossimo futuro e per generare un utile dalle fluttuazioni di prezzo o dal margine dei commercianti-intermediari*".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

di mantenere scorte in queste attività, o per i soggetti che svolgono attività di "estrazione" (*mining*)[97].

Diversamente, qualora le *criptovalute* siano acquisite per finalità di investimento o per essere utilizzate come mezzo di scambio di beni o di servizi, potrebbe trovare applicazione la disciplina contenuta nello IAS 38, purché: *(i)* l'attività sia identificabile (ossia, può essere separata, venduta, trasferita, data in licenza, affittata, scambiata, derivata da diritti contrattuali o legali) e in grado generare un flusso di benefici economici futuri e *(ii)* l'entità abbia il potere di usufruire dei benefici economici derivanti dalla risorsa in oggetto e di limitare l'accesso da parte di terzi a tali benefici[98].

Ora, è chiaro che la diversa classificazione contabile produce effetti sul criterio di valutazione da utilizzare e, conseguentemente, sulla rappresentazione in bilancio dei relativi effetti di valutazione e di realizzo di tale attività.

E infatti, mentre le rimanenze sono valutate al minore tra il costo sostenuto per il loro acquisto e il valore di realizzo[99] (IAS 2, par. 9), le immobilizzazioni immateriali devono essere inizialmente rilevate al costo, mentre in sede di rilevazione successiva possono essere iscritte in bilancio o al costo (al netto degli ammortamenti accumulati e delle eventuali perdite di valore accumulate) oppure al *fair value* alla data di rideterminazione del valore (al netto degli ammortamenti accumulati e delle eventuali perdite di valore accumulate), in presenza di un mercato attivo per tali attività[100]. In tale ultimo caso, l'incremento di valore deve essere rilevato a patrimonio netto sotto la voce "riserva di valutazione", salvo che ripristini una diminuzione di valore rilevata precedentemente a Conto economico, mentre la diminuzione di valo-

[97] Sul tema, A. Caponera e C. Gola, *Aspetti economici e regolamentari delle «cripto-attività»*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 484, 2019, p. 24 ss.

[98] V., in via generale, F. Montedoro, *Attività materiali, immateriali e magazzino*, in F. di Lazzaro, T. Fabi e M. Tezzon (a cura di), *Principi contabili internazionali: temi e applicazioni*, Torino, 2018.

[99] Secondo il par. 3, lett. b) e il par. 5 dello IAS 2, solo ai *broker-trader* è consentita la valutazione al *fair value* al netto dei costi di vendita, con la rilevazione delle relative variazioni di valore a Conto economico.

[100] È da escludere che le *criptovalute* siano sottoposte ad ammortamento, trattandosi di attività a vita utile indefinita.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

re deve essere rilevata a Conto economico, salvo il caso di precedenti rivalutazioni, situazione in cui la diminuzione deve essere invece rilevata a patrimonio netto in riduzione della voce "riserva di rivalutazione".

Da ultimo, si evidenzia che la classificazione delle *criptovalute* tra le rimanenze o tra le attività immateriali ne determina la rilevazione al tasso di cambio in essere alla data dell'operazione o, se valutati ai *fair value*, al tasso di cambio alla data in cui il *fair value* è misurato (IAS 21, par. 23). Le eventuali differenze di cambio vanno rilevate a conto economico o a patrimonio netto in base alla classificazione prevista dal principio contabile di riferimento per gli utili o le perdite dell'elemento non monetario (IAS 21, par. 30).

La ricostruzione prospettata dall'IFRIC non è stata pienamente condivisa dall'OIC.

In particolare, nelle proprie osservazioni alla *Temptative agenda decision* del 30 maggio 2019, l'OIC ha evidenziato una certa preoccupazione, non seguita però da una proposta di classificazione alternativa, circa l'applicabilità dello IAS 38 alle *criptovalute* detenute per la vendita, e ciò perché "*cryptocurrencies are normally acquired for investment purposes or to be used as a means of payment. We think that these characteristics make different cryptocurrencies from other intangible assets. Consequently, the measurement models in IAS 38 may not be the most appropriate way to represent holdings of cryptocurrencies, especially when an active market exists*"[101].

Anche l'applicazione dei criteri di valutazione potrebbe presentare alcune criticità con riferimento alla determinazione sia del costo sia del fair value.

Più precisamente, mentre la valutazione delle *criptovalute* al costo (in caso di classificazione sia tra le rimanenze sia tra le attività immateriali) non è rappresentativa del loro valore corrente, la valutazione al fair value (nel caso di classificazione tra le attività immateriali) non è invece rappresentativa della loro volatilità, nella misura in cui le relative variazioni di valore sono rilevate a patrimonio netto, anziché a conto economico[102].

[101] Cfr. https://www.fondazioneoic.eu/wp-content/uploads/downloads/2019/05/2019-05-30-OIC-CL-on-IFRIC-TAD-March-2019.pdf.

[102] Condivide questa perplessità anche A. Tomassini, *Criptovalute, NFT e Me-*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

4.2. Per quanto riguarda i soggetti OIC, in assenza di indicazioni specifiche, il trattamento contabile *criptovalute* non può che essere ricostruito in via interpretativa, e in particolarein via analogica, tenendo conto delleregole contenute negli attuali principi contabili nazionali e prendendo a riferimento anche le indicazioni fornite in ambito internazionale.

Come prima cosa, sembra potersi escludere che le *criptovalute* siano qualificabili alla stregua delle disponibilità liquide, secondo la definizione contenuta nel'OIC 14, par. 4, limitandosi quest'ultimo a richiamare quanto previsto dall'art. 2424 cod. civ., in base le disponibilità liquide sono rappresentate da depositi bancari e postali[103], assegni[104], denaro e valori in cassa[105].

Parimenti da scartare sembra la possibilità di annoverare le *criptovalute* tra le attività finanziarie, per la cui definizione, ai sensi dell'art. 2426, comma 2, cod. civ., occorre fare riferimento ai principi contabili internazionali e, dunque, allo IAS 32 il quale – come evidenziato – non è ritenuto applicabile dall'IFRIC.

Alla luce di ciò, non resta che verificare se l'inquadramento fatto nel sistema IAS/IFRS possa essere confermato anche sul fronte nazionale.

In questa direzione, i documenti rilevanti sarebbero essenzialmente due: l'OIC 13[106], in materia di rimanenze e l'OIC 24, par.

taverso. Fiscalità diretta, indiretta e successoria, op. cit., p. 132 ss.

[103] In base allo stesso par. 4, i depositi bancari e postali sono disponibilità presso il sistema bancario o l'amministrazione postale, aventi il requisito di poter essere incassati a pronti.

[104] Gli assegni sono titoli di credito bancari esigibili a vista, nazionali o esteri.

[105] Il denaro e i valori in cassa sono costituiti da moneta e valori bollati (es. francobolli, marche da bollo, carte bollate, etc.).

[106] In base a tale OIC, "*Le rimanenze di magazzino rappresentano beni destinati alla vendita o che concorrono alla loro produzione nella normale attività della società. Le principali tipologie di rimanenze di magazzino disciplinate sono: i) le materie prime, ivi compresi i beni acquistati soggetti ad ulteriori processi di trasformazione (cd. semilavorati di acquisto); ii) le materie sussidiarie e di consumo (costituite da materiali usati indirettamente nella produzione); iii) i prodotti in corso di lavorazione (materiali, parti e assiemi in fase di avanzamento); iv) i semilavorati (parti finite di produzione interna destinate ad essere utilizzate in un successivo processo produttivo); v) le merci (beni acquistati per la rivendita senza subire rilevanti trasformazioni); vi)i prodotti finiti (prodotti di propria fabbricazione)*".

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

9[107], in materia di immobilizzazioni materiali, le cui definizioni non presentano divergenze sostanziali da quelle, già analizzate, che sono recate dagli IAS 2 e IAS 38[108].

Sicché, nel caso in cui l'impresa destini le *criptovalute* alla vendita nel normale svolgimento della sua attività, le stesse verrebbero trattate contabilmente come rimanenze e, in sede di valutazione (OIC 13, par. 40), la loro rilevazione avverrebbe al minore tra costo di acquisto o di produzione (con possibilità di utilizzare metodi di determinazione del costo alternativi al costo specifico, quali FIFO, LIFO o costo medio ponderato) e valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato (art. 2426, comma 1, n. 9, cod. civ.). Diversamente, qualora le *criptovalute* siano detenute come attività e dunque classificate tra le immobilizzazioni immateriali, la loro rilevazione (OIC 24, par. 60) andrebbe fatta al costo di acquisto o di produzione eventualmente ridotto per perdite durevoli di valore (art. 2426, comma 1, n. 3, cod. civ.). In entrambi i casi, la rilevazione dovrà avvenire al tasso di cambio storico e le eventuali differenze di cambio concorreranno alla determinazione del valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato o del valore recuperabile e, quindi, non saranno

[107] Il citato par. 9 rileva laddove afferma che "*i beni materiali sono beni non monetari, individualmente identificabili, privi di consistenza fisica e sono, di norma, rappresentati da diritti giuridicamente tutelati. Un bene immateriale è individualmente identificabile quando: i) è separabile, ossia può essere separato o scorporato dalla società e pertanto può essere venduto, trasferito, dato in licenza o in affitto, scambiato; oppure ii) deriva da diritti contrattuali o da altri diritti legali, indipendentemente dal fatto che tali diritti siano trasferibili o separabili dalla società o da altri diritti e obbligazioni*". Meno pertinente, tenuto conto delle caratteristiche delle *criptovalute*, sembrerebbe la definizione di cui al par. 4 del medesimo OIC 24, ove si riferimento a "benefici economici lungo un arco temporale di più esercizi", cioè capace di essere utilizzato e produrre effetti nel tempo.

[108] Una parte della dottrina ha prospettato la possibilità di applicare l'OIC 7, relativo ai certificati verdi, e l'OIC 8, dedicato alle quote di emissione di gas ad effetto serra, con conseguente classificazione delle *criptovalute* tra le rimanenze di magazzino, se detenute dalle società di *trading* e dai soggetti che svolgono attività di estrazione (*mining*), e tra le attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni, qualora siano acquisite per finalità di investimento o per essere utilizzate come mezzo di scambio: cfr. S. Capaccioli, *Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci molte ombre*, in *Il fisco*, 37, 2016, p. 3538 ss.; Id., *Criptoattività*, *op. cit.*, p. 414 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

rilevate in modo autonomo e separato (OIC 26, par. 30-31)[109].

Tale impostazione, analogamente a quanto osservato in riferimento ai soggetti IAS/IFRS *adopters*, presenta alcune criticità.

A prescindere dalla classificazione, infatti, in coerenza con il principio di prudenza che informa il sistema contabile nazionale, verrebbero rilevate in bilancio solo le riduzioni di valore delle *criptovalute*, mentre gli incrementi di valore troverebbero rappresentazione contabile solo nei limiti del costo originariamente sostenuto. Vi è, poi, la difficoltà – in sede di valutazione delle valute virtuali – di individuare il valore di mercato data l'assenza di un sistema di rilevazione ufficiale[110].

4.3. Non rimane, a questo punto, che illustrare e valutare la posizione assunta dalla prassi amministrativa siccome enucleabile da due recentissime risposte a interpello, la n. 508 del 12 ottobre 2022 e la n. 515 del 17 ottobre 2022[111], che avevano entrambe ad oggetto il trattamento fiscale dell'attività di *mining* ai fini delle imposte dirette (ma anche ai fini IVA).

Anche in questo contesto, l'Agenzia delle entrate ha ribadito l'assimilabilità delle *criptovalute* alle valute tradizionali e, per l'effetto, ha previsto l'applicabilità alle valute digitali delle medesime regole dettate per operazioni aventi ad oggetto le valute tradizionali.

In ragione di ciò, è stato ritenuto che, per i soggetti-imprenditori, i proventi ritratti dal *mining* concorrono alla formazione del reddito

[109] La classificazione delle *criptovalute* tra le attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni (che costituiscono elementi monetari) comporta, invece, la rilevazione al tasso di cambio a pronti alla data di chiusura dell'esercizio, con imputazione dei relativi utili o perdite su cambi a conto economico nella voce C.17-*bis* (OIC 26, par. 26-29).

[110] Ciò implica che occorre fare riferimento alle quotazioni del singolo mercato su cui vengono scambiate le *criptovalute*, quotazioni che, come noto, posso essere altamente volatili anche nello stesso giorno.

[111] Nel caso di specie, l'istante ha dichiarato di svolgere l'attività di nodo validatore in relazione alla *criptovaluta* HNT sulla *blockchain Helium* (basata sul protocollo *proof of coverage*), chiedendo all'Amministrazione finanziaria qual fosse "il momento impositivo" per il *mining* svolto in regime di impresa, ossia, se la "creazione" o "ricezione" della *criptovaluta*, oppure la conversione della stessa in valuta avente corso legale.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

imponibile nel periodo di imposta di competenza (tenendo conto, si soggiunge, della riserva contenuta nell'art. 83 per l'imputazione a periodo); e, in forza del combinato disposto di cui all'art. 110, comma 2 e dell'art. 9 del TUIR, i compensi vanno valutati al cambio del giorno in cui sono stati percepiti, o nel giorno antecedentemente più vicino o, in sua mancanza, secondo il cambio del mese in cui sono stati percepiti; al termine di ciascun periodo d'imposta, si considererà realizzato il delta cambi emergente dal confronto tra il valore fiscale iniziale e quello rilevato alla data di chiusura del periodo d'imposta, ai sensi dell'art. 110 del TUIR. Nel documento n. 508 del 2022, l'Agenzia ha precisato ulteriormente che laddove il *pool* non riesca perfezionare in tempo utile la soluzione dell'algoritmo, ossia non riesca a minare un blocco e il *miner* non riceve alcun compenso, si realizza una perdita su crediti la cui deducibilità sarà consentita al ricorrere degli elementi certi e precisi *ex* art. 101, comma 5 del TUIR.

Se lette con le lenti (che non si reputano corrette) dell'Agenzia, secondo cui le *criptovalute* sono equiparate alle valute estere, le risposte non si prestano a critiche di sorta, ma – questo sì – a osservazioni ulteriori in ordine al trattamento contabile dell'attività di *mining.*

In base a quanto rappresentato nell'interpello, ove il soggetto adottava i principi contabili nazionli, il primo aspetto interessante da rilevare concerne la qualificazione dell'attività di *mining* alla stregua di una prestazione di servizi, al pari della cessione delle *criptovalute*, circostanza, questa, che comporta, sul piano contabile, l'applicazione dell'OIC 34, il quale disciplina i criteri per la rilevazione, la classificazione e valutazione dei ricavi delle vendite e delle prestazioni a conto economico relativi alla gestione caratteristica.

Tale qualificazione è rilevante in punto di individuazione del corretto momento impositivo per l'attività di *mining*, ossia per capire se il ricavo assuma rilevanza al momento della creazione o della ricezione della *criptovaluta*, oppure se in sede di conversione in valuta *fiat*.

A tali fini, occorre considerare che il par. 31 dell'OIC 34 prevede che "*Nel caso in cui la società non possa rilevare il ricavo secondo il criterio dello stato di avanzamento, il ricavo per il servizio prestato è iscritto a conto economico quando la prestazione è stata definitivamente completata*". Il principio contabile – che, in forza del principio di derivazione rafforzata, vale per tutti i soggetti diversi dalle sole

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

microimprese che non hanno optato per il regime di contabilità ordinaria – si pone, invero, in linea con i parametri previsti dall'art. 109, comma 2, lett. b) del TUIR, che è applicabile alle microimprese in regime di derivazione semplice, e cioè la maturazione, per quanto riguarda i servizi di durata, e l'ultimazione della prestazione, per quanto attiene ai servizi di risultati, qual è il *mining*.

Se questo è il quadro, il soggetto che adotta gli OIC deve sin subito rilevare i ricavi (i.e. le *criptovalute*) nel periodo di ultimazione dell'attività di "estrazione" e, qualora in sede di chiusura dell'esercizio gli stessi siano rimasti in giacenza (ad esempio perché le valute state non scambiate o convertite), costituiranno rimanenze di magazzino sui quali si dovranno rilevati gli eventuali scostamenti. Diversamente, i potenziali *plus* o *minusvalori* dovranno essere rilevati al momento del cambio, quale differenza tra il valore nel momento in cui la *criptovaluta* è stata minata e il controvalore effettivamente ricevuto, al netto delle commissioni applicate.

5. *Il monitoraggio fiscale delle criptovalute*

La disciplina sul monitoraggio fiscale, di cui al d.l. 28 giugno 1990, n. 167, prevede che gli intermediari bancari e finanziari di cui all'art. 3, comma 2 del d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231, i soggetti di cui all'art. 3, comma 3, lett. a) e d), nonché gli operatori non finanziari *ex* art. 3, comma, 5 lett. i), i quali intervengono, anche attraverso movimentazione di conti, nei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento siano tenuti a trasmettere all'Agenzia delle entrate: *(i)* i dati di cui all'art. 31, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2007, relativi alle predette operazioni, effettuate anche in valuta virtuale, di importo pari o superiore a 5.000 euro; *(ii)* indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiano collegate per realizzare un'operazione frazionata (cfr. art. 1)

L'art. 4, comma 1, prevede, poi, che le persone fisiche, gli enti non commerciali e le società semplici ed equiparate ai sensi dell'art. 5 del TUIR[112], residenti in Italia, che nel periodo di imposta detengono

[112] Tale obbligo – secondo la Circolare dell'Agenzia delle entrate del 23 dicembre 2013, n. 38 – incombe anche sulle persone fisiche titolari di reddito d'impresa

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria (tra le quali figurano, ovviamente, anche le valute estere), suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia, debbano indicarli nell'apposito quadro RW della dichiarazione dei redditi[113].

Tanto sinteticamente premesso in termini generali, si evidenzia che, sin dalla risposta ad interpello n. 956-39/2018, l'Amministrazione finanziaria ha sostanzialmente affermato che, se detiene valute virtuali, il contribuente è tenuto a darne indicazione nella dichiarazione annuale dei redditi, mediante compilazione del quadro RW della dichiarazione dei redditi. Soluzione, questa, che è assisa su tre circostanze: *(i)* l'introduzione della nozione di valuta virtuale ad opera del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90; *(ii)* le modifiche apportate alla normativa in materia di monitoraggio fiscale dal surrichiamato decreto legislativo.; *iii*) l'equiparazione delle valute virtuali alle valute estere.

È interessante l'evoluzione interpretativa compiuta dall'Amministrazione finanziaria in ordine all'ambito applicativo dell'obbligo di comunicazione.

Nella risposta n. 956-39/2018, l'Agenzia ha affermato *tout court* che le *criptovalute* (i.e. le attività finanziarie estere) detenute in Italia al di fuori del circuito degli intermediari residenti dovevano essere indicate nel quadro RW (richiamando la circolare 23 dicembre 2013, n. 38/E) anche se detenute in *wallet* privati, ossia anche se meramente detenute a titolo personale senza l'intervento di un *exchange*[114]. Nei

e di lavoro autonomo, indipendentemente dalla tipologia di contabilità adottata e nonostante che gli stessi siano soggetti obbligati alla tenuta e conservazione delle scritture contabili.

[113] L'obbligo di comunicazione viene meno per effetto dell'esenzione di cui al successivo comma 3 dell'art. 4 d.l. n. 167 del 1990, "*per le attività finanziarie e patrimoniali affidate in gestione o in amministrazione agli intermediari residenti e per i contratti comunque conclusi attraverso il loro intervento, qualora i flussi finanziari e i redditi derivanti da tali attività e contratti siano stati assoggettati a ritenuta o imposta sostitutiva dagli intermediari stessi*".

[114] In questo senso la risposta n. 788 del 2021, ove si legge altresì che "*con riferimento al secondo quesito, si ritiene che per tutte le valute virtuali detenute dall'Istante, vale a dire anche per quelle di cui detenga direttamente la chiave privata, sussista l'obbligo di monitoraggio fiscale di cui al d.l. n. 167 del 1990 e conseguentemente, l'Istante sia tenuta alla compilazione del Quadro RW, del Modello Redditi PF 2021, secondo le indicazioni sopra riportate e meglio specificate nelle istruzioni allegate al medesimo Modello*".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

successivi interventi ha poi chiosato che l'attività deve considerarsi estera se il *wallet* è detenuto presso un intermediario residente, e che gli obblighi di monitoraggio non sussistono se l'intermediario è una società italiana[115].

In ordine al momento dichiarativo, posto tutti gli importi esposti in dichiarazione devono essere espressi in euro, l'Agenzia delle entrate ha altresì chiarito che il controvalore in euro della valuta virtuale detenuta al 31 dicembre del periodo di riferimento dev'essere determinato al cambio indicato a tale data sul sito dove il contribuente ha acquistato la valuta virtuale; negli anni successivi, invece, il contribuente dovrebbe, teoricamente, indicare il controvalore detenuto alla fine di ciascun anno o alla data di vendita nel caso di valuta virtuale vendute in corso d'anno[116].

Il quadro offerto dalla prassi amministrativa solleva un triplice ordine di criticità allo stato della legislazione vigente, così sintetizzabili: *(i)* la più volte evidenziata non assimilabilità delle valute virtuali alle tradizionali valute estere e, quindi, la non riconducibilità alle attività estere di natura finanziaria; *(ii)* l'assoggettamento generalizzato della disciplina relativa al monitoraggio fiscale, indipendentemente dalle modalità con cui il soggetto detiene le *criptovalute* (ammesso e non concesso che tale distinzione possa fari, data la dimensione a-territoriale che caratterizza questo fenomeno)[117]; *(iii)* il regime sanzionatorio in assenza di una disposizione espressa che preveda l'obbligatorietà di indicazione dello Stato estero di detenzione delle stesse.

Tralasciando il primo aspetto, già oggetto di osservazioni, non è revocabile in dubbio che le valute virtuali nascono e vivono su tecnologie *blockchain*, ossia su sistemi informatici che non presentano

[115] Così le risposte n. 433 e 437 del 2022. Nella risposta n. 956-448/2022 l'Amministrazione finanziaria ha anche precisato che la remunerazione per attività di *staking* (ovvero la "validazione diffusa" dei processi *blockchain*) non deve essere dichiarata come reddito estero nel quadro RW ove il conto online di appoggio (i.e. *wallet*) sia detenuto presso una piattaforma gestita da una società italiana. Per un commento a tali documenti di prassi, T. Calculli, *Proporzionalità del prelievo e sostituzione tributaria ai tempi della blockchain "aterritoriale", op. cit.*

[116] Cfr. la risposta n. 788 del 2021.

[117] Sul punto v. A. Contrino e G. Baroni, *The Cryptocurrencies: Fiscal Issues and monitoring*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2019, p. 27 ss.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

alcun legame con lo spazio fisico e che non possono essere circoscritti o ricondotti in un certo confine territoriale.

I sistemi DLT hanno fortemente indebolito il tradizionale (e già fragile) concetto di "estero" o di "nazionale".

Le transazioni sulle *blockchain* – com'è noto – avvengono istantaneamente *peer-to-peer* e qualunque informazione, ivi compresa quella avente ad oggetto una "rappresentazione digitale di valore", una volta validata e confermata viene registrata e trasmessa simultaneamente su tutti i nodi connessi a quella determinata rete in qualunque posto del mondo[118].

Risulta, dunque, insostenibile la lettura offerta dall'Agenzia nella misura in cui considera il *wallet* alla stregua del luogo di deposito delle *criptovalute*. Il *wallet* altro non è che un servizio, un'applicazione per *smartphone* o *personal computer*, un programma meramente funzionale alla gestione delle chiavi, e non invece una sorta di libretto o un conto corrente in cui un soggetto vi versa e preleva le valute virtuali come se queste fossero beni materiali e tangibili.

In assenza di una precisa collocazione geografica, il solo criterio utilizzabile – ai fini della valutazione della "detenzione all'estero" rilevante per il monitoraggio – potrebbe essere, al più, quello basato sulla disponibilità della chiave privata (i.e. di quella stringa alfanumerica che consente al possessore di disporre delle proprie valute virtuali), dal momento che tale chiave consente di distinguere i *wallet custodial*[119] dai *wallet non custodial*[120].

In questa prospettiva, per i *wallet non custodial* si potrebbe assumere che – almeno in linea di principio – i dispositivi "seguono" il titolare[121]; diversamente, in caso di affidamento delle *criptovalute*

[118] Come giustamente osservato, "la criptovaluta esiste soltanto in forma di registrazione nel *ledger* e il suo spostamento da un portafoglio all'altro non è che la risultante della sua validazione e della conseguente creazione di un nuovo blocco": così A. Tomassini, *op. ult. cit.,* p. 169.

[119] In tale prospettiva, rimangono del tutto inspiegabili le prime soluzioni offerte dall'Agenzia – che dovrebbero essere, oggi, definitivamente superate – secondo cui anche le *criptovalute* detenute in wallet privati si sarebbero dovute indicare nel quadro RW.

[120] Sul tema v. O. Salvini. *Rappresentazioni digitali di valore: la dichiarazione degli investimenti e delle attività finanziarie*, in *Il fisco*, 2018, 14, p. 1321 ss.

[121] L'uso del condizionale, tuttavia, non è causale, posto che vi sono comunque

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

a un terzo bisognerebbe indagare la fattispecie concreta e verificare se il contribuente abbia disponibilità delle chiavi in via diretta o indiretta.

Al tale ultimo scopo, soccorrerebbe la definizione di prestatori di servizi di portafogli digitali, di cui alla V direttiva antiriciclaggio e all'art. 1, comma 2, lett. ff-*bis*), la quale, come già osservato, stabilisce che è tale il soggetto che può disporre autonomamente della valuta virtuale (ossia, mediante accesso diretto con la chiave crittografica privata e in assenza di sistemi multifirma) per conto dei propri clienti. Ebbene, proprio l'attività di salvaguardia di chiavi crittografiche private svolta "per conto dei propri clienti" potrebbe rappresentare il giusto *discrimen* tra i casi eventualmente da assoggettare alla disciplina sul monitoraggio fiscale (*providers* residenti all'estero), da quelli esclusi (contribuente residente in italia)[122].

Già da queste brevi osservazioni emerge la complessità della tematica in esame, che è acuita dalle istruzioni relative alla compilazione del modello dei redditi delle persone fisiche 2019 e 2020, le quali, dopo aver confermato che le *criptovalute* devono essere indicate all'interno del quadro RW nella colonna 3 con il codice 14, denominato "Altre attività estere di natura finanziaria", spiegano che il codice dello Stato estero di cui alla colonna 4, non è obbligatorio nel caso di compilazione del quadro RW per dichiarare le criptovalute.

Questa precisazione non è di poco conto.

fattispecie più sfumate rispetto alle quali anche il siffatto criterio potrebbe risultare inidoneo. Al riguardo, si pensi ai casi di utilizzo di *hardware* o *paper wallet*, rispetto ai quali il luogo di detenzione potrebbe anche non coincidere con il luogo in cui risiede il soggetto (si pensi al caso in cui un residente italiano detiene la propria pennetta USB o il documento cartaceo nella cassetta di sicurezza di una banca in Svizzera). Tali fattispecie, a ben vedere, presentano connotazioni più peculiari rispetto ai mobile wallet i ai web wallet i quali si prestano probabilmente meglio a seguire i movimento del possessore.

[122] Di diverso avviso è l'Agenzia delle entrate che, sin dalla risposta n. 72/E del 2016, pur avendo rilevato che i *wallet* sono distinti anche in base "*al controllo o meno della chiave privata da parte dell'utente (custodial/non custodial wallet)*", ha ritenuto rilevano entrambi indipendentemente dalla loro tipologia. V. anche L. Salvini *La dimensione valutaria dell'economia digitale: le criptovalute*, in L. Carpentieri (a cura di), *Profili fiscali dell'economia digitale*, Torino, 2020, p. 165 ss.; B. Bellicini e G.L. Comandini, *La fiscalità delle criptovalute tra rischi di evasione, problemi di tracciabilità e future prospettive*, *Riv. tel. dir. trib.,* 1, 2022, n. 1.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Lungi dall'avere una mera valenza formale, essa impatta sul profilo sanzionatorio di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 167/1990[123], e più in generale, in forza della normativa prevista per il contrasto ai paradisi fiscali di cui all'art. 12, d.l. n. 78/2009, anche ai fini: *(i)* del relativo regime sanzionatorio e della conseguente, eventuale quantificazione del ravvedimento operoso; *(ii)* del raddoppio dei termini dell'accertamento erariale; *(ii)* dell'applicazione della presunzione relativa di evasione per le "attività detenute" in Stati esteri non collaborativi[124].

Per quanto riguarda l'indicazione del controvalore in euro della *criptovaluta*, la tesi dell'Agenzia secondo cui occorre fare riferimento al sito di acquisto determina notevoli rischi connessi non solo all'estrema volatilità, ma all'affidabilità e alla stabilità dello stesso *exchange*, il quale può ben dichiarare lo stato di fallimento da un giorno all'altro e chiudere la propria pagina internet[125].

Anche in questo caso, inoltre, le classiche nozioni di "valore di mercato"[126] o di "mercato di riferimento"[127], diventano inadeguati se

[123] La norma prevede un trattamento sanzionatorio diverso a seconda del luogo di localizzazione dell'investimento non dichiarato. In particolare, la violazione dell'obbligo di dichiarazione è punita con una sanzione pecuniaria; *(i)* dal 3 al 15 per cento, se l'importo non dichiarato di riferisce a investimento o attività finanziarie detenuti in Stati o territori diversi da quelli a regime fiscale privilegiato; *(ii)* dal 6 al 30 per cento se gli stessi sono detenuti in stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui ai decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 4 maggio 1999 e del 21 novembre 2001.

[124] In questo senso v. E. Belli Contarini, *op. cit*., p. 654.

[125] Problematiche ancora maggiori si pongono in relazione alle plusvalenze nelle cessioni a pronti, per le quali l'imponibilità è subordinata a una soglia che fa riferimento alla giacenza media superiore ad euro 51.645,69 per almeno sette giorni lavorativi continui. Invero, il riferimento ai giorni "lavorativi" di un mercato che, oltre ad essere a-territoriale, sembra anche a-temporale (in ragione della diversione concezione che il "tempo" può assumere per il *web*) rende complicata l'individuazione del valore al quale fare riferimento.

[126] Le circolari del 2 luglio 2012, n. 28/E e del 23 dicembre 2013, n. 38/E, si affermava che il valore di mercato da indicare nel quadro RW della dichiarazione dei redditi doveva essere pari, in alternativa. *(i)* al valore di mercato (rilevato al termine del periodo di imposta o al termine del periodo di detenzione nel luogo in cui esse sono detenute); *(ii)* al valore nominale (nel caso di attività finanziarie non negoziate in mercati regolamentati); *(iii)* al valore di rimborso (in mancanza del valore nominale); *(iv)* al costo di acquisto (in mancanza del valore nominale o di quello di rimborso).

[127] L'art. 1 del d.m. 5 marzo 2015, n. 30 qualifica il mercato regolamentato, come

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

calati nel contesto delle valute virtuali, le quali non solo non sono scambiate su un mercato regolamentato, ma non hanno neppure un vero e proprio "valore di mercato" giacché anche il loro costo di acquisto può cambiare drasticamente e repentinamente sia al rialzo che al ribasso e può finanche variare da una piattaforma ad un'altra.

quello "*iscritto nell'elenco previsto dall'art. 63, comma 2 o nell'apposita sezione prevista dall'art. 67, comma 1, del TUF o altro mercato regolamentato regolarmente funzionante, riconosciuto e aperto al pubblico, specificato nel regolamento del fondo*". Muovendo da queste premesse, l'Agenzia delle entrate, con la recente circolare del 23 dicembre 2020, n. 32/E, ha chiarito che per "mercato regolamentato estero" – in aggiunta a quello riconosciuto dalla Consob e a quello indicato nell'elenco dell'ESMA – ogni altro mercato: *(i)* regolamentato regolarmente funzionante (vale a dire dotato di un'organizzazione e di regole di funzionamento che garantisca una negoziazione regolare, in termini di esecuzione efficiente degli ordini, e quindi di volume delle contrattazioni); *(ii)* riconosciuto (cioè sia riconosciuto tale dalle competenti autorità); *(iii)* aperto al pubblico (ossia essere un mercato multilaterale che nella fissazione dei prezzi favorisca l'incontro di domanda ed offerta di una pluralità di soggetti). Oltre a questo, l'atto di prassi ha precisato altresì che ai fini fiscali può essere riconosciuto come legittimo il riferimento alle liste predisposte in sede di autoregolamentazione dalle associazioni rappresentative delle SGR e portate a conoscenza della Banca d'Italia.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Capitolo III

Imposizione indiretta

*Laura Letizia**

Sommario: 1. Premessa: la visione europea sull'intervento dell'imposta sul valore aggiunto rispetto alle operazioni effettuate con monete virtuali. - 1.1. I *working papers dell'EU's VAT Comitee*. - 1.2. Le interpretazioni dell'amministrazione finanziaria. – 2. La non applicazione dell'imposta sul valore delle attività finanziarie detenute all'estero. – 3. Le difficoltà relative all'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni rispetto alla trasmissione di patrimoni contenenti criptovalute (detenute o meno direttamente). - 3.1. La base imponibile e il "valore venale in commercio". - 3.2. La previa detenzione "diretta" da parte del *de cuius* di monete virtuali. - 3.3. Problematiche riguardanti la territorialità. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa: la visione europea sull'intervento dell'imposta sul valore aggiunto rispetto alle operazioni effettuate con monete virtuali*

L'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto ad operazioni compiute con monete virtuali[1] ne coinvolge, propedeuticamente, la visione sovranazionale, implicando di tener conto di quelle disciplinate agli artt. 14 ("Cessione di beni"), 24 ("Prestazioni di servizi") e

* Professoressa associata di *Diritto tributario* presso Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

[1] Si precisa che il termine, nel corso del capitolo, sarà utilizzato ricorrendo a più espressioni, sebbene per alcuni Autori il più corretto sia, appunto, quello di "monete virtuali", *species* del più ampio *genus* di moneta con corso legale e forzoso. In questo senso R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche,* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 1, p. 27.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

25 ("Operazioni assimilabili alle prestazioni di servizi") della direttiva 2006/112 CE[2].

L'approccio al tema richiede, altresì, di apprezzare sia che l'intervento del tributo sulle segnalate attività economiche avviene allorquando compiute dietro corrispettivo e, dunque, denotanti reciprocità di prestazioni[3], sia che ciò determina, inevitabilmente, esiti discriminatori[4] in ragione della non uniforme applicazione delle aliquote riferibili negli Stati membri[5] in difetto di una fiscalità condivisa

[2] La "direttiva Iva", di recente, è stata interessata da modifiche apportate, tra l'altro, dalla direttiva (Ue)2020/284 che, dall'1° gennaio 2024, richiede la presenza di specifici requisiti ai prestatori di servizi di pagamento per tracciarne quelli transfrontalieri concernenti il commercio elettronico. La direttiva (Ue)2020/285, a sua volta, haintrodotto semplificazioni, con effetto dal 1° gennaio 2025, per quanto concerne oneri amministrativi e costi di conformità posti sulle imprese con un fatturato annuo al di sotto di soglie prefissate dagli Stati membri e purché non sia superiore a 85.000 euro, sì da delineare un "ambiente" fiscale maggiormente favorevole allo sviluppo degli scambi, estensibile anche ad altri Stati, e nei limiti della "soglia", quando le imprese presentino un fatturato (complessivo) in tutta la Ue non eccedente 100.000 euro. Il primo "pacchetto Iva" in materia – direttive (UE)2017/2455e2019/1995 – già prevedeva, comunque, delle semplificazioni disponendo, ad esempio, che l'imposta sulle forniture deve essere versata nello Stato membro del cliente in conformità al canone della tassazione nel Paese di destinazione.

[3] Sul punto P. Filippi, *La cessione dei beni nell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 1994, p. 48.

[4] Sul principio P. Adonnino, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme della CEE e della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità*, in *Riv. dir. fin. sc. fin*., 1993, p. 67 ss.

[5] Al proposito il Parlamento europeo ha approvato una proposta della Commissione sul regolamento "MiCA", di cui alla direttiva (UE) 2019/1937, per tendere all'uniforme regolamentazione dell'Iva nella Ue, sebbene non contemplante valute che presentino un'elevata volatilità. In questo senso, *Market in Cryptoasset*, 24 settembre 2020. La prima Istituzione segnalata e il Consiglio hanno raggiunto peraltro e, da ultimo, un accordo provvisorio su una proposta di aggiornamento delle informazioni sui trasferimenti di fondi, riguardanti anche le cripto-attività, per assegnare agli scambi "trasparenza finanziaria" e, soprattutto, per giungere a un quadro uniforme in materia e, particolarmente, rispetto alle norme di cui alle raccomandazioni nn. 15 e 16 della *Financial Action Task Force*. S'intende prevedere, in sostanza che i prestatori di servizi delle attività in disamina raccolgano e rendano accessibili talune informazioni su cedenti e cessionari di trasferimenti operati con monete digitali per ovviare ai rischi rapportati al riciclaggio e al finanziamento di attività illecite, nonché per garantire competitività e integrità finanziaria al riferibile mercato, tutelare

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

nel riferibile mercato[6]. A ogni modo, un'indagine sul trattamento ai fini IVA delle negoziazioni eseguite con criptovalute – tema di questo paragrafo e dei due successivi – così come dei profili ulteriori concernenti la loro tassazione indiretta – tema di questo capitolo – non può prescindere da un riferimento alla decisione resa dalla Corte di Giustizia il 22 ottobre 2015, in esito alla causa C-264/14, riguardante alcune operazioni di cambio di valuta tradizionale verso *bitcoin* e da cui un *exchanger* svedese ritraeva un "margine" dovuto alla "somma" introitata per la realizzazione della transazione.

La fattispecie è stata configurata un "servizio finanziario" eseguito *online* con uno "strumento" apparentemente alla tipologia; la possibilità di coniare i *bitcoin*, difatti e, seguendo "regole" specifiche, è permessa a qualunque utente per compiere delle transazioni rese possibili da un *software open source* e da una *rete peer-to-peer*. Quanto al "compenso" ritratto dal trasferente, questo è costituito dalla "differenza" tra il prezzo di acquisto e rivendita delle peculiari "valute".

Più in dettaglio, l'operazione è stata individuata nel cambio di valuta tradizionale contro monete digitali e *a contrario*, nonché reputata

consumatori e investitori e, per quanto in queste annotazioni rileva, contrastare fenomeni di evasione fiscale. Cfr. Consiglio europeo, *Comunicato stampa*, 30 giugno 2022, nonché FATF-Gafi, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential Aml/Cft Risck*, Parigi, 2014, come rimodulato nel giugno 2019.

[6] La "direttiva" prevede che se la prestazione è di tipo "B2C", ossia eseguita nei riguardi di un soggetto non imprenditore, s'intende effettuata e, perciò, tassata, nello Stato ove il prestatore del servizio è residente indipendentemente dal luogo in cui svolta. Se, diversamente, la prestazione è "B2B", ossia eseguita nei riguardi di un soggetto passivo ai fini IVA, sarà imponibile nello Stato ove il committente abbia la propria sede, indipendentemente dal luogo di esecuzione. Per il calcolo dell'imposta va richiamato l'art. 91 rivolto ai cambi monetari qualora l'operazione si esprima, *ex* paragrafo 1, in «moneta diversa da quella dello Stato membro in cui è fatta la stima», e a cui l'art. 230 rinvia prevedendo che gli importi fatturati possano essere «in qualsiasi moneta», purché il calcolo dell'imposta avvenga in base alla valuta dello Stato membro di localizzazione. Per le valute virtuali, il riferimento è l'*open virtual market* ma, mancando listini ufficiali di cambio, l'individuazione deve essere compiuta dal soggetto passivo. A tanto si pone a supporto il paragrafo 2 considerando il «tasso di cambio applicabile», ovvero l'ultima quotazione rilevata al momento in cui l'imposta diviene «esigibile sul mercato o sui mercati dei cambi più rappresentativi dello Stato membro» di localizzazione.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

una «prestazione di servizi» a fronte di un corrispettivo, rientrante tra le contemplate dall'art. 24, paragrafo 1, della "direttiva" che in tal modo considera ogni operazione che non costituisca «una cessione di beni».

Ciononostante, i *bitcoin* difettano della qualità «bene materiale» e occorre configurali, pertanto, quali «mezzo di scambio» rientranti, tra i molti, nelle «operazioni di cambio» non riguardanti, appunto, cessioni di beni.

L'operazione, inoltre, non può essere conformata né a quelle relative a «un conto corrente, un deposito di fondi, un pagamento, un versamento, un titolo attributivo di diritti di proprietà (o equiparabili)», né alle realizzate con «crediti e assegni» (oltre che per effetti commerciali aggiuntivi); l'assimilazione, piuttosto, è con le cessioni realizzate mediante «moneta tradizionale», ossia riguardanti «divise, banconote e monete» aventi «valore liberatorio»[7] ed esentate – *ex* art. 135, paragrafo 1, lett. *e*), della "direttiva" – dall'IVA.

Le criptovalute, dunque, sono state identificate come mezzi di pagamento "convenzionali" e "diretti" tra gli operatori economici che le accettano; da qui, l'intervento del principio di neutralità fiscale dell'imposta[8] conformemente a quanto indicato per le attività "clas-

[7] A esclusione delle monete e dei biglietti da collezione: monete d'oro, d'argento o di altri metalli; biglietti "normalmente" non utilizzati per avere il detto valore o che presentino un interesse per i numismatici.

[8] Sul concetto "scomponibile", pur mancando di "rilevanza normativa", e con riferimento alla "neutralità interna" ed "esterna", A. Mondini, *Il principio di neutralità dell'Iva, tra "mito" e (perfettibile) realtà*, in A. Di Pietro e T. Tassani (a cura di), *I principi europei di diritto tributario*, Padova, 2013, p. 269 ss. In merito altresì F. Gallo, *Profili di una teoria dell'imposta sul valore aggiunto*, Roma, 1974, p. 10 ss.; L. Perrone Capano, *L'imposta sul valore aggiunto*, Napoli, 1974, p, 437 ss.; A. Comelli, *IVA comunitaria e IVA nazionale*, Padova, 2000, p. 302 ss.; Aa.Vv., *L'imposta sul valore aggiunto*, in *Giur. sist. dir. trib*., diretta da F. Tesauro, Torino, 2001, *passim*; F. Tesauro, *Il principio di neutralità dell'Iva e le norme nazionali non compatibili in materia di rimborso dell'indebito (nota a Cass., Sez. trib., ord. 17/08/2010, n. 1871)*, in *Giur. it*., 2011, p. 196 ss.; F. Montanari, *Le operazioni esenti nel sistema dell'Iva. Exemptions in the VAT System,* Torino 2013 p. 110 ss.; M. Basilavecchia, *La neutralità nell'IVA tra effettività e cautele*, in *Rass. trib*., 4, 2016, p. 901 ss. Per la manualistica, in specie, P. Centore, *Manuale dell'Iva europea*, Milano, 2008, p. 233 ss.; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2016, p. 288.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

siche", sempreché quelle riguardanti il settore possano a esse comparsi relativamente alla funzione assolta[9].

La "sentenza Haedqvist", altresì, ha evidenziato che «le diverse versioni linguistiche» dell'art. 135 cit. non permettono di determinare, quantomeno limpidamente, se la norma intervenga solo su operazioni riferite alle valute tradizionali oppure a ulteriori "valute" e, perciò, le varie "espressioni" devono interpretarsi con riferimento al "contesto" ove le transazioni sono poste, agli "obiettivi" che si perseguono, al "sistema" delineato dalla "direttiva"[10].

Le complicanze connesse a determinare la base imponibile e l'importo dell'Iva, detraibile, infatti, possono coincidere «indipendentemente» dalla circostanza che si tratti di un'operazione di cambio di valute tradizionali contro *crypto-currencies* oppure di un cambio relativo a quest'ultime, caratterizzate da un «flusso bidirezionale». Ciò, pur non attenendo a mezzi di pagamento "legali" le involge quando accettate dalle parti nello svolgimento di una transazione e viceversa[11].

Sul perché, però, le transazioni in esame vadano classificate "servizi", la Corte di Lussemburgo non chiarisce; forse e, meglio, le stesse dovrebbero riferirsi a "beni"[12].

[9] L'aspetto, tuttavia, ha posto e pone problematiche richiedendo di valutare ogni tipologia di operazione. Le stesse risultano ulteriormente complicate dalla natura poliforme e ibrida delle criptovalute. Cfr. G.M. Committeri e D. Di Vittorio, *Ancora "ombre" sul trattamento fiscale delle operazioni in criptovalute per le persone fisiche*, in *il fisco*, 3, 2022; C. Waezeffers e I. Aw, *Difficulties in Archieving Neutrality and Other Challenges in Taxing Cryptoassets,* in C. Brummer (*edit by*), *Cryptoassets: Legal, Regulatory and Monetary Perpectives*, Oxford, 2019, p. 219 ss.

[10] In tal senso le conclusioni presentate il 16 luglio 2015 dall'avv. generale J. Kokott.

[11] Cfr. paragrafi 47, 50, 51, 53. Sui profili IVA rispetto alla tipologia di *token* e sugli effetti della decisione, si vedano A. Martellotta e D. Cazzulani, *Dai token alle criptovalute: l'IVA al passo della digitalizzazione*, in *L'IVA*, 3, 2020, p. 7 ss.

[12] Cfr. M. Tumpel e J. Kofler, *Tax Treatment of Digital Currencies*, in W. Halslehner, G. Kofler, K. Pantazatou e A. Rust (edit by), *Tax and the Digital Economy Challengers and Proposal of Reform*, Kluwer Law International, 69, 2019, p. 184 ss. Sui "limiti" della sentenza, E. Girino, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in *Riv. dir. banc.*, ottobre/dicembre 2018, p. 22 ss. Per una diversa lettura, cfr. G. Marino, *Dalla* traditio pecuniae *ai pagamenti digitali*, Torino, 2018, p. 51 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Le monete digitali non possono, difatti, essere assimilate alla valuta tradizionale e, quindi, sono tassabili, tendenzialmente, con l'Iva.

L'arresto, ancora, pare fondarsi su una "confusione di fondo" tra le differenti versioni linguistiche della norma[13]; escludendo la versione italiana, statuisce l'esenzione dal tributo solo rispetto alle operazioni di cambio compiute con monete *fiat*.

D'altronde e, per lo più, le disposizioni contemplanti esenzioni dall'imposta s'indirizzano ad appagare interessi, bisogni, generali, da interpretare restrittivamente e, pertanto, non corrispondono al ragionamento del giudice europeo.

Più opportunamente e, magari, la norma di riferimento dovrebbe essere la lett. *d*) dell'art. cit. riguardante le operazioni, comprensive delle negoziazioni (escluso il recupero crediti) su «depositi di fondi, conti correnti, pagamenti, giroconti, crediti, assegni e altri effetti commerciali». Nondimeno, se la moneta tradizionale è stata contemplata come "mezzo" per estinguere le obbligazioni pecuniarie, ciò non involge le cripto-monete[14].

Su questi aspetti si ritornerà più avanti, apparendo necessario soffermare ora l'attenzione sulla "cessione di beni" delineata all'art. 14, paragrafo 1, della "direttiva" nel senso del «trasferimento del potere di disporre di un bene materiale come proprietario»[15], nonché sulle prestazioni di servizi che, l'art. 24, paragrafo 1, apprezza solo *de residuo* ovvero identificandole nelle operazioni, come già accennato, che non costituiscono «cessioni di beni», chiarendo, poi, la disposizione successiva che una prestazione rientrante nella tassonomia può riferirsi: a una cessione di beni immateriali, rappresentati o meno da un "titolo" (*a*); a un obbligo di non fare o permettere un atto o una situazione (*b*); a un'esecuzione di un servizio in ragione di un'espropriazione ordinata dalla p.a. in suo nome oppure a norma di legge (*c*).

[13] R. Iaia, *Imponibilità e disciplina delle operazioni di cambio e pagamento con criptovalute nel sistema europeo dell'IVA*, in *Riv. dir. trib.,* 4, 2021, p. 273 ss.

[14] Per quest'aspetto, con riferimento all'ordinamento italiano, cfr. B. Inizitati, *Delle obbligazioni pecuniarie,* in F. Galano (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca*, *Artt. 1277-1244*, Bologna-Roma, 2020, p. 20 ss.

[15] Corte di Giustizia, 13 giugno 2018, causa C-655/16, *Minister Finansòv c. Gmina Wroclav* (p. 20).

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Le monete digitali, in effetti, sono beni immateriali[16] e, quando cedute, dovrebbero rientrare tra le prestazioni di servizi non trattandosi, appunto, di fattispecie appartenenti ai trasferimenti di beni materiali imponibili ai fini Iva[17].

Da ciò ne deriverebbe, in base a quanto indica la lett. *a*), paragrafo 2, del regolamento di esecuzione (Ue) n. 282/2011, che i servizi sono quelli «prestati tramite mezzi elettronici»[18].

Relativamente, ancora, al loro "avvicinamento" alle valute tradizionali, ciò potrebbe riguardare la categoria non omogenea delle *stablecoin* aventi un valore collegato a un *asset* di riferimento che, come il termine denota, è tendenzialmente stabile, e contemplate espressamente nel rivisto *Digital Finance Package*[19].

Le operazioni ulteriori di cambio di monete digitali contro moneta tradizionale, diversamente, non sono imponibili ai fini IVA rispetto al corrispettivo che dal cliente il trasferente consegue. L'inquadramento di *crypto-to-crypto* e *cryptocurrency payments,* a sua volta, potrebbe appartenere alle operazioni permutative imponibili[20].

[16] F. Cannas, *The last developments of digital economy and bitcoins as a "stress test" for EU VAT System*, in *Word Journal of VAT/GST Law*, 4, 2015, p. 80.

[17] Sul punto, A. Bal, *Taxation of Virtual Currency and Blockchain*, Alphen aan den Rijn, 2019, *passim*; R. Scalia, *Disciplina IVA delle c.d. criptovalute*, in *Giur. imp*., 1, 2020, p. 25; L. Salvini, *La dimensione valutaria dell'economia digitale: le criptovalute,* in L. Carpentieri (a cura di), Torino, 2020, p. 170.

[18] Cfr. P.L. Cardella, *Prime osservazioni in tema di non-fungibile token (NFT) e imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. dir. trib. suppl. online*, 19 luglio 2022.

[19] Il "pacchetto, adottato il 24 settembre 2020 dal *Directorate General for Financial Stability, Financial Service and Capital Markets Union* della Commissione europea, prevede una "strategia" per la finanza digitale, oltre a più proposte legislative sulle criptovalute e sulla "resilienza" digitale e rinnovate modalità per i servizi di pagamento e gli investimenti *online*. I *goal*s si rivolgono a introdurre norme armonizzate nell'ambito, a definire un settore competitivo in cui gli utenti possano accedere a nuovi prodotti finanziari e, al contempo, essere "protetti", nonché ad assicurare la "stabilità" alle imprese operanti nel settore. Il 10 maggio u.s. la Commissione ha aperto una consultazione pubblica, chiusa il 2 agosto seguente, sull'impatto della direttiva 2051/236, revisionata per i servizi di pagamento ("PSD 2"), completata dal regolamento 2015/271.

[20] Cfr. tra gli altri, M. Cardillo e S. Rapuano, *Le criptovalute: tra evasione fiscale e reati internazionali*, in *Dir. prat. trib*., 1, 2019, p. 44 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Da tutto ciò emerge che l'applicazione dell'Iva dovrebbe non intervenire solo relativamente a prestazioni rese gratuitamente[21].

Quanto all'identificazione dei soggetti passivi[22], le monete digitali realizzano una forma di *collaborative finance*, assottigliando la linea di confine tra gli operatori e gli utenti dato che, quest'ultimi partecipano alla realizzazione del prodotto/servizio rendendo particolarmente complesso il classificarli[23].

Per i protocolli *permissionless*, infatti, il servizio dei *miners* è ricompensato in ragione di un "processo"[24] che potrebbe essere inciso dall'Iva come accade per altre piattaforme, sebbene l'attività che gli stessi eseguono sembri più prossima ai servizi SWIFT e SDC ma, mancando un ente regolatore centrale, non la disciplina può essere richiamata.

Relativamente, poi, ai servizi resi dietro corrispettivo ma "accessori" rispetto a quelli di *exchange* e *trading* per verificare se le forniture debbano identificarsi come singole o multiple quanto al regime IVA applicabile, la Corte di giustizia – cause C-231/94 e C-349/96[25] – ha statuito che la seconda fattispecie ricorre allorquando ogni prestazione economica risulti "dipendente", ovvero «strettamente» collegata alle altre, formando «oggettivamente» una prestazione unica «la cui scomposizione avrebbe carattere artificiale»[26].

[21] Sul requisito dell'onerosità, diffusamente trattato dalla giurisprudenza unionale si rinvia, in particolare, ad A. Comelli, *IVA comunitaria e IVA nazionale*, cit., p. 388 ss.

[22] In merito A. Contrino, *Incertezze e punti fermi sul presupposto soggettivo dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. prat. trib.*, 3, 2011, p. 588 ss.

[23] R. Scalia, *Disciplina IVA delle c.d. criptovalute*, *cit*. In merito anche K. Pantazatou, *The Taxation of the Sharing Economy*, in W. Haslener, G. Kofler, K. Pantazatou e A. Rust (edit by), *Tax and Digital Economy Challengers and Proposal for Reform*, Alphen aan den Rijn, 2019, p. 216.

[24] C.d. *Perfoming Payment Processing Functions*.

[25] Cfr., rispettivamente, le decisioni del 2 maggio 1996, *Faaborg-Gelting Linier*, e del 25 febbraio 1999, *Card Protecyion Plan*. Per un commento L. Sabbi, *La Corte di Cassazione illustra finalmente i criteri per la determinazione del regime applicabile alle operazioni di coassicurazione nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2017, p. 308 ss.

[26] Conforme, tra le molte, la sentenza 11 giugno 2009, causa C-572/07, *RLRE Tellmer Property sro*. L'art. 2 della Sesta direttiva, infatti, nel determinare l'ambito applicativo dell'imposta presuppone l'autonomia e l'indipendenza delle singole prestazioni

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La connessione emerge, in specie, quando una o più prestazioni rappresentano la "principale", mentre l'altra o le altre, le "accessorie" o, per la clientela, una non esprima «un fine a sé stante» ma costituisca il "mezzo" per giovarsi delle migliori "condizioni" del servizio principale offerto, non rilevandone l'autonoma fatturazione.

Il trattamento fiscale dei servizi di *exachange* di criptovalute e quelli svolti dai *miners* – prestazioni principali – influenzano, perciò, quelli resi dai *wallets* digitali o dalle attività di estrazione (*mining*) – prestazioni secondarie – nel momento in cui, «alla luce di un rigore sostanzialistico», ognuna, in termini *anche* di «accessorietà», possa considerarsi «un *unicum*» in chiave «economico-funzionale».

Le prestazioni onerose conseguenti al "margine" segnalato, ossia quello dato dal corrispettivo conseguito effettuando transazioni con le valute digitali configurerebbero, in definitiva, prestazioni di servizi rilevanti ai fini Iva; l'assoggettabilità all'imposta, richiamandone le regole generali, d'altronde, implica la presenza di un "nesso diretto" e ciò anche con le cessioni di beni[27], nonché di un sinallagma tra le parti contrattuali giustificante il versamento del corrispettivo. Occorre, altresì, che le obbligazioni si svolgano seguendo i princìpi generali definiti dalle norme nazionali, come ha segnalato la Corte di giustizia nel 2007[28] rendendo una decisione riferita, per l'appunto, all'applicazione del tributo in disamina.

imponibili, mentre quelle "composite" costituiscono un'unità economica, la cui "suddivisione artificiosa" l'altererebbe dal punto di vista funzionale e renderebbe più complessa l'applicazione della stessa disciplina dell'imposta. Così le conclusioni dell'avv. generale V. Trstenjak, presentate il 9 dicembre 2008. Conseguentemente, va valutato dal giudice nazionale solo se le prestazioni considerate siano talmente "strettamente" connesse sotto il profilo economico da dar vita a un'unica operazione costituita da più prestazioni "indivisibili", in quanto complementari o accessorie l'una all'altra o se, pur trattandosi di prestazioni collegate, il legame che le involge non sia talmente intenso da renderle indispensabili l'una all'altra e ciò, indipendentemente dalla connessione oggettiva, soggettiva oppure negoziale, mantengono una propria autonomia, soprattutto ai fini dell'imposta. Cfr. le decisioni 22 ottobre 1998, cause riunite C-308/96 – C-94/97, *Madget-Baldwin*, 15 maggio 2001, causa C-34/99, *Primbak*, 27 ottobre 2005, causa C-41/04, *Levob e OVBank*, 21 giugno 2007, causa C-453/05, *Ludwig*, 21 febbraio 2008, causa C-425/06, *Part Service*.

[27] Cfr. sentenza 24 ottobre 1996, causa C-288/94, *Argos Distributors Ltd*.

[28] Cfr. sentenza 18 luglio 2007, causa C-277/05, *Societé thermal d'Eugènie-les Bains* v. *Ministrère dell'Èconomie, des Finances et de l'Industrie*, par. 19. Per un commento P. Centore, *IVA europea. Percorsi comunitari della giurisprudenza unionale*, Padova, 2016, p. 31 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

1.1. *I* working papers dell'EU's VAT Comitee

Il Comitato consultivo dell'Iva – istituito sulla base dell'art. 398 della "direttiva" e composto dai rappresentanti dei Paesi membri e della Commissione europea – si è interessato del trattamento IVA dei *bitcoin* nel *working paper* n. 811 del luglio 2014, rispondendo a una sollecitazione del Regno Unito per conseguire un accordo tra gli euro-Stati, e ha definito la criptovaluta, nelle sue molteplici espressioni, «an irregular decentralised peer-to-perr form of digital private money, with can be exchanged for goods or services (where accepted) or traded in its own rights», non equiparabile alla moneta elettronica difettando di collegamenti con quella tradizionale e ciò, soprattutto, in ragione dell'alta volatilità che la tipizza[29].

L'assimilazione delle monete digitali, specifica il documento, non può avvenire neppure con le "riserve di valore" difettando di "corso legale", oppure con le *securities* e i *vouchers* non attribuendo questi, nei confronti dell'emittente (o di altri soggetti), nessun diritto, né tantomeno obbligando a fornire, quali controprestazioni, beni/servizi, come accade usualmente rispetto agli *utity token* (anche *non fungibile*)[30].

Per cui, le criptovalute non rientrano nell'ambito applicativo della "direttiva".

Il Comitato, peraltro, ha verificato ma infruttuosamente, il possibile intervento di una disciplina preesistente per il fenomeno inserendone le manifestazioni, oltre che nelle categorie prima menzionate, in quelle dei titoli di credito e, più ampiamente, dei beni digitali. Pure in tali casi, però, mancando una definizione legale delle "monete" in questione[31], ha ritenuto non richiamabili le esenzioni del tributo *ex* art. 135 cit.

[29] Su tale caratteristica, oltre che sulla presenza di fini a carattere speculativo, ECB-Crypto-Assets Task Force, *Crypto-Assets: Implications for Financial Stability, Monetary Policy, and Payments and Market Infrastructures. Occasional paper series n. 233*, maggio 2019.

[30] Sul punto G. Iaselli e A. Tommasini, *Cessioni di Ntf: a fini IVA e-commerce diretto*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 marzo 2022.

[31] Sull'assenza di una qualificazione giuridica delle criptovalute nell'ordinamento italiano, M. Pierro, *Definizione legislativa e regime impositivo delle criptovalute*, in F. Gallo e A.F. Uricchio (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale tra imposta sui servizi digitali*, global minimu tax e *nuovi modelli di prelievo*, Bari, 2022, p. 548 ss.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Rispetto ai soggetti passivi, inoltre, ha identificato i *miners*, gli *users*, i *merchants*, i *digital wallets*, i *providers* e le *exchange platforms* e, in particolare, sottolineato che i primi, investendo capitali e realizzando attività economiche per conseguire criptovalute "nuove" e ricevere il versamento delle commissioni attinenti, pongono in essere prestazioni rientranti nel campo applicativo Iva. Il suo presupposto soggettivo può realizzarsi, ulteriormente, nei confronti di coloro che esercitino un'attività dietro corrispettivo riguardante i servizi in questione[32] e anche se non siano *miners*.

In un documento successivo, il n. 85430, pubblicato nell'aprile 2015, il Comitato ha avvalorato quanto appena segnalato: le criptovalute non possono assimilarsi alla valuta tradizionale e l'utilizzarle non rientra tra le esenzioni di cui alla lett. *e*), art. cit., soprattutto perché non hanno il requisito "corso legale", segnalando anche i riflessi distorsivi che si determinerebbero nel mercato assegnandogli una qualificazione univoca.

Il loro uso, invece, potrebbe far riferimento alle operazioni esenti, delineate dalla lett. *d*), art. cit., ma ciò, poi, non trova conferma nel *working paper* n. 892 del febbraio 2016. Qui, infatti e, anche in ragione della decisione "Hedquist", l'attività resa da *wallet providers* o *exchanger providers* viene ritenuta un mero "servizio tecnico" limitante le "responsabilità" agli stessi riferibili, da assimilare, in linea di principio, alle attività svolte da società SWIFT e SDC.

Le prestazioni di *wallets*, detenendo valute virtuali, del resto, non implicano indispensabilmente la partecipazione d'intermediari e, perciò, non devono essere considerati operatori "essenziali" della "catena di approvvigionamento" (*supply chain*), potendo fruire dell'esenzione IVA *ex* lett. *e*), art. cit.

In un *working paper* più recente, il n. 983 del febbraio 2020, il Comitato richiama, diversamente, la "direttiva *voucher*"[33]: i buo-

[32] Sull'esclusione dell'applicazione dell'Iva alle operazioni rese a titolo gratuito, *ex multis*, Corte di Giustizia, 3 marzo 1994, procedimento C-16/93, *R.J. Tolsma* v. *Inspecteur der Omzetbelasting, Leeuwarden*, relativa a una domanda di pronuncia pregiudiziale riferita all'interpretazione dell'art. 2, n. 1, della VI direttiva del Consiglio 77/388/CEE in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri sulle imposte sulla cifra d'affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme.

[33] Direttiva (UE) 2016/1065 del 27 giugno 2016, attuata in Italia con il d.lgs. 29 novembre 2019, n. 141, codificante il trattamento IVA di operazioni comportanti l'u-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ni-corrispettivo, infatti, denotano diversi elementi di "vicinanza" con le cripto-attività, seppur quest'ultime non incorporano usualmente "diritti" in quanto "vuote", oltre ad avere una natura, per lo più, "ibrida".

Negli ultimi documenti pubblicati – i nn. 1037 e 1038 del febbraio e del luglio u.s. – infine, oltre a riportarsi le analisi espresse in merito e nel tempo dalla Ue e dall'Ocse[34], l'organismo dedica l'attenzione

so di "buoni-corrispettivo" e che, precedentemente, mancando, determinava che gli operatori dovessero far riferimento ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia e alle indicazioni rese dall'amministrazione finanziaria. Nella specie, gli stessi sono stati distinti in "titoli rappresentativi" di beni/servizi (art. 1996 c.c.), configuranti pagamenti anticipati "incorporati" e sottoposti a IVA al momento dell'emissione, oppure "documenti di legittimazione" (art. 202 c.c.), non rilevanti ai fini del tributo sino alla "spendita" e all'individuazione della cessione del *voucher* riferito al bene/servizio in quanto assimilati a una cessione di danaro *ex* art. 2, comma 3, d.P.R. n. 633/1973. Sul tema P. Centore, *IVA sui voucher: il legislatore italiano segue le norme UE?*, in *Quot. Ipsoa,* 25 agosto 2018; A. Tropea, *Il momento rilevante ai fini Iva. L'utilizzo dei buoni-corrispettivo*, in *SFEF*, 2019, p. 73 ss. Si veda, altresì, Corte di Giustizia, sent. 8 aprile 2022, causa C-637/20. Per la prassi, Agenzia delle entrate, risoluzione n. 21/E/2011 e risposta all'interpello 22 dicembre, n. 519.

[34] Il tema del trattamento tributario delle monete virtuali è stato affrontato, a tale livello, nelle discussioni sull'economia digitale per limitare, soprattutto, i fenomeni di cui all'*Action Plan 1*, e riconducibili alla BEPS, evidenziando che le stesse, così come altri *intangibiles*, esprimono "dissolvenza del contribuente" e creano problemi di localizzazione della fonte effettiva dei proventi (*Stateless Income*) per cui, l'utilizzarle e il detenerle determina rischi di allocazione iniqua di materia imponibile mediante strumenti di "pianificazione fiscale aggressiva". L'economia digitale, in sostanza, genera redditi, non necessita di apparati produttivi e/o organizzativi nel luogo ove le fonti di remunerazione sono ubicate, sfugge ai criteri classici di collegamento della potestà impositiva fondati su residenza fiscale e stabile organizzazione. In merito, A E. Zanetti, *Utilizzazione economica dei beni immateriali e altri diritti fiscali*, *in il fisco*, n. 25/2001, p. 8771; S. Capaccioli, *Criptovalute, bitcoin e IVA*, in *il fisco*, 27, 2014, p. 2672; A. Uricchio e W. Spinapolice, *La corsa ad ostacoli del web taxation*, in *Rass. trib.*, 3, 2018, p. 483 ss.; A. Magliocco, *Le criptovalute: i profili fiscali nell'ordinamento italiano*, in A. Persiani (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale tra sviluppi recenti e prospettive future*, Roma, 2019, p. 223 ss.; C. Simone, *La creazione di ricchezza attraverso le infrastrutture tecnologiche: profili fiscali delle criptovalute*, in V. Mastroiacovo (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pisa, 2019, p. 257 ss.; M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, in *Riv. dir. trib*., 2, 2020, p, 103 ss.; P. Mastellone, *Redditi derivanti dalle criptovalute: profili di fiscalità sostanziale e adempimenti dichiarativi a carico dei contribuenti,* in *Riv. dir. trib*. *online*, 22 dicembre 2021.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ai *payment token* (o *currency token*) per verificare, nuovamente, se si pongono o meno operazioni rilevanti ai fini IVA e, rilevando, se ritenerle imponibili oppure esenti.

I *crypto-assets*, in specie, sono delineati considerandone la definizione generale, di cui alla proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio Ue per modificare la "direttiva MiCA", ove ciascuno di essi è stato identificato quale «rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia del registro distribuito o una tecnologia analoga».

Più nel dettaglio, il primo *working paper* segnalato riprende la sotto-distinzione delle criptovalute in tre categorie (principali), combinabili tra loro: i *payment tokens*[35], operanti come unità di conto e utilizzati come strumenti di pagamento (*bitcoin*, *ethereum*, *ripple*, *bcash*, *etc.*); i *security tokens* (o *financial tokens)*, quali attività negoziabili detenute, usualmente, per conseguire interessi, dividendi, flussi finanziari a venire[36]: gli *utility tokens*, "valute" che permettono scambi/accessi a beni/servizi specifici, assimilabili ai *vouchers*. Se ne

[35] Per identificazioni fondate su classi specifiche, ove le valute virtuali si distinguono da *digital coins* e *payment tokens,* cfr. A. Caponera e C. Gola, *Aspetti economici e regolamentari delle "cripto-attività"*, in *Questioni di economia e finanza*, *Occasional paper*, Banca d'Italia, 19 marzo 2019.

[36] Global Digital Finance, *Code of Conduct Taxonomy for Cryptographic Assets*, 10 ottobre 2018; European Banking Authority, *Report with Advice for the European Commission on Crypto-Assets,* 9 gennaio 2019.

Sul punto, Banca Centrale Europea, *Virtual Currency Schemes – A Further Analysis*, febbraio 2015. Sulla valorizzazione dell'intento speculativo utilizzando *bitcoin*, la qualificazione avviene rispetto alla funzione di prodotto finanziario *ex se.* In questo senso E. Girino, *Criptovalute: un problema di legalità funzionalità funzionale*, in *Riv. dir. banc.,* 4, 2018, p. 733 ss.; A. Pisani Massamormile, *Noterelle pessimistiche su bitcoin*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 3, 2020, p. 465 ss. Nel nostro Stato, la prima decisione in tema di criptovalute è stata la sentenza n. 195/2017 del Tribunale di Verona, intervenuto su una controversia tra un utente conferente a una società di servizi informatici una somma di denaro che, dietro *bitcoin*, avrebbe dovuto aprire un portafoglio virtuale. L'arresto ha statuito che il rapporto sinallagmatico intercorrente tra le parti dopo la conclusione *online* di un contratto di cambio di valuta "reale" verso *bitcoin* configura un "servizio finanziario": le transazioni, infatti, sono state compiute con uno "strumento" rappresentato da una moneta coniabile da un qualsiasi utente e sono state realizzate per la presenza di un *software open source* e una rete *peer to peer*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ribadisce, comunque, per quest'ultimi l'esclusione dalla riferibile direttiva in ragione della loro natura mutevole, spesso, "ibrida", che li contraddistingue.

Ulteriormente, l'analisi si sofferma sul procedimento di realizzazione dei *crypto-assets*. Rispetto a esso, il Comitato chiarisce che può avvenire mediante il processo di *mining* (*proof of work*) o *forging* (*proof of stake)*, ossia operazioni che assumono rilevo ai fini Iva.

Il verificare e il registrare una valuta basata sulla tecnica del "registro distribuito" (*blockchain*) rappresenta, infatti, un "servizio" oneroso realizzato dal soggetto passivo pur se da esentare dal tributo *ex* art. 135, paragrafo 1, lett. *d*) e/o *e*), della "direttiva".

Quanto alle operazioni realizzate dai *digital wallets* e relativamente alle commissioni ricevute da *providers*, rilevano ugualmente ai fini dell'imposta rispetto alle somme corrisposte e, ugualmente, sono da esentare ai sensi delle lett. cit., così come quelle di *exange* conformemente alla decisione resa dalla Corte Ue nel "caso Hedquivist".

Relativamente alle rappresentazioni digitali di valore utilizzate come "strumenti di pagamento" e, sempre in osservanza alla sentenza testé indicata, la disciplina da applicare è quella regolante l'operazione sottostante ma la base imponibile dell'Iva va determinata convertendo le monete virtuali in moneta fiat.

1.2. *Le interpretazioni dell'amministrazione finanziaria*

L'Agenzia delle entrate sul regime IVA da applicare alle operazioni compiute con criptovalute non si è discostata dalla decisione detta[37] o, meglio, è "andata oltre"[38], ritenendole "beni" da equiparare, sostanzialmente, alle valute tradizionali, ciò implicando dunque, di

[37] Cfr. S. Capaccioli, *Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci e molte ambre*, in *il fisco*, 37, 2016, p. 3538 ss.

[38] Così G. Corasaniti, *Il trattamento tributario dei bitcoin tra obblighi di antiriciclaggio e monitoraggio fiscale*, in *SFEF*, 36, 2018, p. 52 ss., osservando anche: «nell'opinione della Corte, le criptovalute devono essere considerate quali beni assimilabili ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, alle valute estere. Tale circostanza tuttavia […] non significa che le valute virtuali siano equiparabili alle valute estere: difatti non è dato rinvenire, nelle parole della Corte, alcuna affermazione in tal senso».

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

osservare le regole e i principi relativi a quest'ultime[39], specificandone, altresì, l'assimilazione alle valute estere.

Ai fini dell'imposta, quindi, interviene il regime di esenzione previsto per le operazioni finanziarie, come delineato dal comma 1, n. 3), art. 10, d.P.R. n. 633/1972 riferito, per l'appunto, alle valute estere aventi corso legale e ai crediti in valute estere[40] quanto alle operazioni riguardanti le persone fisiche, detentrici di *bitcoin*, non esercitanti un'attività d'impresa. Per le operazioni "a pronti", diversamente, mancano sia finalità speculative sia la produzione di redditi imponibili; gli operatori, quindi, sono soggetti passivi IVA svolgendo un servizio dietro corrispettivo, seppur esentati dal suo pagamento trattandosi di operazioni di cambio ricomprese tra le delineate dall'art. cit.

Con riferimento, ancora, alle società di capitali esercitanti un'attività d'intermediazione, abitualmente e professionalmente, di valute tradizionali verso *bitcoin*, questa rileva ai fini del tributo e l'elemento di reddito prodotto deve ascriversi tra i ricavi (o i costi) tipici d'esercizio, quale elemento positivo (o negativo), partecipando a formare l'imponibile, e che deve essere tassato ordinariamente.

L'"assimilazione", circostanziatamente, implica che gli intermediari-soggetti commerciali siano esentati dal tributo a conclusione dell'esercizio relativamente al reddito derivante dall'acquisto e dalla vendita di *bitcoin*, al netto dei costi inerenti, da rapportare al cambio in vigore in tale momento. Di contro, rispetto ai clienti della società, persone fisiche-non imprenditori, le operazioni di conversione producono un reddito diverso di natura finanziaria[41] di cui ai commi 1,

[39] Risoluzione n. 72/E/2016. «L'attività remunerata attraverso commissioni pari alla differenza tra l'importo corrisposto dal cliente che intende acquistare/vendere bitcoin e la migliore quotazione reperita dalla società sul mercato» andrà considerata ai fini IVA «quale prestazione di servizi esenti ai sensi dell'art. 10, primo comma, n. 3), del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633».

[40] Escluse le operazioni riguardanti «i biglietti e le monete da collezione», ma comprese quelle «di copertura di rischi di cambio».

[41] Sull'insieme delle norme che regolano l'imposizione degli strumenti finanziari, per tutti, G. Corasanti, *Diritto tributario delle attività finanziarie*, Milano, 2012. Sulle origini e sull'attuale disciplina dei redditi finanziari, di cui alla riforma apportata dal d.lgs. n. 461/97 che, con il Tuir, distingue la categoria dei redditi di capitale dai redditi diversi di natura finanziari, cfr. F. Marchetti (a cura di), *I redditi*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

art. 67, lett. c-*ter*), e 1-*ter*), Tuir, con osservanza delle regole predisposte per la valuta tradizionale.

Dunque, se "a termine", non determinano redditi imponibili, eccetto il caso in cui la giacenza media di depositi e conti correnti detenuti dal *wallet* vada oltre il controvalore di 51.645,69 euro per almeno sette giorni continui nel periodo d'imposta. Per quelle "a pronti", invece, l'intento speculativo deve presumersi e, sulla plusvalenza, si applica un'imposta sostitutiva al 26 per cento *ex* art. 5, comma 2, d.lgs. n. 461/1997[42].

Pur tuttavia, l'Agenzia delle entrate compie una "lettura" del fenomeno non del tutto condivisibile e, mancando specifiche norme, bisognerebbe intendere tassabile ogni transazione compiuta con criptovalute quali "beni", risultandone la natura esclusiva di configurarsi "mezzi di pagamento" e, più ampiamente, le stesse considerazioni dovrebbero farsi per ogni transazione, a meno che non siano eseguite gratuitamente[43].

L'amministrazione finanziaria, del resto, dovrebbe "guardare" l'art. 1, comma 1, lett. *qq*), d.lgs. n. 90/2017, attuativo della "V direttiva antiriciclaggio", introdotto dal decreto n. 125/2019, che – pur non ammettendo che le stesse siano da considerare un "mezzo di pagamento" – ne prevede l'utilizzazione come "mezzo di scambio", anche per obiettivi d'investimento, conseguendo aleatorietà dal riferibile utilizzo, oltre a mancare "un approccio condiviso"[44].

finanziari. Determinazione della categoria e proposte di riforma. Studi dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario, progetto di ricerca Il sistema tributario: prospettive di riforma, Milano, 2016, nonché L. Casaldi e G. Corasaniti (a cura di), *Per un'ipotesi di definizione dei "redditi finanziari" quale distinta categoria di reddito originatasi dall'unificazione dei redditi di capitale e dei redditi diversi di natura finanziaria,* ivi; A. Marinello (a cura di), *I regimi di tassazione dei redditi di natura finanziaria*, ivi.

[42] Il valore in euro della giacenza media in valuta virtuale va calcolato, in base alle indicazioni della circolare del Ministero delle Finanze del 24 giugno 1988, n. 165, secondo cui il cambio di riferimento è quello dell'inizio del periodo d'imposta.

[43] A. Tommasini, *Criptovalute, NTF e metaverso. Fiscalità diretta, indiretta e successoria*, Milano 2022, p. 153.

[44] Banca d'Italia, *Avvertenza sull'utilizzo delle valute virtuali*, 30 gennaio 2015. In merito M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, cit., p. 119.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Per gli acquisti e i pagamenti rivolti a compiere operazioni con monete virtuali, quindi, si segnala una "breccia" emergente dalla norma suddetta, nel senso che sono configurate "quasi divise", "prodotti finanziari", "strumenti finanziari" negoziabili, "beni di secondo grado" rappresentativi di "beni", anche "digitali", oltre che di "servizi"[45].

A livello europeo, d'altronde, la direttiva 2018/843 contiene l'espressione "mezzo di scambio" e non più "di pagamento" per distinguere le criptovalute dalla moneta fiat e, peraltro, considerale in quest'ultima accezione mal si concilierebbe con il decreto sui servizi di pagamento, il n. 11/2010, oltre che con la direttiva 2007/64/CE.

Quest'ultima prevede, infatti, tra gli "istituti di pagamento", gli "intermediari" che, al pari delle banche e degli istituti emittenti moneta elettronica, possono eseguire servizi nella Ue e ciò al fine di regolamentare omogeneamente gli operatori del settore.

Ciò detto, aggiuntive complicazioni si rilevano considerando alcuni arresti[46] ove la criptovaluta è stata definita «uno strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di particolati forme di transazioni online», rappresentato «da una moneta coniata da qualunque utente», oltre che sfruttabile per compiere transazioni […], in ragione di «un *software open source* e una rete *peer-to-peer*» – ciò coincidendo con quanto aveva statuito la Corte di Giustizia – o quale «denaro» pur se, strutturalmente, presentano «le caratteristiche proprie dei beni mobili».

[45] C. Bechini e M.C. Cignarella, Consiglio Nazionale del Notariato, *Quesito antiriciclaggio n. 3-2018*.

[46] Cfr. i decreti nn. 7556/2018 e 26/2018, rispettivamente del Tribunale e della Corte di appello di Brescia. Quest'ultima, in specie, ha statuito che la criptovaluta deve essere «assimilata, sul piano funzionale, al denaro», sebbene presenti «strutturalmente» le caratteristiche «dei beni mobili», utilizzabile «come l'euro, per fare acquisti» ed esprimendo un valore di scambio «di beni, servizi o altre attività ivi oggetto di contrattazione». Il riferibile valore economico non può essere, però, determinato in base a quanto prevedono gli artt. 2464 e 2465 c.c. dato che un valore di scambio non può essere assegnato «a un'entità essa stessa costituente elemento di scambio (contropartita) nella negoziazione». In tal senso M. Passeretta, *Conferimenti di criptovalute in società. Principi e problemi applicativi*, in *Riv. not*., 6, 2018, p. 1300 ss. Sul punto anche D. Masi, *Il conferimento in criptovaluta*, in *Inn. dir*., 3, 2021, p. 3 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Pu tuttavia, in una risposta a interpello del 20 aprile 2020[47], l'Agenzia delle entrate, osservando il trattamento IVA delle Initial Coin Offering[48], non ha ritenuto che i principi delineati dal giudice sovranazionale potevano rappresentare un riferimento "generale". Nel caso di specie – riguardante l'emissione di *token*, ai quali è collegato il diritto alla fruizione di beni/servizi e quello di cederli, dietro corrispettivo, a terzi – l'amministrazione ha segnalato che il rapporto emittente/acquirente, più che alle criptovalute, riguardava gli *utility tokens*. L'ultimo soggetto indicato, difatti, aveva corrisposto all'"istante" una *fee* per averli e svolgere l'attività di *minier*; la funzione di questi "strumenti", quindi, non è stata considerata corrispondente «a quella di una moneta virtuale» bensì e, diversamente da come statuito nel "caso Hedqvist", come (e solo) a un «mezzo di pagamento».

L'Agenzia ha precisato, peraltro, che le ICO di *utility tokens* devono essere intese «prestazioni di servizi generiche» sottoposte a IVA ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.P.R. n. 633/1972, e con aliquota al 22 per cento; esse si caratterizzano, inoltre, per il fatto che l'emittente consegue una commissione per l'accesso a un *network* e per la sua utilizzazione, nonché per eseguire l'attività di "nodo" validatore.

Ai sensi dell'art. 6, d.P.R. cit., il momento in cui questa attività viene compiuta collima con quello in cui la commissione è versata. Specificamente, la prestazione di servizi va incisa da «aliquota IVA ordinaria» in quanto il *token* è un "documento" legittimato a rendere servizi *a*-specifici e, perciò, non riveste la stessa funzione della valuta virtuale.

Si segnala, per di più, che l'amministrazione precedentemente si era occupata degli *utility token* e li aveva assimilati ai *voucher*[49] poiché conferenti al detentore il diritto di fruire di beni/servizi determinati conseguendo che l'imposta in esame è esigibile al momento della

[47] *Risposta a interpello n. 110.* Per un commento, F. Fassò, *ll trattamento fiscale degli utility token nella (rinnovata) prospettiva dell'Amministrazione finanziaria, in SFEF, 50, 2021.*

[48] Rispetto a esse, la FINMA nella *Guida pratica per il trattamento delle richieste inerenti all'assoggettamento in riferimento alle Initial Coin Offering*, 16 febbraio 2018, p. 3, ha segnalato l'origine quali strumenti di finanziamento per iniziative imprenditoriali specifiche e/o per progetti con cui determinati soggetti (usualmente *start-up*) offrono ai possibili investitori, in cambio, *tokens* o criptovalute.

[49] Risposta a interpello n. 4/2018.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

spendita ("consumo finale"): all'atto di acquisto del bene/servizio incorporato. La loro emissione e circolazione, però, va ritenuta una semplice movimentazione finanziaria, non trattandosi dell'anticipazione di una cessione/prestazione e, quindi, non rileva ai fini Iva[50].

Le conclusioni del documento di prassi più recente non collimano, dunque, con quest'ultimo che differenzia *tokens* e *vouchers*, nonché ritiene che l'acquisto dei primi è da intendere relativo a un "servizio" per l'accesso alla *blockchain* e da sottoporre a IVA quando è pagato.

La rinnovata prospettiva implica che le "valutazioni" sulle operazioni in questione vanno fatte considerando ogni tipologia di valore monetario virtuale e, conseguentemente, che i principi espressi dalla Corte Ue non risultano confacenti a tutte.

2. *La non applicazione dell'imposta sul valore delle attività finanziarie all'estero*

A decorrere dal 2014 sui contribuenti-persone fisiche residenti in Italia, detentori all'estero di prodotti finanziari, conti correnti e libretti di risparmio, è posta l'Ivafe[51], un tributo a evidente connotazione patrimoniale che interviene sul valore degli stessi proporzionalmente alla quota di possesso e al periodo di detenzione (2 per mille).

Per i conti correnti e i libretti di risparmio detenuti all'estero, in particolare, l'imposta è dovuta in misura fissa: 34,20 euro per ciascuno di essi. Ciò non ricorre, però, quando il valore medio di giacenza annuale presso un medesimo intermediario non superi 5.000 euro[52].

[50] Risoluzione 22 febbraio 2011, n. 21/E.

[51] Art. 19, comma 18 ss., del "decreto Monti" (d.l. n. 201/2011). L'ambito oggettivo dell'imposta, variato dall'art. 9, l. n. 214/2014, è stato uniformato a quello dell'imposta di bollo (art. 13, comma 2-*bis*, lett. *a* e 2-*ter*), Tariffa, all. A), parte prima, d.P.R. n. 642/1972). Sull'Ivafe, oltre che sull'Iviae, comportanti taluni "disallineamenti" tra i tributi che colpiscono la ricchezza detenuta in Italia e quelli che incidono sulla ricchezza detenuta in un Paese straniero, cfr. A. Viotto, *Considerazioni critiche, nella prospettiva costituzionale ed in quella comunitaria, sulla tassazione degli immobili e delle attività finanziarie detenute all'estero*, in *Riv. trim. dir. trib*., 3, 2016, p. 701 ss.

[52] A tal fine non rileva il periodo di detenzione del rapporto in corso d'anno e,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Dal 2020, inoltre, la "legge di bilancio" ha ricompreso tra i soggetti passivi dell'Ivafe gli enti non commerciali e le società semplici (oltre agli enti equiparati, *ex* art. 5 Tuir), parimenti residenti, e suscettibili di produrre redditi imponibili quando tenuti agli obblighi dichiarativi *ex* art. 4, d.l. n. 167/1990[53].

L'imposta in questione altresì involge le attività finanziarie emerse a seguito di provvedimenti di regolarizzazione e il suo importo parte da 100 euro e può arrivare sino a 14 mila euro[54].

Rispetto al perimetro d'applicazione degli obblighi accennati, l'Agenzia delle entrate ha precisato che l'Ivafe non riguarda le attività finanziarie estere detenute in Italia se operanti nell'ambito dei circuiti degli intermediari residenti.

L'assimilazione delle criptovalute alle valute estere, d'altronde, determina che le prime sono «soggette al medesimo obbligo dichiarativo» previsto per le attività «detenute in Italia al di fuori» dei predetti

qualora il contribuente abbia rapporti cointestati, per determinare il limite" gli importi vanno considerati *pro quota*. Per "valore dei prodotti finanziari" si considera quello "di mercato" rilevato a conclusione di ogni anno solare nel luogo in cui sono detenuti, utilizzando pure la documentazione per ciascuna attività dell'intermediario (estero) di riferimento o dell'impresa di assicurazione (estera). Se al 31 dicembre le attività non si possiedono più, il riferimento è costituito dal valore di mercato rilevato a conclusione del periodo in cui sono state possedute. Quanto alle attività finanziarie quotate in mercati regolamentati interviene sempre il detto valore, mentre per azioni, obbligazioni, altri titoli, strumenti finanziari non negoziati e, comunque, qualora le attività finanziarie quotate siano state escluse dalle negoziazioni, il riferimento è rappresentato dal valore nominale e, mancando, da quello di rimborso (anche rideterminato). Se il titolo ha valore nominale e di rimborso, la base imponibile è data dal valore nominale; se entrambi mancano, dal valore di acquisto. Dal tributo, peraltro e, fino a concorrenza dell'ammontare, va detratto un credito d'imposta corrispondente all'ammontare dell'(eventuale) imposta patrimoniale versata nello Stato ove sono detenuti i prodotti finanziari, conti correnti e libretti di risparmio, pur se esso non può superare l'imposta dovuta in Italia. Tale credito, inoltre, non è fruibile se con il Paese ove l'attività finanziaria è detenuta prevede una convenzione contro le doppie imposizioni indicandone la tassazione solo nello Stato di residenza del possessore. In ogni caso, per le imposte patrimoniali versate eventualmente all'estero se ne può chiederne il rimborso alla riferibile amministrazione finanziaria.

[53] "Dichiarazione annuale per gli investimenti e le attività", come modificato dall'art. 7-*quater,* d.l. n. 193/2016.

[54] L'importo parte da 100 euro e arriva alla somma massima di 14 mila euro, in base a quanto dispone l'art. 134, d.l. n. 34/2020.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

circuiti[55]. La loro conservazione può avvenire, infatti, solo in *wallets*[56] e, dunque, l'Ivafe non interviene sulle valute virtuali essendo rivolta a «depositi e conti correnti esclusivamente di natura bancaria»[57], evitando in tal modo "discriminazioni" tra possessori di criptovalute e quelli di moneta legale. Ciò, ugualmente, qualora le *criptocurrencies* sono intese come "beni immateriali" o se sono assimilate agli strumenti finanziari. Per l'applicazione del tributo rispetto a quest'ultimi occorre, infatti, un "collegamento" con un "ente centrale", mentre la finanza decentralizzata (DeFi) opera organizzando servizi che si avvicinano a quelli bancari ma eliminando/riducendo il ruolo svolto dagli intermediari.

Sull'esclusione dell'imposta si è espresso anche il giudice amministrativo statuendo che non si tratta «di investimenti in depositi bancari» e che la stessa va liquidata barrando il "quadro RW"; nella specie, «la casella 20, posta in corrispondenza dei righi da RW1 a RW5»[58]. E ancora, «l'elaborazione giuridica sta già da tempo individuando gli strumenti concettuali e formali per ricondurre il regime giuridico delle criptovalute e delle monete virtuali a moduli normativi e giuridici esistenti; strumenti già ampiamente sufficienti a giustificarne l'esclusione entro i consueti parametri di capacità contributiva che ne radicano l'imposizione fiscale». Per cui, «non si rinvengono elementi per escludere […] che il trattamento dell'uso della moneta elettronica ricade(a) […] entro il novero dell'art. 67, d.P.R. 22/12/1986 n. 917».

Quanto ai redditi derivanti da operazioni sul mercato FOREX e sulle piattaforme CFD, gli stessi vanno tassati quali redditi diversi *ex* art. 67, comma 1, lett. 5-*quater*, Tuir; se, invece, percepiti da persone

[55] Agenzia delle entrate, circolare 38/E/2013

[56] Il requisito della detenzione all'estero si verifica, infatti, quando le attività finanziarie siano date in custodia o in deposito presso un intermediario non residente, per il tramite di una fiduciaria non residente ovvero siano depositate presso una cassetta di sicurezza situata all'estero o siano detenute in altro luogo fuori dal territorio nazionale. In questo senso, circolare n. 28/E del 2 luglio 2012. Sul punto, tra gli altri, F. Cancelliere e A. Tardini (a cura di), AIFI, Commissione Tax and Legal, *Approfondimenti*, maggio 2018.

[57] DRE Lombardia, risposta a interpello n. 956-359/2018 e, negli stessi termini D.R.E. Liguria, n. 903-47, nonché Agenzia delle entrate, n. 788/2021.

[58] TAR Lazio, Sez. II-*ter*, n. 1077/2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

fisiche al di fuori dell'attività d'impresa, vi è l'intervento di un'imposta sostitutiva con aliquota al 26 per cento e vanno indicati nel quadro RW del riferibile "modello".

3. *Le difficoltà relative all'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni rispetto alla trasmissione di patrimoni contenenti criptovalute (detenute o meno direttamente)*

La trasmissione di patrimoni includenti valute virtuali[59] è stata considerata dall'OCSE in un *report* del dicembre 2020 – *Taxing Virtual Currency: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues* – tendenzialmente tassabile ma nell'ordinamento italiano manca, anche in tal caso, una disciplina dedicata e ciò sia se l'ipotesi avvenga in ragione di trasferimenti per successione *mortis causa*, per donazione oppure per altri atti di liberalità *inter vivos*.

In ogni caso, per verificare tali forme di tassazione indiretta rispetto all'eredità "digitale" occorre guardare al "come" le criptovalute – beni mobili a contenuto patrimoniale – erano detenute e, cioè, se indirettamente o meno; nel primo caso, occorre verificare anche il "modo" con cui ciò si realizzava, ossia se mediante intermediari finanziari residenti o meno. La trasmissione dei diritti sul loro utilizzo,

[59] Sull'eredità digitale, cfr. M. Cinque, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 645 ss.; L. Di Lorenzo, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2, 2014, p. 144 ss.; A. Magnani, *L'eredità digitale,* ivi, 5, 2014, p. 519 ss.; S. Deplano, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in C. Perlingieri e L. Ruggieri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 427 ss.; U. Bechini, *Password, credenziali e successione mortis causa,* Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, 6-2007/IG;. V. Barba, *Tipicità, patrimonialità, interessi del testatore. Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile,* in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2016, p. 13 ss.; C. Camardi, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale* in *Dir. inform. inform.*, 1, 2018, p. 65 ss.; Id., *Eredità digitale*, in Aa.Vv., *Le parole del Diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, p. 659 ss.; G. Marino, *La "successione digitale"*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 165 ss.; G. Resta, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali,* in *Contratto e impresa*, 1, 2019, p. 85 ss.; A.A. Mollo, *Successione mortis causa nel patrimonio digitale e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Familia,* 2, 2020 p. 221 ss.; S. Delle Monache, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2, 2020, p. 1460 ss.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

infatti, può porre incongruenze con le norme tributarie in materia di successioni e, particolarmente, rispetto a quelle concernenti la "territorialità", oltre che divergenze intervenendo norme non nazionali con quelle relative al diritto all'accesso dei beneficiari alle "chiavi private" che consentono l'accesso ai *wallets*. Ulteriori difficoltà potrebbero sorgere rispetto alla protezione della *privacy*[60].

Il passaggio generazionale della ricchezza digitale di che trattasi deve, quindi e, *in primis*, essere rapportato alle modalità riguardanti la relativa detenzione disarticolabile – quando "indiretta" – mediante fondi comuni d'investimento, certificati, *futures* e altri strumenti finanziari che abbiano come sottostanti il riferibile valore[61], o mediante *accounts* presso banche oppure *brokers* per scambiarle e "convertirle" (*exchange*) seguendo la quotazione della valuta *fiat*, oltre che rendendoli ai clienti affinché, a loro volta, procedano in tal senso per inviare/ricevere pagamenti.

Nondimeno, se non sorgono particolati difficoltà rispetto alle ipotesi in cui i chiamati all'eredità entrano in possesso di valute digitali detenute su piattaforme di scambio applicando il regolamento UE 679/2016 sul trattamento dei dati personali e il "codice della privacy" (d.lgs. n. 196/2003, come modificato dal d.lgs. n. 101/2018), ovvero le norme che regolano l'accesso all'*account* del *de cuis*, ciò avviene per i casi di detenzione "diretta" della *private key* da parte del *de cuis*, dovendosi anche tener conto di "come" ciò avveniva[62].

[60] Cfr. M. Di Salvo e P.G. Brugnara, *La fiscalità italiana delle successioni di patrimoni in moneta virtuale*, in *Nov. fiscali SUPSI*, luglio 2021, p. 382. Si vedano, per le varie problematiche accennate, G. Resta, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr*., 1, 2019, p. 85 ss.; A. Maniaci e A. D'arminio Monforte, *Eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, in *Corr. giur*., 11, 2020, p. 1367 ss.; S. Delle Monache, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm*, 2, 2020, p. 1460 ss.; l. Maspes, *Successione digitale, trasmissione dell'account e condizioni generali di contratto predisposte dagli Internet Services Provider*s, in *Contr.,* 5, 2020, p. 583 ss.

[61] R.M. Morone, *Bitcoin e successione ereditaria: profili civili e fiscali*, in *giustiziacivile.com*, 2, 2018, p. 3.

[62] Cfr. A. Serena, *Eredità digitale. Uno sguardo oltre l'oceano,* in O. Pollicino, V. Lubello e M. Bassini (a cura di), *Identità ed eredità digitali. Stato dell'arte e possibili soluzioni*, Ariccia (RM) 2016, p. 113.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Da qui, se le criptovalute erano utilizzate quali "indici" di strumenti finanziari, acquisirne il possesso non determina particolari problematiche: l'oggetto della successione infatti, è unicamente costituito dalle stesse[63].

Nel caso in cui, diversamente, erano detenute direttamente dal *de cuis*, tra le varie complicanze occorre considerare se tale detenzione avveniva, ad esempio, attraverso un *software* oppure un *hardware wallets*[64].

Nel primo caso, infatti, il beneficiario per entrarne in possesso deve poter accedere al *device* ove il *software* di custodia della chiave privata era installato e, protetto, peraltro, da una *password* che va recuperata. Nell'altro, oltre a difficoltà connesse a tale reperimento, altre riguardano l'*hardware*[65].

Ad ogni modo, come si è osservato rispetto all'Iva, l'Agenzia delle entrate rispondendo a un interpello riguardante operazioni di compravendita di *bitcoin*, li ha considerati in termini di "valuta estera"[66]; dunque, i proventi conseguiti da contribuenti italiani persone non fisiche, acquistandole e rivendendole, vanno configurati "redditi d'impresa", come previsto per i cambiavalute; inoltre, ai fini della "valorizzazione" (artt. 9 – 110 Tuir), la loro contabilizzazione avviene in carenza di listini ufficiali di riferimento.

Per i contribuenti persone fisiche, invece, gli introiti ritratti rilevano quali plusvalori tassabili (art. 67 lett. *c-ter*, Tuir); da ciò e ritornando alle ipotesi detentive segnalate di valute digitali avvenute in modo "diretto", l'art. 48, comma 3, d.lgs. n. 346/1990, dispone tanto per i debitori del defunto, quanto per i detentori di beni che allo stesso appartenevano, che il pagamento delle somme dovute o la consegna dei beni agli eredi, ai legatari e ai loro aventi causa può avvenire solo se è stata «fornita la prova della presentazione della dichiarazione di

[63] A. d'Arminio Monforte e M. Ronchi, *Eredità digitale e criprovalute, le regole della successione*, in *blockchainconsortium.ch*, 24 settembre 2020.

[64] Sulla loro classificazione in base a criteri diversi, cfr. Agenzia delle entrate, risposta a interpello n. 788/2021.

[65] A. d'Arminio Monforte, *La successione nel patrimonio digitale*, Pisa, 2020, p. 101.

[66] Risoluzione n. 72/E/2016, confermata dalla risoluzione n. 956-39/2018 della D.R.E. Lombardia.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

successione[67] oppure integrativa», indicandoli, o «dell'avvenuto accertamento in rettifica o d'ufficio». Occorre eventualmente e, per di più, che l'interessato dichiari per iscritto che non sussisteva l'obbligo di presentare la dichiarazione.

La presentazione di che trattasi implica, ai fini d'interesse, di dimostrare la trasmissione di criptovalute per consegnare ai beneficiari rispetto al loro "controvalore". Diversamente, se gli intermediari non sono residenti, la presentazione va fatta comunque seguendo quanto prevede la disciplina antiriciclaggio GAFI/FAFT.

E ancora, se le monete digitali sono state detenute dal *de cuis* indirettamente e non vi sono titoli negoziabili di riferimento o collegabili al loro valore, l'art. 9, comma 2, del T.u.s. prevede che nell'attivo ereditario s'intendono compresi «denaro, gioielli e mobilia per un importo pari al dieci per cento del valore globale netto imponibile dell'asse ereditario, anche se non dichiarati o dichiarati per un importo minore, salvo che da inventario analitico redatto a norma degli articoli 769 e seguenti del codice di procedura civile non ne risulti resistenza per un importo diverso».

Dunque, la franchigia va detratta e la disposizione riguarda la sola eccedenza netta (ed eventuale), oltre non esservi l'obbligo di dichiarare le "monete" in questione[68] e, quindi, di corrisponderne le imposte riferibili essendo «indiscutibile l'incremento dell'imponibile» nella predetta misura «quale che sia il valore effettivo» dei beni esistenti nell'asse[69].

La Corte di Cassazione ha precisato in merito che l'amministrazione finanziaria, come in passato già avvenuto, non dovrebbe essere ammessa a provare che il valore delle monete digitali era «superiore a quello presunto»[70] e comprendente, in presenza di una dichiarazione di successione in cui indicati "denaro, mobilia o gioielli", «anche quanto eventualmente dichiarato dal contribuente». Per cui, la pretesa del Fisco di calcolare «la percentuale presuntiva del dieci per cento sull'attivo ereditario» risulta illegittima.

[67] E ciò anche dopo il termine quinquennale *ex* art. 27, comma 4, Tus.
[68] Cass. civ., Sez. trib., n. 4751/2008, decisione ripresa dalla n. 31806/2019.
[69] Cass. civ., Sez. trib., n. 8191/2011.
[70] Cass. civ., Sez. trib., n. 5773/2000.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Sussistendo, in definitiva, un valore dichiarato inferiore al presunto, l'imposta principale di successione «va sempre calcolata» per i beni mobili «sul valore presunto», mentre l'imposta complementare va liquidata «sulla differenza tra valore presunto e dichiarato».

Quanto all'amministrazione finanziaria, ha specificato che si tratta di una presunzione relativa, a meno che i beni risultino da inventario per un importo inferiore al 10 per cento dell'asse[71]. Rispetto ad esso, inoltre, occorre la sua redazione analitica (art. 769 ss. del c.p.c.), mentre la dichiarazione deve presentare ogni requisito sostanziale e formale richiesto sia dal c.c. che dal c.p.c.[72].

Le considerazioni atterrebbero, quindi, alle criptovalute con corso legale e mancandone l'indicazione nella dichiarazione successoria intervengono le sanzioni di cui agli artt. 50-51 del d.lgs. n. 346 cit. Non va applicato, tuttavia, l'art. 48, comma 3, dato che mancano debitori/detentori di beni del *de cuius* legittimati a chiedere la prova che la dichiarazione è stata effettivamente presentata.

3.1. *La base imponibile e il "valore venale in commercio"*

Un'altra questione attiene, poi, al "come" considerare il «valore venale in commercio» delle monete digitali rispetto alla base imponibile dell'imposta su "altri beni" inclusi nell'attivo ereditario (art. 19, d.lgs. n. 346 s.m.i.), ossia quelli non elencati tipicamente e che si ritiene involgano anche queste rappresentazioni digitali di valore.

Si è detto dell'assenza di un "prezzo" ufficiale o, comunque, dell'assenza di riferimenti certi rispetto alla loro valutazione ma rispetto al passaggio generazionale ai fini dell'imposta in disamina è di supporto un intervento della prassi, seppur incompleto e non specificamente a tanto dedicato. Ci si riferisce alla risposta a un interpello del 2018[73] ove l'Agenzia delle entrate ha reso alcune delucidazioni

[71] Risoluzione n. 212/E-IV-9-238 del 1995.

[72] Cass., n. 31086 cit., laddove si statuisce che non è indispensabile che sia preceduta dall'apposizione dei sigilli, mentre per la compilazione dell'inventario va osservando l'art. 775 c.p.c. contenendo l'esatta descrizione dei beni appartenenti al *de cuius*. Se il valore di quelli di cui all'art. 9 cit., risulti superiore al presunto, la base imponibile del tributo deve essere costituita dall'importo dichiarato,

[73] Il n. 956/30.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

per determinare il controvalore in euro dei *bitcoin*, specificando che è a carico delle persone fisiche che le detengono e che va indicato nel "quadro RW", così rilevando ai (soli) fini del tracciamento (monitoraggio fiscale). Relativamente agli arresti in sede civile, invece, si è ritenuto che i *bitcoin* non posseggono «i requisiti minimi» per essere assimilati in concreto «a un bene suscettibile di una valutazione economica attendibile»[74].

Occorre, comunque, tentare di comprendere come identificare il detto "valore", non dimenticando che il tasso di cambio delle criptovalute in genere è rapportato a molti fattori incerti e, per lo più, collegato alla loro domanda/offerta influenzata, peraltro, dal numero di "estrazioni" (*mining*) di nuove "monete" che possono essere compiute.

Complicanze particolari sorgono, soprattutto, quando le stesse non sono convertite in valute *fiat* e, quindi, sono cambiate con altre valute virtuali.

Al proposito e, in linea di massima, il riferimento potrebbe essere dato dalla media delle quotazioni rinvenibili sulle piatteforme ufficiali *on-line* in cui sono scambiate/acquistate. Ciò quanto meno seguendo una risposta a interpello dell'Agenzia delle entrate[75] riferita all'applicazione dell'Ires e tenendo conto di criptovalute che, a fine esercizio, erano nella disponibilità di una società, ritenendole da valutate in base al cambio in vigore alla data di chiusura dell'esercizio rilevante ai sensi dell'art. 9 Tuir.

Specificamente, ancora, alle donazioni e ai trasferimenti a titolo gratuito, incisi dall'imposta di donazione con applicazione delle franchigie di cui al d.lgs. n. 346 cit., occorre considerare se si tratta di fattispecie di "modico valore" e, data l'estrema volatilità dello stesso, la questione potrebbe essere risolta, all'atto della donazione, da specifica documentazione in tal senso.

[74] Cfr. Tribunale di Brescia, decreto di rigetto n. 7556 cit., su un ricorso presentato ai sensi dell'art. 2436 c.c. dall'amministratore unico di una società di capitali rispetto alla negazione, da parte del notaio verbalizzante, dell'iscrizione al Registro delle imprese di una delibera dell'assemblea per un aumento a pagamento del capitale sociale da compiere anche con criptovalute.

[75] Risoluzione n. 72/E cit.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

3.2. *La previa detenzione "diretta" da parte del de cuius di monete virtuali*

Ulteriori problematiche possono sorgere, come premesso, se il *de cuis* deteneva con disponibilità "diretta" della chiave privata le monete virtuali, conservandole nel proprio portafoglio elettronico. Il presupposto impositivo, in base al d.lgs. n. 346 cit., sorge senz'altro: il beneficiario consegue un arricchimento patrimoniale trasferendole nel suo *wallet* e ciò anche ricevendo monete virtuali a seguito di una donazione o di un atto di liberalità.

Il Tribunale di Firenze, come evidenziato, ha statuito che le criptovalute vanno qualificate "beni" in genere, potendo essere "oggetto di diritti", e che il disponente può utilizzarle come "mezzo di scambio" per l'acquisto di beni/servizi, quando accettate, oppure come "nuova" forma di investimento[76]. Dunque, al momento in cui attribuite, rapprentano un arricchimento per il beneficiario, si tratta di beni mobili, e le norme di riferimento sono gli artt. 810 c.c. e 1 d.lgs. n. 346.

Il t.u., in specie, all'art. 19 dispone per gli "altri beni" compresi nell'attivo ereditario, ossia quelli diversi dagli indicati negli artt. 9, comma 2, e da 14 a 18, che la loro base imponibile deve essere determinata «assumendo il valore venale in comune commercio alla data di aperura della successione», con ogni susseguente considerazione già espressa quanto alla loro definizione (rapporto di cambio rilevato sulle piattaforme in cui effettuate le compravendite) e come ha ritenuto anche il giudice civile[77].

3.3. *Problematiche riguardanti la territorialità*

Restano da affrontare altre questioni collegate all'equiparabilità delle monete digitali al denaro o ad altre valute in riferimento alla "territorialità"[78].

[76] Sentenza 21 gennaio 2019, n. 18/2019

[77] Tribunale di Firenze, sentenza n. 18 cit.

[78] In particolare G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, *passim*.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Relativamente alla prima problematica, l'Agenzia delle entrate ha sostenuto la possibile assimilazione, ciò implicando l'intervento del comma 2 dell'art. 9 cit.

Quanto alla seconda, l'art. 2 del decreto cit. prevede che l'imposta di successione, ma anche quella di donazione, interviene su ogni bene/diritto trasferito purché espresso "materialmente". A ciò va aggiunto che l'applicazione dei canoni della *wordvide taxation* relativamente a beni esistenti in Italia e rispetto a soggetti residenti o meno, richiede che un *nexsus* tra il nostro Stato e il fatto generatore di reddito ai sensi del TUS.

Pur tuttavia, anche se il detentore "diretto" di valute virtuali avesse indicato nel quadro RW (art. 4, d.l. n. 167/1990) gli investimenti «al di fuori di intermediari residenti», ciò riguarderebbe i "valori" riferibili, non le "tipologie"[79]. Peraltro, le monete virtuali sono, come detto, "beni immateriali" suscettibili di formare "oggetto di diritti" (art. 810 c.c.) e "collocabili" in più luoghi e, perciò, sono *a*-territoriali, oltre a garantire l'anonimato (o pseudo-anonimato), non componendo diverse incertezze sull'applicazione dell'imposta una volta trasferite[80].

L'art. 2, comma 2, Tus, stabilisce che «Se alla data dell'apertura della successione o a quella della donazione il defunto o il donante non era residente nello Stato, l'imposta è dovuta limitatamente ai beni e ai diritti ivi esistenti». Quindi, nel caso in cui un soggetto non residente direttamente possedeva valute virtuali e le trasferiva poi a un beneficiario italiano, l'applicabilità dell'imposta dovrebbe escludersi.

Un riferimento rispetto a un soggetto non residente invero e, però, essere rappresentato dal luogo in cui il *service provider* si trova per identificare la provenienza delle criptovalute[81].

A ogni buon conto, l'incremento patrimoniale dovuto all'attribuzione di criptovalute si ritiene che ricada nell'ambito applicativo dell'imposta di successione e donazione in base al d.l. n. 262/2006[82].

[79] G. Iaselli e A. Tommasini, *Criptovalute, la territorialità (che non c'è) obbliga ancora al quadro RW,* in *NTPlus Fisco*, 7 marzo 2022.

[80] Sulle complicanze nel tracciare i *bitcoin*, S. Rapuano e M. Cardillo, *Le criptovalute tra evasione fiscale e reati internazionali*, in *Dir. prat. trib*., 1, 2019, p. 42 ss.

[81] A. Tommasini, *Criptovalute, NTF e Metaverso*, cit., p. 194.

[82] A. Busani, I*mposta di successione e donazione*, Milano, 2020, p. 28.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Il trasferimento di beni e diritti *mortis causa*, per atto di liberalità, in ragione di una donazione, oltre che la costituzione di vincoli di destinazione e *trust* su patrimoni composti in tal modo ne integrano il presupposto, come avviene per ogni bene avente una natura patrimoniale. L'art. 19, comma 1, cit., pare perciò confacente a ricomprendere tra "gli altri beni" anche le monete digitali da sottoporre a tassazione ai fini del tributo, la cui base imponibile deve essere determinata assumendo il "valore venale in comune commercio" di beni/diritti inclusi nell'attivo ereditario all'apertura della successione[83] ritornando alle considerazioni prima svolte.

4. *Considerazioni conclusive*

Nonostante qualche punto fermo che si è provato a evidenziare, qualche altra considerazione appare necessaria, soprattutto con riguardo all'imposta di successione e donazione e relativa trasmissione di patrimoni in monete digitali.

Infatti, se devono essere intese quali *accounts* (beni immateriali) che determinano relazioni cotrattuali tra *service providers* utenti, consentendo l'utilizzo di servizi per accedere a specifici ambienti virtuali[84], ciò significa che dei primi non si è proprietari seppur e, comunque, l'art. 9 del d.lgs. n. 346 li contempli, ma non specificamente, nell'attivo ereditario e, perciò, da tassare *ex* art. 1 Tus.

L'art. 2-*terdecies* del d.lgs. n. 108/2018, a sua volta, prevede che i diritti di cui agli artt. da 15 a 22 riferiti a dati personali di soggetti non più in vita, che gli stessi possano esercitarsi da parte di coloro che abbiano "un interesse proprio", agiscano "a tutela dell'interessato in qualità di mandatario" oppure "per ragioni familiari", meritevoli di tutele.

Sulla base della disposizione, talune decisioni hanno statuito che il diritto di accesso degli eredi negli *accounts* di soggetti defunti, portatori dell'ultimo interesse segnalato, risulta occasionato dall'"evento

[83] C.T.R. Emilia Romagna, 31 marzo 2001, n. 23.

[84] V. Barba, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 285.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

morte" e non è un effetto dell'eredità/legato[85]. In sostanza, l'accettazione dell'eredità è "filtrata" da rapporti contrattuali, la successione è *iure proprio* e deve essere regolamentata dalla normativa sulla *privacy* e l'imposta riferibile non dovrebbe intervenire sull'asse derelitto digitale[86].

Per di più, la mera inclusione in quest'ultimo del valore monetario delle criptovalute, determinerebbe le deduzioni *ex* art. 20 ss. Tus; quindi, includendo legati, passività e oneri in ragione del coacervo delle donazioni e, nel caso in cui ricorrarono, delle franchigie[87].

Infine, la ricomprensione presunta o analitica nella dichiarazione successoria identificherebbe il loro "costo storico" (art. 68, comma 6, Tuir) nel caso di possibili plusvalenze a fronte di redditi da cessione di persone fisiche non imprenditori (art. 67, comma 1, lett. c-*ter*, Tuir), con rilevazione nel quadro RW.

[85] Si veda, in particolare, Tribunale di Milano, Sez. I civ., ordinanza 10 febbraio 2021.

[86] A. Tommasini, ult cit., p. 199.

[87] In merito *L. Letizia, Note sul coacervo delle donazioni pregresse ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *SFEF*, 51, 2021.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Capitolo IV

Il monitoraggio fiscale: i tentativi qualificatori dell'Amministrazione finanziaria

Loredana Strianese[*] e *Ottavio Nocerino**

Sommario: 1. Qualche premessa. – 2. I possibili inquadramenti giuridici dei crypto-assets come beni giuridici. - 2.1. I conseguenti profili fiscali. – 3. La fiscalità criptovalutaria. Le soluzioni prospettate dalla prassi amministrativa in materia di imposizione diretta ed indiretta – 4. Profili problematici della soluzione amministrativa. – 5. Criptovalute e monitoraggio fiscale. – 6. Profili problematici delle soluzioni prospettate dalla prassi. – 7. Un possibile criterio di localizzazione degli investimenti in criptovalute. – 8. Il disegno di legge sulla disciplina fiscale delle criptovalute. – 9. Conclusioni.

1. *Qualche premessa*

L'interesse, l'uso, il commercio e il livello di capitalizzazione di mercato dei crypto-asset sono aumentati sempre più negli ultimi anni e le loro caratteristiche tecnologiche sono in rapida evoluzione. Di conseguenza, rappresentano una sfida per le amministrazioni fiscali e i decisori politici. Il fatto che manchi una normativa nazionale che disciplini compiutamente, in primis sul piano civilistico e poi sul piano fiscale, siffatti "fenomeni" e tutte le operazioni ad essi collegate, determina molta instabilità e incertezza per gli operatori che devono occuparsi delle attività correlate[1].

* Loredana Strianese è Professoressa associata di Diritto tributario presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II", Ottavio Nocerino, Ricercatore confermato di Diritto tributario presso l'Università degli Studi della Campania "l. Vanvitelli". Pur nella concezione comune i paragrafi da 1 a 2.1. sono di Loredana Strianese, mentre i paragrafi da 3 a 9 di Ottavio Nocerino.

[1] In dottrina: F. Antonacchio, *Cripto-condono in vista per i detentori di valute virtuali*, in *Il fisco,* n. 24/2022, p. 2355 ss.; S. Capaccioli, *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e* bitcoin, in *Dir. prat. trib. int.*,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Anche le sparute pronunce giurisprudenziali che si sono avvicendate nel tempo non hanno contribuito ad offrire le giuste coordinate entro le quali tracciare una possibile definizione di tali nuove realtà.

In questo ambiguo scenario l'Amministrazione finanziaria, mediante lo strumento delle risposte ad interpello e delle istruzioni alla compilazione delle dichiarazioni dei redditi, ha ipotizzato una ricom-

n. 1/2014, p. 27 ss.; Id., *Criptovalute e* bitcoin: *un'analisi giuridica,* Milano, 2015, *passim*; G. Corasaniti, *Il trattamento tributario dei* bitcoin *tra obblighi antiriciclaggio e monitoraggio fiscale*, in *Strumenti finanziari e fiscalità,* n. 36/2018, p. 45 ss.; A. Contrino e G. Baroni, *The cryptocurrencies: fiscal issues and monitoring*, in *Dir. prat. trib. int.,* n. 1/2019, p. 11 ss.; G. Falsitta, *La tassazione delle plusvalenze e delle sopravvenienze attive nelle imposte sui redditi,* Padova, 1986; A. Fantozzi, *Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze*, in *Riv. dir. fin. sc. fin*., 1965, I, p. 429 ss.; A. Fedele, *L'imposizione sui plusvalori patrimoniali*, Milano, 1970; L. Feralzzo Natoli, *Le plusvalenze speculative,* Milano, 1984; Fondazione Centro Studi UNGDCEC, *Le opportunità della Blockchain e degli smart contract nei rapporti commerciali*, *Quaderno Knos* 13, settembre 2021; A. Marinello, *Redditi di capitale e redditi diversi di natura finanziaria*, Torino, 2018; Id., *Un "cripto-condono" e molti nodi irrisolti nel disegno di legge sulla disciplina fiscale delle valute virtuali*, in *Riv. tel. di dir. trib.,* 4 ottobre 2022; P. Mastellone, *Redditi derivanti da operazioni in criptovalute: profili di fiscalità sostanziale e adempimenti dichiarativi a carico dei contribuenti*, in *Riv. tel. dir. trib*., 22 dicembre 2021; M. Miccinesi, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993; E. Mignarri, *Bitcoin e criptovalute: il trattamento fiscale delle valute virtuali*, in *Bancaria*, nn. 7-8/2018, p. 56 ss.; M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, in *Riv. dir. trib.,* n. 2/2020, p. 105 ss.; Id., *Contributo all'individuazione della nozione di crypto/asset e suoi riflessi nell'ordinamento tributario nazionale*, in *Rass. trib.* n. 3/2022, p. 574 ss.; L. Salvini, *La dimensione valutaria dell'economia digitale: le criptovalute,* in L. Carpentieri (a cura di), *Profili fiscali dell'economia digitale*, Torino, 2020, p. 167 ss.; R. Scalia, *Riflessioni su alcuni temi controversi sulla disciplina IVA delle c.d. criptovalute,* in *Giur. imp.,* 2020, p. 1 ss.; C. Trenta, *Bitcoin e valute virtuali. Alcune riflessioni alla luce della decisione della Corte di Giustizia UE sul regime IVA applicabile ai bitcoin*, in *Riv. trim. dir. trib.,* n. 4/2016, p. 949 ss.; A. Magliaro e S. Censi, *Criptovalute e territorialità: c'è spazio per una nuova chiave di lettura?*, in *Il fisco*, n. 38/2022, p. 3649 ss.; S. Barsalini e D. Varani, *Verso la DAC 8: l'utilizzo dei CryptoAssets"*, in *I controlli fiscali internazionali*, 2021, p. 79; G. Boletto, *Le criptovalute nel sistema tributario: prime riflessioni sull'esperienza italiana,* in *Dir. prat. trib*., n. 5, 2021, p. 1974; M. Leo, *La necessità di regole più chiare per la tassazione delle criptovalute*, in *Corr. trib*., 10, 2022; G. Escalar, *Il regime fiscale dei redditi delle criptovalute conseguiti dai privati,* in *Corr. trib*., 10, 2021, p. 835 ss.; C. Zambelli, M.L. Di Tanna e D. Greco, *Criptovalute: l'Agenzia delle Entrate conferma il suo "mantra*, in *Fisc. comm. int.,* 10, 2022.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

posizione del "fenomeno" agganciandolo a fattispecie già esistenti e regolamentate ma, invero, non del tutto corrispondenti. Le più evidenti criticità derivanti dall'anzidetta prospettiva (indicata dall'Amministrazione finanziaria), scaturiscono proprio dalla applicazione, a dette manifestazioni della realtà virtuale, di normative disciplinanti situazioni sicuramente diverse, con ciò generandosi, peraltro, nuove sfide di compliance fiscale.

Si aggiunga, inoltre, che in sede OCSE (su richiesta del G20) si è sviluppata una proposta tecnica per ottenere un livello adeguato di reporting e scambio di informazioni anche nell'area dei cripto-asset in generale, e loro derivati, tra cui le criptovalute[2].

Difatti, il 22 marzo 2022, l'OCSE ha posto in consultazione pubblica un documento per sviluppare un nuovo framework globale di

[2] Si specifica che ogni tentativo di stilare una classificazione dei prodotti (*species*) all'interno del *genus* che ricomprende gli *asset,* è pressoché inutile. Ciò non solo perché continuano a nascere nuove entità virtuali, ma anche perché alcune cripto-attività possono essere ricondotte in più sottocategorie, mentre altre non risultano allo stato ancora classificabili. Lo possibili nomenclature, peraltro, potrebbero essere interpretate in modo diverso da Stato a Stato, stante la possibilità che vengano qualificate diversamente nelle differenti giurisdizioni, con significative ricadute anche sul piano delle norme impositive applicabili. Oltretutto, in ambito tributario, a rendere le cose ancora più difficili vi è da considerare che si tratta di *asset* che si trovano nella *blockchain*, ovvero in una realtà virtuale, diversa e parallela a quella reale, dunque sono privi di qualsiais collegamento con il territorio, nazionale o estero (a-terittorialità). È infatti molto complicato, fermo il problema della identificazione della tipologia di *asset*, sia localizzare il luogo di produzione dei proventi da sottoporre a tassazione (*stateless income*), sia il soggetto che ne ha la disponibilità giuridica (contribuente), di regola individuato con il titolare della chiave privata che consente di acquistare beni e servizi, scambiare il *crypto asset* con altri virtuali (tra i quali vi sono le cripto valute) o con monete legali, o semplicemente spostarlo in un altro *wallet* (portafogli elettronici). Per assorbire tali dubbi e complessità ci si augura che gli Stati, almeno a livello europeo o, meglio, sovranazionale (Ocse), raggiungano un accordo sulla qualificazione e sulla regolamentazione dei *crypto asset,* intercettando, in modo univoco, i criteri da utilizzare ai fini della localizzazione della fonte di reddito e, di conseguenza, della giurisdizione competente, senza contare che è ormai divenuta imprescindibile una rapida risoluzione della questione che non può essere trovata se non attraverso un intervento legislativo specifico. Di certo, mancando un intervento legislativo di tale portata è davvero impossibile tentare di localizzare gli utenti/contribuenti del mercato digitale globale, e, quindi, rinvenire la regolamentazione fiscale applicabile.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

trasparenza fiscale che prevede lo scambio automatico di informazioni fiscali sulle transazioni in cripto-attività, denominato "Crypto-Asset Reporting Framework" ovvero "CARF". Inoltre, dopo sette anni dalla sua adozione, l'OCSE ha avviato anche la prima revisione globale del CRS[3] con l'obiettivo di migliorarne ulteriormente il funzionamento e includere nel campo di applicazione nuove attività finanziarie, prodotti e intermediari, evitando il rischio di duplicazioni della rendicontazione con quella prevista nel CARF. Dunque, anche la proposta dell'Unione europea di aggiornare l'attuale direttiva sulla cooperazione amministrativa mediante la DAC 8[4] si pone in linea

[3] Tentando una sintesi, il CRS è il modello di scambio automatico di informazioni sui conti finanziari detenuti da soggetti non residenti ai fini fiscali nella giurisdizione delle istituzioni finanziarie tenute agli obblighi di *due diligence* e *reporting.* Il modello in questione individua le istituzioni finanziarie coinvolte (*Reporting Financial Institutions*), i conti finanziari (*Financial Accounts*) e, tra questi, i conti oggetto di comunicazione *(Reportable Accounts*), le procedure di *due diligence* a carico delle istituzioni finanziarie e, infine, le procedure di *reporting* dei dati all'amministrazione finanziaria di riferimento, la quale provvederà al loro scambio con le amministrazioni delle giurisdizioni di residenza dei titolari dei conti.

[4] Al proposito, in relazione alla recente iniziativa dell'OCSE sottoposta a consultazione pubblica relativa a "*Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*" (ormai chiusa, i cui contenuti sono confluiti, il 10 ottobre 2022, nella versione finale del Documento CARF dell'OCSE) risulta opportuno ricordare, brevemente, non essendo questa la sede per dilungarsi sul tema, lo stato dell'arte della più volte modificata direttiva 2011/16/ UE ("DAC 1", relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale), che andrebbe approfondita avendo come *focus* principale proprio quello sulle valute virtuali. L'aumento dello scambio automatico di informazioni tra amministrazioni finanziarie è una risposta alla crescente mobilità dei contribuenti e dei capitali e all'internazionalizzazione degli strumenti finanziari, soprattutto in sede europea, all'interno del mercato unico. È così che nel 2022 ci si aspetta l'emanazione della c.d. "DAC 8", volta a introdurre una limitazione al fenomeno della possibile evasione fiscale mediante l'utilizzo delle valute virtuali: in un sistema in cui lo pseudo-anonimato è la regola, gli operatori sono difficili da identificare e, a meno che non si ottengano informazioni che colleghino l'identità virtuale e quella reale degli stessi, anche le disposizioni fiscali meglio ponderate hanno una portata limitata. In uno studio condotto per il Parlamento europeo di R. Houben e A. Snyers, *Cryptocurrencies and Blockchain – Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion*, 2018, è stato riscontrato che gli attuali strumenti di trasparenza fiscale sono insufficienti per contrastare l'evasione fiscale mediante l'utilizzo di criptovalute. Tuttavia, tassare il reddito prodotto dalle valute virtuali è efficace solo se il valore delle stesse, comunicato alle

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

con i piani dell'OCSE. Orbene, a seguito del termine della richiamata consultazione, l'Ocse ha reso pubblica, il 10 ottobre 2022, la versione finale del Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard contenente le regole di segnalazione, da parte degli intermediari, in materia dicriptoattività, oltre alle modifiche da effettuare al Common Reporting Standard destinato a sviluppare un nuovo quadro globale ditrasparenza fiscale che preveda lo scambio automatico di informazioni fiscali sulle transazioni in crypto-asset.

Nel documento sono presenti quattro elementi fondamentali: ladefinizione deicrypto-asset; l'individuazione degli intermediari soggetti alla raccolta dei dati e agli obblighi di segnalazione; l'identifica-

autorità fiscali, è accurato. Ciò è stato sottolineato anche dall'OCSE, che ha riconosciuto come la valutazione sia una delle principali sfide di politica fiscale ai fini della *compliance* tributaria legata agli utilizzi delle valute virtuali (*Tassazione delle valute virtuali: una panoramica dei trattamenti fiscali e delle questioni emergenti di politica fiscale*, 2020). È da queste posizioni iniziali che la Commissione Ue ha avviato una consultazione pubblica nel marzo 2021 sul tema "Frode ed evasione fiscali – rafforzamento delle norme in materia di cooperazione amministrativa e ampliamento dello scambio di informazioni". Raccolti i dati inerenti alla progettazione della DAC 8, coinvolgendo le parti interessate, si mira a definire obblighi di comunicazione che assicurino una tassazione equa, evitando oneri amministrativi eccessivi e al tempo stesso a garantire una regolamentazione comune per i 27 Stati membri dell'Unione europea. Al fine di assicurare il corretto assoggettamento a tassazione dei detentori di valute virtuali, le autorità fiscali devono reperire informazioni sulla proprietà delle stesse; ciò può avvenire collegando le identità reali e virtuali dei contribuenti in due fasi. In una prima fase, a livello nazionale, le autorità fiscali domestiche devono accertare se i loro contribuenti detengano o meno criptovalute. A tal proposito, la domanda è, chi sia il soggetto più appropriato dal quale reperire tali informazioni considerando che, contrariamente alla prassi adottata per gli *assets* finanziari, il Fisco non può a tali fini fare affidamento solamente sul sistema bancario o sugli intermediari finanziari tradizionali, a carico dei quali le autorità fiscali hanno disposto gli obblighi previsti nell'ambito del *Common Reporting Standard* (Direttiva 2014/107/UE [c.d. "DAC 2"], recepita nell'ordinamento giuridico italiano con la L. 18 giugno 2015, n. 95 e il D.M. 28 dicembre 2015. Questo *framework* normativo non comprende ancora le valute virtuali). Quindi, in una seconda fase, a livello europeo, una volta individuati i soggetti obbligati a segnalare e, quando queste informazioni saranno rese note alle autorità fiscali nazionali, potrà aver luogo lo scambio automatico di informazioni tra i diversi Stati membri. Ciò detto, la DAC 8 tenterà di proporre un insieme coordinato di regole applicabili in entrambe le menzionate fasi: ciò modificherebbe, ancora una volta, l'attuale quadro di cooperazione amministrativa nel settore fiscale.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

zione delletransazioni e informazioni da comunicare; le procedure di due diligence necessarie per identificare sia gli utenti dei crypto-asset sia le giurisdizioni fiscali pertinenti.

Rispetto alla versione proposta, il testo finale pone taluni punti fermi e più precisamente: in riferimento alla definizione di cripto-asset, permane l'idea dirappresentazione digitale di un valore basata su una tecnologia distributed ledger o altra tecnologia similare, volta a convalidare le transazioni. È stato inserito, poi, il c.d. "relevant crypto-asset", ovvero le criptoattività rilevanti ai fini del Carf, oggetto di reporting da parte degli intermediari. Non rientrano tra queste: le criptoattività che il service provider ritiene non inseribili perché utilizzate per finalità di pagamento o investimento; le valute digitali emesse dalle banche centrali; i prodotti che costituiscono una rappresentazione digitale di una valuta FIAT (non ancorata al prezzo di una materia prima come oro o argento ma rilasciata da un governo o da una banca centrale, che la rendono legale come mezzo di pagamento per un bene) e che possono essere riscattati in qualsiasi momento, su richiesta del titolare, ricevendo il loro valore nominale nella stessa valuta FIAT. Quanto alle transazioni e informazioni da riportare esse riguardano: gli scambi cripto-fiat, gli scambi cripto-cripto, i trasferimenti di cripto-asset. Circa la due diligence, viene domandato agli intermediari coperti di ottenere un'autocertificazione per

determinare laresidenza fiscale dei detentori di cripto-assete di confermare la ragionevolezza di tale autocertificazione. Si constata, inoltre, una complementarietà dei due sistemi (Carf e Crs), in quanto le cripto-attività rilevanti contemporaneamente ai fini del Carf e del Crs comportano che l'intermediario possa evitare l'obbligo di segnalazione dei proventi ai fini del Crs, ove le informazioni siano state già segnalate per il Carf.

Finora, i due punti focali per la regolamentazione e la legislazione crittografica nazionale e internazionale sono stati la prevenzione e la tassazione della criminalità. La condivisione dei dati tra i Paesi potrebbe aiutare le forze dell'ordine a reprimere qualsiasi crimine legato alle cripto-attività poiché la migliore visibilità nei quadri di settore come il Carf potrebberendere il riciclaggio di denaro e l'evasione fiscale molto più difficili da realizzare. Internamente, l'Ue sta anche pianificando di standardizzare la riscossione delle tasse per quanto riguarda le valute virtuali.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La Commissione europea, conscia della necessità di dare risposte alle sollecitazioni e alle questioni sollevate dalla crescita più che significativa dei crypto-asset, in particolare di quelli che non sono ritenuti riconducibili nell'ambito di applicazione della legislazione dell'UE in materia di servizi finanziari, al termine di settembre 2020 ha pubblicato il Digital Financial Package, cioè, un pacchetto di regolamentazioni volte ad incoraggiare l'innovazione e la digitalizzazione della finanza, a preservare la stabilità finanziaria, e a garantire le tutele agli investitori per il tramite di una regolamentazione che assicuri chiarezza e certezza del diritto.

Nell'ambito delle proposte legislative, è stata presentata una bozza di Regolamento denominata Proposal for a regulation of the European Parlament and of the Council on markets in Cripto – assets and amending Directive 2019/1937/UE (detto anche MICAR-Market in crypto asset), che si pone diverse finalità[5].

Invero, la Commissione europea non è stata in grado di offrire una proposta risolutiva ai fini di un chiarimento delle problematiche

[5] Il pacchetto legislativo è finalizzato a favorire due importanti linee strategiche di sviluppo, e in particolare, la *Digital Finance Strategy* e la *Retail Payments Strategy.* La prima strategia accoglie: *a)* la proposta di regolamento MiCAR, che recepisce le indicazioni formulate dall'*ESMA – Advice on ICOS and Crypto-assets, January* 2019 contiene, da un lato, le regole applicabili alle cripto-attività riconducibili agli strumenti di pagamento e alla moneta elettronica comprendenti anche i c.d. *stablecoin* e, dall'altro, quelle applicabili a tutte le cripto-attività alle quali non può essere estesa la legislazione europea sui mercati finanziari*; b)* la proposta di Regolamento volta a modificare le regole in materia di infrastrutture del mercato dei capitali che utilizza soluzioni basate sul registro distribuito (DLT) – *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distribueted ledger tecnology (COM/2020/594 final;* c) la proposta di Regolamento in materia di resilienza operativa digitale per il settore finanziario (*Digital Operational Resilience Act– Dora Regulation*); *d)* la proposta di Direttiva che nel rispetto del regolamento di resilienza digitale, dovrebbe provvedere a emendare coerentemente altre direttive europee in vigore. La seconda strategia, ovvero il *Retail Payments Strategy* definisce, invece, il piano relativo ai servizi e agli strumenti di pagamenti innovativi al dettaglio, comprese anche soluzioni di pagamento transfrontaliero istantaneo. Per l'esposizione dettagliata delle finalità indicate nel testo e anche per una visione in termini comparati degli Stati che hanno varato una disciplina volta a regolamentare il mercato dei *crypto asset,* per tutti, M. Pierro, *Contributo all'individuazione della nozione di crypto/asset e suoi riflessi nell'ordinamento tributario nazionale*, cit., p. 578 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

segnalate. Verosimilmente, per due ordini di ragioni interconnesse: a) la determinazione di crypto asset specificata è, senz'altro, troppo dispersiva ed è tendenzialmente descrittiva, pertanto non appropriata a definirli sul piano giuridico; b) i paradigmi disciplinari tratteggiati nella proposta MiCAR tendono a sovrapporsi a quelli che regolano gli strumenti e i mercati finanziari.

In buona sostanza, l'operazione realizzata è stata quella di adattare, laddove possibile e con effetti non innovativi, le nome delle direttive MIFID I e MIFID II[6] alle peculiarità, per la verità, fortemente instabili, dei prodotti del nuovo mercato digitale. Alla fine, non è stata costruita una nuova regolamentazione, capace di sganciare la realtà dei crypto asset da quella finanziaria, all'interno della quale la maggior parte di queste manifestazioni del mondo virtuale sono quindi "decisamente" attratte, con immancabili conseguenze sul piano definitorio. I tempi non sono ancora maturi per poter affermare che quanto sino ad ora descritto rappresenterà l'esito definitivo. La proposta è attualmente all'esame del Consiglio dell'Unione europea e del Parlamento europeo, quest'ultimo ha presentato diversi emendamenti diretti a rielaborare proprio le definizioni di alcune categorie di crypto asset. Vedremo se entro gli inizi del 2025 si completerà il percorso di approvazione e di entrata in vigore dei provvedimenti attuativi del Regolamento[7].

[6] La direttiva MIFID ovvero *Markets in financial instruments directive* (2004/39/EC), ha disciplinato dal 31 gennaio 2007 al 2 gennaio 2018 i mercati finanziari dell'Unione europea. Dal 3 gennaio 2018 è entrata in vigore la nuova direttiva MIFID II (2014/65/EU) che, insieme alla MIFIR o *Markets in financial instruments regulation* (regolamento EU n. 600/2014) ha preso il posto delle precedente regolamentazione.

[7] Per approfondimenti, si vedano E. Bocchialini, L. Poletti, R. Ronchini e G. Tagliavini (a cura di), *Economia del sistema finanziario,* Torino, 2021, p. 15 ss., laddove si rileva che la locuzione "contratto finanziario" identifica "un negozio giuridico che prevede prestazioni di natura finanziaria stipulato tra due soggetti (creditore e debitore) e che regola il rapporto tra i contraenti in modo più o meno standardizzato per il trasferimento nel tempo e nello spazio di potere di acquisto". Gli strumenti finanziari, gli strumenti creditizi, le attività finanziarie e le passività finanziarie sono tipologie (*species*) di contratti finanziari. Al riguardo, anche A. Ferrari, E. Gualandri, A. Landi e P. Vezzani (a cura di), *Il sistema finanziario: funzioni, mercati intermediari*, Torino, 2018, p. 7 ss., ove si specifica che per attività finanziaria deve intendersi "qualsiasi specie di operazione finanziaria e di contratto finanziario" avente ad oggetto "lo scambio di prestazioni monetarie contrapposte".

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Si aggiunga che, il 4 ottobre del corrente anno ilParlamento europeoha approvato unaRisoluzione[8]sull'utilizzo dellenuove tecnologie nei controlli fiscali, con particolare riferimento all'utilizzo dellablockchain e dell'intelligenza artificialee sullatassazione dei crypto-asset e delle criptovalute.

Con riferimento al primo punto, il Parlamentoritiene che le amministrazioni fiscali dovrebbero essere meglio dotate di risorse adeguate per facilitare una riscossione efficiente delle imposte anche attraverso l'utilizzo delle nuove infrastrutture digitali, personale specializzato e attrezzature specifiche. In particolare, leDistributed ledger technology (DLT)come la blockchain o l'intelligenza artificiale, prometterebbero di promuovereprocedure fiscalie amministrative intelligenti, efficaci ed efficienti, scoraggiare e limitare lacorruzione, facilitare gliadempimenti fiscalida parte di cittadini e imprese e aumentare latracciabilità e l'identificazione delle transazioni imponibilie della proprietà di beni materiali e immateriali, in un ambiente globalizzato in cui le transazioni digitali transfrontaliere sono in aumento.

In merito alla tassazione del genus crypto-asset e delle species criptovalute, il Parlamento ritiene chequesti ultimidebbano essere soggetti a unatassazione equa, trasparente ed efficace, al fine di garantire unaconcorrenza lealee parità di condizioni tra il trattamento fiscale delle attività e dei prodotti finanziari e tra i fornitori di servizi finanziari. Osserva, altresì, che gli operatori dell'economia digitale possono svolgere attività commerciali significative in uno Stato membro senza stabilirvi una presenza fisica e che, pertanto, le imposte versate in una giurisdizione non riflettono più il valore e gli utili ivi creati; sottolinea, quindi, la necessità diadattare il concetto di stabile organizzazione, in particolare con una chiara definizione di stabile organizzazione virtuale, in linea con le norme internazionali. Ritiene, ulteriormente, che sia necessaria unadefinizione chiara e ampiamente accettata delle cripto-attività a fini fiscali, sottolinea che tale definizione dovrebbe essere allineata a quella delregolamento sui mercati delle cripto-attività (MiCA), insiste sulla necessità di garantire lacoerenza sistematicatra i diversi strumenti giuridici che disciplinano o

[8] European Parliament, *Resolution of 4 October 2022 on the impact of new technologies on taxation: crypto and blockchain* (2021/2201(INI)).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

disciplineranno le cripto-attività (ad esempio il regolamento sui mercati delle cripto-attività, il regolamento su trasferimento di fondi, la direttiva sulla cooperazione amministrativa e altre iniziative antiriciclaggio) e, soprattutto, di salvaguardare la certezza del diritto e la stabilità finanziaria.

Come anticipato, non esiste ancora, ad oggi, nel panorama giuridico nazionale, unitario e sovranazionale, una definizione univoca delle cripto-attività né, tantomeno, una qualificazione legislativa della loro natura. Anche sul versante interno, dunque, stringati sono stati gli interventi che possano essere ricordati qui sinteticamente, come probabile riferimento, sul piano giuridico.

Il primo tra questi da rammentare, anche perché è stato il primo di fonte legislativa[9], è dato dalle integrazioni apportate dall'art. 8 del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, all'art. 1 del d.l. 8 giugno 1990, n. 167, che individua gli obblighi di comunicazione all'Agenzia delle entrate dei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento (c.d. monitoraggio fiscale)[10].

Il decreto in parola, accoglie una definizione di "valuta virtuale" da intendersi come "la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'Autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come

[9] Ai fini di un'analisi dell'inquadramento giuridico delle cripto-attività e il recepimento della Direttiva antiriciclaggio si veda G. Corasaniti, *Il trattamento tributario dei bitcoin tra obblighi antiriciclaggio e monitoraggio fiscale*, in *SFEF*, cit., p. 45, ove l'A. precisa "Nell'ordinamento italiano, sino al recepimento della Direttiva 2015/849/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015, relativa alla 'prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo', che ha modificato il Regolamento UE n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che ha abrogato la Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché la Direttiva 2006/70/CE della Commissione, non era contemplata, a livello legislativo, alcuna definizione di 'valuta virtuale'". Altrettanto attenta e puntuale è la ricostruzione di S. Barsalini e D. Varani, *Verso la DAC 8: l'utilizzo dei CryptoAssets,* in *I controlli fiscali internazionali*, 2021, p. 79, e quella di G. Boletto, *Le criptovalute nel sistema tributario: prime riflessioni sull'esperienza italiana*, cit., p. 1974.

[10] Sul tema, L. Strianese, *Violazioni degli obblighi degli operatori finanziari e sanzioni*, in F. Amatucci e R. Alfano (a cura di), *Ordinamenti tributari a confronto, problematiche comuni e aspetti sanzionatori, Italia, Spagna e America Latina*, Torino, 2022, p. 201.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente" (cfr. art. 1, comma 2, lett. qq). In seguito, l'art. 1 del d.lgs. n. 184/2021, in tema di contrasto alle frodi e alle falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, statuisce che per valuta virtuale si intende "una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente". In precedenza, con comunicazione del 30 gennaio 2015, dal titolo "Valute virtuali", la Banca d'Italia, aveva attribuito alla valuta virtuale la medesima definizione ora ricordata, precisando solo che "Le valute virtuali non sono moneta legale e non devono essere confuse con la moneta elettronica".

In seguito, la stessa Banca Centrale italiana escludeva le valute virtuali dalla categoria degli "strumenti finanziari", posto che il T.U.F[11], (art. 1, comma 2) indica un elenco specifico (chiuso) di detti strumenti, da cui, oltretutto, sono chiaramente esclusi i mezzi di pagamento (art. 1, comma 4)[12]. Peraltro, si ricorda che nel 2020 era intervenuto anche un documento dell'OCSE[13], che merita di essere segnalato, nel quale, l'Organizzazione, ancorché non abbia formulato una propria definizione delle valute virtuali, osserva che, ricorrentemente, i Paesi considerano le cripto-attività come una forma di proprietà. Pertanto, evidentemente, la maggior parte dei Paesi scrutinati dall'OCSE nel suo studio, si riferisce ad esse come beni immateriali, alcuni le designa come materie prime o strumenti finanziari, solo una minoranza di Paesi qualifica, invece, le valute virtuali come moneta a corso legale estere o come "rappresentazione digitale del valore".

[11] Decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (modificato dal d.lgs. n. 131 del 3 agosto 2022, in vigore dal 3 settembre 2022).

[12] Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza* (Occasional Papers), n. 484 – marzo 2019, *Aspetti economici e regolamentari delle "cripto-attivita`".*

[13] Report OECD, *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues* del 12 ottobre 2020.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Sembra, allora, innegabile, da quanto sin qui riferito, stante il palese polimorfismo degli anzidetti prodotti, la conseguente confusione concettuale che si genera dai vari tentativi di individuare la natura delle cripto-attività, il tutto ulteriormente acutizzato dalla mancanza, come supra anticipato, di una definizione giuridica unitaria che riesca a far luce sulle ambiguità che persistono e che complicano la vita professionale degli operatori tributari. Restano, inoltre, molte questioni irrisolte anche nel recente disegno di legge sulla disciplina fiscale delle valute virtuali, n. 2572, presentato al Senato della Repubblica lo scorso 20 marzo.

Difatti, benché la proposta contenga talune disposizioni concernenti l'inquadramento ai fini fiscali delle cripto-attività, oltre che determinate modifiche alla normativa antiriciclaggio, poi non fa altro che evocare le posizioni assunte dall'Amministrazione Finanziaria nei documenti di prassi resi in materia, con risultati di certo non soddisfacenti[14]. D'altra parte non sono mancati diversi arresti di carattere giurisprudenziale sia sul piano euro-unitario sia sul piano domestico aventi ad oggetto questioni concernenti il mondo delle valute virtuali[15].

[14] Per ogni approfondimento sull'argomento, cfr. A. Marinello, *Un "cripto-condono" e molti nodi irrisolti nel disegno di legge sulla disciplina fiscale delle valute virtuali*, cit.; M. Pierro, *Contributo all'individuazione della nozione di crypto/asset e suoi riflessi nell'ordinamento tributario nazionale*, cit., p. 600, ove l'A. sostiene: "Nessun contributo si ritiene possa derivare, poi, dalla proposta di disegno di legge di recente presentata al Senato relativa alle valute virtuali, definite come «una forma di unità matematica… crittografica, statica o dinamica, suscettibile di rappresentare diritti, con circolazione autonoma» alle quali, ai fini delle imposte dirette viene applicata, salvo qualche accorgimento, la disciplina riservata alle valute estere. Nella bozza di disegno di legge le valute virtuali sono infatti assimilate alle valute estere con conseguente formalizzazione delle indicazioni interpretative formulate della Amministrazione finanziaria le quali però, come detto, si pongono in contrasto con il dato normativo nazionale ed europeo, con le indicazioni della Banca d'Italia, con la decisione della Corte di giustizia (come si evidenzierà a breve), nonché con le posizioni assunte dalla maggior parte dei Paesi del mondo i quali, tutti, escludono che le criptovalute siano da considerare valute, e a maggior ragione che possano avere lo status di valuta estera. Con la conseguenza che nel caso fosse recepita questa proposta Si determinerebbe non solo un forte contrasto normativo interno e internazionale, ma anche un arretramento rispetto alle acquisizioni raggiunte con gli interventi legislativi in sede di riciclaggio e di frode nei mezzi di pagamento".

[15] La sentenza CGUE causa C-264/14 (Hedqvist) del 22 ottobre 2015 ha decretato che, in materia di IVA, "l'art. 2, paragrafo 1, lettera c), della Direttiva IVA va inter-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Come anticipato, rispetto al vacuo legislativo venutosi a determinare (l'ultimo nel 2017 a seguito dell'intervento in tema di antiriciclaggio), l'Amministrazione finanziaria, dovendosi misurare con tali tecnologie fenomeniche, si è imbattuta in ragionamenti ed ipotetiche soluzioni tutt'altro che unitarie, soprattutto nelle più

pretato nel senso che costituiscano prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso, ai sensi di tale disposizione, operazioni, come quelle oggetto del procedimento principale, che consistono nel cambio di valuta tradizionale contro unità della valuta virtuale 'bitcoin' e viceversa, effettuate a fronte del pagamento di una somma corrispondente al margine costituito dalla differenza tra, da una parte, il prezzo al quale l'operatore interessato acquista le valute e, dall'altra, il prezzo al quale le vende ai suoi clienti". La stessa sentenza ha dichiarato altresì che "La valuta virtuale '*bitcoin*', essendo un mezzo di pagamento contrattuale, non può essere considerata, da una parte, nè come un conto corrente né come un deposito di fondi, un pagamento o un versamento. D'altra parte, a differenza dai crediti, dagli assegni e dagli altri effetti commerciali, di cui all'art. 135, paragrafo 1, lett. d), della Direttiva IVA, essa costituisce un mezzo di pagamento diretto tra gli operatori che l'accettano". Per quanto concerne, invece, le pronunce di merito che hanno tentato di fornire una qualificazione in ambito civilistico meritano di essere ricordate quella del Tribunale di Verona, Seconda Sezione civile, sentenza n. 195 del 24 gennaio 2017, la quale, per prima in Italia, ha definito la criptomoneta come strumento finanziario; la Corte d'Appello di Brescia che, con decreto n. 207/2018 del 24 ottobre 2018, ha confermato il decreto del Tribunale di Brescia, Sezione specializzata in materia di imprese (Decreto n. 7556/2018 RG n. 2602), del 18 luglio 2018, che aveva rigettato il ricorso di una società contro il rifiuto del notaio di provvedere all'iscrizione nel Registro delle imprese di una delibera di aumento del capitale sociale con conferimento di criptovaluta; il Tribunale di Firenze, Sezione fallimentare, sentenza n. 18/2019 del 21 gennaio 2019, secondo cui "Deve ritenersi, in primo luogo, che la criptovaluta, in questo caso del tipo Nano – XRB, sia bene fungibile. Essa è infatti, da un lato, un'unità monetaria simile ad una valuta che tuttavia non è qualificata come moneta legale (a questa tesi aderisce il legislatore nazionale), ma si tratta anche di un bene, oggetto di trasferimenti e transazioni. La criptovaluta è sia consumabile in ragione del suo uso (quando viene speso) sia fungibile perché tutti i Nano sono della stessa natura e della stessa qualità, in quanto appartenenti al medesimo protocollo informatico, e sono soggetti alla medesima *ratio* di altri beni che permettono di effettuare pagamenti (naturalmente, sulla base di un accordo tra gli utilizzatori)". La Cassazione si è occupata del problema solo in ambito penale con le sentenze n. 26807 del 25 settembre 2020 e n. 44337 del 10 novembre 2021 secondo cui "il *bitcoin* può ritenersi, infatti, un prodotto finanziario qualora, sia acquistato con finalità d'investimento". Da ultimo si segnala una sentenza del TAR Lazio, Sez. 2-*ter*, n. 1077 del 27 gennaio 2020, pubblicata in *GT – Riv. giur. trib.,* 2020, p. 641, con commento di F. De Vinentiis, *Valute virtuali: aterritorialità non è sinonimo di esenzione*, relativamente alla legittimità dell'obbligo dichiarativo delle criptovalute nel quadro RW, per l'approfondita analisi e il tentativo ricostruttivo della fattispecie.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

recenti decisioni, ma ciò darà oggetto di analisi nei paragrafi che seguiranno.

2. *I possibili inquadramenti giuridici dei crypto-assets come beni giuridici*

Ebbene, sembra assolutamente necessario dissipare i dubbi che si concentrano sempre più numerosi intorno alla giusta collocazione degli asset in discorso, se nell'ambito del sistema finanziario (e quindi essere intesi a tutti gli affetti come contratti finanziari) oppure nell'ambito del sistema giuridico, ammesso che vi sia una categoria capace di ricomporre in sé una così variegata e ampia realtà quale è quella dei cripto-asset. Rappresenta sicuramente un dato, il fatto che negli ultimi decenni, il proliferare dei beni immateriali determinato dalle nuove tecnologie, assieme al significativo modificarsi del ruolo dello Stato, sempre più regolatore di benefici e sempre meno titolare di beni, abbiano determinato il prodursi di rilevanti "nuove forme di ricchezza", per le quali è, forse, necessario ridefinire la stessa nozione di proprietà, prima ancora che la determinazione dei suoi limiti. In termini pratici, la conseguenza è che, anche all'interno del nostro ordinamento, si stanno registrando sul fronte civilistico e non solo, molteplici cambiamenti, che non hanno sino ad ora toccato il Codice civile, ma che, di fatto, riguardano sia l'oggetto del diritto (determinando di fatto un ampliamento della categoria dei beni) sia il diritto in sé (comportando in alcuni casi una sostanziale modifica delle principali attribuzioni che connotano il diritto del proprietario, dall'esclusività alla pienezza di godimento e di disposizione, dalla potenziale perpetuità all'immediatezza). Questi "mutamenti", per i quali si sono coniate le espressioni di "new properties"[16], "nuove proprietà"[17], e "nuovi beni"[18-19] non occupano più ormai il solo terreno di analisi dei

[16] C. Reich, *The new property*, in *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 73, no. 5, pp. 733-787.

[17] Cfr. S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto,* Milano, 1954, ripubblicato nel 1964 (*La proprietà e le proprietà*).

[18] Tra gli altri, G. Resta, *Nuovi beni immateriali e* numerus clausus *dei diritti esclusivi*, in Id. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011.

[19] Partendo dalla teorizzazione di Pugliatti, si utilizza la locuzione "nuove

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

giuristi privatisti ma hanno anche assunto e sempre più stanno assumendo "rilievo costituzionale" nell'ambito del dibattito sui diritti fondamentali che si va sviluppando attorno alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo con tutte le implicazioni anche sul piano dei profili fiscali. In particolare, le nuove proprietà e i nuovi beni sono oggetto di un interesse crescente da parte della giurisprudenza comunitaria e contano oramai numerosissime pronunce da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, tanto che si può dire siano divenute un tassello importante delle c.d. "tradizioni costituzionali comuni europee" in tema di proprietà[20].

Tra le nuove utilità che sfuggono alla definizione di bene classicamente intesa, possono di certo annoverarsi tutti i beni oramai solo virtuali, come i titoli finanziari dematerializzati e, più in generale, "tutto ciò che ha a che fare con "sequenze di bit "[21]. È dunque indubbio che, nei fatti, la dematerializzazione della ricchezza, il proliferare di nuovi beni quali l'informazione o l'etere, ma anche il consolidarsi di molti processi di privatizzazione, stanno spostando l'attenzione, da una parte, dalla proprietà immobiliare a quella immateriale, e dall'altra, stanno facendo emergere forme di proprietà in bilico tra statuto pubblico e privato. In un tale contesto, compito del civilista dovrebbe essere di offrire possibili soluzioni per la disciplina specifica di queste nuove utilità, e, in ultima analisi, di ordinare e sistematizzare il lavoro del legislatore; considerando peraltro che le continue innovazioni tecnologiche, e i conseguenti mutamenti nelle prassi commerciali e nei c.d. strumenti di soft law, che in questo settore sono più che mai utilizzati, impongono continui ripensamenti e aggiornamenti di prospettiva.

proprietà" per indicare le modifiche nelle attribuzioni che connotano il diritto del proprietario, mentre, mutuando Reich, con "nuovi beni" (che si può ritenere una traduzione sufficientemente fedele di "*new properties*"), si è invece inteso indicare i mutamenti che riguardano l'oggetto del diritto, vale a dire la natura del bene oggetto del rapporto di appartenenza. L'utilizzo in combinato disposto delle due locuzioni, vuole riflettere il fatto che tali ambiti altro non sono che i due lati, pur diversi, di una stessa medaglia.

[20] Cfr. A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni,* Milano, 2006.

[21] Cfr. G. Pascuzzi, *Il diritto nell'era digitale,* Bologna, 2002 (nuova ed. 2006).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Sarà necessario offrire "stabilità" ovvero tracciare la cornice di principi fondamentali attorno ai quali le nuove proprietà e i nuovi beni si collocano, nell'intento di scrivere le giuste regole da applicare in ambito tributario.

All'interno del nostro ordinamento, sul fronte civilistico, le nuove proprietà e i nuovi beni non godono della tutela proprietaria; il "sistema del codice civile", infatti, è imperniato sulla nozione "fisicista" di bene ricavabile dall'art. 810[22], secondo cui oggetto di proprietà possono essere solo le cose corporali; l'attribuzione di diritti di esclusiva è regolata da un sistema sostanzialmente tipico e, dunque, ciascuna nuova utilità necessita di una espressa previsione legislativa per ricevere protezione qualificata, né sarebbe applicabile, in quest'ambito l'interpretazione estensiva o analogica[23]; peraltro, ragionare diversamente significherebbe vanificare il principio del numerus clausus dei diritti reali[24].

E, dunque, il dato di partenza è che nel nostro ordinamento gli interessi su entità diverse dalle cose corporali e prive di uno stretto riconoscimento normativo godono necessariamente di una tutela limitata, in ogni caso caratterizzata dall'assenza di esclusività[25]. Pur tuttavia, ecco la contraddizione, la miriade di norme speciali che disciplinano una buona parte delle nuove proprietà e dei nuovi beni finisce quasi sempre con il riconoscere a tali utilità statuti che, seppure incompleti, producono una vera e propria proliferazione di regimi che si potrebbero definire di "proprietà… sotto falso nome"[26]. Inve-

[22] L'art. 810 c.c. stabilisce: "Sono beni le cose che possono essere oggetto di diritti".

[23] Cfr. M. Ricofi, *Il diritto d'autore*, in *Trattato di Diritto Commerciale,* Padova, 2001, p. 460.

[24] La regola non trova riscontro esplicito nel codice civile, pur tuttavia "È opinione comune che si tratti di un principio [ancorché] non codificato, desumibile con ragionevole certezza dalla legislazione nel suo insieme". Cfr. A. Gambaro, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, p. 68.

[25] V. Zeno-Zenovich, (voce) *Cosa*, in *Dig. IV, Disc. priv., Sez. civ.,* III, 1988, p. 452.

[26] In altri termini, saremmo di fronte ad un "atteggiamento retorico" sulla proprietà, nel senso di quasi sempre limitato all'analisi del legame fra proprietà e cosa corporale, che ha finito con il portare all'allontanamento di quei poteri relativi al bene ma privi di un collegamento fisico con lo stesso che erano, ad esempio, gran parte dei diritti feudali. In tal senso P. Grossi, *Il dominio e le cose: percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ro, il discorso sulla tutela dell'appartenenza delle c.d. "nuove forme di ricchezza", o è stato semplicemente giudicato cedevole rispetto ad altri diritti[27], o, come nel caso della giurisprudenza costituzionale (e comunque sempre limitatamente ai beni della proprietà intellettuale), è stato eluso o derubricato "ad affare" del solo art. 41 della Costituzione[28-29].

Ma l'art. 41, a parte le considerazioni che si potrebbero fare sulla sua effettività, può certamente essere invocato per disciplinare i limiti che possono legittimamente porsi ad una attività economica in sé, nel suo divenire, ma difficilmente, potrebbe invece valere a determinare

[27] Per tutti, C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 38 ss., secondo cui ricondurre allo schema proprietario la materia del diritto d'autore, determinerebbe la difficoltà di contemperare, ad esempio, la tutela della "proprietà letteraria", connotata da profili di esclusiva, con la libertà dell'arte e della scienza. In senso contrario, con riferimento ai beni della proprietà industriale, merita di essere segnalata la posizione di G. Oppo, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale,* in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Padova, 1969, p. 1419 ss., secondo cui il fondamento della tutela brevettuale non risiede tanto nell'esigenza di far partecipare i terzi del frutto dell'invenzione, quanto nella necessità, prima di ogni altra cosa, di proteggere il frutto del proprio lavoro, frutto che va riguardato quasi in termini dominicali per rivendicare il diritto di esclusiva dell'inventore sulla propria invenzione, esclusiva certamente esistente per quel che riguarda i diritti patrimoniali derivanti dal bene.

[28] Per quello che è dato conoscere, la Corte è arrivata ad esiti diversi nella sola sentenza 42/1986. In questo caso, vertente sulla illegittimità della norma disciplinante l'uso in esclusiva del marchio, la Corte afferma, in un *obiter dictum*, prima della motivazione, che: "L'art. 42 comma secondo e terzo, lungi dal porre in dubbio la legittimità della norma impugnata, ne fornisce giustificazione perché anche la titolarità e il godimento dei beni immateriali vanno armonizzati con l'interesse sociale, la cui sussistenza nel caso di specie non compete a questa Corte verificare".

[29] Nella sentenza n. 20/1978, la Corte, in cui pur dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che vietano la brevettabilità dei medicinali, sostiene che "la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento (del resto lo stato di *res communes omnium* è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno) sconsiglia ogni meccanica inserzione negli schemi della proprietà privata o pubblica *ex* art. 42, primo comma, Cost." (ammettendo però che "per taluni aspetti l'assimilazione è possibile: così per l'espropriazione dei diritti di brevetto, prevista dagli artt. 60 e ss. del r.d. n. 1127 del 1939"). Nelle poche sentenze successive in tema di proprietà industriale (ad es., 236/1996 e 175/2005), la Corte si limita ad affermare una generica riconducibilità dei beni immateriali al valore costituzionale della libertà di iniziativa economica.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

la legittimità di tali limitazioni in rapporto a situazioni comunque di appartenenza[30], che inevitabilmente riguardano anche le nuove proprietà e i nuovi beni, che già si sono consolidate o che si andranno consolidando nel patrimonio di un singolo o di un'impresa. La maggior parte di esse ha un dato che le accomuna, che è quello della loro immaterialità (o, come meglio si vedrà ad esempio per certi ritrovati biotecnologici, della loro non tangibilità).

Non è dunque un caso che tali utilità si siano potute più facilmente affermare nei Paesi di *common law*. È, infatti, propria di questatradizione giuridica una nozione di appartenenza (*property*) più aperta e flessibile[31] nel considerare al suo interno la generalità delle

[30] Sulla nozione di appartenenza e per una completa esposizione delle teorie sulla nozione tecnico giuridica, si veda F. Chiarotti, (voce) *Appartenenza,* in *Enc. dir*., Milano, Vol. II. 1958, p. 702. Per l'A. «Accanto ad un significato generico, proprio della pratica comune, la nozione ha nella legislazione civile vigente un significato tecnico specifico, a contenuto più o meno ampio, graficamente rappresentabile da cerchi a diametro diverso, di cui quello a più ampio diametro e comprensivo degli altri a diametro minore; sembra quindi che alla nozione debba riconoscersi il maggiore dei contenuti presi in considerazione, posto che esso, si è rilevato, appare comprensivo degli altri».

[31] Ampie argomentazioni sulla nozione di "flessibilità" di bene giuridico, in M. Pierro, *Contributo all'individuazione della nozione di crypto/asset e suoi riflessi nell'ordinamento tributario nazionale*, cit., p. 589 ss, ove l'A. osserva: "[…] il diritto di proprietà, apparso inadeguato ad esprimere "le modalità d'uso" di beni diversi da quelli materiali, aveva subito nel tempo una costante estensione tale da indurre a ricomprendere sotto il medesimo schema giuridico nuove forme di appropriazione della ricchezza. Di modo si giungeva ad affermare che il concetto di appartenenza – che esprime la relazione tra il soggetto e le "cose" – trovava espressione nella titolarità non solo del diritto di proprietà o di altri diritti reali minori (*quid minoris* rispetto ai diritti o alle situazioni giuridiche soggettive che lo possono rappresentare), ma anche di diritti relativi". Ancora: "[…] Si affermava infatti che «è ben possibile che il diritto concepito come interesse ed utilità, possa formare a sua volta obiettò di altri diritti: utilità in senso giuridico può dare sia una cosa corporale [e non corporale] che un diritto». Questa ultima argomentazione, alla luce delle considerazioni svolte, appariva, come ancora oggi risulta essere, la più convincente e tale da avvalorare una nozione generale di bene giuridico, applicabile in ogni settore dell'ordinamento, in cui è possibile ricomprendere qualunque entità (anche i diritti), che sia o presenti l'attitudine a essere oggetto di un diritto assoluto o relativo. Ciò in quanto il bene giuridico costituisce il termine oggettivo dei diritti, siano essi reali o relativi, i quali a loro volta rappresentano lo strumento giuridico tramite il quale la ricchezza si manifesta, viene posseduta dal contribuente, e può circolare". Cfr. anche M. Pierro,

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

utilità suscettibili di avere valore patrimoniale, ancorché immateriali, e meno vincolata alla teorica fisicista della tradizione giuridica continentale.

La nozione di *property* spiega dunque il perché in un sistema di *common law*[32] sia più semplice prevedere delle *new properties* e, in un contesto economico ove, in virtù dei processi tecnologici, la maggior parte delle nuove forme di ricchezza sono immateriali, risulti sempre più necessario fare riferimento a quella tradizione. Questo, in effetti, è ciò che si sta realizzando a seguito di un mutamento complesso ma irreversibile, nell'ambito della "tutela multilivello" del diritto di proprietà[33].

Le considerazioni sin qui rese dovrebbero condurre, pertanto, a posizioni più morbide, non rigidamente resistenti a una visione più ampia del dato normativo, che superino gli ostinati schemi definitori classici e che, invero, spingano a preferire una nozione ampia, flessibile e moderna di bene giuridico che permetta di qualificare come tale anche le cripto attività.

Per via della molteplici funzioni che possono essere svolte dai beni virtuali, sarebbe opportuno distinguere quelli che presentano

Beni e servizi nel diritto tributario, 2002, Padova, p. 42 ss.; con riguardo alla qualifica dei beni in relazione alla loro circolazione, v.si F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. critica dir. priv.,* n. 3/2012, p. 459 ss. in particolare p. 490. L'A. sostiene che la qualificazione di una cosa come bene sia funzionale a stabilire le "regole di appartenenza in vista della circolazione *lato sensu* delle situazioni soggettive che vi si appuntano". "L'attribuzione in funzione circolatoria rappresenta l'elemento normativo che integra il disposto dell'art. 810 del codice civile consentendogli di assolvere quella funzione regolativa".

[32] Nel sistema di *common law* con il termine "proprietà" si intende fare riferimento alla "appartenenza di diritti", che consente di individuare la titolarità di diritti di uso e godimento – delle sue utilità – in capo ad un soggetto. Si deve poi distinguere tra *real property* (cose) e *personal property,* categoria quest'ultima nella quale sono ricompresi invece i beni mobili o i diritti (c.d. *goods*), tra cui rientrano i beni immateriali, quali brevetti, creazioni intellettuali e i diritti aventi ad oggetto un credito nonché, in genere, qualunque diritto avente valore patrimoniale.

[33] Vale la pena di mettere in evidenza che le tradizioni costituzionali comuni europee così come si stanno formando anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte del Lussemburgo, fanno particolare e costante riferimento proprio alla nozione di *property.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

tratti di finanziarietà da quelli che non presentano questi caratteri, allo scopo di individuarne la disciplina, non solo fiscale, applicabile.

Così come, è altrettanto opportuno, precisare che l'anzidetta finanziarietà dipende non solo dall'attitudine dell'*asset* a conferire a chi lo possieda il diritto alla distribuzione di futuri flussi reddituali, oppure a esprimere i diritti di voto su talune materie e, in alcuni casi, al riconoscimento di un diritto di credito nei confronti dell'emittente (propria dei *security einvestmenttoken* e *currencytoken*), ma anche dalla loro negoziabilità su uno o più *crypto exchanges*, dalla quale scaturisce, poi, la differenza (sul piano regolatorio) tra prodotti finanziari e strumenti finanziari[34].

2.1. *I conseguenti profili fiscali*

La necessità di fissare i termini qualificatori dei *crypto asset* è sensibilmente percepita anche in campo tributario, laddove i criteri che identificano istituti, situazioni, concetti giuridici ricavati da altri segmenti dell'ordinamento, sovente[35], sono utilizzati con il significato tecnico proprio oppure, in casi particolari, con una portata o valenza

[34] Solo agli strumenti finanziari è applicabile la disciplina MIFID che prevede l'assoggettabilità alla regolamentazione dell'offerta al pubblico e del prospetto informativo.

[35] In riferimento al principio di certezza del diritto e per ragioni di uniformità sistematica, si sostiene che i termini e i concetti giuridici vengano utilizzati in tutto l'ordinamento giuridico e, quindi anche nel settore tributario con lo stesso contenuto e valenza agli stessi attribuita dal settore di provenienza (S. Fiorentino, *Il ruolo dell'interprete in ambito tributario tra "formalismi" ed "eccessi" interpretativi*, in *Riv. tel. dir. trib.,* 2020, p. 3 ss.), ferma restando la possibilità del legislatore di assegnare contenuti e portata differenti ai termini mutuati da altri ambiti dell'ordinamento, purché giustificata da valide ragioni interpretative, non in virtù dell'applicazione di una regola ermeneutica generale (F. Bosello, *La formulazione della norma tributaria e le categorie giuridiche civilistiche*, in *DPT*, 1981, p. 1435 ss). Circa la concezione autonomistica del diritto tributario, per tutti, B. Griziotti., *Il teorema della prevalente natura economica degli atti oggetto dell'imposta di registro*, in *Riv. dir. fin*, 1941, II, p. 93 ss.; E. Vanoni, *Natura e interpretazioni delle leggi tributarie,* Milano, 1961, p. 145 ss.; M.C. Fregni, *Obbligazione tributaria (codice civile),* Torino, 1988, p. 6148. Con riguardo alla concezione anti-autonomistica, A. Berliri, *Principi di diritto tributario*, Milano, 1987, p. 63.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

diversa da quella originaria, in ragione delle finalità o delle funzioni economiche per le quali sono utilizzati[36].

Le norme fiscali sono, infatti e da sempre, contrassegnate da un rapporto di notevole dipendenza dalle altre branche del diritto[37] (dalla materia civilistica ma non solo) dalle quali, di regola, attingono nozioni e categorie che poi, a seconda dei casi, sono uniformate alle esigenze del settore. Quindi, anche rispetto ai *crypto asset*, il legislatore fiscale potrebbe incamerare le indicazioni formulate nel segmento giuridico in cui le stesse sono state definite, individuando sulla base della qualificazione ivi effettuata e tenuto conto della disciplina che le regolamenta, il trattamento fiscale applicabile.

Invero, nel nostro ordinamento manca sia una nozione generale di *crypto asset* sia una regolamentazione, anche solo accennata, del fenomeno[38]. Difatti, come segnalato, non vi sono precetti specifici di tipo fiscale ad essi applicabili, o meglio ai proventi derivanti dalla loro creazione, dalla loro disponibilità, dal loro impiego o dalla relativa cessione sul mercato digitale.

L'idea di qualificarli quali beni giuridici, distinguendo quelli che presentano elementi di finanziarietà (ossia che attribuiscono diritti patrimoniali e/o negoziabili su uno o più *crypto exchanges*), da quelli che certificano la titolarità di un asset unico (NFT), oppure che attribuiscono "diritti" a fruire o godere di un *asset* o di un servizio digitale (*utility token*), potrebbe arginare la confusione concettuale che gravita attorno al fenomeno e semplificare l'opera di individuazione

[36] Sul tema F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte Generale*, 2020, Torino, p. 46 ove: "Occorre dunque muovere dal presupposto che la legge tributaria accoglie la medesima nozione che di un atto o istituto è delineata nel settore giuridico di provenienza, ossia che il legislatore tributario usa i termini con il significato che hanno nel settore di origine (principio della costanza semantica). Ciò non esclude che possano esservi casi particolari in cui ad un termine si debba attribuire, per motivi propri del diritto tributario, un significato e caratteri diversi da quelli del settore cui appartiene". Cfr. anche R. Lupi, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario,* Milano 2001, par. 5.17, nonché G. Melis, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, p. 143 ss.; Id., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2021, p. 96 ss.

[37] Cfr. S. Cipollina, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 54 ss., ove l'A. espone le modalità con cui si concretizza il "collegamento intraistituzionale".

[38] Si rinvia al precedente paragrafo per gli interventi normativi sul tema.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

della disciplina impositiva, bloccando la propagazione di attività che generano e traferiscono ricchezza che si sottrae a imposizione.

3. *La fiscalità criptovalutaria. Le soluzioni prospettate dalla prassi amministrativa in materia di imposizione diretta ed indiretta*

Nella necessità di sopperire alla situazione di totale assenza di regole di diritto positivo atte a delineare un assetto in materia di "effetti" fiscali connessi alle operazioni di creazione, acquisto e dismissione di cripto monete, l'amministrazione finanziaria, in occasione di una serie di risposte a istanze di interpello incentrate sul particolare argomento da parte di contribuenti, ha fornito indicazioni circa il trattamento tributario cui devono essere assoggettate le operazioni condotte attraverso l'impiego delle valute virtuali.

Il primo pronunciamento attraverso cui la prassi ha illustrato il suo orientamento è racchiuso nella risoluzione n. 72/E del 2 settembre 2016 che ancora oggi costituisce il principale documento a cui far riferimento per comprenderne la posizione interpretativa.

In particolare, la richiamata risoluzione origina da un'istanza presentato da una società che intendeva intraprendere attività di servizi connessi alla negoziazione di *bitcoin*. Nell'occasione l'Agenzia, preso atto dell'assenza di una disciplina positiva, ha preliminarmente chiarito che «con riferimento al trattamento fiscale applicabile alle operazioni relative a bitcoin e, in generale, alle valute virtuali, non si può prescindere da quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 22 ottobre 2015, causa C-264/14».

Sulla base di tale richiamo, l'Agenzia sviluppa un percorso argomentativo che, anziché prendere in considerazione le peculiari caratteristiche delle criptovalute, viene ad essere incentrato sull'equiparazione tra *bitcoin* e valuta estera, al punto da affermare che la particolare cripto valuta sia utilizzata quale moneta alternativa a quella tradizionale avente corso legale.

Dalla premessa, come vedremo non condivisibile, della sostanziale equiparazione tra detenzione e negoziazione di cripto valute e valute straniere aventi corso legale, la risoluzione perviene ad affermare che, con riguardo alle persone fisiche che detengono *bitcoins* al di fuori dell'attività d'impresa, le operazioni di conversione di tale

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

valuta virtuale sono suscettibili di generare redditi diversi di natura finanziaria, *ex* art. 67, comma 1, lettera c-*ter*) del Tuir.

Quest'ultima disposizione assegna rilievo reddituale alle sole plusvalenze realizzate a seguito di cessioni a termine di valute estere sicché, stando a tale disposizione, la realizzazione di operazioni "a pronti" non darebbe luogo a operazioni redditualmente rilevanti.

Occorre tuttavia tener presente che, ai sensi del successivo comma 1-*ter* del medesimo articolo, le operazioni di prelievo di valute estere da conti correnti e depositi configurano fattispecie realizzative di plusvalenze (o minusvalenze) extra-imprenditoriali, a condizione che nel corso del periodo d'imposta l'ammontare complessivo dei depositi e conti correnti detenuti dal contribuente superi la soglia di euro 51.645,69 (importo da calcolarsi sulla base del tasso di cambio vigente all'inizio del periodo d'imposta disponibile sul sito *web* utilizzato per l'investimento) per almeno sette giorni lavorativi continui.

Alla risoluzione 72/E del 2016 è susseguito un sostanzioso numero di risposte ad istanze di interpello, sintomo della crescente diffusione del fenomeno e dell'altrettanto crescente esigenza di certezza in ordine al trattamento tributario da riservare a tale genere di operazioni per le quali non è ragionevolmente prorogabile tale situazione di vuoto legislativo.

In occasione delle successive risposte, l'amministrazione ha mantenuto ferma la propria opinione.

Come si accennava, l'interpretazione fornita dall'amministrazione è mossa da una comprensibile e condivisibile volontà di sopperire, nei limiti degli strumenti a disposizione, a una situazione di vuoto legislativo su di un fenomeno economico che ha conosciuto, soprattutto nel corso della crisi pandemica, un incremento esponenziale dei volumi scambiati, al punto tale da non poter ragionevolmente esser trascurato[39]. Seppur mosso da un meritevole intendimento, il ragionamento ricostruttivo condotto si basa su di una premessa che presenta un insanabile punto debole: l'asserita equiparazione tra criptovalute e valute estere aventi corso legale.

Muovendo dalla richiamata sentenza Ue, l'amministrazione fonda il ragionamento da tale equiparazione e ciò la conduce a una rico-

[39] Si stima che, a livello mondiale, il valore del settore aggregato delle criptovalute alla data del 31 dicembre 2021 abbia raggiunto la cifra di 2 trilioni di dollari.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

struzione eccessivamente focalizzata sull'identificazione tra criptovaluta e valuta estera avente corso legale.

L'aver incentrato l'attenzione sul solo aspetto dell'utilizzabilità del *bitcoin* come mezzo di pagamento ha lasciato, tuttavia, in ombra il carattere polifunzionale della cripto moneta atta ad assumere contenuti ben più ampi e diversificati, rispetto alla sola possibilità di impiego quale mezzo di scambio (non di pagamento) potendo assolvere anche alla funzione (di assoluta prevalenza ai nostri giorni) di fornire uno strumento di investimento finanziario.

L'equiparazione non costituisce un approdo pacifico, anzi ricorrono numerosi elementi che inducono a sostenere la soluzione diametralmente opposta.

In primo luogo, dalla lettura della citata sentenza, riguardante il "caso Hedqvist", non è dato rinvenire alcuna affermazione da parte del giudice comunitario in tal senso. Segnatamente, il caso sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia concerneva l'assoggettamento ad IVA delle operazioni di cambio della valuta virtuale "bitcoin" in valuta tradizionale (e viceversa) e, in caso positivo, se dette operazioni potessero farsi rientrare nell'ambito applicativo del regime di esenzione contemplato dall'art. 135, par. 1, lett. *e*) della direttiva 2006/112/CE.

La Corte, una volta precisato che le operazioni descritte danno luogo a vere e proprie prestazioni di servizi a titolo oneroso, passando alla successiva questione della riconducibilità di siffatte prestazioni al regime di esenzione ebbe a precisare che, se da un lato, l'applicazione dell'esenzione deve intendersi in senso restrittivo in considerazione della portata derogatoria di tale regime rispetto al principio generale stante il quale l'IVA è dovuta in relazione ad ogni prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo, al contempo l'applicazione del regime di esenzione deve risultare conforme agli obiettivi che le operazioni perseguono (c.d. "identità di funzione").

Il riferimento a «divise, banconote e monete con valore liberatorio» contenuto nell'articolo 135, paragrafo 1, lettera e) della direttiva deve, dunque, interpretarsi alla luce della contingente situazione, posto che un'interpretazione che intendesse restrittivamente applicare il regime alle sole operazioni condotte su valute nazionali ne comporterebbe una contrazione della portata applicativa. Sicché, posto

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

che nel caso oggetto di procedimento principale (*i.e.* cambio di valute tradizionali contro criptovalute e viceversa) «è pacifico che la valuta virtuale "bitcoin" non abbia altre finalità oltre quella di mezzo di pagamento e che essa sia accettata a tal fine da alcuni operatori»[40] […] «Conseguentemente, si deve concludere che l'articolo 135, paragrafo 1, lettera e) della Direttiva IVA disciplina anche le prestazioni di servizi come quelle oggetto del procedimento principale che consistono nel cambio di valuta tradizionale contro unità della valuta virtuale «bitcoin» e viceversa, effettuate a fronte del pagamento di una somma corrispondente al margine costituito dalla differenza tra, da una parte, il prezzo al quale l'operatore interessato acquista le valute e, dall'altra, il prezzo al quale le vende ai suoi clienti»[41].

La richiamata sentenza costituisce una pietra miliare in punto di assoggettamento all'imposta delle transazioni operate attraverso criptovalute. Il principio con l'occasione affermato riguardante la riconduzione di tale genere di operazioni nel regime di esenzione non è stato fatto discendere da un'equiparazione di queste alle "divise, banconote e monete con valore liberatorio" bensì, del tutto diversamente, in ragione del fatto che con riferimento alle operazioni prese in esame nel giudizio incidentale innanzi al giudice comunitario (cambio di valute aventi corso legale vs. bitcoin e viceversa) l'impiego della moneta virtuale rileva principalmente in ordine al fatto di svolgere la funzione di mezzo di pagamento. Pertanto, in ragione di identità di funzione rivestita nella particolare circostanza tra criptovaluta e moneta tradizionale, è possibile configurare l'equiparazione dei bitcoin alle "divise, banconote e monete con valore liberatorio" ma ciò, è bene, ribadirlo, non in senso generalizzato, bensì in ragione della funzione di fatto svolta dalla moneta virtuale impiegata con riguardo alla specifica vicenda.

4. *Profili problematici della soluzione amministrativa*

L'idea di partenza di una equiparazione tra monete virtuali e quelle estere aventi corso legale che sostiene il ragionamento rico-

[40] C.G.U.E., sentenza del 22 ottobre 2015, causa C-264/14, par. 52.
[41] C.G.U.E., sentenza del 22 ottobre 2015, cit., par. 53.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

struttivo formulato dall'Agenzia non rinviene alcun avallo nella richiamata sentenza della CGUE. Non solo, un simile assunto risulta del tutto sconfessato dalla successiva produzione normativa a livello comunitario in materia di contrasto al riciclaggio e lotta alla contraffazione, così come peraltro recepita dal nostro legislatore interno.

Quanto alla materia della prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio del denaro e finanziamento del terrorismo, l'Italia ha introdotto una disciplina ad hoc riguardante il fenomeno criptovalutario estendendo agli operatori del settore gli obblighi di monitoraggio già operanti nei confronti di altri operatori finanziari.

In particolare, attraverso il d.lgs. n. 90/2017[42] si è provveduto ad inserire nell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 231/2007 la lettera *qq*) volta a definire la valuta virtuale nei termini che seguono: «rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata ad una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni o servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente»[43].

La definizione fornita mette in evidenza la differenza intercorrente tra criptovalute e valute estere aventi corso legale rimarcando, altresì, il carattere polifunzionale delle prime attraverso l'evidenziazione della funzione rivestita quale mezzo di scambio (e non di pagamento) e/o di strumento di investimento delle stesse. Funzione, quest'ultima, che determina il prevalente impiego della moneta virtuale nei tempi attuali.

Sul differente piano della lotta contro le frodi e falsificazioni di mezzi di pagamento dei mezzi di pagamento diversi dal contante, è da richiamare la recente introduzione, ad opera dell'articolo 1 del d.lgs. n. 184/2021, di un'ulteriore definizione legislativa di valuta virtuale

[42] Il d.lgs. n. 90/2017 ha dato attuazione alla direttiva n. 2015/849 del 20 maggio 2015 relativa alla "Prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo" (c.d. IV Direttiva antiriciclaggio).

[43] In verità, il testo del d.lgs. n. 90 *cit*. ha anticipato la definizione di "valuta virtuale" introdotta nella "IV Direttiva Antiriciclaggio", a seguito di approvazione da parte del Parlamento europeo della risoluzione del 19 aprile 2018 che ha introdotto la definizione di "valuta virtuale".

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

che rende ancora più esplicita la distanza intercorrente tra questa e la valuta tradizionale: «rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente ad una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente».

Messe a fattore comune dalle richiamate definizioni legislative emerge un'univoca accezione di criptovaluta del tutto disallineata rispetto la valuta estera avente corso legale. A differenza della valuta tradizionale, quella virtuale non ha efficacia liberatoria erga omnes, la qual cosa le assegnerebbe la funzione di mezzo di pagamento, posto che il suo impiego in tal senso è subordinato alla preventiva accettazione della controparte (per questo ha più senso inquadrarla come mero mezzo di scambio). Inoltre, le ampie fluttuazioni di valore a cui le criptovalute sono soggette le rendono inidonee ad assolvere ad una funzione di strumento di riserva di valore.

Anche la giurisprudenza civilistica ha sottolineato la differenza sostanziale tra le monete virtuali e le "valute estere" avendo affermato, sin dal suo primo pronunciamento sullo specifico argomento, che la valuta virtuale consiste in «una moneta che può essere coniata da chiunque utente ed è sfruttabile per compiere transazioni, possibili grazie ad un software open source e ad una rete peer to peer»[44].

L'evidenziata difformità sostanziale intercorrente tra le criptovalute e le valute estere aventi corso legale non consente di condividere, sin dalle sue premesse, il ragionamento ricostruttivo attraverso cui l'Agenzia giunge ad affermare sia il rilievo ai fini dell'imposizione reddituale dei plusvalori conseguiti attraverso negoziazioni delle valute virtuali, sia l'obbligo di indicare nella dichiarazione annuale dei redditi le disponibilità cripto valutarie sancito dalla disciplina in materia di monitoraggio fiscale detenute dai contribuenti persone fisiche, enti non commerciali, società semplici ed equiparate, residenti in Italia.

[44] Così, Trib. Verona, sent. 24 gennaio 2017, n. 195. *Ex multis*, sia pure con sfumature diverse, Tribunale di Brescia, decreto di rigetto 18 luglio 2018, n. 7556/2018; Tribunale di Firenze, sent. n. 18 del 21 gennaio 2019; TAR Lazio, sent. 20 gennaio 2020, n. 01077.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Con ciò non si intende affatto sostenere l'assoluta irrilevanza, ai fini della disciplina del prelievo, dei proventi conseguiti dai singoli attraverso la negoziazione di criptovalori non rientrante nell'esercizio di un'attività commerciale condotta con carattere di abitualità (reddito d'impresa), ovvero occasionalmente (redditi diversi *ex* art. 67, comma 1, lettera *i*)[45].

In effetti, preso atto della non riconducibilità di tali proventi all'interno della lettera *c-ter*) dell'articolo 67, attesa la sostanziale difformità intercorrente tra criptocurrency e valute estere aventi corso legale, è da ritenere senz'altro preferibile la conclusione che siffatti proventi siano da ricondurre all'interno della categoria residuale prevista in materia di capital gains, ossia la lettera c-*quinquies*) dell'articolo 67 del Tuir che ricomprende nella nozione di reddito diverso «le plusvalenze e i proventi, diversi da quelli precedentemente indicati, realizzati mediante cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari o di strumenti finanziari […]»[46].

5. *Criptovalute e monitoraggio fiscale*

Anche l'assoggettamento all'obbligo di monitoraggio delle disponibilità di criptovalute costituisce una questione rispetto alla quale il legislatore tributario non ha preso posizione lasciando irrisolti numerosi problemi.

Il dovere di comunicazione delle disponibilità e movimentazione di criptovalori da parte dei contribuenti è statuito dall'articolo 4 del decreto legge n. 167/1990 stante il quale: «Le persone fisiche, gli enti non commerciali e le società semplici ed equiparate […] residenti in

[45] Sulle problematiche della rappresentazione contabile delle operazioni in criptovaluta, M. Pierro, *Contributo all'individuazione della nozione*…, cit., p. 596 ss.

[46] M. Pierro, ult. cit., p. 603. Da evidenziare come simile soluzione interpretativa conduca ad un trattamento ben più penalizzante per il contribuente. In particolare, la riconduzione delle plusvalenze realizzate attraverso criptomonete all'interno della lettera c-*quinquies*) dell'art. 67 Tuir eliminerebbe la soglia minima di rilevanza (euro 51. 645,69 di giacenza riferita a sette giorni lavorativi continui). Inoltre, per le operazioni *ex* lettera c-*quinquies*) dell'art. 67 Tuir il legislatore contempla unicamente le plusvalenze, sicché eventuali minusvalenze realizzate non potranno essere recuperate attraverso il meccanismo compensativo.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Italia che, nel periodo d'imposta, detengono investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria, suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia, devono indicarli nella dichiarazione annuale dei redditi».

La richiamata disposizione, quanto al profilo soggettivo, impone l'obbligo dichiarativo alle persone fisiche, enti non commerciali e società semplici e soggetti equiparati, sempreché residenti, esonerando le società commerciali e gli enti commerciali soggetti passivi ai fini IRES.

I motivi di tale esclusione, verosimilmente, sono da individuare nel fatto che le intervenute movimentazioni e la disponibilità di valute virtuali costituiscono oggetto dell'obbligo di rilevazione contabile le cui risultanze, peraltro, confluiscono nel bilancio di esercizio che costituisce un documento depositato presso il registro delle imprese per poter essere consultato dai terzi[47].

Sul piano oggettivo, l'obbligo di segnalazione scatta con riferimento alla detenzione di «investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria suscettibili di produrre redditi imponibili».

Quanto a quest'ultima condizione si è visto come – benché non attraverso la riconduzione alla lettera c-*ter*), bensì alla c-*quinquies*) dell'articolo 67 Tuir – le criptovalute costituiscano beni astrattamente suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia.

Ciò premesso, sulla base della legislazione vigente, al fine di pervenire alla conclusione circa il ricorrere dell'obbligo di monitoraggio occorre verificare se le criptovalute possano alternativamente farsi rientrare all'interno dei concetti di "investimenti detenuti all'estero", ovvero di "attività estere di natura finanziaria".

L'orientamento al riguardo espresso in differenti occasioni[48] dall'amministrazione finanziaria, coerentemente con quanto asserito

[47] Si fa peraltro notare che le persone fisiche titolari di reddito d'impresa, così come di lavoro autonomo, benché obbligate alla tenuta delle scritture contabili, indipendentemente dal regime contabile adottato, sono ugualmente sottoposte all'obbligo di monitoraggio fiscale degli investimenti ed attività finanziarie detenute all'estero.

[48] Tra gli interpelli maggiormente significativi possono segnalarsi: risp. ad interpello n. 956-39/2018 del 22 gennaio 2018 DR Lombardia; risp. ad interpello n. 903-47/2018 del 9 febbraio 2018 DR Liguria.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

in occasione della risoluzione 72/E del 2016 in punto di equiparazione tra moneta virtuale e valuta estera, consiste nel sostenere l'obbligo di indicare in dichiarazione (attraverso la compilazione del quadro dichiarativo "RW"), le valute virtuali detenute nel corso del periodo d'imposta alla stessa stregua delle disponibilità di valute estere detenute su conti correnti intrattenuti all'estero[49].

Ciò comporta che, seguendo l'orientamento interpretativo sostenuto dall'amministrazione, l'obbligo di indicazione delle consistenze di criptovalute detenute dal contribuente scatti solo al verificarsi della condizione che nel corso del periodo d'imposta le giacenze in valuta e criptovaluta complessivamente intrattenuti dal contribuente, da calcolarsi in ragione del cambio vigente all'inizio del periodo di riferimento[50], abbiano oltrepassato il valore soglia di euro 51.645,69 euro per almeno sette giorni lavorativi continui.

Sulla base di siffatta interpretazione, nelle istruzioni al modello di dichiarazione ai fini IRPEF per l'anno d'imposta 2018 le criptovalute sono state esplicitamente ricomprese nell'elenco delle attività da indicare nel quadro dedicato al monitoraggio degli investimenti esteri. In particolare, la "Tabella dei codici degli investimenti all'estero e attività estere di natura finanziaria" richiama, con riferimento al codice 14, le "Altre attività estere di natura finanziaria e valute virtuali"[51].

[49] «Alle valute virtuali si rendono applicabili i principi generale che regolano le operazioni aventi ad oggetto valute tradizionali nonché le disposizioni in materia di antiriciclaggio, si ritiene che anche le valute virtuali devono essere oggetto di comunicazione attraverso il citato quadro RW». Così, DRE Lombardia risp. ad interpello n. 956-39/2018 cit.. Su tale argomento si vedano A. Contrino e G. Baroni, cit., p. 11 ss.; P. Mastellone, cit., p. 8.

[50] A tale proposito, nella risposta ad interpello del 24 novembre 2021, n. 788 la Direzione centrale ha fornito la seguente indicazione: «Tenuto conto che manca un prezzo ufficiale giornaliero cui fare riferimento per il rapporto di cambio tra la valuta virtuale e l'euro all'inizio del periodo di imposta, il contribuente può utilizzare il rapporto di cambio al 1° gennaio rilevato sul sito dove ha acquistato la valuta virtuale o, in mancanza, quello rilevato sul sito dove effettua la maggior parte delle operazioni».

[51] Su tale specifico aspetto un'ampia ricognizione del fenomeno è racchiusa nel testo della sentenza del TAR Lazio, Sezione Seconda ter, del 20 gennaio 2020, n. 01077, pronunciamento emesso a seguito di richiesta di annullamento del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate, prot. n. 23596/2019, pubblicato in data 30 gennaio 2019, di «Approvazione del modello di dichiarazione "REDDITI 2019-PF", con le relative istruzioni, che le persone fisiche devono presentare nell'an-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

6. *Profili problematici delle soluzioni prospettate dalla prassi*

Anche riguardo al tema del monitoraggio fiscale dei criptovalori posseduti da contribuenti rientranti nel novero dei soggetti tenuti all'obbligo di fornire le informazioni richieste dalla disciplina in materia di monitoraggio fiscale, la posizione interpretativa risente della necessità di consentire un adeguato controllo su un fenomeno che indubbiamente presenta un elevato rischio di pericolosità fiscale.

Così come si è osservato rispetto ai profili impositivi, l'amministrazione, in assenza di alcuna disposizione legislativa, delinea la sussistenza di un obbligo dichiarativo sulla base di alcune premesse che difettano della necessaria solidità occorrente ai fini di un'interpretazione estensiva di disposizioni legali introdotte, tra l'altro, per disciplinare ben altri fenomeni posto che all'epoca dell'emanazione del decreto legge 167/90 il fenomeno criptovalutario non era neppure astrattamente immaginabile.

Relativamente agli obblighi dichiarativi imposti dalla disciplina relativa al monitoraggio fiscale, le conclusioni a cui addiviene l'amministrazione scaturiscono da un ragionamento ricostruttivo basato su un ordine di differenti premesse: *i*) equiparazione tra monete virtuali e valute estere; *ii*) qualificazione di detti valori in termini di attività finanziarie estere; *iii*) equiparazione dei portafogli elettronici (*wallets*) ai conti correnti intrattenuti con operatori finanziari stranieri.

Sulla prima delle indicate premesse sono state già indicate le ragioni per cui sussistono ampie e fondate perplessità circa la possibilità di equiparare le criptovalute alle unità di conto aventi corso legale in altri Paesi.

Con riguardo alla possibilità di inquadrare le monete virtuali come attività finanziarie estere, se da un lato tali strumenti possono assumersi quali attività di natura finanziaria, al contempo si pongono serie difficoltà a riconoscerne la qualificazione estera.

no 2019, per il periodo d'imposta 2018, ai fini delle imposte sui redditi» e successive modificazioni. In tale occasione, il Tribunale amministrativo, richiamate le soluzioni dottrinarie sulla natura giuridica della moneta virtuale, ha escluso la sua equiparazione con le valute estera pur sottolineando come allo stato attuale non si disponga in argomento di un quadro ricostruttivo sufficientemente consolidato e univoco.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

In effetti, i *crypto assets* costituiscono entità a-territoriali posto che la loro emissione e circolazione è essenzialmente basata sulla tecnologia dei registri pubblici condivisi distribuiti (*Distributed Ledger Technology*) posti in collegamento tra loro che nel loro insieme formano la blockchain[52].

Semplificando all'estremo il concetto, l'emissione, la detenzione e la circolazione di oltre seicento sistemi di valute virtuali è affidata ad un sistema di annotazioni sincronizzate su una moltitudine di registri elettronici distribuiti che operano in rete in condivisione tra loro. Le negoziazioni intervengono attraverso l'impiego un linguaggio criptato tra tutti gli utenti, senza che occorra l'intervento di intermediari, a cui si accede via internet.

Di fronte ad un simile fenomeno, non è intuitivamente possibile ricorrere ai concetti di territorio nazionale o estero[53].

Anche l'asserita equipollenza del c.d. *wallet* ad un conto corrente bancario lascia alquanto perplessi. Semplificando anche in questo caso, il *wallet* consiste in un'applicazione *software* installata su dispositivi elettronici (quali, ad es., pc, tablet, *smartphon*e e simili) grazie alla quale l'utente è messo in comunicazione con i registri decentralizzati. Il *wallet* non racchiude criptovalute, bensì è un'applicazione informatica che consente l'accesso al sistema della loro gestione attraverso chiavi di accesso private che, in buona sostanza, funge da *password*[54] per accedere alla *blockchain* e negoziare le criptomonete.

Non a caso, occupandosi dell'assoggettamento delle valute virtuali all'IVAFE[55], l'Agenzia ritiene che le giacenze criptovalutarie siano escluse da tale tributo, posto che questo si applica esclusivamente sui depositi e conti correnti di natura bancaria[56].

[52] Su tale aspetto M. Pierro, cit., p. 608 ss.

[53] Sul tale particolare aspetto la circolare 38/E del 2013 (punto 1.3.1) precisa che sono soggette all'obbligo di monitoraggio anche le attività finanziarie estere detenute in Italia al di fuori del circuito degli intermediari residenti.

[54] Composta da una serie di 0 e 1 ripetuti in serie a formare una chiave di 256 caratteri.

[55] Su tale argomento si veda A. Viotto, *Considerazioni critiche, nella prospettiva costituzionale e in quella comunitaria, sulla tassazione degli immobili e delle attività finanziarie detenuti all'estero*, *Riv. trim. dir. trib*., 3, 2016, p. 701 ss.

[56] Sul punto, Agenzia delle entrate circolare n. 28/E del 2 luglio 2012.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ciò evidenzia, ancor di più, la fragilità argomentativa sottesa al ragionamento dell'amministrazione che conduce ad una sostanziale contraddizione poiché, se per un verso ha sostenuto che le monete virtuali siano equiparabili alle valute estere, con tutto ciò che ne consegue in punto di imposizione reddituale e di assoggettamento ad obbligo di monitoraggio di attività finanziarie detenute all'estero, per un altro è pervenuta a conclusioni opposte in merito alla particolare imposizione patrimoniale (IVAFE) destinata ad incidere sul valore di tali sostanze[57].

In particolare, la stessa ha, in più occasioni[58], ribadito l'opinione che nei confronti delle criptovalute non trova applicazione l'imposta sul valore dei prodotti finanziari, dei conti correnti e dei libretti di risparmio detenuti all'estero da persone fisiche residenti nel territorio dello Stato, in quanto la stessa si applica ai depositi e conti correnti esclusivamente di natura "bancaria".

L'interpretazione sostenuta risulta inevitabilmente influenzata dalla comprensibile necessità di sopperire al silenzio legislativo onde assicurare un adeguato sistema di controllo su un fenomeno che presenta un elevato indice di pericolosità sul piano fiscale. Pur tuttavia, il ragionamento viene fatto poggiare sulle premesse che le valute elettroniche possano equipararsi alle valute straniere, i portafogli elettronici siano equivalenti a conti correnti o conti di deposito e tali investimenti, poiché non fisicamente presenti sul territorio nazionale, da intendersi collocati all'estero.

Ciascuna di queste premesse non è condivisibile e, a maggior ragione da rigettare, se assunte in combinazione tra loro. Il ragionamento può rappresentarsi come una piramide fatta poggiare sul suo vertice e, senz'altro, non in grado di giustificare l'esercizio del potere impositivo e sanzionatorio che, come noto, sono espressioni della sovranità statale in relazione alle quali è costituzionalmente sancito il principio di riserva di legge a garanzia dei privati.

[57] In tal senso S. Capaccioli, *Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci e molte ombre*, in *Il fisco*, 2016, p. 3538 ss.

[58] Sul punto si rinvia ai pareri resi verso gli interpelli n. 954-14/2018 e n. 956-39/2018. L'esclusione delle criptovalute dall'IVAFE è confermata dalla giurisprudenza amministrativa in occasione della sentenza emessa dal T.A.R. Lazio, sez. II-*ter*, 27 gennaio 2020, n. 1077.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

7. *Un possibile criterio di localizzazione degli investimenti in criptovalute*

Considerata l'insormontabile difficoltà di collocare nello spazio un fenomeno per sua natura a-territoriale quale è l'investimento in criptovalute, l'unica possibilità di localizzare l'investimento è quella di far riferimento al luogo ove è localizzata la chiave privata racchiusa nel *wallet* che consente al soggetto di disporre dei suoi *crypto assets*.

Come si è già evidenziato, il *wallet* è un'applicazione informatica che consente l'immissione al sistema della loro gestione attraverso una chiave privata che, in buona sostanza, rappresenta la password per accedere alla *blockchain*. La chiave privata costituisce lo strumento necessario per disporre delle criptovalute a cui il soggetto privato può accedere in autonomia, ovvero, nel caso in cui l'abbia affidata a terzi (*wallet provider*), rivolgendosi a costoro per ogni operazione di cessione di acquisto o di cessione.

Ciò posto, risulta senz'altro preferibile la conclusione che per localizzare l'investimento sia preferibile far riferimento al luogo ove è collocata tale chiave privata e dunque, nel caso in cui il contribuente residente nel territorio nazionale abbia la disponibilità diretta di accedere alle sue cripto disponibilità, l'investimento debba collocarsi in Italia il che determinerebbe il venir meno degli obblighi di comunicazione richiesti dalla disciplina del monitoraggio fiscale. Differentemente, nel caso in cui la chiave privata sia affidata a terzi, e in particolare ai c.d. "prestatori di servizi dei portafogli digitali"[59] così

[59] I *custodial wallet* e gli *exchanger* sono raggruppati, dalla normativa antiriciclaggio, nella categoria dei «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale», che vengono definiti dalla normativa stessa come «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale». Con Decreto del Ministro dell'Economia e Finanze del 13 febbraio 2022 sono state introdotte regole stringenti per tutti coloro che intendono operare in tale settore. In particolare, i prestatori di servizi relativi all'impiego di moneta virtuale e i prestatori di servizi *di custodial wallet* dovranno iscriversi in un registro gestito dall'OAM (Organismo per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi) a cui è demandato il compito di verificare la correttezza delle informazioni, da fornire per via telematica, concernenti i dati relativi alle opera-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

come definiti dalla normativa antiriciclaggio (decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231), occorrerà verificare se questi siano residenti in Italia oppure all'estero. Solo in quest'ultimo caso, ossia quando il prestatore di servizi digitali sia un soggetto fiscalmente residente all'estero, ricorre l'obbligo di indicazione in dichiarazione degli investimenti in criptovalute.

8. *Il disegno di legge sulla disciplina fiscale delle criptovalute*

Di recente, a fronte di una sempre maggiore esigenza avvertita dai titolari di valute virtuali e dagli operatori del settore di poter far affidamento su di un quadro disciplinare di riferimento certo, è intervenuto un primo tentativo di inquadramento e disciplina della fiscalità legata alle attività di acquisto, detenzione e cessione delle valute virtuali[60].

Il disegno di legge n. 2572 comunicato alla Presidenza del Senato in data 30 marzo 2022 (iniziativa sen. Botto *et alteri*), dopo aver previsto alcune modifiche legislative alla disciplina antiriciclaggio, si rivolge a delineare una serie di disposizioni per inquadrare il trattamento tributario delle criptovalute, intervenendo sulla disciplina concernente il prelievo reddituale, quello dell'IVAFE, nonché in materia di monitoraggio fiscale.

La proposta delinea una disciplina che, agli effetti pratici, asseconda le conclusioni interpretative sostenute dall'amministrazione finanziaria assegnando alle valute virtuali, sul piano dell'imposizione reddituale, il medesimo trattamento riservato alle valute estere aventi corso legale, attraverso l'inserimento all'interno dell'articolo 67, comma 1, lettere *c-ter*) e *c-quater*), del Tuir dell'estensione delle disposizioni riferite alle valute estere anche alle "valute virtuali comunque detenute".

Per quanto concerne l'IVAFE, il disegno legislativo statuisce la non imponibilità delle monete virtuali detenute da privati.

zioni effettuate sul territorio nazionale e, in particolare: i dati identificativi del cliente e quelli relativi alle operazioni condotte da ciascun singolo cliente.

[60] In argomento, *amplius*, A. Marinello, *cit*.; F. Antonacchio, *cit*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Passando ad affrontare gli obblighi di monitoraggio fiscale nei confronti di persone fisiche, enti non commerciali, società semplici e soggetti ad esse assimilati, il disegno prevede l'inserimento, all'interno dell'articolo 4, comma 3, del d.l. n. 167/1990, dell'obbligo di comunicazione delle valute virtuali, e dei rapporti di cui all'articolo 67, comma 1, lettera c-*quater*) Tuir a queste collegati, detenute dal contribuente, a condizione che il costo o valore di acquisto raggiunto nel corso del periodo d'imposta oltrepassi la soglia di 15.000 euro[61].

Per quanto concerne l'obbligo di monitoraggio, il disegno legislativo recepisce le indicazioni diramate dalla prassi amministrativa, disponendo l'obbligo dichiarativo delle disponibilità di monete virtuali del tutto a prescindere dalla collocazione delle chiavi private di accesso ai *wallet* informatici che consentono la materiale disponibilità di tali beni che, come si è detto, rappresentano l'unico elemento di riferimento per poter collocare tali investimenti nello spazio territoriale.

Da sottolineare come la proposta legislativa, pur delineando una disciplina volta a recepire a tutto tondo le conclusioni sinora sostenute dall'Agenzia delle entrate, di fatto avalli le critiche formulate dalla dottrina prevalente[62] nei confronti dell'attuale orientamento amministrativo.

La statuizione della rilevanza reddituale dei differenziali di valore a seguito di operazioni condotte attraverso lo strumento delle monete virtuali, in uno con l'introduzione dell'obbligo dichiarativo richiesto ai fini del monitoraggio fiscale di siffatti investimenti conseguirebbe da un intervento legislativo di evidente natura innovativa[63], e non di certo interpretativa della disciplina preesistente, volto ad introdurre un'assimilazione legale tra valute estere e virtuali.

[61] Soglia di esonero corrispondente a quanto disposto con riferimento ai saldi di conti correnti esteri.

[62] Per tutti G. Corasaniti, *Il trattamento tributario dei* bitcoin, cit., p. 45 ss., specie p. 57; M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, in *Riv. dir. trib*., 2, 2020, I, 105 p. ss.; L. Salvini, *La dimensione valutaria dell'economia digitale, cit*., p. 167 ss.

[63] L'articolo 2, comma 4, del disegno di legge in esame prevede che le disposizioni riguardanti la fiscalità delle criptovalute entrino in vigore a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello dell'entrata in vigore della delineata legge.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Ebbene, il fatto stesso che, per addivenire ad un simile risultato disciplinare occorra passare per un intervento legislativo, rende del tutto evidente come a conclusioni sostanzialmente analoghe non si possa pervenire per via interpretativa attraverso l'insieme di equiparazioni sostenute dall'amministrazione.

Vi è di più, al di là delle statuite assimilazioni presenti nel testo del disegno legislativo, permane una netta distinzione tra monete virtuali e valute aventi corso legale posto che la proposta legislativa limita la rilevanza, ai fini del prelievo, alle sole operazioni che comportano il pagamento o la conversione in euro o in altre valute estere delle monete virtuali (operazioni di *cash out*) negando ogni effetto realizzativo alle operazioni *crypto-to-crypto trades*.

Ciò rende evidente come le argomentazioni racchiuse nei documenti di prassi riguardanti lo specifico argomento non trovino supporto adeguato nella legislazione vigente e ciò sia in punto di rilevanza reddituale dei differenziali di valore conseguiti attraverso la negoziazione di monete virtuali sia in punto di obblighi di comunicazione ai fini del monitoraggio fiscale degli investimenti in *crypto assets*.

Per quanto concerne tale ultimo aspetto, il disegno di legge, verosimilmente a causa di perplessità in ordine alla legittimità delle contestazioni delle violazioni della disciplina del monitoraggio fiscale e conseguente irrogazioni di sanzioni anteriormente all'introduzione della delineata disciplina, ha previsto una misura *ad hoc* per la volontaria emersione degli investimenti in valute virtuali non dichiarati nei precedenti periodi d'imposta. Il meccanismo delineato prevede la possibilità per il contribuente di assumere quale valore fiscalmente riconosciuto del suo investimento in cripto valute, in luogo del costo o valore di acquisto, quello determinato attraverso una perizia di stima riferita alla data di inizio del periodo d'imposta nel corso dell'entrata in vigore della legge, assoggettandolo ad un'imposta sostitutiva ai fini delle imposte sui redditi secondo aliquote crescenti oscillanti tra l'8 ed il 10 per cento in ragione del valore periziato.

A tale favorevole meccanismo di riconoscimento di rivalutazione del valore fiscalmente riconosciuto all'investimento in *crypto assets*, il disegno disciplinare associa una *penalty protection* prevedendo che, nei confronti dei contribuenti che abbiano aderito alla emersione e rideterminazione dei valori cripto, non siano irrogabili le sanzioni *ex* art. 5, comma 2, d.l. 28 giugno 1990, n. 167 per i valori non dichiarati

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

nei periodi d'imposta antecedenti quello nel corso del quale si è proceduto alla rideterminazione dei valori di carico.

9. *Conclusioni*

L'attuale vuoto legislativo in materia di criptovalute è divenuto non più sostenibile tenuto conto dei volumi raggiunti dal particolare fenomeno e, soprattutto a causa dell'assenza di regole, presenta significativi indici di pericolosità sociale prima ancora che fiscale.

Non è più rinviabile un intervento da parte del legislatore italiano volto ad individuare la natura giuridica delle criptovalute e fornire regole certe in grado di disciplinare tale fenomeno nei suoi diversificati aspetti.

Per quanto concerne l'ambito fiscale, senz'ombra di dubbio il recente disegno di legge presenta numerose e significative lacune[64], oltre che profili di criticità[65] rendendolo bisognevole di ulteriori ripensamenti, ampliamenti e interventi di riordino in chiave sistematica delle misure delineate. Al contempo, occorre riconoscere alla proposta il pregio di aver rotto il silenzio del legislatore, fornendo un primo tentativo, per quanto timido ed incompleto, di un intervento normativo nell'intendimento di giungere, attraverso aggiustamenti progressivi, a delineare un quadro normativo in grado di introdurre maggiori certezze.

[64] Basti pensare che il disegno di legge n. 2572 del 30 marzo 2022 nulla prevede con riferimento all'inquadramento disciplinare ai fini IVA delle criptovalute, così come in materia di *trading* criptovalutario rientrante nell'esercizio d'impresa.

[65] Sul punto A. Marinello, cit., p. 9.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Capitolo V

L'incerta qualificazione giuridica e fiscale delle valute virtuali nella prospettiva del diritto penale e penale tributario

*Francesca Fassò**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Considerazioni preliminari sulla controversa natura giuridica delle cryptocurrencies. – 3. I profili di rilevanza penale e penal-tributaria delle cryptocurrencies alla luce della "disciplina" fiscale italiana e della giurisprudenza di legittimità. - 3.1. La configurabilità di fenomeni di evasione e frode alla luce della qualificazione fiscale delle criptovalute. - 3.2. L'impiego illecito delle criptovalute e il contrasto al cyberlaundering: riciclaggio, autoriciclaggio e abusivismo finanziario. - 3.3. La conversione del profitto del reato in criptovaluta e la possibile (in)operabilità delle misure cautelari a tutela del credito erariale – 4. Il contrasto all'impiego illecito delle cryptocurrencies nell'ordinamento italiano e le iniziative proposte nel contesto internazionale. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Sebbene sia trascorso più di un decennio dalla creazione, e conseguente introduzione sul mercato, della prima «criptovaluta»[1], la diffi-

* Dottoressa di ricerca in *Business and Law* – Istituzioni e impresa: valore, regole e responsabilità sociale, Università degli Studi di Brescia.

[1] Il riferimento è al «*bitcoin*», primaria rappresentazione della criptovaluta da cui sono originate, negli anni successivi alla sua introduzione, tutte le *cryptocurrencies* attualmente esistenti. Il *bitcoin*, creato nel 2008 e rilasciato sulla base dell'omonimo protocollo *open source* nel 2009, da un ignoto conosciuto con lo pseudonimo di "Satoshi Nakamoto", trovava la propria ragion d'essere nell'esigenza di creare un nuovo sistema di pagamento elettronico che consentisse di svolgere transazioni su *internet* senza l'intervento delle istituzioni finanziarie quali "terze parti di fiducia", garantendo in tal modo transazioni "dirette", irreversibili e azzerando i costi della mediazione. Il modello *bitcoin*, pertanto, aveva l'obiettivo di sostituire il tradizionale sistema di pagamento elettronico basato sulla fiducia, con un diverso sistema fondato sulla "prova crittografica". Cfr. S. Nakamoto, *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

coltà di delineare i contorni di tale controversa fattispecie rappresenta il motivo primario dell'assenza, ancora oggi, di una disciplina giuridica di carattere generale che si preoccupi di regolamentare in modo sistematico tutte quelle operazioni economiche effettuate usufruendo della tecnologia «*blockchain*»[2], condizione che si pone quale antecedente logico e necessario affinché – anche sotto il profilo tributario – possa finalmente essere delineato un quadro normativo di riferimento chiaro e meno incerto.

Il "vuoto" legislativo che contraddistingue il fenomeno in discorso non ne ha, tuttavia, in alcun modo ostacolato la crescita, costituendo al contrario una delle principali ragioni del suo successo.[3] Ed è così che, accanto alle diverse tipologie di «valute virtuali» propriamente intese, hanno fatto la loro comparsa figure «ibride»[4], ancor più

system, in *bitcoin.org*, 24 marzo 2009, p. 1: «What is needed is an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party».

[2] In merito alle caratteristiche strutturali e operative della tecnologia «*blockchain*», tradizionalmente riconducibile alla «*distributed ledger technology*» («DLT») si rinvia all'approfondita analisi svolta da P. De Filippi e A. Wright, *Blockchain and the law. The rule of code*, Harward University Press, Cambridge, Massachussets 2018, nonché alle osservazioni svolte, in dottrina, da: M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, in *Riv. dir. trib.*, 2, 2020, p. 104 ss.; G. Boletto, *Le criptovalute nel sistema tributario: prime riflessioni sull'esperienza italiana*, in *Dir. prat. trib.*, 5, 2021, p. 1975 ss. Si ricordi, inoltre, che il punto di origine dell'evoluzione della tecnologia *blockchain* viene tradizionalmente individuato nel contributo pubblicato da S. Haber e W. Scott Stornetta, *How to Time-Stamp a Digital Document*, in *Journal of Cryptology*, 1991, vol. 3, issue 2, p. 99 ss.

[3] Tra gli altri fattori che hanno contribuito alla crescita esponenziale del fenomeno, come posto in evidenza da M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, cit., p. 107, devono annoverarsi: «a) la possibilità di realizzare significativi guadagni in tempi molto brevi […]; b) l'assenza di un soggetto terzo e garante che eserciti un'attività di controllo analoga a quella prevista per gli intermediari finanziari autorizzati; c) l'anonimato o meglio il semi-anonimato degli utenti […]».

[4] Attualmente, difatti, le «*cryptocurrencies*» possono essere intese quale "*species*" del "*genus*" «*cryptoasset*», espressione con cui deve essere identificato, in accordo con la definizione fornita nel giugno 2019 dalla *ECB Crypto-Assets Task Force*, «a new type of asset recorded in digital form and enabled by the use of cryptography that is not and does not represent a financial claim on, or a liability of, an identifiable entity». Trattasi, in altre parole, di *asset* digitali di diversa natura, il cui impiego

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

difficilmente riconducibili a categorie giuridiche "tradizionali", che hanno contribuito a "diversificare" e, inevitabilmente, ad accrescere la complessità delle transazioni potenzialmente realizzabili in un contesto esclusivamente digitale.

A tal riguardo, sebbene non vi siano dubbi in merito al fatto che le criptovalute rappresentino un elemento essenziale e irrinunciabile nella prospettiva di un'economia globale sempre più orientata a prediligere lo sfruttamento di tecnologie digitali,[5] altrettanto indubbio è

richiede necessariamente lo sfruttamento di tecnologie *blockchain* e DLT. Più precisamente, all'interno della più ampia locuzione di «*cryptoasset*» si suole individuare, anzitutto, i *cryptoassets* c.d. «nativi», che originano direttamente nella *blockchain* e non possiedono alcuna connessione con la realtà "fisica", esistendo solo nella realtà della «*distributed ledger technology*». All'interno di questa prima categoria sono ricomprese le valute virtuali e i *tokens* emessi in occasione di operazioni denominate "*initial coin offerings*" (ICOs), (operazioni) che nascono quali strumenti di finanziamento di specifiche iniziative imprenditoriali e/o progetti, attraverso le quali determinati soggetti – generalmente (ma non necessariamente in via esclusiva) *start-up* – offrono ai potenziali investitori, quale "contropartita" rispetto all'investimento ricevuto, *tokens* o criptovalute. Esistono, poi, *cryptoassets* c.d. «non nativi», costituenti la "rappresentazione digitale" di un *asset* reale o, come efficacemente notato in dottrina, derivanti «da un processo di tokenizzazione». Cfr. F. Mattassoglio, *Le proposte europee in tema* di crypto-assets *e* DLT. *Prime prove di regolazione del mondo* crypto *o tentativo di tokenizzazione del mercato finanziario (ignorando* bitcoin*)?*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, II, p. 418.

[5] Tale circostanza è stata posta in evidenza dall'OCSE sin dalla pubblicazione, nel 2015, del *Final Report* dedicato all'*Action 1*, facente parte dell'*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Come noto, il Piano d'Azione predisposto dall'OCSE è stato elaborato in seno al "Progetto BEPS", destinato a individuare soluzioni idonee a contrastare gli effetti cagionati dall'attuazione, da parte delle grandi imprese multinazionali, di strategie di pianificazione fiscale aggressiva volte a sfruttare i disallineamenti esistenti nel diritto tributario internazionale, al solo scopo di allocare i rispettivi profitti in Paesi caratterizzati da una tassazione lieve o inesistente. Ebbene, tra le "sfide" derivanti dalla "digitalizzazione" dell'economia, il *Final Report* dell'OCSE menzionava espressamente la crescente diffusione dell'utilizzo di *cryptocurrencies* (cfr. OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, *passim*), ponendo altresì in luce, nel successivo *Interim Report* pubblicato nel 2018, i potenziali rischi – fiscali e finanziari – derivanti dal loro utilizzo (cfr. OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, par. 501.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

che la titubanza che contraddistingue l'atteggiamento legislativo nei confronti delle stesse contribuisca a facilitarne l'impiego illecito e a generare rischi (anche, ma non solo) di natura fiscale. Tale circostanza impone quindi una riflessione sulle conseguenze potenzialmente derivanti dal loro indebito sfruttamento, capace di creare terreno fertile per l'aumento di fenomeni di evasione fiscale che l'esistenza di una regolamentazione sistematica potrebbe (*rectius:* dovrebbe) invece scongiurare, favorendo altresì il rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo[6].

Il tema, si ritiene opportuno precisarlo sin d'ora, sarà affrontato in prospettiva italiana ma, tenuto conto del rilievo internazionale del fenomeno, si renderà altresì necessario soffermarsi sui traguardi raggiunti e sulle iniziative adottate (o, in taluni casi, proposte) in tale più ampio contesto.

Si fa presente, inoltre, che le considerazioni che seguiranno avranno ad oggetto, in via esclusiva, quella tipologia di *cryptoasset* tradizionalmente ricondotta alla categoria dei «*payment tokens*», ovvero le «*virtual currencies*».[7]

[6] Numerose Autorità ed organismi, nazionali e sovranazionali, pur evidenziando gli aspetti di favore derivanti dalla progressiva digitalizzazione dell'economia, anche con particolare riguardo allo sviluppo delle *cryptocurrencies* (*rectius*: più in generale, dei *cryptoassets*), hanno tuttavia sottolineato i differenti profili di rischio (sotto il profilo tributario, ma non solo) connessi all'impiego illecito di criptovalute. Cfr. FATF, *FATF Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governor*, luglio 2018, p. 1 ss.; Parlamento Europeo, *Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead*, luglio 2018, p. 14 ss.; Guardia di Finanza, *Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*, Circolare n. 1/2018, vol. II, parte IV, p. 258; EBA, *Report with advice for European Commission on crypto-asset*, 9 gennaio 2019, p. 20 ss.; UIF, *Utilizzo anomalo di valute virtuali*, 28 maggio 2019; Banca d'Italia, *Comunicazione della Banca d'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e cripto-attività*, Roma, giugno 2022, p. 10 ss.; Senato della Repubblica, *Atto d'indirizzo concernente gli sviluppi della politica fiscale, le linee generali e gli obiettivi della gestione tributaria, le grandezze finanziarie e le altre condizioni nelle quali si sviluppa l'attività delle Agenzie fiscali (Triennio 2022-2024)*, 7 febbraio 2022, p. 15.

[7] In accordo con la distinzione operata dal VAT Committee, all'interno della nozione di *cryptoasset* devono ritenersi compresi tre tipologie di *tokens*. Più precisamente: *i)* «Payments tokens operate as a unit of account and means of payment and are often referred to as virtual currencies»; *ii)* «Security tokens, also called asset and financial tokens, are designed as tradeable assets that are held for investment purpos-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

2. *Considerazioni preliminari sulla controversa natura giuridica delle cryptocurrencies*

Qualsiasi riflessione in merito alle conseguenze negative potenzialmente configurabili in ambito fiscale quale effetto di operazioni economiche realizzate mediante valute virtuali presuppone, necessariamente, una breve ricognizione delle diverse teorie proposte, nel corso degli anni, con l'obiettivo di fornire un inquadramento giuridico del fenomeno. Così come, difatti, non si ritiene possibile comprendere come le *cryptocurrencies* debbano collocarsi nel sistema tributario senza che si provi quantomeno a definirne, in via preliminare, la qualificazione giuridica, allo stesso modo pare ancor più evidente che, in assenza di tale tentativo, risulterebbe assai arduo tratteggiare i profili di rischio che la fattispecie potrebbe contribuire a generare.

Sul punto, tuttavia, è noto come non vi sia concordanza di opinioni né adottando un punto di vista esclusivamente domestico, specie considerando il contrasto tra l'orientamento dell'Amministrazione finanziaria italiana e le posizioni espresse dalla dottrina, dalle istituzioni finanziarie e dalle (pochissime) pronunce della giurisprudenza di merito,[8] né osservando il fenomeno da una prospettiva internazionale.

Diverse, e spesso tra loro inconciliabili, sono state le definizioni fornite nel tentativo di delineare i tratti distintivi delle criptovalute. Difatti, pur se generalmente intese come «rappresentazioni digitali di

es and often classified as a security under applicable laws»; *iii)* «Utility tokens are used to facilitate the exchange of or access to specific goods or services and act as a pre-payment or voucher for a good or service». Cfr. VAT Committee, *Working paper No. 1037*, 24 febbraio 2022, p. 3.

[8] Il riferimento è, anzitutto, alla sentenza del Tribunale di Verona, sez. II, 24 gennaio 2017, n. 195, che rappresenta la prima pronuncia italiana sul tema e in cui il *bitcoin* è stato definito come uno «strumento finanziario costituito da una moneta che può essere coniata da qualunque utente ed è sfruttabile per compiere transazioni, possibili grazie ad un *software open source* e ad una rete *peer to peer*». Una diversa qualificazione giuridica delle criptovalute è stata fornita, invece, dal Tribunale di Firenze, sez. fall., con la sentenza n. 18 del 21 gennaio 2019, ove si è affermato che trattasi di «beni», come tali suscettibili di essere acquistati, scambiati e depositati. Più precisamente, si è sottolineato il carattere «fungibile» di tali tipologie di beni, trattandosi di rappresentazioni digitali espresse in unità patrimoniali di un medesimo valore.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

valore», le *cryptocurrencies* sono state talvolta assimilate a mezzi di scambio o, più raramente, di pagamento,[9] ammettendosene altresì la semplice detenzione per finalità di investimento,[10] ovvero a strumenti finanziari o, ancora, a beni immateriali.[11] Non è stato, invece, posto in discussione il fatto che le stesse non possiedano i requisiti necessari per poter essere considerate perfettamente assimilabili a valute legalmente riconosciute,[12] ivi comprese, peraltro, le monete elettroniche.[13]

[9] È questa, come sarà più approfonditamente chiarito nel prosieguo, la posizione espressa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, nonché dall'Amministrazione finanziaria italiana.

[10] In questi termini si sono espresse, in più occasioni, la Banca d'Italia e l'Unità di informazione finanziaria per l'Italia istituita in seno ad essa (cfr. Banca d'Italia, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, 30 gennaio 2015; UIF, *Utilizzo anomalo di valute virtuali*), aderendo all'interpretazione espressa: *i)* dalla European Bank Authority, secondo la quale «VCs are a digital representation of value that is neither issued by a central bank or a public authority, nor necessarily attached to a FC, but is accepted by natural or legal persons as a means of payment and can be transferred, stored or traded electronically» (cfr. EBA, *Opinion on virtual currencies*, 4 luglio 2014, p. 5); *ii)* dalla Financial Action Task Force, che ha definito la «virtual currency» come «a digital representation of value that can be digitally traded and functions as a medium of exchange; and/or a unit of account; and/or a store of value, but does not have legal tender status (*i.e.*, when tendered to a creditor, is a valid and legal offer of payment) in any jurisdiction. It is not issued nor guaranteed by any jurisdiction, and fulfils the above functions only by agreement within the community of users of the virtual currency» (cfr. FATF, *FATF REPORT. Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, Giugno 2014, p. 4): *iii)* e, ancor prima, dalla Banca Centrale Europea: «A virtual currency can be defined as a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community» (cfr. ECB, *Virtual Currency Scheme*, Ottobre 2012, p. 5).

[11] Per un maggior approfondimento in merito ai profili civilistici, fiscali e contabili rilevanti ai fini della qualificazione giuridica delle criptovalute, si vedano: A. Contrino e G. Baroni, *The cryptocurrencies: fiscal issues and monitoring*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1, 2019, p. 13 ss.; M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, cit., p. 107 ss.; Id., *Contributo all'individuazione della nozione di* crypto asset *e suoi riflessi nell'ordinamento tributario nazionale*, in *Rass. trib.*, 3, 2022, p. 574 ss.

[12] Ciò, come si vedrà, non ha tuttavia impedito all'Amministrazione finanziaria italiana di sostenerne l'equiparazione rispetto alle valute (aventi corso legale) estere.

[13] Come evidenziato in dottrina, nel caso della moneta elettronica «è possibile individuare, a differenza di quanto avviene nel caso delle valute virtuali, un collegamento imprescindibile fra *e-money* e moneta tradizionale, in quanto i fondi sotto-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Nell'incertezza che da sempre contraddistingue lo studio del fenomeno e nell'evidente difficoltà di comprendere appieno, ancor prima di poterla definire, la natura delle valute virtuali, la decisione adottata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea il 22 ottobre 2015[14] ha rappresentato, trattandosi della sua prima (ed unica) pronuncia sul tema in discorso, il punto di svolta del dibattito in merito sia alla qualificazione giuridica delle *cryptocurrencies*, sia, soprattutto, al trattamento fiscale delle transazioni eseguite in *cryptocurrencies*. La fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte, pur riguardante in modo specifico la criptovaluta *bitcoin* e le operazioni di cambio di valute tradizionali in valuta virtuale, ha il pregio di aver riconosciuto, per la prima volta, la rilevanza ai fini dell'imposta sul valore aggiunto delle suddette operazioni. Senza voler qui indugiare sulla ricostruzione dell'*iter* logico-giuridico seguito dal Giudice europeo,[15] sia sufficiente ricordare come la Corte abbia chiarito che le suddette operazioni di cambio di valuta tradizionale contro unità di valuta virtuale *bitcoin* (e viceversa), effettuate a fronte del pagamento di una somma corrispondente al margine costituito dalla differenza tra il prezzo cui l'operatore interessato acquista le valute e il prezzo al quale le vende ai propri clienti, costituiscano prestazioni di servizi effettuate a fronte di una controprestazione che presenta un nesso diretto con il servizio prestato, dovendosi dunque qualificare come prestazioni di

stanti alla prima sono espressi in unità di calcolo tradizionali (quali, a titolo esemplificativo, euro o dollari americani). Negli schemi riconducibili alle criptovalute, al contrario, l'unità di calcolo di riferimento è rappresentata da un'entità virtuale non riconducibile ad alcuna valuta legalmente riconosciuta». Cfr. G. Corasaniti, *Il trattamento tributario dei* bitcoin *tra obblighi antiriciclaggio e monitoraggio fiscale*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 36, 2018, p. 47. La distinzione tra *cryptocurrency* e *e-money* è stata peraltro posta in chiara evidenza, negli stessi termini, dalla Banca Centrale Europea (cfr. ECB, *Virtual Currency Scheme*, cit., p. 16 ss.) e dalla Financial Action Task Force (cfr. FATF, *FATF REPORT*, cit., p. 4).

[14] Cfr. CGUE, 22 ottobre 2015, causa C-264/14, *Skatteverket c. David Heqvist*.

[15] Per una riflessione più ampia si rinvia a: G. Corasaniti, *Il trattamento tributario dei* bitcoin *tra obblighi antiriciclaggio e monitoraggio fiscale*, cit., p. 52 ss.; A. Contrino e G. Baroni, *The cryptocurrencies: fiscal issues and monitoring*, cit., p. 25 ss.; M. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, cit., p. 116 ss. Si consenta inoltre il rinvio a F. Fassò, *Il regime fiscale dei* bitcoins *secondo una recente (e unica) prassi amministrativa*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 28, 2017, p. 105 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

servizi a titolo oneroso ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. c) della Direttiva 2006/112/CE (c.d. "Direttiva Iva"). Tuttavia, ritenendo «pacifico», nel procedimento principale, «che la valuta virtuale "*bitcoin*" non abbia altre finalità oltre a quella di mezzo di pagamento e che essa sia accettata a tal fine da alcuni operatori», la Corte ha ritenuto applicabile alle operazioni di cambio di valuta tradizionale contro unità di valuta virtuale *bitcoin* la disposizione di cui all'art. 135, par. 1, lett. e) della Direttiva IVA, che contempla l'esenzione dall'imposta per le "*operazioni, compresa la negoziazione, relative a divise, banconote e monete con valore liberatorio*".[16]

Ebbene, la qualificazione come «mezzo di pagamento» del *bitcoin* e, in generale, delle *virtual currencies*, operata dalla Corte di Giustizia nella sentenza Hedqvist e accolta senza alcuna incertezza dal Comitato IVA istituito in seno alla Commissione europea,[17] ha tuttavia suscitato diverse perplessità nella comunità internazionale. E tali perplessità si sono tradotte, negli ordinamenti di quei pochi Stati che hanno introdotto disposizioni fiscali in tema di valute virtuali, nella scelta di non qualificarle nei predetti termini.[18]

Si tenga presente, peraltro, che sebbene l'orientamento del Comitato IVA sia rimasto aderente all'impostazione adottata dalla Corte di Giustizia, negli anni successivi alla sentenza Hedqvist le istituzioni europee paiono aver (parzialmente) mutato la propria opinione in merito alla qualificazione giuridica delle criptovalute. Ciò appare evidente se sol si considera che in una Risoluzione adottata il 26 maggio 2016 il Parlamento europeo si limitava a riconoscere che le valute virtuali potessero essere «accettate da persone giuridiche e fi-

[16] Cfr. CGUE, 22 ottobre 2015, causa C-264/14, par. 52 ss.

[17] Cfr. VAT Committee, *Working paper no. 892*, 4 febbraio 2016, *passim*; Id., *Working paper no. 1037*, cit., *passim*.

[18] Tale circostanza è stata posta in evidenza dall'OCSE nel recente *report* dedicato al trattamento fiscale delle *virtual currencies* e alle principali problematiche fiscali ad esse connesse. Cfr. OECD (2020), *Taxing Virtual Currencies: An Overview Of Tax Treatments And Emerging Tax Policy Issues*, OECD, Paris, p. 15. Per un approfondimento sulle scelte fiscali adottate sinora nel contesto internazionale si vedano, in dottrina: S. Rapuano e M. Cardillo, *Le criptovalute: tra evasione fiscale e reati internazionali*, in *Dir. prat. trib.*, 1, 2019, p. 47 ss., i quali pongono in evidenza che solo la Svizzera, ad oggi, ha inteso qualificare il *bitcoin* come «mezzo di pagamento».

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

siche come mezzo di pagamento».[19] Diversamente, due anni dopo e in occasione della promulgazione della Direttiva 2018/843/UE (c.d. "V Direttiva Antiriciclaggio"),[20] la Commissione europea, pur ammettendo che le criptovalute possano essere «spesso utilizzate come mezzo di pagamento», ha tuttavia preso espressa coscienza del fatto che esse «potrebbero essere usate anche per altri scopi e avere impiego più ampio, ad esempio come mezzo di scambio, di investimento, come prodotti di riserva di valore o essere utilizzate in casinò *online*». Ciò considerato, nel modificare l'art. 3 della Direttiva 2015/849/UE del 20 maggio 2015 (c.d. "IV Direttiva Antiriciclaggio"),[21] la Commissione ha scelto di escludere l'espressione «mezzo di pagamento», limitandosi unicamente a qualificare le valute virtuali come «mezzo di scambio».

Tale soluzione, che, come sarà più approfonditamente illustrato nel prosieguo, è stata prescelta altresì dal legislatore italiano nel contesto della normativa nazionale antiriciclaggio, non trova tuttavia alcun conforto nella normativa tributaria vigente nel nostro Paese, del tutto silente sul punto, né tantomeno in quell'unica forma "atipica" di definizione e regolamentazione del fenomeno che, in Italia, si rinviene nella prassi dell'Agenzia delle entrate.

3. *I profili di rilevanza penale e penal-tributaria delle cryptocurrencies alla luce della "disciplina" fiscale italiana e della giurisprudenza di legittimità*

Per comprendere come, ed eventualmente entro quali confini, possa configurarsi un legame tra *cryptocurrencies*, fenomeni di eva-

[19] Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 2016 sulle valute virtuali (2016/2007(INI)).

[20] Direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.

[21] Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

sione o frode e reati (anche, ma non solo) tributari, occorre necessariamente definire in che modo, nel nostro Paese, le operazioni realizzate tramite valute virtuali siano qualificate ai fini fiscali.

Come poc'anzi accennato non esiste, in Italia, alcuna disciplina legislativa del fenomeno sotto il profilo tributario, dovendo ravvisarsi la sua unica forma di regolamentazione nell'attività interpretativa condotta dall'Amministrazione finanziaria. Quest'ultima, difatti, si è pronunciata in diverse occasioni sul tema, adottando un orientamento conforme a quello espresso dalla Corte di Giustizia, seppur in parte "esorbitante" rispetto alle conclusioni raggiunte dal Giudice europeo, nella misura in cui l'Amministrazione ha operato una sostanziale equiparazione tra valute virtuali e valute estere.[22]

È dunque evidente come non vi sia altra scelta, nel voler affrontare il tema in discorso da una prospettiva nazionale, se non quella di assumere quale punto di riferimento la prassi dell'Agenzia delle entrate che, come detto, seppur parzialmente supportata dalle conclusioni raggiunte dal Giudice europeo, inevitabilmente presenta dei limiti intrinseci. Ciò, sia in ragione del semplice valore "di indirizzo", privo di alcuna efficacia vincolante, delle indicazioni fornite dall'Amministrazione finanziaria, sia alla luce del fatto che i documenti di prassi pubblicati negli ultimi anni hanno riguardato un ventaglio di operazioni realizzate tramite criptovaluta più "limitato" rispetto alle diverse tipologie di transazioni che potrebbero in concreto essere realizzate.[23]

[22] Come correttamente evidenziato in dottrina, difatti: «È parso […] che l'Amministrazione abbia inteso equiparare la valuta virtuale *bitcoin* ad una valuta estera, avente quindi corso legale, sebbene nella sentenza Hedqvist non sia dato rinvenire alcun conforto in tal senso. Ed infatti, la Corte di Giustizia ha ritenuto sostanzialmente ininfluente la presenza del "corso legale" per le valute, qualora il mezzo di pagamento non abbia altra finalità se non quella liberatoria, ancorché contrattuale o su base volontaria, dato che è pacifico che la valuta virtuale *bitcoin* non abbia altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento e che sia accettata a tal fine da alcuni operatori. Tuttavia, in nessuna parte della sentenza è presente un'esplicita equiparazione tra bitcoin e valuta estera». Cfr. G. Corasaniti, *Il trattamento tributario dei* bitcoin *tra obblighi antiriciclaggio e monitoraggio fiscale*, cit., p. 57.

[23] Secondo la classificazione operata dal VAT Committee, possono infatti distinguersi diverse tipologie di attività e/o operazioni aventi ad oggetto criptovalute. Rileva, anzitutto, il «*mining*», ovvero l'attività di "estrazione" di criptovaluta, con cui s'intende riferirsi a quel procedimento attraverso il quale le transazioni in *crypto-*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

3.1. *La configurabilità di fenomeni di evasione e frode alla luce della qualificazione fiscale delle criptovalute*

Ciò posto, e nella piena consapevolezza delle evidenziate criticità, è noto che il primo contributo di prassi (che tuttora rappresenta in materia il punto di riferimento essenziale) con cui l'Amministrazione finanziaria si è pronunciata in merito al regime impositivo delle valute virtuali sia da ravvisarsi nella Risoluzione n. 72/E del 2 settembre 2016, resa in risposta ad un'istanza di interpello presentata da un c.d. "*exchanger*", ovvero una società operante quale "intermediario" in operazioni di acquisto e vendita di *bitcoin*.

Ponendo a fondamento delle proprie argomentazioni le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza Hedqvist, l'Agenzia delle entrate ha anzitutto evidenziato la rilevanza, ai fini IVA, dell'attività di intermediazione di valute aventi corso legale e valute virtuali, confermando però l'applicabilità del re-

asset sono validate (da parte di soggetti definiti "*miners*") e aggiunte alla DLT basata sulla tecnologia *blockchain*. Sul punto, ritenendo che il *mining* debba essere qualificato come attività economica rilevante ai fini IVA (nella misura in cui il *miner* riceva un compenso per l'attività svolta sotto forma di commissione, essendo più arduo, invece, rinvenire un nesso sinallagmatico qualora la remunerazione avvenga in modo automatico con assegnazione di nuovi *tokens* da parte del *network*), il VAT Committee ne ha confermato il regime di esenzione ai sensi dell'art. 135, par. 1, lett. d) o, in alternativa, dell'art. 135, par. 1, lett. e) della Direttiva Iva. Alle medesime conclusioni il VAT Committee è giunto anche per l'attività di «*forging*» (altrimenti definita di «*staking*»), che rappresenta una modalità alternativa, rispetto al *mining*, di creazione di valute virtuali. Altrettanto rilevante ai fini IVA, ma esente *ex* art. 135, par. 1, lett. d) o lett. e) della Direttiva IVA, è considerata inoltre l'attività di «*storage and transfer*» di criptovalute da parte dei «*digital wallet providers*». Ciò, salvo che tale attività sia svolta a titolo gratuito, dovendo in tal caso ritenersi esclusa dall'ambito di applicazione dell'imposta. Da ultimo, e sorvolando sull'attività di «*exchange*» sulla quale il VAT Committee aderisce *in toto* alle conclusioni espresse dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, si menziona l'attività di «*modification*» di *tokens*, il cui trattamento fiscale è stato assimilato al *mining* e al *forging*. Per quanto concerne, infine, la fornitura di beni o servizi a fronte di un corrispettivo in criptovaluta, il VAT Committee ha affermato che qualsiasi operazione di tal genere soggetta ad IVA, tale dovrà ritenersi anche qualora il corrispettivo sia pagato in *cryptoasset*. Secondo l'orientamento espresso dal Giudice europeo, tuttavia, sul valore delle criptovalute non dovrà essere riscossa alcuna imposta. Cfr. VAT Committee, *Working paper no. 1037*, cit., p. 4 ss; Id., *Working paper no. 892*, cit., p. 7 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

gime di esenzione dall'imposta alla luce di quanto previsto dall'art. 10, comma 1, n. 3, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

Ebbene, assumendo quindi che, ai fini IVA, i profitti conseguiti dagli intermediari "professionali" debbano essere considerati esenti ai sensi della norma poc'anzi citata, non residua alcun margine affinché siano integrati i presupposti necessari per configurare una delle fattispecie di reato individuate dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.[24] Ciò, peraltro, deve ritenersi vero non soltanto con riferimento all'attività (esente Iva) di *exchange* di criptovalute e oggetto del parere reso dall'Amministrazione nella citata Risoluzione n. 72/E, bensì, più in generale, per tutte le altre attività che presuppongano l'impiego di valute virtuali.[25]

Peraltro, quanto affermato in merito all'applicabilità del regime di esenzione dall'Iva delle transazioni effettuate in criptovaluta assume particolare importanza anche sotto un diverso profilo che, pur non avendo unicamente rilevanza in prospettiva nazionale, non si ritiene di poter completamente trascurare: il riferimento è al ruolo che le *cryptocurrencies* potrebbero assumere all'interno di meccanismi fraudolenti volti ad evadere l'imposta sul valore aggiunto.[26]

Ebbene, anche con riguardo a tali fattispecie è indubbio come la valutazione preliminare in merito alla qualificazione giuridica dei *cryptoassets* appaia dirimente. Difatti, qualora si ammettesse l'imponibilità ai fini IVA delle operazioni in valuta virtuale in ragione, a titolo meramente esemplificativo, della loro natura di "servizi digitali", potrebbe allora immaginarsi che esse assumano un loro ruolo

[24] Il riferimento è, in particolare, al reato di cui agli artt. 4 ("*Dichiarazione infedele*") e 5 ("*Omessa dichiarazione*"), con riguardo, chiaramente, alla sola imposta sul valore aggiunto, nonché al reato di cui all'art. 10-*ter* ("*Omesso versamento di IVA*").

[25] Una conferma in tal senso si rinviene nei successivi documenti di prassi dell'Agenzia delle entrate, ove non è mai stata posta in discussione l'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto anche per attività diverse rispetto a quella di *exchange*. Cfr. Agenzia delle entrate, Risposta ad interpello n. 437 del 26 agosto 2022, relativa all'attività di *staking*; Id., Risposta ad interpello n. 508 del 12 ottobre 2022 e n. 515 del 17 ottobre 2022, entrambe relative all'attività di *mining*, considerata dall'Amministrazione "fuori campo Iva".

[26] Sul tema, amplissimo, delle frodi IVA e anche con riferimento ai profili di rilevanza penale, si veda in dottrina: A. Mereu, *La repressione penale delle frodi IVA. Indagine ricostruttiva e prospettive di riforma*, Milano, 2011, e dottrina ivi citata.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

essenziale nella configurazione di una frode.[27] Al contrario, aderendo all'orientamento adottato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Hedqvist, cui si è conformata l'Agenzia delle entrate italiana, tale possibilità è esclusa sin dall'origine.

Ciò non significa, tuttavia, che le valute virtuali non siano «inherently risky»[28], da ciò derivando che un loro impiego illecito e, ancor prima, le loro stesse caratteristiche intrinseche quali, in particolare, l'anonimato (*rectius:* semi-anonimato)[29] e la loro natura "transnazionale",[30] possano certamente favorire attività altrettanto illecite e, finanche, contribuire alla diffusione di meccanismi fraudolenti ai fini dell'evasione dell'Iva.[31]

[27] Sul punto si veda F. Borselli, *VAT Fraud, Cryptocurrencies and a Future for the VAT System*, in *International VAT Monitor*, 2019, vol. 30, no. 5, p. 181. Qualora si riconoscesse natura di «servizi digitali» alle *cryptocurrencies*, l'A. chiarisce quanto segue: «In cross-border business-to-business (B2B) transactions, supplies of cryptocurrencies could create a breeding ground for missing trader fraud, following the general reverse charge rules».

[28] L'espressione è sempre di F. Borselli, *VAT Fraud, Cryptocurrencies and a Future for the VAT System*, cit., p. 182.

[29] Tale caratteristica, sulla quale ci si soffermerà più approfonditamente nel prosieguo, rende infatti meno agevole individuare gli effettivi beneficiari dei fondi, nel contesto di una c.d. frode carosello. Più nel dettaglio, l'effettuazione di operazioni in criptovaluta potrebbe impedire di rintracciare i flussi finanziari tra quell'anello della "catena" in cui si realizza la conversione di valuta avente corso legale e valuta virtuale e quello in cui la valuta virtuale viene nuovamente convertita in valuta avente corso legale. Cfr. F. Borselli, *VAT Fraud, Cryptocurrencies and a Future for the VAT System*, cit., p. 182.

[30] Vi è chi ha posto in evidenza, più che il carattere "transnazionale" delle criptovalute e delle attività che ad esse si riferiscono, la loro «a-territorialità». Cfr. A. Magliaro e S. Censi, *Criptovalute e territorialità: c'è spazio per una nuova chiave di lettura?*, in *Fisco*, 38, 2022, p. 3649 ss.

[31] Sottolinea infatti F. Borselli, *VAT Fraud, Cryptocurrencies and a Future for the VAT System*, cit., p. 182: «If one accepts that cryptocurrencies are VAT exempt, however, the problem shifts and focuses on some key attributes of cryptocurrencies, including the absence of a central party that could control or freeze transactions, the fact that transactions are irreversible, the presence of fast global payments and, mainly, a high degree of anonymity. Transactions in virtual currencies, although checked and recorded within a public register ensuring traceability, can be finalized through the use of pseudonyms and encrypted identities of principals and beneficiaries. Cryptocurrencies can then move anonymously (or almost anonymously) from one wallet to another and from one jurisdiction to another by means of a private

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Tutto ciò considerato in merito all'imposta sul valore aggiunto, più complesso è il discorso per quanto riguarda il regime fiscale delle descritte operazioni di "compravendita" di criptovaluta con riguardo all'imposizione diretta, dovendosi giungere a conclusioni difformi da quelle tratte sinora ai fini IVA anche per quanto concerne la possibilità che siano integrati i presupposti per configurare fattispecie di reati tributari.

A tal riguardo, nella Risoluzione n. 72/E l'Agenzia delle entrate assume, quale presupposto di partenza, le medesime considerazioni in merito alla qualificazione giuridica delle criptovalute poste a fondamento della riconosciuta esenzione dall'applicazione dell'Iva.[32] Tuttavia, nel caso delle imposte dirette, l'Agenzia riconosce una rilevanza non solo astratta, bensì anche concreta, dell'attività dell'*exchanger*. Più precisamente, la Risoluzione in discorso ha chiarito che le componenti di reddito derivanti dall'attività di intermediazione nell'acquisto e vendita di criptovalute, al netto dei costi alla stessa inerenti, debbano ritenersi ascrivibili ai ricavi (o ai costi) caratteristici della suddetta attività, contribuendo quindi alla formazione della materia imponibile soggetta ad ordinaria tassazione ai fini Ires ed Irap quali elementi positivi (o negativi).

Di conseguenza, non pare dunque potersi escludere che, sussistendo tutti gli elementi costitutivi della fattispecie delittuosa e, soprattutto, superate le soglie di punibilità previste dalle norme di riferimento, all'*exchanger* possano essere ascritti i reati di cui agli artt. 4 e 5, comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000.[33] Più precisamente, il reato di

key only known to the owner of the assets. Therefore, the question of whether anonymity is likely to boost the use of these assets as a means of payment for fraudulent transactions should be raised».

[32] Al riguardo, in chiave critica, si vedano le osservazioni di S. Capaccioli, *Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci e molte ombre*, in *Fisco*, 2016, 37, p. 3540, il quale sottolinea difatti come l'Agenzia abbia "riportato" nel campo delle imposte dirette «le riflessioni svolte a fini IVA, risolvendo in una stretta assimilazione tra le monete virtuali e le valute estere».

[33] Si ritiene opportuno fare presente che il riferimento, generico, alla figura dell'*exchanger* (ma le stesse considerazioni valgono per tutte le tipologie di attività aventi ad oggetto criptovalute) è frutto di una scelta dettata da esigenze di semplicità espositiva, pur nella consapevolezza che, di norma, l'attività di compravendita di criptovalute non è svolta da un singolo, bensì da un'entità societaria. Tale precisazio-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

dichiarazione infedele contemplato dall'art. 4 potrebbe essere contestato all'*exchanger*, in accordo con il comma 1 della norma, quando nella dichiarazione annuale siano indicati "*elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi inesistenti*". Il reato di omessa dichiarazione di cui al successivo art. 5, comma 1, invece, potrebbe configurarsi qualora l'*exchanger* ometta di presentare la dichiarazione annuale.

Si ricordi, inoltre, che secondo le indicazioni fornite dalla Risoluzione n. 72/E, per quanto concerne la tassazione ai fini delle imposte dirette dei clienti (persone fisiche) dell'*exchanger* «le operazioni a pronti (acquisti e vendite) di valuta non generano redditi imponibili mancando la finalità speculativa». Sul punto, tuttavia, è bene ricordare che l'art. 67, comma 1, lett. c-*ter*), Tuir prevede espressamente che, nell'ambito dei redditi diversi di natura finanziaria, rientrino altresì le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di valute. Tuttavia, «l'imponibilità delle operazioni sulle valute estere riguarda soltanto quelle operazioni espressamente contemplate nella lett. c-*ter*) che si intendono come espressive, per presunzione di legge, di una attività di investimento e, cioè, il prelievo della valuta da depositi o conti correnti ovvero la sua cessione a termine». Al contrario, invece, «non sono (…) mai rilevanti le cessioni a pronti delle valute».[34] Occorre altresì considerare che, secondo quanto previsto dalla norma, le suddette plusvalenze assumono rilevanza ai fini fiscali a condizione che, nel periodo di imposta in cui sono realizzate, «la giacenza dei depositi e dei conti correnti complessivamente intrattenuti dal contribuente presso tutti gli intermediari, calcolata secondo il cambio vigente all'inizio del periodo di riferimento, sia superiore a 51.645,69

ne si rende necessaria in quanto, evidentemente, la condotta illecita cui può conseguire la configurabilità di un reato tributario dovrà essere necessariamente posta in essere da un soggetto persona fisica, seppur nell'interesse dell'ente cui appartiene. Una responsabilità – diretta e distinta – dell'ente potrà venire in considerazione, semmai, solo alla luce di quanto previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il cui art. 25-*quinquies decies* (introdotto dal d.lgs. 26 ottobre 2019, n. 124 e modificato, da ultimo e a seguito del recepimento della Direttiva UE 2017/1371, dal d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75) individua tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente anche i reati tributari di cui al d.lgs. n. 74 del 2000.

[34] Cfr. M. Leo, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, vol. I, Milano, 2020, p. 1240.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

euro per almeno sette giorni lavorativi continui».[35] Al di sopra di tale limite, invece, la finalità speculativa si presume.[36]

Ne consegue che, in fattispecie quali quelle descritte dalla norma citata e a condizione che sia ravvisabile una finalità speculativa, il reddito percepito da una persona fisica al di fuori dell'esercizio di attività d'impresa sarà soggetto all'imposta sostitutiva del 26 per cento *ex* art. 5, d.lgs. 21 novembre 1997, n. 461.[37] Per tale ragione non si ritiene di poter escludere, in tali ipotesi, che la società di intermediazione sia tenuta a porre in essere gli adempimenti tipici dei sostituti d'imposta, derivandone la possibilità di ascrivere all'*exchanger* il reato di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 74 del 2000, nonché di conseguenza, il reato di omesso versamento di ritenute dovute o certificate *ex* art. 10-*bis*, d.lgs. n. 74 del 2000.

Alle medesime conclusioni, in accordo con una recentissima Risposta ad interpello dell'Agenzia delle entrate,[38] deve inoltre pervenirsi con riferimento alle remunerazioni in criptovaluta percepite dalle persone fisiche, al di fuori dell'esercizio di attività di impresa, per l'attività di *staking*. A tal riguardo, difatti, l'Agenzia delle entrate ha precisato che tali remunerazioni debbano ritenersi soggette ad imposizione *ex* art. 44, comma 1, lett. h), Tuir. Pertanto, qualora tali remunerazioni siano accreditate nel *wallet* riconducibile a tale soggetto da parte di una società italiana, quest'ultima sarà tenuta ad applicare sulle stesse la ritenuta del 26 per cento prevista dall'art. 26, comma 5, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

[35] M. Leo, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, cit., p. 1240 ss., il quale sottolinea che «i principi generali che regolano le operazioni aventi ad oggetto le valute tradizionali» dovrebbero anche ritenersi «applicabili alle operazioni di conversione di valuta virtuale con una valuta avente corso legale». «In tale contesto», precisa l'A., «il portafoglio elettronico (c.d. "*wallet*") in cui sono detenute le valute virtuali potrebbe essere assimilato ad un deposito di valute estere, con conseguente rilevanza fiscale del medesimo nelle ipotesi in cui la giacenza media superi un controvalore di 51.645,69 euro per almeno sette giorni lavorativi continui nel periodo di imposta».

[36] P. Claps e M. Pignatelli, *L'acquisto e la vendita per conto terzi di* "bitcoin" *non sconta l'IVA ma rileva ai fini IRES ed IRAP*, in *Corr. trib.*, 2016, 40, p. 3078.

[37] In questi termini: Agenzia delle entrate, Risposta ad interpello n. 788 del 24 novembre 2021.

[38] Cfr. Agenzia delle entrate, Risposta ad interpello n. 437 del 26 agosto 2022.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Parrebbe dunque senz'altro possibile, anche in un'ipotesi quale quella poc'anzi descritta, la configurabilità (sempre a condizione che sussistano tutti gli elementi costitutivi della fattispecie e che siano superate le soglie di punibilità previste dalla legge) dei reati di cui agli artt. 5, comma 1-*bis* e 10-*bis*, d.lgs. n. 74 del 2000.

Si segnala, da ultimo, che la possibilità che si configurino le fattispecie delittuose di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5, d.lgs. n. 74 del 2000 è stata prospettata, in dottrina, con riguardo all'attività di *mining*. Più precisamente, con riferimento al regime fiscale dei compensi ricevuti dai *miner* a fronte dell'attività svolta, si è distinta l'ipotesi in cui il loro controvalore in euro sia qualificabile come reddito d'impresa abituale *ex* art. 55 Tuir, dall'eventualità in cui, trattandosi di reddito d'impresa occasionale, il suddetto controvalore debba ritenersi reddito diverso *ex* art. 67 Tuir.[39]

3.2. *L'impiego illecito delle criptovalute e il contrasto al* cyberlaundering*: riciclaggio, autoriciclaggio e abusivismo finanziario*

Un ulteriore aspetto sul quale si ritiene necessario soffermarsi attiene al ruolo che le valute virtuali hanno assunto nel contesto della disciplina antiriciclaggio, dovendo infatti ravvisarsi una «interconnessione» tra quest'ultima e le problematiche fiscali derivanti dall'impiego delle *cryptocurrencies*.

La riflessione sul tema suscita un particolare interesse, specie tenuto conto del fatto che il fenomeno in discorso assume rilievo, nell'ambito della normativa *anti-money laundering*, sia dal punto di vista della necessità di salvaguardare la stabilità e la sicurezza del settore finanziario complessivamente inteso, sia sotto il profilo penale con riferimento alla possibilità che l'utilizzo di criptovalute favorisca la commissione di fattispecie delittuose esistenti (ma attraverso "modalità" innovative) sia, infine, per quanto concerne tutte le iniziative destinate a garantire lo scambio di informazioni tra le amministrazioni fiscali nazionali.

[39] Cfr. F. Di Vizio, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti. Lo statuto delle valute virtuali: le discipline e i controlli*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2018, p. 66 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Ciò premesso, e volendo qui esaminare taluni aspetti di rilevanza penale, è bene osservare che il crescente sviluppo delle tecnologie digitali ha contribuito ad ampliare, trasformandole, le possibili manifestazioni in concreto di attività illecite, dando vita a nuove tipologie di "reati-presupposto" e di "reati-strumentali".[40] Il fenomeno è stato definito dalla dottrina penalistica in termini di «*cyberlaundering*», concetto che «comprende l'insieme di tutte le attività illecite finalizzate a "ripulire" (…) non solo il "denaro" (*moneylaundering*), ma più in generale i capitali, i beni, i valori o le altre "utilità" di provenienza delittuosa, ricorrendo a sistemi o mezzi elettronici o, meglio, "cibernetici", resi disponibili dalle TIC[41], che coinvolgono oggi soprattutto la "rete": vale a dire il *web* da intendersi in senso ampio, quale *Cyberspace* comprensivo sia di Internet, nella tradizionale dimensione del *world wide web* (www), che dei nuovi e diversi protocolli di comunicazione, connessione e scambio oggi sviluppatisi a livello globale, fino al c.d. *deep* nonché *dark-web*».[42]

[40] In questi termini L. Picotto, *Profili penali del* cyberlaundering: *le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 3-4, p. 591 nonché, per l'individuazione in concreto delle nuove tipologie di reati presupposto e di reati strumentali, p. 611 ss.

[41] Con l'acronimo "TIC" o "ICT" si suole identificare l'*Information and Communication Technology*, che comprende quell'insieme di metodi e tecnologie che consentono di realizzare sistemi di ricezione, trasmissione ed elaborazione delle informazioni. Cfr. G. Miccoli, Digital economy. *Le multinazionali digitali e i nuovi modelli di* business, Varazze, 2016, p. 57. Si veda, inoltre: A. Caperna, *Integrating ICT into Sustainable Local Policies*, in C. Silva (a cura di), *Handbook of Research on E-Planning: ICTs for Urban Development and Monitoring*, Hershey, 2010.

[42] L. Picotto, *Profili penali del* cyberlaundering: *le nuove tecniche di riciclaggio*, cit., p. 591 ss. Come correttamente sottolineato dall'A., al fenomeno del *cyberlaundering* possono essere riferite diverse "fasi", quali la "sostituzione", il "trasferimento", nonché le "altre operazioni che ostacolano l'identificazione della provenienza". Trattasi di «attività e condotte non riducibili tutte entro la definizione giuridico-positiva del nostro delitto di "riciclaggio" di cui all'art. 648-*bis* c.p., comprendendo anche il "reinvestimento di capitali di provenienza illecita" (art. 648-*ter* c.p.) e il c.d. auto-riciclaggio (art. 648-*ter*.1 c.p.), nonché altri reati strumentali, accessori o comunque connessi, ai quali sono riconducibili ulteriori attività ed operazioni che realizzano o preparano le predette "fasi", idonee ad "occultare" la provenienza criminale ed a "convertire" o "far circolare" il denaro, i capitali, i beni, i valori, le utilità predette tramite strumenti di pagamento, accumulo, investimenti, scambi o trasferimenti di diversa natura od intestazione, capaci – in sintesi – di *trasformarne* il potere d'acqui-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Pare dunque evidente che in tale contesto, e all'interno del più ampio concetto di *cyberlaundering* così come poc'anzi definito, possano senz'altro essere ricondotte tutte quelle attività illecite realizzate mediante (*rectius:* con l'ausilio) di valute virtuali, da tempo oggetto di attenzione e sorveglianza in ambito internazionale, ma non solo. È infatti sufficiente soffermarsi sulle più recenti pronunce della sezione penale della Corte di cassazione per avere conferma dell'esistenza di una stretta correlazione tra operazioni in criptovaluta e configurabilità di fattispecie delittuose.

Pur non essendo questa la sede per indugiare sui profili di interesse prettamente penalistico e sulle relative criticità che possono configurarsi qualora figure tipiche di reato siano realizzate attraverso sistemi e tecnologie informatici nonché, per quanto d'interesse, mediante criptovalute,[43] è tuttavia importante comprendere quali siano i confini entro i quali la giurisprudenza di legittimità ritiene che la tecnologia, che rappresenta il fondamento del funzionamento delle *cryptocurrencies*, e la loro stessa natura si presti ad agevolare condotte illecite.

A tal proposito, suscita importanti spunti di riflessione la sentenza n. 26807 del 2020, resa nell'ambito di un procedimento penale per

sto "potenziale", non direttamente od efficacemente spendibile sul mercato, in un potere d'acquisto "effettivo" nel sistema economico (legale e non), realizzando in concreto gli evidenti vantaggi competitivi derivanti dalla loro origine illecita».

[43] Per un'approfondita analisi degli elementi costitutivi, in particolare, dei reati di riciclaggio e autoriciclaggio, specie al fine di verificare se possa individuarsi una "connessione" tra tali fattispecie tipiche ed attività aventi ad oggetto valute virtuali, nonché per una riflessione sul ruolo di *exchangers*, *miners* e *wallet providers* quali possibili "concorrenti" nei suddetti reati, si veda M. Croce, Cyberlaundering *e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della* distributed economy, in *Sistema penale*, 4, 2021, p. 127 ss. Più in generale, con riguardo alle tematiche in discorso e pur senza pretese di completezza, si rinvia a: E. Simoncini, *Il* cyberlaundering: *la «nuova frontiera» del riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4, 2015, p. 907 ss.; G.P. Accinni, *Profili di rilevanza penale delle criptovalute (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *Archivio Penale*, 1, 2018, p. 4; L. Sturzo, Bitcoin *e riciclaggio 2.0*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, p. 20; V. Plantamura, *Il* cybericiclaggio, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Milano, 2019, p. 859 ss.; L. Picotto, *Profili penali del* cyberlaundering: *le nuove tecniche di riciclaggio*, cit., p. 590 ss.; R.M. Vadalà, *La disciplina penale degli usi ed abusi delle valute virtuali*, in *Dir. di Internet*, 3, 2020, p. 397 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

reati di riciclaggio *ex* art. 648-*bis*, c.p., di abusivismo finanziario *ex* art. 166, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58[44] e di indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento *ex* art. 493-*ter*, c.p., quali conseguenza di più complesse operazioni di truffa *ex* art. 640 c.p.[45]

Con particolare riguardo al riciclaggio, per quanto d'interesse, è anzitutto importante notare come la Corte di cassazione abbia essenzialmente confermato che la fattispecie in parola possa ritenersi integrata anche quando il profitto del reato (nel caso di specie, di truffa) sia impiegato per l'acquisto di valute virtuali (nel caso di specie, *bitcoin*).[46]

Ancor più importanti, tuttavia, sono le riflessioni che la Corte ha posto a fondamento della conferma in merito alla configurabi-

[44] Trattasi del "Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria", *breviter* "TUF".

[45] Cfr. Cass. pen., sez. II, 25 settembre 2020, n. 26807.

Per una più ampia disamina della fattispecie oggetto della pronuncia in discorso si veda: N. Mainieri, *La Cassazione penale esamina le valute virtuali sotto il profilo del Testo Unico della Finanza – le precedenti qualificazioni e i richiami della Direttiva penale sulla lotta al riciclaggio mediante l'uso del penale (n. 2018/1673 UE)*, in *Giur. pen. web*, 4, 2020, p. 89 ss.

[46] Sul punto, la difesa del ricorrente aveva contestato la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato in capo all'imputato alla luce della "spersonalizzazione" delle transazioni volte all'acquisto dei *bitcoin*, conseguenza diretta dell'anonimato (*rectius:* semi-anonimato) che caratterizza le operazioni aventi ad oggetto criptovalute.

Si è osservato, in dottrina, che il *cyberlaundering* può distinguersi in due sottocategorie: *i)* il «riciclaggio digitale strumentale» e *ii)* il «riciclaggio digitale integrale». Più precisamente, «A differenza del riciclaggio digitale strumentale, quello integrale presuppone che il denaro sporco, oggetto della condotta riciclatoria, abbia forma digitale. Non è quindi necessario alcun contatto materiale tra riciclatore e contante. La differente natura del denaro oggetto del *cyberlaundering* integrale rispetto a quello suscettibile di lavaggio mediante il *cyberlaundering* strumentale comporta anche una distinzione strutturale tra i due processi criminosi. Secondo alcuni, mentre il riciclaggio digitale strumentale è costituito da tre fasi (*placement, layering, integration*) che si manifestano in modo ben distinto tra loro, il processo del *cyberlaundering* integrale, in quanto caratterizzato dal compimento di transazioni economico-finanziarie condotte integralmente *online*, inizia e finisce con il *placement-stage*, il quale assorbe le due fasi successive». In questi termini M. Croce, Cyberlaundering *e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della* distributed economy, cit., p. 136, nota 49.

Secondo R.M. Vadalà, *La dimensione finanziaria delle valute virtuali. Profili assiologici di tutela penale*, in *Giur. it.*, 10, 2021, p. 2228, la fattispecie oggetto della pronuncia n. 26807 del 2020 dovrebbe dunque ricondursi alla prima ipotesi illustrata.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lità, nel caso di specie, anche del reato di abusivismo finanziario *ex* art. 166 TUF. La difesa del ricorrente, sul punto, si fondava sulla presunta erroneità della qualificazione giuridica dei *bitcoin* operata dal Tribunale di Milano, in funzione di giudice del riesame, che aveva ad essi riconosciuto la sostanza di «strumenti finanziari». Tale asserzione, a parere della difesa, si scontrava sia con la giurisprudenza europea,[47] sia con il diritto interno,[48] non essendosi posta in dubbio, in tali contesti, la natura delle criptovalute quali «mezzi di pagamento».

La sentenza in commento, pur (astutamente) non entrando nel merito della controversa qualificazione giuridica delle valute virtuali, ha tuttavia riconosciuto che nel caso di specie «la vendita di *bitcoin* veniva reclamizzata come una vera e propria proposta di investimento». Di conseguenza, ravvisandosi una «finalità speculativa» nell'attività in discorso, essa avrebbe dovuto essere assoggettata agli adempimenti previsti dal TUF e, in assenza di ciò, ben poteva ritenersi integrato il reato di abusivismo finanziario.[49]

Particolare rilievo assume, inoltre, una sentenza ancor più recente in cui la Suprema Corte si è pronunciata, confermando la misura cautelare disposta dal Tribunale di La Spezia nei confronti dell'indagato, in merito alla configurabilità nel caso di specie del reato di autoriciclaggio *ex* art. 648-*ter*.1 c.p., quale conseguenza della commissione del reato presupposto di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione *ex* art. 3, l. 20 febbraio 1958, n. 75.[50] Più precisamente, si era accertato che il ricorrente avesse fatto confluire su carte Postepay intestate a se stesso o a terzi prestanome, i proventi illeciti derivanti da «una fiorente attività di composizione e pubblicazione di annunci di terze persone dedite alla prostituzione su appositi siti di "incontri"». Le somme di denaro erano state poi trasferite tramite bonifici a

[47] Il riferimento è alla più volte citata sentenza Hedqvist.

[48] Il riferimento è al d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90.

[49] In conformità all'orientamento espresso dalla sentenza n. 26807 del 2020 si è pronunciata altresì, la Corte, nella successiva sentenza n. 44337 del 2021, pur dichiarando, nel caso di specie, inammissibile il ricorso. Cfr. Cass. pen., sez. II, 30 novembre 2021, n. 44337, con nota di A. Quattrocchi, *La natura proteiforme delle criptovalute al crocevia della tutela penale del mercato finanziario*, in *Giur. it.*, 5, 2022, p. 1214 ss.

[50] Cfr. Cass. pen., sez. II, 25 gennaio 2022, n. 2868.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

società estere operanti quali «exchangers» di criptovalute, incaricate di cambiare la valuta ricevuta (*id est*, euro) in *bitcoin*.

Ebbene, nonostante la difesa del ricorrente avesse contestato il fatto che le transazioni operate tramite criptovaluta potessero ritenersi anonime e, di conseguenza, difficilmente tracciabili, di diverso avviso si è mostrata la Corte di cassazione. Quest'ultima, attribuendo rilievo alle modalità di svolgimento delle operazioni nel loro complesso, che si concretizzavano nel «trasferimento di valuta verso società estere che si interponevano nell'acquisto di criptovalute ed effettuate anche a mezzo di prestanome», ha ravvisato «un serio ostacolo alla identificazione del ricorrente come beneficiario finale delle transazioni ed effettivo titolare di *bitcoin* acquistati non da lui ma dalle società estere che fungevano da "*exchangers*" di criptovalute».[51] Ciò posto, la Corte ha ricordato che ai fini dell'integrazione del reato di autoriciclaggio è sufficiente che l'agente ponga in essere una qualsiasi attività concretamente idonea anche solo ad ostacolare gli accertamenti sulla provenienza di denaro, beni o altre utilità, evidenziando altresì che l'intervenuta tracciabilità delle operazioni di trasferimento delle utilità provenienti dal delitto presupposto, grazie alle attività di indagine svolte dopo la consumazione del reato, non esclude l'idoneità *ex ante* della condotta ad ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa. La Corte ha infine sottolineato che «il reato di autoriciclaggio prevede, tra le condotte punibili, anche il "trasferimento" del bene di provenienza illecita». Tale trasferimento, nel caso di specie, si concretizzava nei bonifici effettuati dalle carte Postepay in cui erano confluiti i proventi dei reati presupposto in favore delle società estere di *exchange*, circostanza che a parere della Suprema Corte rendeva ininfluente, per l'integrazione del reato di autoriciclaggio, il successivo utilizzo da parte dell'agente dei *bitcoin* ottenuti a seguito dell'operazione di cambio valuta.

Orbene, ciò che occorre domandarsi, alla luce di questa breve rassegna giurisprudenziale, è se nelle motivazioni che la Suprema Corte ha posto a fondamento delle citate pronunce sia ravvisabile, o meno, un *trait d'union*.

[51] Che l'alto grado di anonimato che caratterizza il sistema di acquisto di *bitcoins* si presti ad agevolare condotte illecite è stato confermato altresì da Cass. pen., sez. II, 13 luglio 2022, n. 27023.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La risposta, con tutta evidenza, è positiva, dovendosi individuare almeno due aspetti che, nelle decisioni della Corte, testimoniano l'esistenza di un legame tra *cryptocurrencies* e fattispecie di rilevanza penale. Trattasi, nello specifico: *i)* dell'anonimato (*rectius:* semi-anonimato) che contraddistingue tutte le operazioni realizzate in valuta virtuale e che, da sempre, rappresenta uno dei maggiori profili di rischio connessi al loro impiego illecito; *ii)* della (possibile) finalità speculativa delle criptovalute che, diversamente dall'anonimato, è un profilo relativamente "nuovo" ed essenzialmente derivante dall'evoluzione che il dibattito in merito alla qualificazione giuridica delle stesse ha conosciuto nel corso degli anni.

Per quanto concerne il primo profilo, come accennato, non v'è dubbio che il sistema di c.d. "crittografia asimmetrica" che governa tutte le operazioni concernenti i *cryptoassets* garantisca ad esse una, seppur parziale, non tracciabilità. Difatti, nonostante tutte le transazioni realizzate sulla piattaforma digitale siano pubbliche, essendo senz'altro possibile risalire alle informazioni di ogni singolo "blocco" della "catena" di cui si compone l'operazione effettuata, ciò che non risulta agevole (seppur non sia del tutto impossibile)[52] è conoscere l'identità del titolare del *wallet* su cui le criptovalute confluiscono. Tale circostanza, evidentemente e come già accennato in merito al ruolo delle *cryptocurrencies* nel contesto delle frodi IVA, rende più attraente (e potenzialmente meno rischioso) per i criminali, usufruire di tali "strumenti" per realizzare finalità illecite.

Diversamente, si è dell'opinione che il riconoscimento di una (non meglio definita) finalità speculativa delle *cryptocurrencies* non rappresenti un elemento idoneo ad agevolare la commissione di fattispecie delittuose. Semplicemente, ammettere che le valute virtuali possano svolgere funzioni differenti rispetto a quella di "semplice" mezzo di pagamento o di scambio, consente – così come ha consentito nei casi oggetto delle pronunce della Suprema Corte[53] – di ritenere soddisfatti gli elementi costitutivi di un reato, quale l'abusivismo

[52] Lo rileva la stessa Corte di cassazione nella sentenza n. 2868 del 2022 ove afferma: «Solo le successive e complesse indagini di polizia giudiziaria hanno permesso di risalire all'indagato».

[53] Il riferimento è, in particolare, alle sentenze n. 26807 del 2020 e n. 44337 del 2021.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

finanziario di cui all'art. 166 TUF, che altrimenti non lo sarebbero stati. Come si accennava, la scelta di attribuire una tale funzione alle *cryptocurrencies* è diretta conseguenza di quel mutamento di opinione, inaugurato in ambito europeo nel contesto della disciplina antiriciclaggio, in merito alla natura giuridica delle valute virtuali.

Tutto ciò considerato, e dimostrata l'esistenza di una stretta connessione tra *cryptocurrencies* e fattispecie di rilevanza penale o penal-tributaria, occorre chiedersi, da ultimo, se tale connessione possa assumere connotati ancor più profondi, nel senso di riconoscere che la realizzazione di operazioni in criptovaluta possa non solo limitarsi ad agevolare la configurazione di reati "tipici", ma anche a costituire il "presupposto" di (alcuni di) tali reati. In altre parole, ammessa la possibilità che le condotte illecite adottate nel contesto delle (diverse tipologie di) operazioni in criptovaluta possano assumere rilevanza penal-tributaria, ci si domanda se un reato tributario che sia conseguenza di tali condotte possa costituire il "reato-presupposto" di altro reato quale, a titolo esemplificativo, il riciclaggio *ex* art. 648-*bis* c.p. o l'autoriciclaggio *ex* art. 648-*ter*.1 c.p.

A titolo meramente esemplificativo, e assunto che i reati tributari debbano ritenersi idonei a costituire il presupposto di condotte «riciclatorie»[54], si ponga il caso di una società di *exchange* che, nella

[54] In questi termini S. Prandi, *Il riciclaggio di proventi da reato fiscale: la Cassazione (ancora divisa) in tema di quantificazione del profitto confiscabile*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2, 2022, p. 860 ss. L'A. sottolinea, in particolare, come negli ultimi anni l'attenzione rivolta al fenomeno del riciclaggio sia cresciuta in modo esponenziale, rilevando inoltre che tale «parabola ascendente (…) è testimoniata in modo evidente dall'evoluzione del novero di fattispecie individuate quale presupposto del reato: inizialmente limitate a poche figure delittuose, tale elenco è venuto nel tempo a integrare ipotesi sempre più ampie di fenomeni criminali, in stretta connessione con la maturata consapevolezza che le operazioni di riciclaggio non meritano attenzione solo in quanto espressive di una condotta illecita a monte, ma anche in quanto suscettibili di un inquinamento a valle». Peraltro, aggiunge l'A., «gli stessi reati fiscali, un tempo estranei alla logica della repressione del riciclaggio, sono stati ricompresi, in anni più recenti, nel novero delle fattispecie idonee a rappresentare il presupposto della condotta riciclatoria».

Si veda inoltre, *ex multis*, Cass. pen., Sez. II, 15 febbraio 2012, n. 6061: «L'evoluzione storica della norma, unitamente al suo dato letterale, portano, quindi, a ritenere che, quanto ai reati presupposto, gli unici che sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 648 *bis* c.p. sono solamente le contravvenzioni ed i delitti colposi:

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

propria dichiarazione annuale dei redditi, indichi "*elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi inesistenti*".[55] Come già chiarito in precedenza, in una fattispecie quale quella descritta e superate le soglie di punibilità previste dalla norma, la condotta dell'*exchanger* assumerà rilevanza penale, potendo difatti essere contestato a quest'ultimo il reato di dichiarazione infedele previsto dall'art. 4, d.lgs. n. 74 del 2000. In tale eventualità, evidentemente, il reato dichiarativo commesso avrà quale conseguenza diretta e necessaria un risparmio d'imposta in capo all'*exchanger*, (risparmio d'imposta) «che si traduce in un mancato decremento del patrimonio e, quindi, in una evidente utilità di natura economica (…) suscettibile di essere riciclata per ostacolarne la provenienza delittuosa e sottrarla alla pretesa impositiva dello Stato».[56]

Ma se è così, non pare allora sussistere alcun ostacolo ad ammettere che condotte fiscali illecite connesse ad operazioni in criptovalu-

per converso, tutti i reati dolosi e, quindi, anche quelli di frode fiscale, invece, sono idonei a fungere da reato presupposto».

[55] Al riguardo si ricordi che, secondo l'interpretazione dell'Amministrazione finanziaria, le componenti di reddito derivanti dall'attività di intermediazione nell'acquisto e vendita di criptovalute, al netto dei costi alla stessa inerenti, devono ritenersi ascrivibili ai ricavi (o ai costi) caratteristici della suddetta attività, contribuendo quindi alla formazione della materia imponibile soggetta ad ordinaria tassazione ai fini Ires ed Irap quali elementi positivi (o negativi). Cfr. Risoluzione n. 72/E del 2016.

[56] Cfr. Cass., Sez. II pen., 5 novembre 2020, n. 30889, ove si chiarisce che « […] il legislatore ha inteso colpire, con il delitto di riciclaggio, ogni vantaggio derivante dal compimento del reato presupposto, tant'è che ha adoperato la locuzione "altre utilità" come una sorta di clausola di chiusura rispetto al "denaro e beni", proprio per evitare che potessero sfuggire dalle maglie della repressione penale utilità (qualunque esse fossero) derivanti dal reato presupposto e delle quali l'agente, grazie all'attività di riciclaggio posta in essere da un terzo, potesse usufruire. In altri termini, la locuzione "altre utilità" è talmente ampia che in essa devono farsi rientrare tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile. Così interpretata la locuzione "altre utilità", è chiaro che in esse devono farsi rientrare non solo quegli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente ma anche tutto ciò che costituisca il frutto di quelle attività fraudolente a seguito delle quali si impedisce che il patrimonio s'impoverisca: il che è quanto accade quando viene perpetrato un reato fiscale a seguito del quale l'agente, evitando di pagare le imposte dovute, consegue un risparmio di spesa che si traduce, in pratica, in un mancato decremento del patrimonio e, quindi, in una evidente utilità di natura economica».

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ta che diano luogo a reati fiscali possano, a propria volta, costituire il (reato) presupposto di fattispecie penali "tipiche".

3.3. *La conversione del profitto del reato in criptovaluta e la possibile (in)operabilità delle misure cautelari a tutela del credito erariale*

Come osservato nei paragrafi che precedono, nel variegato panorama di operazioni che presuppongono l'impiego di valute virtuali possono innestarsi condotte illecite che, in modi estremamente diversi tra loro e con risultati altrettanto diversi, cagionano conseguenze rilevanti sotto il profilo penale o, per quanto d'interesse in questa sede, penal-tributario. Tale circostanza presuppone che, nelle more del procedimento volto all'accertamento della responsabilità penal-tributaria dell'imputato, possano essere disposte misure cautelari reali a tutela del credito erariale.

Il riferimento è al sequestro preventivo disciplinato dall'art. 321 c.p.p., prodromico alla successiva confisca che sarà disposta, ai sensi dell'art. 12-*bis*, d.lgs. n. 74 del 2000, qualora il procedimento penale si chiuda con una sentenza di condanna o con un patteggiamento.[57] Come noto, il sequestro preventivo può essere finalizzato alla successiva confisca "diretta", che avrà ad oggetto i beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato, o, in subordine, alla confisca "per equivalente", che riguarda beni nella disponibilità del reo che abbiano valore corrispondente al prezzo o al profitto del reato.[58]

È altresì importante notare che, qualora il reato sia commesso da una persona giuridica (come più di frequente potrebbe avvenire nel caso di reati tributari connessi all'impiego di criptovalute), non si

[57] Sul tema si veda S. Prandi, *Il riciclaggio di proventi da reato fiscale: la Cassazione (ancora divisa) in tema di quantificazione del profitto confiscabile*, cit., p. 869 ss.

[58] È pacifico, ad oggi, che il profitto dei reati tributari possa identificarsi nel risparmio d'imposta conseguente al mancato pagamento dell'imposta dovuta. Sul significato in concreto di tale nozione, tuttavia, non sono mancati orientamenti contrastanti da parte sia della dottrina, sia della giurisprudenza. A tal riguardo si veda: C. Santoriello, *La confisca, diretta e per equivalente, del profitto nel diritto penale tributario*, in *Fisco*, 26, 2022, p. 2552 ss.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ravvisano ostacoli all'applicabilità delle misure cautelari in discorso, seppur con talune cautele e limitazioni.[59]

Vi è tuttavia un ulteriore aspetto, indubbiamente poco esplorato, che si ritiene di dover considerare. Non può escludersi il caso, difatti, che il profitto derivante dal reato commesso sia, immediatamente dopo la commissione del fatto, a sua volta convertito in valuta virtuale, confluendo quindi in un *wallet*. In un'ipotesi del genere, magari non frequente in pratica ma senz'altro possibile in teoria, è evidente che il sequestro del profitto del reato, disposto a tutela del credito erariale nelle more del procedimento penale, potrebbe rivelarsi inattuabile o, quantomeno, difficilmente realizzabile.

Sulla questione, cui non si pretende di fornire una soluzione, sarà certamente opportuno riflettere attentamente, valutando anzitutto se sia possibile estendere anche alle fattispecie in discorso la disciplina vigente in tema di sequestro di prove digitali *ex* artt. 253 ss. c.p.[60] Tenuto conto della dimensione internazionale del fenomeno, inoltre,

[59] Si ritiene difatti «consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica». Diversamente, dovrebbe escludersi l'ammissibilità del «sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio». Cfr. Cass. pen., SS.UU., 5 marzo 2014, n. 10561.

In altre parole, qualora siano commesse violazioni fiscali dal legale rappresentante o da un altro organo della persona giuridica, nell'interesse di questa, la confisca diretta del denaro presente nel patrimonio dell'ente è ammessa se il profitto o i beni direttamente riconducibili ad esso sono rimasti nella disponibilità dell'ente stesso. Diversamente, e salvo che l'ente sia privo di autonomia, rappresentando solo uno "schermo fittizio", deve ritenersi esclusa la possibilità di applicare nei suoi confronti la confisca per equivalente, «sia perché ciò non sarebbe giustificato dall'eventuale rapporto organico fra persona fisica e società, sia in quanto l'ente non può considerarsi autore del reato o concorrente nello stesso, essendo prevista solo una responsabilità amministrativa degli enti e non una responsabilità penale». Cfr. Cass. pen., Sez. III, 11 febbraio 2022, n. 4976.

[60] Tema su cui, peraltro, si ravvisano già molteplici profili di criticità e per il cui approfondimento si rinvia a A. Monti, *La nuova disciplina del sequestro informatico*, in L. Luparia (a cura di) *Sistema penale e criminalità informatica,* Milano, 2009.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

si ritiene imprescindibile rafforzare i meccanismi di cooperazione tra le Amministrazioni fiscali allo scopo di rendere veramente effettivo il meccanismo dello scambio di informazioni nel tentativo di (quantomeno) limitare le eventuali condotte fiscali illecite da parte dei soggetti operanti nel mercato delle criptovalute.[61]

4. *Il contrasto all'impiego illecito delle cryptocurrencies nell'ordinamento italiano e le iniziative proposte nel contesto internazionale*

Nel nostro Paese l'unica forma di regolamentazione legislativa del fenomeno delle *cryptocurrencies* si rinviene nella normativa antiriciclaggio, di derivazione europea e contenuta all'interno del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, oggetto di plurime modifiche e integrazioni nel corso degli ultimi anni.

Più precisamente, la "comparsa" delle *cryptocurrencies* nell'ordinamento nazionale si deve al d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 che, nel recepire la IV Direttiva Antiriciclaggio,[62] ha conseguentemente apportato al d.lgs. n. 231 del 2007 significative modifiche, volte ad ampliarne l'ambito di applicazione anche al fine di ricomprendervi le operazioni in valuta virtuale.[63]

Oltre a contemplare quella che, ancora oggi, rappresenta la sola definizione legislativa di «valuta virtuale» esistente in Italia, (definizione) che diverge, come già accennato, dalla qualificazione giuridica

[61] Su tale specifico aspetto ci si soffermerà nel prosieguo.

[62] Il recepimento della Direttiva (UE) 2015/849 è avvenuto in attuazione di quanto disposto dall'art. 15, l. 12 agosto 2016, n. 170 (c.d. "Legge di delegazione europea 2015").

[63] In verità, la IV Direttiva Antiriciclaggio non contemplava alcuna disposizione volta ad estendere l'applicabilità della disciplina di riferimento anche ai fenomeni concernenti le valute virtuali. La necessità di operare in tal senso, difatti, è stata posta in luce dalla Commissione europea solo nel 2016, in occasione della presentazione della Proposta di modifica della citata Direttiva (cfr. COM(2016) 450 final, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica la direttiva 2009/101/CE, 5 luglio 2016). Il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 90 del 2017, ha dunque recepito in via anticipata le istanze formulate dalla Commissione, (istanze) che hanno poi trovato concreta attuazione nella V Direttiva Antiriciclaggio.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

operata dall'Agenzia delle entrate,[64] il d.lgs. n. 90 del 2017 ha previsto l'estensione degli obblighi antiriciclaggio anche ai «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale», ovvero ad «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale»,[65] limitando tuttavia l'operatività della relativa disciplina alla sola «attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso».[66]

Ulteriori novità hanno fatto seguito al recepimento della V Direttiva Antiriciclaggio, avvenuto ad opera del d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, con cui è stata parzialmente modificata la definizione di «valuta virtuale» originariamente contemplata dall'art. 1, comma 2, lett. qq), d.lgs. n. 231 del 2007, la cui formulazione attuale pare allontanarsi sempre più dalla qualificazione giuridica quale «mezzo di pagamento» operata dall'Amministrazione finanziaria. La disposizione in parola, in parte accogliendo le indicazioni formulate nella citata Direttiva, in

[64] L'art. 1, comma 2, lett. *qq*), d.lgs. n. 231 del 2007 (come risultante a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 90 del 2017 e, come si vedrà nel prosieguo, sino alle ulteriori novità introdotte nel 2019) definiva la «valuta virtuale» come «la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente».

[65] Cfr. art. 1, comma 2, lett. *ff*), d.lgs. n. 231 del 2007.

[66] In accordo con l'art. 1, comma 3, lett. i), difatti, seppur considerati ai fini della normativa di riferimento «altri operatori non finanziari», i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale rientravano in tale categoria solo «limitatamente allo svolgimento di attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso».

Si ricorda, inoltre, che all'art. 8, d.lgs. n. 90 del 2017 si deve l'introduzione dei nuovi commi 8-*bis* e 8-*ter* all'art. 17-*bis* del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in tema di disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. In particolare, l'art. 17-*bis*, comma 8-*bis*, d.lgs. n. 141 del 2010, così come risultante a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 125 del 2019, ha esteso il proprio ambito di applicazione anche agli *exchangers* e ai *wallet providers*. Ne deriva, pertanto, che per essere autorizzati ad esercitare sul territorio italiano, tali soggetti sono obbligati ad iscriversi in una sezione speciale del registro tenuto dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori di cui all'art. 128-*undecies*, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

parte superando la norma di riferimento europea, ha chiarito che con l'espressione «valuta virtuale» debba intendersi «la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente».[67]

Inoltre, se originariamente l'ambito di operatività della disciplina antiriciclaggio era evidentemente circoscritto, come poc'anzi illustrato, unicamente all'attività di *exchange*,[68] l'art. 1, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 125 del 2019 ha ampliato la platea di soggetti obbligati ricomprendendovi anche i *wallet providers*, grazie all'introduzione di una nuova lett. i-*bis*) all'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2007. Tali soggetti, definiti dal neo-introdotto art. 1, comma 2, lett. ff-*bis*) quali «prestatori di servizi di portafoglio digitale», devono essere identificati in «ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche *online*, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali».

Ebbene, ad eccezione di quanto poc'anzi illustrato non è dato rinvenire, nel nostro ordinamento giuridico, null'altro che si preoccupi di disciplinare il fenomeno delle criptovalute a livello legislativo. A tal riguardo, non v'è dubbio che l'attenzione dimostrata tanto in ambito europeo, quanto, "a cascata", nel nostro Paese, in merito al

[67] Il legislatore italiano, rispetto alla precedente formulazione della norma, ha precisato anzitutto che la criptovaluta non debba essere garantita, oltre che emessa, da una banca centrale o da un'autorità pubblica, aggiungendo l'inciso «né garantita» e, in tal senso, conformandosi all'art. 3, punto 18, della Direttiva UE 2018/843. Diversamente da quanto previsto dal legislatore europeo nella definizione di «valuta virtuale» illustrata nel citato art. 3, punto 18, invece, l'art. 1, comma 2, lett. *qq*), d.lgs. n. 231 del 2007 individua espressamente, tra le funzioni che la stessa può svolgere, la «finalità di investimento». A tal riguardo occorre tuttavia precisare che il possibile impiego quale mezzo di investimento della criptovaluta è stato chiaramente posto in evidenza nel Considerando n. 10 della Direttiva.

[68] Ciò, nonostante in dottrina si sia osservato che nella nozione di «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale» avrebbero potuto ritenersi compresi anche i *wallet providers*. Cfr. I. Bixio, *Valute virtuali e adempimenti antiriciclaggio: riflessi sui soggetti obbligati, nuovi e non*, in *Corr. trib.*, 34, 2017, p. 2676.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

rischio che l'utilizzo di criptovalute avvenga per finalità illecite sia particolarmente alta e, in tal senso, l'adattamento della normativa antiriciclaggio alle sfide che tale fenomeno porta con sé ne è chiara testimonianza. Tuttavia, ciò che è altrettanto evidente è come il quadro normativo sia inevitabilmente incompleto e, conseguentemente, inidoneo a rappresentare un reale strumento di contrasto rispetto ai rischi che dall'utilizzo di valute virtuali possono nascere.

La stessa disciplina antiriciclaggio, per la verità, non pare sufficiente a porre un freno all'uso improprio delle *cryptocurrencies*, specie in ragione dell'anonimato (*rectius:* semi-anonimato) che le contraddistingue e che, come già rilevato, rappresenta probabilmente la caratteristica che più contribuisce al loro (potenziale) uso improprio. Tale circostanza è stata posta chiaramente in evidenza dal legislatore europeo proprio all'interno della V Direttiva Antiriciclaggio, ove si è altresì sottolineata la necessità di predisporre un sistema che garantisca alle Unità di informazione finanziaria nazionali di ottenere informazioni che consentano effettivamente «di associare gli indirizzi della valuta virtuale all'identità del proprietario di tale valuta».[69]

In questa prospettiva, in aggiunta alle proposte di intervento formulate a livello europeo nell'ambito del c.d. *Digital Finance Package*[70]

[69] Nel Considerando n. 9 della Direttiva (UE) 843/2018 si chiarisce, difatti: «L'inclusione dei prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute reali e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale non risolve completamente il problema dell'anonimato delle operazioni in valuta virtuale: infatti, poiché gli utenti possono effettuare operazioni anche senza ricorrere a tali prestatori, gran parte dell'ambiente delle valute virtuali rimarrà caratterizzato dall'anonimato».

[70] Il *Digital finance package* è stato presentato dalla Commissione europea il 20 settembre 2020 e di esso fanno parte diverse iniziative volte a realizzare, promuovere e supportare il potenziale della finanza digitale in termini di innovazione e concorrenza ma, al contempo, attenuandone i rischi. Si segnalano, in particolare: *i)* la proposta di regolamento su un regime pilota per le infrastrutture di mercato basato sulla *distributed ledger technology* (COM(2020) 594 final); *ii)* la proposta di regolamento "MiCAR – *Market in Crypto Asset Regulation*" sui mercati delle criptovalute (COM(2020) 593 final); *iii)* la proposta di regolamento "DORA – *Digital Operational Resilience Act*" sulla resilienza operativa digitale per il settore finanziario (COM(2020) 595 final); *iv)* la proposta di direttiva COM(2020) 596 final, destinata a modificare diverse direttive attualmente in vigore con l'obiettivo di rafforzare la *cyber*-sicurezza nei servizi finanziari e di fornire un quadro normativo europeo

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

e del c.d. *AML/CFT Package*[71] è allora evidente come potrebbero assumere rilevanza essenziale tutte quelle iniziative volte a consolidare la cooperazione amministrativa tra le amministrazioni fiscali nazionali, attraverso il meccanismo dello scambio d'informazioni.[72] Il riferimento, in particolare, è alla Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011, più volte oggetto di modifiche e integrazioni nel corso degli anni, e destinata ad attuare «una cooperazione amministrativa efficace tra gli Stati membri per ovviare agli effetti negativi sul mercato interno della crescente globalizzazione».[73]

È difatti importante notare che, nonostante la settima versione della Direttiva "DAC" sia entrata in vigore di recente (*id est*, il 14

più chiaro e coerente per i fornitori di servizi di criptoattività. Per maggiori approfondimenti sul tema si rinvia a Banca d'Italia, *Comunicazione della Banca d'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e cripto-attività*, Roma, giugno 2022, nonché, in dottrina, a: M. Pierro, *Contributo all'individuazione della nozione di* crypto asset *e suoi riflessi nell'ordinamento tributario nazionale*, cit., p. 577 ss.; N. Mainieri e N. Di Gabriele, *Utilizzi a scopi illeciti delle criptovalute: recenti profili giurisprudenziali e normativi italiani ed internazionali e riferimenti al mercato degli NFT*, in *Giur. pen. web*, 6, 2022, p. 3 ss.

[71] Il c.d. "*Anti-money laundering and countering the financing of terrorism legislative package*", presentato dalla Commissione europea il 20 luglio 2021, comprende: *i)* la proposta di regolamento volto ad istituire una nuova Autorità europea (c.d. "AMLA") destinata a supervisionare e coordinare attività di contrasto a fenomeni di antiriciclaggio e finanziamento del terrorismo (COM(2021) 421 final); *ii)* la proposta di regolamento volto a prevenire l'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo (COM(2021) 420 final); *iii)* la proposta per la VI Direttiva antiriciclaggio (COM(2021) 423 final); *iv)* la proposta per la revisione del regolamento 2015/847 sui trasferimenti di fondi, ai fini del tracciamento dei trasferimenti di criptoattività.

[72] Sul tema dello scambio di informazioni si vedano, pur senza pretese di completezza: G. Corasaniti, *Lo scambio di informazioni tra presupposti internazionalistici e prospettive applicative*, in *Corr. trib.*, 18, 2015, p. 1361 ss.; M. Pierro, *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2017, p. 449 ss.; D. Majorana, *Evoluzione dello scambio delle informazioni: principio di proporzionalità, tutela del contribuente e diritto al contraddittorio*, in *Dir. prat. trib. int.*, 3, 2020, p. 993 ss.; A. Fazio, *Lo scambio internazionale di informazioni e gli obblighi nazionali di monitoraggio fiscale nel prisma del diritto euro-unitario*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 59, 2022, p. 63 ss.

[73] Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CE ("*Directive on Administrative Cooperation*", c.d. "DAC 1").

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

aprile 2021) e risulti ancora in fase di recepimento in Italia,[74] già nel marzo 2021 la Commissione europea ha indetto una procedura di pubblica consultazione in merito all'opportunità di adeguarne i contenuti alle problematiche derivanti dalla moneta elettronica e dalle criptoattività.[75]

Nella medesima direzione tracciata dalla Commissione europea, peraltro, pare muoversi anche l'OCSE che, di recente e all'esito di una procedura di pubblica consultazione terminata il 29 aprile 2022, ha pubblicato un documento destinato ad aggiornare il *Common Reporting Standard* tenendo conto degli sviluppi concernenti il settore dei *cryptoassets*.[76]

Pare dunque evidente che le iniziative cui s'è accennato poc'anzi potrebbero indubbiamente rappresentare un importante strumento di contrasto all'impiego illecito delle valute virtuali, garantendo al contempo di soddisfare gli obiettivi sottostanti al progetto di trasparenza fiscale internazionale promosso dall'OCSE.[77] Ciò che, tuttavia, non si può ignorare, è che i tempi necessari a conseguire risultati conformi alle aspettative, sia in termini di adeguamento della disciplina interna

[74] Lo schema di decreto legislativo di recepimento della "DAC 7" è stato posto in pubblica consultazione il 30 giugno 2022 in vista del termine per l'entrata in vigore della disciplina di riferimento, fissato, secondo quanto previsto dalla Direttiva, il 1° gennaio 2023.

[75] La procedura di pubblica consultazione è stata indetta dal 10 marzo 2021 al 2 giugno 2021, con l'obiettivo di «raccogliere dati e prove che consentano di valutare la necessità di nuove norme sulla comunicazione e lo scambio di informazioni a fini fiscali sulla moneta elettronica e le criptoattività e di nuove norme sulle sanzioni e le misure di conformità per i vari obblighi di comunicazione previsti dal quadro DAC, nonché il potenziale ambito di applicazione di tali disposizioni».

[76] Cfr. OECD (2022), *Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*, OECD, Paris. Lo *standard* comune per lo scambio automatico di informazioni (c.d. *Common Reporting Standard*, o "CRS") è stato elaborato in seno all'OCSE, approvato nel luglio 2014 (cfr. OECD (2014), *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD Publishing) e recepito dalla Direttiva 2014/107/UE del Consiglio del 9 dicembre 2014 (c.d. "DAC 2").

[77] I lavori condotti nel contesto internazionale sul tema della «*global tax transparency*» sono attualmente coordinati dal *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purpose*, istituito in seno all'OCSE nel 2009, quale "evoluzione" del precedente *Global Forum on Tax Transparency* costituito nel 2000.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

alle proposte formulate nel contesto internazionale, sia per quanto concerne la necessità di predisporre, in seguito, tutte le risorse (umane e tecnologiche) indispensabili a garantire il concreto funzionamento dello scambio di informazioni, non saranno certamente brevi.[78]

Nelle more che ciò avvenga non si può omettere di segnalare, con riferimento al nostro Paese, che l'Amministrazione finanziaria non si è unicamente limitata a pronunciarsi in merito al trattamento fiscale, ai fini delle imposte dirette e dell'Iva, delle attività concernenti le valute virtuali. Difatti, stante la (presunta) equiparazione tra criptovalute e valute estere, e tenuto conto delle modifiche apportate dall'art. 8, d.lgs. n. 90 del 2017 alla disciplina di cui al d.l. 28 giugno 1990, n. 167 (conv. dalla l. 4 agosto 1990, n. 227) in tema di monitoraggio fiscale, l'Agenzia delle entrate ha anzitutto chiarito come gli obblighi di monitoraggio debbano ritenersi estesi anche agli "*operatori non finanziari*"[79] che intervengono, anche attraverso movimentazioni di conti, nei trasferimenti da o verso l'estero di mezzi di pagamento effettuati anche in criptovaluta.[80] Inoltre, ha proseguito l'Agenzia delle entrate, in accordo con l'art. 4, comma 1, d.l. n. 167 del 1990 e tenuto conto che alle valute virtuali devono applicarsi i principi generali che regolano le operazioni aventi ad oggetto valute tradizionali, nonché la normativa antiriciclaggio, le persone fisiche che, nel periodo d'imposta, risultino detentrici di criptovalute, devono darne indicazione nel quadro RW della dichiarazione dei redditi.[81]

Ebbene, se la scelta di includere le valute virtuali tra le "*Altre attività estere di natura finanziaria*" da indicarsi nel quadro RW può, in una certa misura, ritenersi non condivisibile poiché fondata sulla controversa equiparazione delle criptovalute alle valute estere, essa, d'altro canto, può tuttavia apparire "giustificata", rappresentando in-

[78] Lo pone in evidenza A. Fazio, *Lo scambio internazionale di informazioni e gli obblighi nazionali di monitoraggio fiscale nel prisma del diritto euro-unitario*, cit., p. 60.

[79] Si ricorda che in tale categoria, attualmente e secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 5, lett. i) e i-*bis*), devono ritenersi compresi sia i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, sia i prestatori di servizi di portafoglio digitale.

[80] Attualmente, per un importo pari o superiore ad euro cinquemila.

[81] Cfr. Direzione Regionale della Lombardia, Risposta ad interpello n. 956-39/2018 del 22 gennaio 2018. In termini analoghi anche Direzione Regionale della Liguria, Risposta ad interpello n. 903-47/2018.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

vero la sola possibilità di controllo di cui l'Amministrazione finanziaria tuttora dispone, tenuto conto delle profonde lacune normative che contraddistinguono il fenomeno.

5. *Osservazioni conclusive*

Nonostante le forme di utilizzo lecito ed efficace delle nuove tecnologie digitali, ivi inclusa la tecnologia *blockchain* di cui le criptovalute costituiscono parte integrante, potrebbero essere molteplici, il concreto sfruttamento del potenziale positivo del fenomeno in discorso è tuttavia inibito dalla difficoltà di operarne una qualificazione, giuridica e fiscale, certa e condivisa. E proprio tale circostanza, cui fa seguito la pressoché completa assenza di un quadro legislativo di riferimento sia in ambito nazionale, sia nel contesto internazionale, ne rende di conseguenza più agevole lo sfruttamento per finalità criminali.

Nel nostro Paese, come accennato, l'unico provvedimento legislativo in cui sia dato rinvenire un riferimento alle valute virtuali è il d.lgs. n. 231 del 2007, presidio di indubbia rilevanza ai fini del contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, ma insufficiente a garantire una risposta adeguata ai possibili rischi associati alle attività connesse all'impiego di criptovalute.

Sotto il profilo tributario, addirittura, nel silenzio del legislatore la regolamentazione giuridica del fenomeno è rimessa in via esclusiva all'attività di indirizzo dell'Amministrazione finanziaria, le cui decisioni, peraltro, adottano quale presupposto di partenza la pretesa (e quasi unanimemente non condivisa) equiparazione tra valute virtuali e valute estere.

Ebbene, in un contesto caratterizzato da una tale incertezza e frammentarietà, è evidente la necessità di un intervento legislativo di carattere sistematico che, una volta delineata la natura giuridica della «criptovaluta», si preoccupi di disciplinare tutti gli aspetti giuridicamente rilevanti delle attività ad esse connesse. In assenza di ciò, si ritiene, non sarà possibile immaginare misure realmente adeguate ad impedire che quelle stesse attività siano realizzate per finalità illecite o, addirittura, che le stesse caratteristiche intrinseche delle valute virtuali possano essere sfruttate per agevolare condotte penalmente rilevanti.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Tenuto conto della dimensione globale (*rectius:* a-territoriale) del fenomeno, inoltre, si ritiene che adottare un approccio coordinato a livello internazionale potrebbe rivelarsi particolarmente utile, se non persino indispensabile, quantomeno in taluni specifici settori. Il riferimento, in particolare, è a tutte le iniziative destinate a promuovere la cooperazione amministrativa tra gli Stati e, soprattutto, lo scambio di informazioni in materia fiscale, pur non dovendosi trascurare l'importanza di predisporre una disciplina fondata su scelte condivise anche in tema di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Sezione Seconda
Sección Segunda

Capitulo VI

Naturaleza jurídica de las criptomonedas

*Juan Jesús Martos García**

Sumario: 1. Introducción. – 2 Tecnología de Registro distribuido y blockchain. – 3. Naturaleza de la primera generación de criptomonedas. - 3.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Divisa utilizada como medio de pago contractual. - 3.2. Dirección General de Tributos. - 3.3. Tribunal Supremo Español: Activo patrimonial inmaterial. - 3.4. Naturaleza prevalente. – 4. Naturaleza de las criptomonedas con respaldo: *stablecoins*. - 4.1. *Tokens* o fichas de dinero electrónico. - 4.2. *Tokens* o fichas referenciadas a activos. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción*

La red bitcoin fue la primera blockchain que se creó con la tecnología de registro distribuido. Su exitosa historia arrancó en 2008, con la publicación del marco teórico sobre el concepto, forma de creación y reglas de funcionamiento[1]. En 2009 la idea se implementó y entró en funcionamiento en internet.

Poco más tarde, en 2010, se llevó a cabo la primera transacción comercial que lo aceptó como medio de pago, otorgándole un valor exiguo[2]. Pero ese valor empezó a subir. En 2011 alcanzó 1 dólar y a

* Profesor Titular de la Universidad de Granada. Departamento de Derecho Financiero y Tributario.

[1] S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008. www.bitcoin.com

[2] Según A. Santaella, la primera transacción comercial documentada señala que se pagaron 10.000 *bitcoins* por 2 pizzas. En el Seminario "Blockchain. Introducción y conceptos" Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 14 de septiembre de 2022. Celebrado en el marco de los Proyectos de Investigación I+D+i PID2020-120203RB-I00 "Economía digital, dinero electrónico y ordenamientos tri-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

lo largo de los siguientes años siguió elevándose paulatinamente hasta que en 2017 el crecimiento aumentó exponencialmente, alternándose con fases de descenso brusco. Alcanzó un precio record en noviembre de 2021 cercano a los 68000 dólares si bien un año después, en diciembre de 2022, y tras un descenso vertiginoso, se situaba en torno a los 16.000 dólares; valor en todo caso ciertamente elevado.

Junto al bitcoin surgieron otras criptomonedas, que copiaron esencialmente la idea, incorporando en algunos casos algún matiz diferenciador, conformando la primera generación de criptoactivos basadas en la tecnología de registro distribuido.

Sin embargo, uno de los handicaps que han tenido ha sido su volatilidad, como acabamos de reflejar. Para intentar minorarla, se diseñaron otros criptoactivos, criptomonedas de segunda generación o *stablecoins*, que van acompañadas de mecanismos de estabilización asociadas a activos subyacentes.

La propuesta de Reglamento MiCA de la UE regula las *stablecoins*, distinguiendo dos tipos. Cuando solo se referencian al valor de una única moneda de curso legal, los califica como fichas o *tokens* de dinero electrónico (*Electronic money tokens*). El resto de stablecoins conformarían el segundo grupo, denominados *tokens* o fichas referenciadas a activos.

Partiendo de la necesaria exposición de la tecnología de registro distribuido y de la blockchain, nos adentraremos en el estudio de la controvertida naturaleza jurídica de cada una de estas nuevas figuras.

2. *Tecnología de Registro distribuido y blockchain*

Antes de abordar la naturaleza jurídica de las criptomonedas y de otros distintos grupos de criptoactivos, resulta imprescindible conocer en que consiste la tecnología de registro distribuido y su modalidad blockchain.

butarios. Medidas nacionales y propuestas de instituciones internacionales" Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España; y A-SEJ-758-UGR20 "Retos de los mercados digitales: tributación, planificación y fraude" Programa Operativo Fondos Europeos de Desarrollo Regional – Junta de Andalucía.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Se trata del pilar que soporta y explica el universo cripto. Todos los activos que han ido surgiendo, se fundamentan en ella, que a su vez, intrínsecamente, incorpora técnicas criptográficas.

La propuesta de Reglamento MiCA define en su art.3 la tecnología de registro distribuido de forma muy genérica, como "*un tipo de tecnología que soporta el registro descentralizado de datos cifrados*".

Este concepto no aparece regulado ni definido en el ordenamiento español pero, sin embargo, el Derecho italiano si ha formulado una definición más pormenorizada que la anterior, que podemos tomar como punto de partida.

Así, la tecnología de registro distribuido se define en Italia como "*aquellas tecnologías y protocolos informáticos que utilizan un registro compartido, distribuido, replicable, accesible simultáneamente y descentralizado desde el punto de vista arquitectónico sobre una base criptográfica, que permite el registro, la validación, la actualización y el almacenamiento de datos tanto no cifrados como protegidos por un cifrado adicional que es verificable por cada participante, no alterable y no modificable*"[3].

De la definición se extrae que estamos ante una tecnología que combina informática y criptografía para gestionar y almacenar datos. Una evolución en el entorno telemático de las bases de datos tradicionales, con ciertos rasgos y funcionalidades relevantes.

En primer lugar, su carácter distribuido o descentralizado. Se trata de un sistema electrónico de Libro de registro que almacena la información descentralizada, copiada en múltiples ordenadores o nodos que la conservan completa, a modo de un libro mayor de contabilidad. Cada nueva inscripción se incorporará en todos ellos, actualizándose el Libro registro en cada nodo.

[3] El artículo 8-*ter*.1 del Decreto-Legge 14 dicembre 2018, n. 135. Disposizioni urgenti inmateria di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione.(18G00163) (GU Serie Generale n. 290 del 2018), la define "tecnologie basate su registri distribuiti" le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Así, a diferencia de las bases de datos tradicionales, la información contenida en el Libro registro no tiene un lugar central donde quede almacenada, sino que se conserva en cada uno de los nodos de la red, ubicados en lugares distintos, conectados telemáticamente y que actúan de forma automatizada. La información que contiene es, por tanto, pública para toda la red

De este rasgo se deriva su seguridad. Dado que todos los nodos tienen copia, para alterar la información se necesitaría hackear toda la red. Sería necesario controlar todos los nodos, lo que es inoperativo, al menos en redes grandes, por lo que brinda un alto nivel de seguridad contra ataques cibernéticos. A lo anterior habría que sumar que el almacenamiento utiliza técnicas criptográficas, consiguiendo, en suma, que no se pueda alterar ni revertir

Otro rasgo es que la información debe ser verificable. La inscripción de información debe seguir ciertas reglas, establecidas previamente, que determinan a quien corresponde el derecho a realizarla en cada momento y que permitan verificar a todos los nodos que la información de partida es cierta. Cada transmisión de criptomonedas parte de una operación previa, la validación de que el titular (clave pública) dispone realmente de aquello que pretende transferir; y esa validación debe realizarse por una mayoría de nodos, a la vista de la información contenida en el Libro registro.

Por ello, en su concepción original, la tecnología de registro distribuido no está centralizada, no requiere una autoridad central que ejerza el control, sino que se gestiona colectivamente por los nodos, atendiendo a unas reglas predefinidas. La inscripción de nueva información se produce por consenso entre los nodos conforme a unas reglas o procedimientos aceptados por todos, lo que genera confianza en que las anotaciones son ciertas. Todos son responsables porque disponen del mismo software y aseguran que todas las transacciones sean válidas.

Para que los nodos realicen su actividad hay incentivos o recompensas y, para conseguirlas, se establecen protocolos de consenso que dependen de las reglas que establezca cada red.

El protocolo de consenso más popular es el conocido como "prueba de trabajo" que utiliza la red bitcoin. Cada vez que se pretende hacer una transmisión de la criptomoneda la red plantea un problema matemático y los nodos trabajan a través de algoritmos en

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

su resolución. El que lo resuelve antes lo comparte en la red para que los otros verifiquen que es correcto, de manera que siendo así, queda facultado a inscribir en el libro registro la transmisión; simultáneamente, como premio, se le conceden *bitcoins* generados *ex novo*, que también inscribirá, en este caso a su favor. Por tanto, a mayor capacidad de computación, mayor probabilidad de resolver esos problemas matemáticos y de recibir la recompensa.

Esos nodos se convierten en "mineros" y la actividad que realizan se denomina "minería", haciendo un símil entre ambas actividades, la de los buscadores de oro y la de los nodos que utilizan su capacidad computacional para generar *bitcoins* y, con ello, riqueza. El principal hándicap de este proceso es el elevado consumo energético que conlleva.

Otro protocolo de consenso popular es la prueba de participación, empleado en algunas redes que utilizan esta tecnología. En este protocolo no importa la capacidad de computación, no se premia a quien resuelve un problema matemático sino que lo relevante es el número de criptomonedas que se poseen. El nodo que más criptomonedas tiene, disfruta de más posibilidades de obtener el premio e inscribir la operación. Así, para mejorar la probabilidad de obtener la recompensa, ha surgido una actividad, hacer *staking*, en la que algunos ceden criptomonedas cambio de una rentabilidad, que se generaría de los premios esperados[4]. A diferencia del anterior, consume muy poca energía.

Tomando como referencia la red bitcoin, cuando el titular da orden para que se transmitan a un tercero se pone en marcha el proceso, de manera que siguiendo el protocolo de consenso establecido en esa red algún nodo conseguirá el derecho a inscribir la transmisión y a recibir la recompensa, inscribiéndolo todo en el libro registro. Las inscripciones se realizarán, y con ello la transmisión se habrá efectuado y, simultáneamente, el nodo será titular de nuevas criptomonedas (recompensa).

Así las cosas, las criptomonedas y los criptoactivos en general son simples anotaciones en un libro de registro. En cada transacción

[4] Existe otros protocolos de consenso menos populares en otras redes menos populares como el de Prueba de Autoridad o Prueba de participación delegada, y más en pruebas o desarrollándose.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

no se envían ni se reciben, solo se añade una inscripción adicional en aquél que la describe, indicando las partes y el número de unidades transmitidas; libro registro que recoge el historial de operaciones, cantidades y titulares y que se almacena en múltiples nodos de la red.

La mayor parte de los criptoactivos utilizan una tecnología de registro distribuido concreta para inscribir la información denominada blockchain o cadena de bloques[5]. Consiste en registrar conjuntos de operaciones por bloques, que incluyen un encabezamiento y un marcador que señala cuál es el que lo precede. Esos bloques quedan conectados y enlazados – de ahí su nombre de cadena de bloques – mediante la utilización de una función matemática compleja – conocida como función hash –, que garantiza la integridad del contenido,[6] y que permite que, en cualquier momento, sea posible rastrear toda la trayectoria seguida por cada criptoactivo desde el momento de su creación.

Advirtamos que es un error común considerar que todas las redes basadas en la tecnología de registro distribuido y blockchain utilizan un gobierno descentralizado "sin permisos"[7].

Algunas aplicaciones buscan precisamente que exista una autoridad central que la controle, que regule la admisión y las facultades de los nodos, incluido el permiso o no de realizar alteraciones específicas en el libro registro[8].

[5] Para profundizar puede consultarse a J. Ponce de León *Blockchain, un nuevo patrón tecnológico* en Aa.Vv. *Blockchain: Aspectos Tecnológico, Empresariales y Legales*, Aranzadi, 2018.

[6] Al aplicarla sobre uno o varios bloques conjuntamente, arroja un resultado concreto, una secuencia de caracteres de menor tamaño. Si alguien hace un cambio, el resultado de aplicar la función Hash sobre esa misma entrada, cambiaría. Por eso se garantiza la integridad del contenido.

[7] Esa confusión parece estar presente en la definición de González-Meneses Robles como "un registro de transacciones, como lo es un tradicional libro de contabilidad, solo que diseñado para almacenar los datos a través de internet, de modo que cualquier usuario con conexión a la red puede introducir y registrar operaciones que acaban uniéndose y creando una cadena, y que a diferencia de las bases de datos tradicionales permite el intercambio entre iguales y sin intermediarios (p2p), conformando un libro mayor 'distribuido' o descentralizado". M. González-Meneses Robles *Entender Blockchain. Una introducción a la Tecnología de Registro Distribuido*, Aranzadi, 2017.

[8] R. Böhme, N. Christin, B. Edelman, T. Moore *Bitcoin: Economics,*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Así, algunas compañías informáticas ofertan tecnología blockchain con permisos a empresas para mejorar sus cadenas de suministros, la trazabilidad de un producto o la realización de finanzas comerciales, entre otros usos[9].

También una blockchain permisionada es la base de los proyectos pilotados por los bancos centrales para poner en marcha la versión digital de las monedas de curso legal, incluida el euro digital; y el proyecto eIDAS de la UE que pretende que cada ciudadano de la UE tenga un identidad digital única que le permita acceder a múltiples servicios, garantizando la integridad, la identidad y la confidencialidad, y limitando la información a compartir con el proveedor a la que sea estrictamente necesaria para recibir el servicio[10].

Más allá de estas aplicaciones de la tecnología blockchain que requieren permisos, la tecnología de registro distribuido sin permisos, sin que haya una autoridad superior que la controle, plenamente descentralizada, plantea algunos problemas.

En este tipo de tecnología, la criptografía no solo es esencial para garantizar la integridad del contenido, sino que además permite determinar la titularidad de los criptoactivos.

Cuando operamos con la Administración, utilizamos una firma electrónica basada en una pareja de claves, pública y privada, generadas mediante técnicas criptográficas asimétricas. En el proceso debe haber un tercero de confianza que acredite la identidad del titular y que le atribuye la pareja de claves. La confianza en ese tercero y en que habrá verificado previamente la identidad del solicitante es fundamental. La Administración da por bueno el documento que se presenta en el Registro electrónico y lo atribuye a una persona concreta porque hay un tercero en el que confía que da fe que esas claves criptográficas utilizadas están asociadas a la identidad concreta de aque-

Technology, and Governance, en *Journal of Economic Perspectives*, vol.29, n. 2, 2015.

[9] Por ejemplo, IBM ofrece servicios blockchain aplicados al sector empresarial, y en concreto, a cadenas de suministros y a finanzas comerciales.

[10] Se trataría de una mejora a la actual firma electrónica que llevamos inserta en el DNI. Permite su aceptación en servicios de otras Administraciones europeas, así como la identificación de ciudadanos europeos en servicios públicos españoles utilizando un medio de identificación de su país de origen.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

lla[11]. Sin embargo, en el universo de las criptomonedas no se requiere ese tercero de confianza porque no se necesita acreditar la identidad real. El libro registro no recoge los datos personales de cada sujeto.

Cabe preguntarse entonces como se identifica a los titulares. La respuesta es que mediante la clave pública de una pareja de claves generadas mediante criptografía asimétrica. Utilizando un software especializado[12], primero se crea la clave privada y luego, la clave pública, relacionada con aquella. A través de las matemáticas y de las técnicas criptográficas se garantiza que el proceso inverso es imposible de realizar. No podemos calcular la clave privada, partiendo de la clave pública.

Una vez creadas ambas, la clave pública es usada para crear la dirección bitcoin, que aparecerá como titular de las criptomonedas en el Libro registro. Quien posea la clave privada que case con aquella, sea quien sea, será titular y podrá transmitirlas. Podrá dar la orden de transmisión firmada con esta clave privada, indicando cuanto transmite y a qué dirección bitcoin (clave pública del destinatario).

Por tanto, los titulares no son plenamente anónimos sino que aparecen con un pseudónimo, su clave pública criptográfica. Aclaremos que no hay asignada en exclusiva una pareja de claves criptográficas por persona. Cada persona podrá tener, si así lo desea, múltiples parejas de claves, distintas direcciones *bitcoins* y, por tanto, diferentes claves privadas asociadas.

En todo caso, la titularidad de una dirección bitcoin (clave pública) se asocia con la clave privada correspondiente, de manera que quien sea poseedor de ésta podrá disponer de las criptomonedas asociadas a aquella. Si el titular pierde la clave privada, no podrá disponer

[11] En España, existen muchos terceros de confianza, pero el más popular y el que es admitido por todas las Administraciones Públicas es la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT).

[12] La clave privada se genera mediante criptografía asimétrica. En bitcoin, esta clave es generada usando criptografía tipo ECDSA y la curva elíptica secp256k1, que brinda un alto nivel de seguridad. Gracias al uso de este sistema criptográfico, se pueden generar un número casi infinito de claves privadas. Su diversidad y la dificultad de calcularlas es precisamente lo que hace tan seguro este sistema. Para manejarlas más fácilmente, a través de un algoritmo especial se transforman en una cadena criptográfica más corta.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

de ellas; de la misma forma, si otra persona se hace con ella, podrá transmitirlas.

En definitiva, las criptomonedas están asociadas a una clave pública, pero para operar con ellas se requiere la clave privada, por lo que es imprescindible guardarla de forma confidencial. Como ocurre con la firma electrónica, aquí radica el principal riesgo o vulnerabilidad de este sistema.

Esas claves son una secuencia de dígitos que puede imprimirse en papel y guardarse. No obstante, lo habitual es que se almacene en un archivo informático en el interior de un dispositivo electrónico, conocido como monedero, y para dotarle de más seguridad, que se establezca previamente otra clave privada, como la clave que se suele incorporar a una firma electrónica o a una tarjeta de crédito para poder operar con ellas.

Han surgido entidades que prestan este servicio monedero y que ofrecen una alternativa externa a la custodia y salvaguarda de la clave privada. Algunas, almacenando la información en internet, otras, fuera. Todas, evidentemente, figuras opcionales en la operativa con criptoactivos.

En una red basada en la tecnología de registro distribuido, que se autogestiona sin que intervenga una autoridad central, se pueda realizar una transmisión de criptomonedas entre sujetos sin la necesidad de que aparezca una entidad intermediaria, a diferencia de lo que ocurre en sector financiero tradicional con los pagos electrónicos, en los que siempre se requerirá a una o varias entidades financieras que verifiquen la información y participen en las transferencias.

En el mundo cripto no hay intermediarios financieros tradicionales pero han surgido otros intermediarios que pueden intervenir en estas operaciones. Además de las entidades que prestan el servicio de monedero, que suelen realizar también la actividad de transmisión a terceros por la red, para facilitar la operativa han aparecido otros servicios como el de puesta en común de vendedores y compradores, aflorando plataformas que prestan estos servicios, facilitando datos en tiempo real de la evolución del precio de cada una de ellas y, en su caso, el intercambio.

Acudir a ellas no es imprescindible, pero facilitan enormemente la operativa y la liquidez del criptoactivo, potenciando su interés para utilizarlo como activo de inversión.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Advirtamos que estos nuevos intermediarios, monederos y plataformas de intercambio, cobran una comisión por su participación. Su actuación no es gratuita. Pese a ello, se han consolidado en este mundo cripto y, además, desde un punto de vista del control administrativo, pueden convertirse en terceros relevantes para identificar realmente a los titulares y facilitar información a las Administraciones.

Así lo consideró el legislador español con la Ley 11/2021 – y el legislador comunitario con la Propuesta de Reglamento MiCA –, atribuyéndoles obligaciones informativas y de identificación de los titulares reales; y también la OCDE[13] y la Unión Europea[14] al estar ya en marcha proyectos para la extensión a este ámbito del intercambio automático de información entre Administraciones[15].

Las entidades que prestan el servicio monedero y el de intercambio canalizan una gran parte de las operaciones de custodia y transmisión de criptomonedas. Sin embargo, seguirá habiendo otra parte, quizá menor pero no desdeñable, que no los utilizará. Sujetos que operen sin intermediarios. Titulares que deseen custodiar por sí mismos la clave privada y que ordenen directamente la compra o venta, para lo que lógicamente deberán tener ciertos conocimientos informáticos y de funcionamiento del sector. La ausencia de intermediario será más difícil cuando se quiera cambiar la criptomoneda por dinero de curso legal, pero también podría llegar a ser posible.

[13] El G20 pidió a la OCDE que desarrollara un marco para el intercambio automático de información sobre criptoactivos entre países y, como respuesta, publicó en octubre de 2022 el informe que debe servir de guía para que los Estados recaben la información relevante y la transmitan anualmente de forma automática a las jurisdicciones de residencia de los contribuyentes, proponiendo para ello un modelo estándar, similar al CRS para cuentas financieras: OCDE "*Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*", 2022.

[14] La Comisión Europea viene trabajando en una Propuesta de Directiva – conocida como DAC 8 – que modifica la Directiva 2011/16/EU para posibilitar que el intercambio automático de información en materia fiscal amplíe su alcance a los criptoactivos.

[15] Al respecto, puede consultarse Alarcón García, E. *Las nuevas obligaciones informativas sobre monedas virtuales*, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n. 79, 2021; J.B. Gallego López: *El intercambio automático de información tributaria ante el reto de los criptoactivos*, en *Civitas. Revista española de Derecho Financerio*, n. 193, 2022; en esta obra, M. García Caracuel, *Las obligaciones informativas de las criptomonedas y demás criptoactivos*.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Este grupo de titulares que rechacen la intervención de intermediarios actuaran con mayor grado de opacidad. Ahora bien, no actuaran con más anonimato que el poseedor de dinero tradicional, en monedas o papel. El dinero físico nos los pasamos de unos a otros sin posibilidad de rastrearlo. Sin embargo, si la Administración tributaria, la policía o un órgano judicial fueran capaces de asociar las claves criptográficas con la identidad de sus titulares, se conseguiría la trazabilidad de las operaciones, descubriendo las que se han hecho y con quien, lo que resultaría de suma importancia para contextualizar el posible anonimato de los criptoactivos y, en su caso, poder combatirlo; y ahí, la información del libro registro estaría copiada en múltiples nodos repartidos por todo el mundo, lo que facilitaría su control.

Tras la primera generación de criptomonedas ha surgido una segunda generación de activos sustentados en la misma tecnología y con unas funcionalidades diferentes.

Apuntamos que la red bitcoin fue la primera blockchain que existió. Sin embargo, tiene un código fuente que no permite que pueda ser utilizada para llevar a cabo otros proyectos. Sirve para registrar de forma descentralizada las transacciones con esta moneda virtual. Nada más.

En 2015 surge la blockchain de Ethereum, que a diferencia de la anterior, utiliza un tipo de programación que permite a los desarrolladores crear nuevo software para gestionar transacciones o automatizar ciertos procesos y, con ello, poner en marcha nuevos proyectos sin necesidad de crear una nueva red, con el ahorro de tiempo y dinero correspondiente. Junto a ésta han surgido otras similares, proliferando nuevas criptomonedas, otros criptoactivos (*tokens*) y contratos inteligentes.

Partiendo de esta idea, los nuevos proyectos generarán *tokens* o fichas que funcionaran a través de esa red. Se sustentan en su estructura y las transacciones viajan por ella. Así, *ether* es la criptomoneda nativa de la red de registro distribuido Ethereum, pero dentro de ésta, bajo el protocolo Ethereum, se han creado otros *tokens* cuya finalidad dependerá del proyecto que los genera. Por ejemplo, tether, sería un token creado en la red Ethereum, cuya finalidad es ser una *stablecoin.* Sin embargo, habrá otros *tokens* creados con otros fines, que otorgaran el derecho a participar en los beneficios esperados del proyecto;

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

a financiarlo parcialmente; al uso de un bien o servicio futuro; o a la titularidad de una obra digital singular, entre otros.

Los *tokens* están siendo utilizados como vía de financiación empresarial, popularizándose lo que se conoce como ICO[16], ofertándolos en fases iniciales de proyectos para captar fondos a cambio de otorgar posteriormente el derecho correspondiente. En esencia, el impulsor del proyecto crea los *tokens* por adelantado y en vez de guardarlos los pone a la venta, total o parcialmente, para poder financiarlo. Cuando el proyecto culmine los adquirentes podrán ejercitar esos derechos, en la forma prevista.

Junto a los *tokens* han surgido los contratos inteligentes. El ordenamiento español no los ha definido pero, sin embargo, el legislador italiano si lo ha hecho, definiéndolos como "*un programa informático que opera sobre tecnologías basadas en registros distribuidos y cuya ejecución une automáticamente dos o más partes sobre la base de efectos predefinidos*"[17].

Son programas informáticos que sirven para el desarrollo de acuerdos entre las partes de forma automatizada, cuando se cumplen los hechos o circunstancias previamente pactadas[18]. En este sentido, Los *smart contracts* son un mero código informático que auto ejecuta los términos de un contrato, por lo cual no puede ser considerado *per se* cómo un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades. Es ese acuerdo previo el que otorga sentido jurídico al código informático utilizado que lo pretende ejecutar automáticamente[19]. Al insertarse en

[16] *Initial Coin Offering* en inglés, que puede traducirse por ofertas iniciales de moneda, en un intento por asimilarse al concepto de Oferta Pública de Valores. La primera ICO la realizó la red Ethereum con su criptomoneda Ether en 2014.

[17] El artículo 8-*ter*.2 del Decreto-Legge 14 dicembre 2018, n. 135. Disposizioni urgenti inmateria di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione.(18G00163) (GU Serie Generale n. 290 del 2018), los define como "un programma per elaboratore che opera su Tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzionevincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smartcontract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle partiinteressate"

[18] A. Cediel Y A. Perez Pombo, *Fiscalidad de las criptomonedas*, Atelier, 2020.

[19] A. Legerén Molina, *Los contratos inteligentes en España (la disciplina de los smart contracts*), en *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol.5, n. 2; I. FETSYAK *Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español*, en *REDUR. Revista electrónica de derecho Universidad de La Rioja*, n. 18, 2020.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

una blockchain confiere a esta el poder de controlar el cumplimiento. Solo en caso de verificarse dichos términos en su totalidad, tendrá lugar la ejecución automática de la relación contractual, la cual, se produce siguiendo unas instrucciones previamente sentadas en la red. No es necesaria la intervención manual de las partes ni tampoco de terceros ajenos a la transacción (intermediarios profesionales, autoridades...) y con ello se garantiza su seguridad e inmutabilidad. La confianza reside en la configuración de dicho programa[20].

Este tipo de contratos no admite cláusulas que necesiten de interpretación para ser verificadas – buena fe, consumidor medio, diligencia debida, etc. –, ni tampoco tienen cabida conceptos como 'caso fortuito' o 'fuerza mayor"[21]. Se ejecutan automáticamente constatadas unas condiciones objetivas pero no cuentan con la capacidad de interpretar las instrucciones que se insertan en ellos.

Así, por ejemplo, si se emite una ICO condicionada a la captación de un mínimo de fondos en una fecha determinada, si llegada ésta no se alcanzará, la ejecución del contrato inteligente devolvería automáticamente las aportaciones realizadas, sin que el contrato llegase a concluirse; mientras que si se alcanzará, seguiría adelante atribuyendo a la entidad que emite el ICO los fondos y al adquirente el *token* o *tokens* correspondientes, registrando en la blockchain el contrato.

En todo caso presentan notables ventajas en la operativa económica. Aportan confianza y seguridad. La encriptación y la validación descentralizada en bloques y mediante consenso, hace casi imposible que los documentos se puedan perder o cambiar y limita extremadamente las posibilidades de hackeos;

También aportan rapidez, al ser acuerdos autoejecutables no se necesita la acción de la otra parte o la intervención de terceros, por lo que hay inmediatez.

Finalmente otro rasgo destacable es el ahorro y la exactitud que conllevan. Al ser autoejecutables, siendo el lenguaje computacional extremadamente preciso, se elimina la necesidad de tener que pleitear

[20] A. Castellano García, *Conceptualización de los contratos inteligentes o autoejecutables basados en la tecnología blockchain y su encuadre en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista de Estudios Jurídicos, Universidad de Jaén*, n. 21, 2021.

[21] A. Legerén Molina, *Los contratos inteligentes en España (la disciplina de los smart contracts*), en *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol.5, n. 2.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

para hacer cumplir lo que está recogido en el contrato. Se va a ejecutar exactamente lo que se programa, que deberá ajustarse a lo pactado[22].

Se está produciendo un crecimiento de estas figuras, directamente relacionadas con los criptoactivos y con la tecnología de registro distribuido, lo que ya supone un nuevo foco de interés jurídico.

3. *Naturaleza de la primera generación de criptomonedas*

Actualmente no existe una definición de criptomonedas en la normativa española ni en la de la Unión Europea.

Sin embargo, es común que sea utilizado en textos, también jurídicos, como sinónimo de monedas virtuales. Así, la Dirección General de Tributos equipara ambos conceptos en su Resolución Vinculante V0999-18, de 18 de Abril de 2018; y en esta línea, la Ley 11/2021, al establecer las obligaciones informativas relacionadas con la tenencia y operativa con monedas virtuales, utiliza una terminología, actores y actividades, propias de las criptomonedas, en una asimilación implícita de ambos.

Quizás esa asimilación conceptual se haya debido a la importancia relativa que han cobrado las criptomonedas en los últimos años, lo que ha hecho que hayan acabado confundiéndose con el concepto genérico y neutro tecnológicamente de monedas virtuales. Sin embargo, las criptomonedas también son, además de las más importante subcategoría de monedas virtuales, una subcategoría de criptoactivos que utilizan la tecnología de registro distribuido y la criptografía.

En cualquier caso, en relación al análisis de su naturaleza jurídica, teniendo en cuenta que la mayor parte de referencias jurídicas se han hecho a operaciones con la principal criptomoneda, el bitcoin, catalogándola como moneda virtual, utilizaremos indistintamente ambos términos.

[22] A. Ortega Giménez, *Smart Contracts y Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019; A. Legerén Molina, *Los contratos inteligentes en España (la disciplina de los smart contracts)*, en *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol.5, n. 2; A.M. López Rodríguez, *Ley aplicable a los smart contracts y lex crytographia*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n. 1, 2021.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

No hay unanimidad sobre la naturaleza de las monedas virtuales, encontrando posturas distintas en los pronunciamientos de los organismos públicos de diferentes países y de la UE.

Quizás la postura más sincera, a la vez que pragmática, la adoptó la Administración tributaria del Reino Unido. Ante la dificultad para encuadrarlas, sostuvo que tienen una identidad única y por tanto no se pueden comparar directamente con ninguna forma de inversión o mecanismo de pago, atribuyéndoles directamente el régimen fiscal en cada uno de los impuestos[23].

La Administración tributaria canadiense lo calificó implícitamente como bien, al afirmar que cuando el dinero virtual se usa para pagar bienes o servicios se aplican las reglas de las permuta[24].

En EE.UU. ante la dificultad que suscita determinar la naturaleza de las criptomonedas, así como la falta de una regulación precisa, los principales organismos federarles optaron por hacer calificaciones interesadas que atrajeran a su jurisdicción el control de los actores participantes y de las operaciones realizadas con ellas.

La Administración tributaria federal, el *Internal Revenue Service* (IRS) calificó a las criptomonedas como *property*, haciendo tributar las plusvalías generadas por el intercambio de criptomonedas en el impuesto sobre la renta federal[25].

La Commodity Futures Trading Commission (CFTC) de EE.UU. la calificó como *commodity* en los contratos de futuros o derivados que utilizaran criptomonedas, atrayéndolo a su supervisión.

Mientras que el Departamento del Tesoro norteamericano, mediante la Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) que controla los flujos de dinero para evitar la financiación de actividades ilegales como el terrorismo o el blanqueo de capitales, sometiendo a instituciones financieras, corredores de bolsa y otros a supervisión y

[23] His Majesty's Revenue and Customs (HMRC) "Tax treatment of activities involving bitcoin and other similar cryptocurrencies" Brief 09/14.

[24] Falcón Y Tella, R. *La tributación del dinero virtual*, en *Quincena Fiscal*, n. 20, 2013. Canada Revenue Agency (CRA), *Interpretation Bulletin IT*-490, Barter Transactions.

[25] "Virtual Currency Guidance", *Internal Revenue Bulletin* n. 2014-16, notice 2014-21, pp. 938 a 940. En los impuestos sobre la renta estatales, algunos Estados han seguido este enfoque y otros lo rechazaron.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

a una amplia gama de obligaciones de información, cuando constató que las criptomonedas se estaban utilizando para financiar actuaciones ilegales, publicó una guía interpretativa en las que las calificaba como moneda virtual, haciendo que las personas y empresas involucradas en la emisión, venta e intercambio de las mismas quedaran sujetas a su jurisdicción[26].

Estas diferencias en la calificación y en la naturaleza jurídica de las criptomonedas también se han presentado en Europa y en España, tanto en el ámbito administrativo como judicial

La Dirección General de Tributos, órgano directivo de la Administración tributaria español, no mantiene una posición única, arrojando Resoluciones contradictorias.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y El Tribunal Supremo español tampoco coinciden en su calificación cuando se han pronunciado.

3.1. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Divisa utilizada como medio de pago contractual*

La Sentencia del TJUE de 22 octubre 2015, Asunto C-264/14 David Hesqvist, resolvió una cuestión prejudicial que planteaba, por un lado, la calificación apropiada en el IVA de la actividad consistente en el cambio de monedas de curso legal por *bitcoins*, y viceversa y, por otro, en caso de respuesta afirmativa, si resultaba aplicable alguna de las exenciones del Art.135.1 de la Directiva 2006/112/CE sobre el IVA[27].

[26] Departament of the Treasury, Financial Crimes Enforcement Network, Guidance, *Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*, FINA-2013-G001, march 18, 2013.

[27] Analizaron esta Sentencia, entre otros, S. Moreno González, *Tributación indirecta del dinero virtual [Comentario a la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Skatteverket y David Hedqvist, C-264/14*, en *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, n. 2, 2016; J. A. Barciela Pérez, *Bitcoin» e IVA. El asunto Hedqvist*, en *Revista Quincena Fiscal*, 14, 2016; M.C. Pastor Sempere, *Criptodivisas: ¿una disrupción jurídica en la eurozona*?, en *Revista de Estudios Europeos*, n. 70, 2017.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La primera cuestión no presentaba dificultad, dado que resulta evidente que la actividad de intercambio descrita era una prestación claramente individualizada, existiendo una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por el sujeto pasivo, a título oneroso, con independencia de cómo se obtuviera la contraprestación[28].

Lo realmente relevante se centró en el análisis de las exenciones de las letras d) e) y f) del Art.135.1 de la Directiva 2006/112/CE, previstas para operaciones financieras.

El TJUE recordó que conforme a su jurisprudencia, este tipo de servicios no debían ser realizados necesariamente por bancos o entidades financieras tradicionales[29], pudiendo ser aplicable la exención igualmente cuando los llevase a cabo otro tipo de entidad, como ocurría en este caso.

Descartó la exención de la letra d) del Art.135.1 de la Directiva 2006/112/CE que resulta aplicable a operaciones de "depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales". El Tribunal consideró que éstas "se refieren a servicios o a instrumentos cuyo modo de funcionamiento implica una transferencia de dinero"; añadió, haciendo suya la alegación del Abogado General, "no se refiere a las operaciones relativas a la moneda en sí misma, que son objeto de una disposición específica, a saber, el artículo 135, apartado 1, letra e)"; y finalmente agregó que "Al ser la divisa virtual "bitcoin" un medio de pago contractual, por una parte, no es posible considerarla ni una cuenta corriente ni un depósito de fondos, un pago o un giro. Por otra parte, a diferencia de los créditos, cheques y otros efectos comerciales mencionados (…), constituye un medio de pago directo entre los operadores que la aceptan".

Debemos aclarar que dentro de "otros efectos comerciales" se encontrarían las letras de cambio y los pagarés que reconocen un derecho de crédito a un vencimiento futuro entre acreedor y deudor.

[28] Remitiéndose a su Sentencia de 15 de Julio de 1998, asunto C-172/96 First National Bank of Chicago en la que el Tribunal había afirmado que para determinar el carácter oneroso de una prestación de servicios en el IVA es irrelevante que la retribución no revista la forma de abono de una comisión o de pago de gastos específicos.

[29] STJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-455/05 Velvet & Steel Immobilien; y 12 Junio 2014, asunto C-461/12 Granton Advertising.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Documentan la deuda, de manera que el derecho se tituliza y suele ser transmitido a terceros, que posteriormente lo presentan al cobro. Por tanto, entran en escena terceros, habitualmente entidades financieras, diferentes al acreedor y deudor original.

Sin embargo, la argumentación del TJUE no deja lugar a dudas. Rechazó que pudiera considerarse como un cheque u "otros efectos comerciales" porque a diferencia de estos, el bitcoin "constituye un medio de pago directo entre los operadores que lo aceptan". Si el bitcoin llegara a utilizarse en algún momento como medio de pago, el pagador los transmitiría directamente al acreedor, que los recibiría y pasaría a ser el nuevo titular.

El TUJE también descartó la posible aplicación de la exención de la letra f) del art.135.1 de la Directiva IVA, prevista para operaciones relativas a «acciones, participaciones en sociedades o asociaciones [y] obligaciones", a saber, títulos que confieren un derecho de propiedad sobre personas jurídicas, y las operaciones relativas a los "demás títulos-valores", excluyendo expresamente los títulos representativos de mercaderías y los derechos o títulos sobre inmuebles. Entendió el TJUE que no es ni un título que confiera un derecho de propiedad sobre personas jurídicas ni un título valor que tenga una naturaleza comparable. No niega abiertamente que pueda ser un título valor, pero considera que en todo caso su naturaleza no sería comparable a los que se refiere este precepto, conforme a su jurisprudencia previa[30].

La argumentación del Tribunal nos dirige finalmente a la letra e) del art.135.1 de la Directiva 2006/112/CE, que deja exentas operaciones relativas a "las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago, con excepción de las monedas y billetes de colección, a saber, las monedas de oro, plata u otro metal, así como los billetes, que no sean utilizados normalmente para su función de medio legal de pago o que revistan un interés numismático".

A su juicio, la naturaleza jurídica que tiene el bitcoin es la de una divisa virtual, no tradicional, que se utiliza como medio de pago contractual.

Dado que no es una monedad de curso legal, su aceptación como medio de pago no podrá ser obligatoria, siempre será voluntariamen-

[30] STJUE 12 Junio 2014, asunto C-461/12 Granton Advertising.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

te acordada por las partes. Por ello el TJUE distingue entre divisas tradicionales y no tradicionales, afirmando que estas últimas son "divisas distintas a las monedas que son medios legales de pago en uno o varios países".

Partiendo de estas idea, considera que las operaciones relativas a divisas no tradicionales constituyen operaciones financieras siempre que tales divisas hayan sido aceptadas por las partes de una transacción como medio de pago alternativo a los medios legales de pago y no tengan ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago.

Las operaciones de intercambio de *bitcoins* por monedas de curso legal, y viceversa, son voluntarias, aceptadas por las partes como medio de pago alternativo cuando se decide utilizar con esta finalidad. Esta es una cuestión evidente. Ahora bien, lo que no es tan evidente, es que el TJUE asumiera la tesis del Abogado General en sus conclusiones, al afirmar que no tienen otra finalidad distinta a la de ser un medio de pago. A partir de esta doble aceptación, atribuye esta exención a las operaciones de intercambio de *bitcoins* por monedas de curso legal.

Parece que el TJUE hace una interpretación del precepto forzada para que acoja las operaciones con bitcoin. Por un lado, la construcción jurisprudencial de las dos modalidades de divisas, tradicionales (de curso legal) y no tradicionales (no son de curso legal), no parece desprenderse de la literalidad de la disposición, que se refiere a monedas de curso legal.

Para justificarlo, alega que las exenciones pretenden paliar las dificultades relacionadas con la determinación de la base imponible y del importe del IVA deducible que surgen al gravar las operaciones financieras; y que esas dificultades pueden ser idénticas tanto si se trata de un intercambio de divisas tradicionales como virtuales. Decide darle mayor importancia a esta circunstancia que a su reiterada jurisprudencia sobre la interpretación restrictiva de los términos empleados en esas exenciones como excepciones al hecho imponible del IVA[31].

Pero además, para considerarlas operaciones financieras, afirma de que no tiene otra finalidad que la de ser un medio de pago; aseve-

[31] Sentencias Ludwig [TJCE 2007, 146], C-453/05, EU:C:2007:369, apartado 21, y DTZ Zadelhoff [TJCE 2012, 175], C-259/11, EU:C:2012:423, apartado 20)

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ración que, como veremos posteriormente, resulta incierta o, cuanto menos, claramente discutible.

La posición jurídica del TJUE parece estar inspirada en la definición que formuló el Banco Central Europeo (BCE) en 2012 de monedas virtuales, que las definió como "dinero digital no regulado, emitido y verificado por sus creadores y aceptado por los miembros de la comunidad virtual concreta". Tal es así que la menciona y la reproduce al exponer los hechos del litigo principal.

Sin embargo, el TJUE obvia que unos meses antes de publicar su sentencia, en febrero de 2015, el propio BCE cambió su definición de monedas virtuales pasó y a referirse a ellas como "una representación digital de valor, no emitida por un banco central, una entidad de crédito o una institución de dinero electrónico, que, en algunas circunstancias, puede utilizarse como alternativa al dinero"[32].

Como también ignora otras calificaciones previas de instituciones relevantes. Así, en 2014 la Administración tributaria federal de EE.UU., el *Internal Revenue Service* (IRS) consideró que una moneda virtual "puede utilizarse para pagar bienes o servicios o para invertir. Es una representación digital de valor que funciona como medio de intercambio, unidad de cuenta y/o depósito de valor. En algunos entornos, funciona como la moneda real (…), pero no tiene curso legal en ninguna jurisdicción".

Mientras que en Juno de 2015 el GAFI, la había definió como "una representación digital de valor que puede ser comerciada de manera digital y funciona como (1) un medio de intercambio; y/o (2) una unidad de cuenta; y/o (3) un depósito de valor, pero no tiene estatus de moneda de curso legal (es decir, cuando se presenta a un acreedor, es una oferta válida y legal de pago) en cualquier jurisdicción. No es emitida ni garantizada por cualquier jurisdicción y cumple con las funciones anteriores sólo por acuerdo dentro de la comunidad de usuarios de la moneda virtual"[33].

[32] Informe del Banco Central Europeo *Virtual currency schemes – a further Analysis*, p. 25; y *Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures*, en *Occasional Paper Series*, n. 223, 2019, p. 9.

[33] Informe del GAFI *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, junio 2014. Incluido como Apéndice A del Informe GAFI *Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales*, junio 2015.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Todas ellas dejan de referirse a las monedas virtuales como dinero digital no regulado, tal y como lo hizo el BCE en 2012, y pasan a calificarlas como representación digital de valor que puede utilizarse voluntariamente entre algunos sujetos como medio de intercambio.

El nombre otorgado para calificarlas como monedas virtuales o criptomonedas induce a considerarlas dinero, monedas o divisas. Sin embargo, ni los principales organismos reguladores y de supervisión bancaria, Banco Central Europeo[34] y Banco de España[35], ni instituciones internacionales como la OCDE[36], ni una parte de la doctrina[37], están de acuerdo con esta calificación.

Como tampoco lo está el legislador europeo que posteriormente con la aprobación de la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, que modificó el artículo 3 de la Directiva 2015/849, de 20 de mayo, relativa

[34] Informes del Banco Central Europeo *Virtual currency schemes – a further Analysis*, 2015 p. 25; y *Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures*, en *Occasional Paper Series,* n. 223, 2019, p. 9.

[35] Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre *criptomonedas y ofertas iniciales de criptomonedas*, Madrid, 8 de febrero de 2018; y se reiteran posteriormente en el Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre *el riesgo de las criptomonedas como inversión*. Madrid, 9 de febrero de 2021. También el Informe del Banco de España *Especial Criptoactivos. Informe de Estabilidad Financiera*, Primavera de 2022,

[36] OCDE *Taxing Virtual Currencies: An Overview Of Tax Treatments And Emerging Tax Policy Issues*, 2020, p. 20.

[37] U. González De De Frutos *La fiscalidad en el mundo blockchain*, en *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 425-426, 2018; M. González Aparicio *Fiscalidad aplicables a los bitcoines a la luz del ordenamiento tributario español*, en *Revista Técnica Tributaria*, n. 118, 2017 y *Evolución de la calificación jurídico-privada de las criptomonedas en la doctrina de la Dirección General de Tributos* en la obra colectiva *Tributación de las criptomonedas*, Atelier, 2020, pp. 272 y 273; L.M. Romero Flor *Tributación del bitcoin*, en *Quincena Fiscal*, n. 1, 2022.

En sentido contrario, algunos autores entienden que aunque legalmente no puede considerarse dinero, su naturaleza jurídica se asemeja a aquel, como J. Pedreira "Las nuevas monedas digitales (*bitcoins*): problemas en su regulación" en la obra colectiva *Fiscalidad de la Colaboración Social*, Aranzadi, 2018 J. Pedreira Menendez y B. Alvárez Perez *Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas*, en *Quincena Fiscal*, n. 3, 2018; A. Cediel y E. Perez Pombo, *Fiscalidad de las criptomonedas,* Atelier, 2020, p. 62; J.F. Sedeño López, *La imposición tributaria sobre las criptomonedas*, en la obra colectiva *Tributación de las criptomonedas*, Atelier, 2020, pp. 278 y 279.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

a la prevención de blanqueo de capitales, define a las monedas virtuales como la "*representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos*"; ni el legislador español, con su transposición mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que introdujo una definición legal prácticamente idéntica de moneda virtual, en concreto en el art.1.5 la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo[38].

Es legislador europeo en la regulación sobre prevención y blanqueo de capitales les niega el estatuto jurídico de moneda o dinero, sin embargo, el TJUE se lo otorga la misma naturaleza y le otorga el mismo trato en el IVA.

El TJUE fue consciente del carácter controvertido de la posición que emitió, y quizás por ello comenzó sus fundamentos jurídicos recordando que conforme a su jurisprudencia previa estas exenciones "constituyen conceptos autónomos de Derecho de la Unión que tienen por objeto evitar divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA"[39].

Con ello acota el alcance de su resolución a este impuesto sin que la naturaleza jurídica otorgada de divisa digital, no tradicional, que se utiliza como medio de pago contractual, tenga que tener e efectos en otros ámbitos del ordenamiento.

3.2. *Dirección General de Tributos*

Títulos valores que supongan una orden de pago. Ante de la STJUE de 22 octubre 2015, Asunto C-264/14 David Hesqvist, la Di-

[38] "5. Se entenderá por moneda virtual aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente".

[39] Sentencias TJUE de marzo de 2011, Asunto C-540/09 Skandinaviska Enskilda Banken; y de 5 de julio de 2012, Asunto C-259/11 DTZ Zadelhoff.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

rección General de Tributos española (DGT) había declarado en sus Resoluciones a las consultas V1028-15, V1029-15, ambas de 30 de marzo, y V2846-15, de 1 de octubre, que giraban sobre la exención en el IVA del servicio de intercambio de *bitcoins* por moneda de curso legal.

Al analizar la naturaleza del bitcoin consideró que actúa como medio de pago y por sus propias características, el servicio de intercambio debe entenderse dentro de "las operaciones, incluida la negociación, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos" del art. 135.1.e) de la Directiva IVA, en concreto, dentro de "otros efectos comerciales; teniendo su equivalencia en el ordenamiento español en la expresión "otras órdenes de pago" contenida en las letras h) e i) del art. art.20.Uno.18 de la Ley 37/1992 del IVA.

Consideró la DGT que "si las entregas de dinero a título de contraprestación no están gravadas por el Impuesto, el objetivo de esta disposición es la exención de todas aquellas operaciones que impliquen el movimiento o transferencia de dinero, ya sea directamente a través de transferencias o bien a través de diversos instrumentos como los cheques, libranzas, pagarés u otros que supongan una orden de pago".

Los documentos cambiarios, como la letra de cambio, el cheque y el pagaré, son instrumentos de pago o de crédito se encuentran regulados en España en la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, que los califica en su preámbulo como títulos valores.

Bien es cierto que al tener su propia regulación específica, estos instrumentos de pago quedan excluidos expresamente de los valores negociables sometidos al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y de la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros[40].

[40] El Art. 4 excluye a los instrumentos de pago de los instrumentos del mercado monetario y de los valores negociables regulados por la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

No obstante, como como cualquier título valor se caracterizan porque contienen un derecho. En concreto, en el caso de estos instrumentos de pago cambiarios, un derecho de crédito frente al deudor que reconocen una deuda y un vencimiento, tiene el derecho a percibir el dinero tal y como en él se establece[41].

Bien es cierto que conforme a esta concepción, la naturaleza del bitcoin debería incorporar un derecho a satisfacer una cantidad de criptomonedas concretas[42]. Sin embargo, la titularidad de *bitcoins* no lleva aparejado un derecho frente a un obligado concreto, como bien apuntaron, entre otros, HIJAS CID, GONZÁLEZ APARICIO y CHAMORRO DOMÍNGUEZ[43]

No hay un mandato de pago concreto. Nadie responde por él. Si la red bitcoin desapareciera por desavenencias en la comunidad o por cualquier otro motivo, o simplemente su valor de cambio llegase a ser nulo, los titulares lo perderían todo, sin que pudieran reclamarle a un tercero derecho de pago alguno asociado a la titularidad de la criptomoneda. Cuando se crean "ex novo" y los reciben los mineros no se garantiza su valor por un tercero. Ni tampoco cuando se adquieren intercambiándolos por moneda de curso legal u otros criptoactivos, o como pago en una transacción. Ese valor dependerá de alguien, de forma voluntaria, esté interesado en pagar por él.

[41] Los Arts. 1, 94 y 106 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, reconoce que deben contener "un mandato (letra y cheque) o una promesa (pagaré) pura y simple de pagar una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial"

[42] Dado que no tiene el respaldo de ningún banco central, siguiendo la interpretación de la DGT estaríamos ante un título valor impropio, según manifestaron, entre otros, E. Hijas Cid *Bitocins: algunas cuestiones jurídicas*, en *Revista El notario del siglo XXI*, n. 66, 2016; M.C. Chamorro Domínguez *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, ponencia impartida el 20 de marzo de 2019 en el evento organizado por Blockchain Intelligence y el Consejo General de Abogacía Española.

[43] E. Hijas Cid *Bitcoins: algunas cuestiones jurídicas*, en *Revista El notario del siglo XXI*, n. 66, 2016; M. González Aparicio *Fiscalidad aplicables a los bitcoines a la luz del ordenamiento tributario español*, en *Revista Técnica Tributaria*, n. 118, 2017 y *Evolución de la calificación jurídico-privada de las criptomonedas en la doctrina de la Dirección General de Tributos*, en la obra colectiva *Tributación de las criptomonedas*, Atelier, 2020, pp. 272 y 273; M.C. Chamorro Domínguez *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, ponencia impartida el 20 de marzo de 2019 en el evento organizado por Blockchain Intelligence y el Consejo General de Abogacía Española.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Por el contrario, en el caso de los cheques, letras de cambio y pagarés, en caso de incumplimiento del deudor, el ordenamiento habilita un procedimiento judicial específico – juicio cambiario – en el art.819 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la reclamación de la deuda.

Las criptomonedas de primera generación no llevan aparejado un derecho de crédito frente a un tercero; el derecho asociado es la titularidad del número de criptomonedas asociadas al par de claves criptográficas.

Cabe señalar que tras la STJUE de 22 octubre 2015, Asunto C-264/14 David Hesqvist, la DGT cambió de criterio en sus Resoluciones posteriores que respondían a consultas sobre el IVA. En concreto a las Consultas V0590-18, de 1 de marzo, V-1748-18, de 18 de junio y V2034-18, de 9 de julio, para acomodarse a la naturaleza jurídica que le había al alto Tribunal Europeo de divisa digital utilizada como medio de pago contractual.

La DGT siguió considerando la actividad de cambio de monedas virtuales como exenta en el IVA, pero ahora, aplicando el precepto que se refiere a las divisas y no el previsto para "otras efectos comerciales" en la Directiva u "otras órdenes de pago" en la Ley 37/1992 del IVA.

Pero paradójicamente, de forma casi coetánea, emitió otras Resoluciones, en este caso en relación al modo de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de distintas operaciones de intercambio de monedas virtuales en las que se manifestó de forma distinta.

En sus Resoluciones a las Consultas V0999-18, de 18 de Abril, y V1149-18, de 8 de mayo, tras reproducir la definición contenida en la Directiva sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, y a falta de un concepto en alguna norma estrictamente tributaria, asumió la definición legal de moneda virtual; y en sus Resoluciones a las Consultas V0999-18, de 18 de Abril y V1149-18, de 8 de mayo añadió que "son bienes inmateriales, computables por unidades o fracciones de unidades, que no son moneda de curso legal, que pueden ser intercambiados por otros bienes, incluyendo otras monedas virtuales, derechos o servicios, si se aceptan por la persona o entidad que transmite el bien o derecho o presta el servicio, y que pueden adquirirse o transmitirse generalmente a cambio de moneda

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

de curso legal. Atendiendo a que cada moneda virtual tiene su origen en un protocolo informático específico, distinto ámbito de aceptación, distinta liquidez, valor y denominación, las distintas monedas virtuales son bienes diferentes".

Pasa a tratarlas en relación al IRPF como bienes inmateriales y, en consecuencia, cuando se entreguen a cambio de otras criptomonedas o de otros bienes distintos al dinero, se producirá una permuta a efectos del IRPF.

Parece que la DGT no se siente cómoda con la calificación de la naturaleza jurídica que le otorgó el TJUE en 2015 y decide restringirla a al IVA, en el que está obligado a hacerlo. Sin embargo, cambia esa calificación para otros, como el IRPF, en los que la posición del TJUE no le vincula.

Parecería que a juicio de la DGT las criptomomendas padecen lo que se conoce en psicología como un trastorno de identidad disociativo, caracterizado por la existencia de dos identidades diferenciadas en un mismo individuo. En este caso, dos naturalezas distintas dependiendo del tributo en el que se califiquen las operaciones: el IVA o el IRPF.

Así, en 2019 y 2021 ha tenido la oportunidad de pronunciarse nuevamente en relación al IVA, en sus Resoluciones a la Consultas V3513/19, de 20 diciembre y V1885/21, de 16 junio, manteniendo que "*los* bitcoins*, criptomonedas y demás monedas digitales son divisas por lo que los servicios financieros vinculados con las mismas están exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido en los términos establecidos en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992*".

Mientras que en 2021 y 2022 lo ha hecho en relación al IRPF, en sus Resoluciones a las Consultas V1948-21, de 21 de junio, y V1579/22, de 30 junio, calificándolas como *bienes inmateriales*.

Habrá que estar atento a la evolución del "paciente tributario" para comprobar si en el futuro se pone fin a esa disociación o se mantiene. De momento, se mantiene.

3.3. *Tribunal Supremo Español: Activo patrimonial inmaterial*

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, en su Sentencia 326/2019, de 20 junio, relacionada con un caso de estafa con *bitcoins*, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre su naturaleza jurídica.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La estafa consistió en convencer a los estafados para que entregaran dinero que se dedicaría a la compra venta de *bitcoins* a través de un sofisticado programa informático. Éste supuestamente combinaba herramientas tecnológicas para obtener información del mercado que procesaba mediante algoritmos informáticos diseñados específicamente para ejecutar múltiples órdenes de compra-venta en fracciones cortas de tiempo, con el objetivo de obtener beneficios. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó al acusado, consideró probado que esas operaciones no llegaron a efectuarse, apropiándose del dinero el acusado.

Los estafados solicitaron que la restitución de la cosa objeto del delito fueran los *bitcoins* que debía haber comprado inicialmente, haciendo frente así a la responsabilidad civil derivada del mismo. La Sala desestimó esta petición porque entendió que "*no fueron despojados de* bitcoins *que deban serles retornados, sino que el acto de disposición patrimonial que debe resarcirse se materializó sobre el dinero en euros que, por el engaño inherente a la estafa, entregaron al acusado para invertir en activos de este tipo*".

En el desarrollo de su argumentación el Tribunal Supremo realizó algunas apreciaciones sobre el bitcoin, no del todo precisas[44]. Sin embargo, lo realmente interesante es su posición en relación a su naturaleza jurídica, manifestando que "*no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading bitcoin*".

Añade además que es un activo inmaterial que puede utilizarse como "*contraprestación o intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten, pero en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal, dado que la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico indica en su artículo 1.2 que por dinero electrónico se entiende solo el " valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efec-*

[44] Por ejemplo, que no puede ser objeto de retorno; o que se crearon 21 millones de estas unidades cuando aún no se ha alcanzado esa cifra.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

tuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico".

El Tribunal Supremo afirma que los *bitcoins* no son legalmente ni moneda de curso legal ni dinero electrónico.

Misma posición que el de Banco de España, que entiende que el dinero electrónico es un instrumento financiero que nos permite realizar pagos y transferencias con un dispositivo electrónico que almacena el dinero oficial de un país[45]; y en términos similares, el GAFI manifestó que la moneda virtual es distinta al dinero electrónico, entendiendo que este "*es un mecanismo de transferencia digital para moneda fíat, es decir, electrónicamente transfiere el valor que tiene la condición de moneda de curso le*gal"[46].

Con el dinero electrónico se formaliza un contrato entre la entidad que lo emite y el titular. Aquella emitirá a favor de éste el dinero electrónico, a cambio de la entrega de moneda de curso legal equivalente; y se hace con el propósito de que éste efectúe pagos, que, en última instancia, se transformarán en moneda de curso legal para el destinatario.

Además, estas entidades emisoras no pueden recibir fondos por encima del valor monetario emitido. Transforman el dinero de curso legal del titular en dinero electrónico, una representación digital, a través del cual éste puede hacer pagos en los establecimientos autorizados, entidades siempre diferentes a aquella que lo emite.

Uno de los rasgos que lo hace atractivo es que evita o cuanto menos reduce que se faciliten datos sensibles en las transacciones de pago. Así ocurre con los pagos mediante una tarjeta prepago recargable emitida por una entidad de dinero electrónico con un determinado límite (dinero electrónico unido a una tarjeta); o mediante paypal o bizum (dinero electrónico software).

[45] Banco de España *Especial Criptoactivos. Informe de Estabilidad Financiera*, Primavera de 2022, p. 167.

[46] Informe del GAFI *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, junio 2014. Incluido como Apéndice A del Informe GAFI *Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales*, Junio 2015, p. 28.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Por otro lado, cuando el titular del dinero electrónico solicite su reembolso, el emisor está obligado a hacerlo en todo momento y por el valor monetario del que se disponga, informando en el contrato de emisión de posibles gastos asociados a éste.

En definitiva, en las operaciones con dinero electrónico siempre habrá un tercero, el emisor, que participará en el proceso de pago que se realizará, en última instancia, con euros u otra moneda de curso legal.

Las diferencias con las monedas virtuales son evidentes. El dinero electrónico no se genera *ex novo,* sino que va precedido de la entrega de moneda de curso legal al emisor. Por el contrario, en las criptomonedas de primera generación, como el bitcoin, lo reciben los mineros como recompensa por aplicar la potencia computacional y resolver el problema planteado (prueba de trabajo); mientras que en otras se adquieren por la acumulación de monedas virtuales (prueba de participación). Por tanto, la creación *ex novo* de las monedas virtuales se realiza sin la entrega a cambio de moneda de curso legal, u otro bien o servicio a favor de un tercero, establecida contractualmente.

En consecuencia, no hay un régimen de reembolso. Tampoco lo hay en aquellos casos en los que las monedas virtuales se adquieren al ser intercambiadas por dinero de curso legal, otras criptomonedas u otros activos. No ocurre así con el dinero electrónico, cuyo régimen jurídico incorpora siempre el derecho de reembolso a la moneda de curso legal entregada.

Finalmente, el dinero electrónico siempre requiere la participación del emisor en el proceso de pago; mientras que si se utilizan monedas virtuales con este fin, puede llegar a hacerse sin intermediarios. Utilizarlos será opcional para las partes.

Todas estas diferencias en su funcionamiento y régimen jurídico apoyan la posición del Tribunal Supremo que niega que el bitcoin sea dinero electrónico; y eso lo lleva a calificarlo como activo inmaterial patrimonial.

3.4. *Naturaleza prevalente*

Jurídicamente es relevante el hecho de que sólo el euro es una moneda que tiene curso legal en los países de la zona del euro[47]. La

[47] Art.10 Reglamento (CE) nº 974/98 del Consejo, de 3 de mayo de 1998 sobre la introducción del euro.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

consecuencia es que por ley deben ser aceptados como pago de una deuda dentro de esos países, sin perjuicio de las limitación de pagos en efectivo que han aprobado numerosos Estados como medida en la lucha contra el fraude y el blanqueo de capitales.

Sin embargo, las criptomonedas no son euros. Ninguna ha sido declarada hasta ahora moneda oficial de un Estado, ni de curso legal[48], por lo que ningún acreedor está obligado a aceptar el pago con ellas para liberar a un deudor de su deuda. Esto significa que las monedas virtuales sólo pueden utilizarse como forma de pago voluntaria, cuando existe un acuerdo previo entre las partes para aceptarla.

Es evidente que este es un rasgo que podría cambiar si los Estados modificaran su regulación. Sin embargo, mientras no lo hagan, jurídicamente es determinante, extendiendo sus efectos al plano económico.

Las monedas virtuales no cumplen con las principales funciones que debe tener el dinero, que no son otras que ser un medio de intercambio generalmente aceptado, para lo cual debe utilizarse también como unidad de cuenta en la fijación de precios. A estas también se le atribuye una tercera, ser un depósito de valor, si bien consideramos que esta finalidad es menos relevante por la existencia de otros activos más apropiados donde depositar el ahorro.

El dinero se utiliza como medio de pago en el comercio para evitar los inconvenientes de un sistema de trueque. Si alguna criptomoneda fuera admitida como moneda de curso legal surgiría la obligatoriedad de aceptarlas y su uso como medio de pago se generalizaría. Pero en el escenario actual, en el que las partes deciden voluntariamente utilizarlas o no hacerlo, dos factores interrelacionados resultan esenciales para explicar su baja aceptación: su extrema volatilidad y la falta de respaldo.

Para que una moneda sea admitida en cualquier transacción económica sin que ninguna de las partes cuestione si su valor facial coincide con su valor real, debe estar respaldada y que genere suficiente confianza, de manera que el que la reciba sepa que puede ser utilizada en otras transacciones sin que terceros la discutan.

[48] A excepción de El Salvador, con el bitcoin.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Si tomamos como referencia el bitcoin no hay un Banco Central, ni otra institución que inspire suficiente confianza que se comprometa a adoptar medidas para mantener estable su valor. Además de los euros emitidos en monedas y billetes físicos, el dinero también adopta la forma de saldos de depósitos bancarios en forma electrónica. Si comparamos las criptomomendas con los depósitos bancarios, tampoco existe un mecanismo similar al fondo de garantía de depósitos que las garantice, total o parcialmente.

Así, si una entidad financiera tradicional quiebra, entrará en escena el fondo de garantía de depósitos bancarios garantizando legalmente hasta 100.000 euros por titular. Por el contrario, si se entrega a una entidad monedero las claves privadas asociadas a la titularidad de las criptomonedas y ésta quiebra, o desaparece, hay un alto riesgo de perderlas, sin que haya una institución externa que, en última instancia, garantice la recuperación, total o parcial, de las mismas.

La falta de respaldo acentúa los movimientos especulativos y la volatilidad, en términos comparativos, se eleva, lo que rebaja sensiblemente el atractivo de las criptomonedas como un depósito de valor y unidad de cuenta fiable, al menos, en los Estados desarrollados con una moneda de curso legal y una economía estable.

En efecto, el dinero puede acumularse como fuente de riqueza y materializarse posteriormente en bienes y servicios; y de la misma forma actúa como unidad numérica estándar para la medición del valor de estos, fijando el precio. La volatilidad que ha acompañado a criptomonedas como bitcoin o ether afecta directamente al poder adquitivo de sus titulares y genera incertidumbre para usarlas como instrumentos de ahorro fiables e, igualmente, para la fijación de precios, derechos y obligaciones. Existen otros activos mucho menos volátiles en los que depositar el ahorro e, igualmente, no hay motivos que justifiquen sustituir a las monedas de curso legal para fijar los precios o cuantificar derecho y obligaciones.

Ahora bien, en economías pobres, en vías de desarrollo o emergentes en las que existe una alarmante falta de confianza su moneda de curso legal, en la labor de los bancos centrales para estabilizarla y en la marcha de su economía (inflación, crisis, desempleo, etc.) y en las que invertir en moneda extranjera está prohibido o tiene fuertes restricciones, atesorar los ahorros en monedas virtuales puede resultar más atractivo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Como también puede serlo, para aquella parte de la población mundial que no tienen posibilidades reales de abrirse una cuenta corriente y operar electrónicamente (pobreza extrema, situación geográfica, ausencia de red bancaria). El bitcoin puede ser una alternativa como unidad de valor para depositar el ahorro y como medio de acceso al pago de bienes y servicios por internet, facilitando su inclusión financiera.

En cualquier caso, cabe preguntarse si uno de los objetivos originales de los impulsores del bitcoin o de otras criptomonedas similares, convertirlas en monedas universalmente aceptadas en la red como medio de pago, se ha alcanzado en los países desarrollados. Para responder a esta pregunta, basta interrogarnos sobre cuantos comercios virtuales (y físicos) que frecuentamos admiten como medio de pago bitcoin u otra moneda virtual. Muy pocos en términos relativos. Su uso como medio de pago en Europa es escasísimo, casi irrelevante. Su utilización actual dista mucho de cómo se esperaba que fueran a utilizarse cuando se concibieron. Que no hayan sido aceptadas como monedas de curso legal, la volatilidad y la falta de respaldo son los factores que, de momento, lo han impedido.

Sin embargo, de forma paradójica, ha seguido despertando el interés de numerosas personas en países desarrollados. Si excluimos a aquellos que quieren aprovechar su pseudoanonimato para escapar al control administrativo o utilizarlas en actividades delictivas, el motivo esencial de aquellos que las adquieren es intentar lucrarse con ellas.

A algunos les generarán rentas que procederán del ejercicio de una actividad que gira en torno a ellas: los mineros que esperan obtener la recompensa en forma de nuevas criptomomendas, los sujetos que la ceden temporalmente a nodos a cambio de un interés o las entidades que las compran para cambiarlas por otras criptomonedas o por monedas de curso legal, cobrando por ello una comisión.

A otros, la inmensa mayoría, porque confían en su revalorización futura, viéndolas como un activo de inversión que les generará plusvalías cuando decidan transmitirlas[49].

[49] Numerosos factores entran en juego para ello. Por mencionar solo algunos, el número importante de potenciales adquirentes (basta un dispositivo y acceso a internet); instrumento para transmitir riqueza de forma rápida a nivel mundial; tipos de interés bajos y ausencia de alternativas de inversión claramente rentables, como

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

La moneda de curso legal puede ser en sí misma un valor refugio, un instrumento que también se utilice como inversión por su fortaleza en términos comparativos. Sin embargo, esa finalidad quedará supeditada a sus finalidades primordiales, ser un medio de pago aceptado de forma generalizada y que se utilice como unidad de cuenta para la fijación de precios. Lo cierto es que las criptomonedas actualmente no lo son, sin perjuicio de que este análisis deba ser revisado en el futuro.

Por ello creemos que, en el contexto actual, su naturaleza, económica y jurídica se asemeja más, a un activo de inversión[50], en muchos casos con carácter especulativo, que a una moneda.

Atendiendo a todo lo expuesto hasta el momento, a su doble naturaleza como monedas virtuales y cómo criptoactivos, y a su uso prevalente como activo inmaterial de inversión, podemos definir a las criptomonedas de primera generación como "*una representación digital de valor que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos, mediante la tecnología de registro distribuido – u otra similar – y técnicas criptográficas; no emitidas ni garantizadas por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociadas a una moneda establecida legalmente, que no poseen el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que pueden ser aceptadas por algunas personas como medio de cambio, utilizándose mayoritariamente en el mercado con fines de inversión, sin perjuicio de otros posibles usos*".

ocurrió en Europa y EE.UU tras la crisis de 2008; el carácter limitado del número de *bitcoins* en circulación; su progresivo conocimiento por la población; una alternativa de inversión atractiva en ciertas economías subdesarrolladas y en vías de desarrollo; y por supuesto, el interés de todos aquellos que desean escapar del control administrativo.

[50] Informes del Banco Central Europeo *Virtual currency schemes – a further Analysis*, 2015, pag.23; Informe del Banco de España *Especial Criptoactivos. Informe de Estabilidad Financiera*, Primavera de 2022, p. 154.

También algunos autores como J. Pedreira Menendez y B. Alvárez Perez *Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (Bitcoins) en las empresas*, en *Quincena Fiscal*, n. 3, 2018; J. Pedreira *Las nuevas monedas digitales (bitcoins): problemas en su regulación*, en la obra colectiva *Fiscalidad de la Colaboración Social*, Aranzadi, 2018 L.M. Romero Flor *Tributación del bitcoin*, en *Quincena Fiscal*, n. 1, 2022.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

4. *Naturaleza de las criptomonedas con respaldo: stablecoins*

Para frenar la volatilidad de las cotizaciones y mantener su valor estable en el tiempo, en el sector privado han surgido las denominadas *stablecoins* o monedas virtuales con respaldo.

En realidad se trata de una modalidad de *tokens* o fichas que representarán digitalmente un valor o derecho en el marco del proyecto en el que han sido creados. En este caso, el derecho al activo o activos que lo respaldan. Así, se dice que los *tokens* siempre representan un derecho a cierto activo frente a las criptomonedas de primera generación que no incorporan derechos o facultades intrínsecas[51].

Las criptomonedas con respaldo se encuentran asociadas a uno o varios activos subyacentes y prevén mecanismos automáticos de estabilización de su valor. Dependiendo de cada caso, esos activos subyacentes pueden ser monedas de curso legal, oro, deuda pública u otros criptoactivos, si bien las más exitosos son las que van asociados a una moneda de curso legal fuerte, como tether, que es la que goza de mayor volumen de negociación en el mercado y que utiliza como activo subyacente el dólar[52].

Para estabilizar una *stablecoin* se requiere que la entidad emisora adapte la oferta a las fluctuaciones de demanda, interviniendo activamente en los mercados. Así, tether aspira a tener un valor paritario con él dolar. Para lograrlo, cuando su cotización lo supere, la entidad emisora debería reaccionar emitiendo o vendiendo más monedas virtuales para reducir su precio relativo en el mercado; y si la cotización bajara, igualmente deberían intervenir adquiriéndolas, para elevarlo y recuperar la estabilidad[53].

[51] M. Barrio Andrés *Concepto y clases de criptoactivos*, en *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, 2021.

[52] D. Bullmann, J. Klemm and A. Pinnna, *In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the*

solution?, en *ECB Occasional Paper Series*, n. 230, 2019; Banco Central Europeo *Stablecoins: Implications for monetary policy, financial stability, market infrastructure and payments, and banking supervision in the euro area*, en *ECB Occasional Paper Series*, n. 247, 2020.

[53] C. Catalini y A. De Gortari *On the Economic Design of Stablecoins*, 2021. https://papers.ssrn.com/

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Por tanto, la confianza en este tipo de monedas virtuales con respaldo se traslada a la entidad emisora y a la solidez del activo o los activos subyacentes. La solvencia, la reserva del activo/s de referencia que mantenga, el cumplimiento adecuado de sus obligaciones para conseguir estabilizar su valor y la expectativa de que siga haciéndolo en el futuro, será la clave para que la *stablecoin* sea aceptada por el mercado, tenga un volumen de operaciones alto y mantenga estable su precio o, por el contrario, sea rechazada y fracase. Siempre habrá un cierto riesgo[54].

4.1. *Tokens o fichas de dinero electrónico*

La propuesta de Reglamento MiCA de la UE regula las stablecoins, distinguiendo dos tipos. Cuando solo se referencian al valor de una única moneda de curso legal, los califica como fichas o *tokens* de dinero electrónico (*Electronic money tokens*).

Tienen rasgos y funcionalidad similares al dinero electrónico. Al igual que éste, son un sustituto electrónico de las monedas y los billetes físicos, activo subyacente al que pretenden equipar su valor, y se pueden emplear para efectuar pagos.

Son un tipo de criptoactivo y, además, una modalidad de moneda virtual. En concreto, una tipología de criptomoneda de segunda generación, que utilizan como activo subyacente una moneda de curso legal.

Como en el caso del dinero electrónico surge una entidad emisora, que ahora se encarga de garantizar que el token o ficha tenga un valor equivalente a la moneda de curso legal a la que está referenciada.

La propuesta de Reglamento MiCA los equipara a dinero electrónico por sus rasgos y funcionalidad y en consecuencia le atribuye un régimen jurídico similar a éste. Los considera dinero electrónico a los efectos de la Directiva 2009/110/CE. Sin embargo, éstos *tokens* o

[54] *Iron* es un ejemplo de rechazo del valor de una stablecoin con respaldo de otros criptoactivos. Estaba parcialmente respaldada por el criptoactivo *Titan*, pero el 16 de junio de 2021, tras la pérdida del valor total de éste, tuvo que suspender su convertibilidad. FMI *Global Financial Stability Report*, 2021, concretamente en el Capítulo 2 *The Crypto Ecosystem and Financial Stability Challenges*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

fichas y las entidades que lo emiten no se regirán por esta Directiva, sino por el Reglamento MiCA. Son criptoactivos y pueden plantear nuevos retos en términos de protección de los consumidores e integridad del mercado, por lo que el legislador europeo consideró que deben someterse igualmente al resto de normas establecidas en éste.

En cualquier caso la Propuesta de Reglamento MiCA contempla un régimen jurídico, artículos 43 y siguientes, que comparte los principales rasgos con el previsto para el dinero electrónico.

Así, solo serían aceptadas legalmente cuando el emisor este autorizado a operar como entidad de crédito o como entidad de dinero electrónico en la UE[55].

Igualmente reconoce que las fichas de dinero electrónico deben emitirse a la par con la moneda a la que estén referenciadas y al recibo de los fondos. Se le reconoce al titular el crédito frente al emisor y se le otorga el derecho de reembolso en cualquier momento y por ese valor, sin perjuicio, en su caso, del cobro de alguna comisión proporcionada y que debe venir descrita previamente en el libro blanco de emisión del criptoactivo.

Respecto al uso que los emisores le den a los fondos que reciban a cambio de los *tokens* o fichas de dinero electrónico, deben invertirlos en activos seguros y de bajo riesgo de conformidad con el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2009/110/CE de dinero electrónico, denominados en la misma moneda de referencia del token.

Impide a los emisores de fichas de dinero electrónico y los proveedores de servicios de criptoactivos conceder intereses a los titulares de las fichas de dinero electrónico. Adicionalmente, establece diversas exigencias a las entidades emisoras para garantizar la transparencia y la seguridad de los posibles interesados[56]

[55] Entidad de crédito, en el sentido del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión; o por una entidad de dinero electrónico autorizada en virtud de la indicada Directiva 2009/110/CE.

[56] Requisitos que debe cumplir el libro blanco de criptoactivos que acompaña a la emisión de fichas de dinero electrónico, como por ejemplo: descripción del emisor, descripción pormenorizada del proyecto del emisor, indicación de si se trata de una oferta pública de fichas de dinero electrónico o de la admisión de estas en una plataforma de negociación, así como información sobre los riesgos asociados al emisor de dinero electrónico, a las fichas de dinero electrónico y a la realización de todo posible

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Notemos que la aprobación de la propuesta de Reglamento MiCA supondrá que se prohibirá a nivel europeo las criptomonedas con respaldo emitidas por un emisor que no esté autorizado a operar como entidad de crédito o como entidad de dinero electrónico en la UE. Por tanto, por primera vez ciertos criptoactivos, aquellos que no reunan ciertas garantías, estará prohibidos.

En cualquier caso, en lo referente a su naturaleza jurídica, las fichas o *tokens* de dinero electrónico se asimilan a éste.

4.2. *Tokens o fichas referenciadas a activos*

El resto de stablecoins conformarían el segundo grupo regulado en la Propuesta de Reglamento MiCA de la UE, denominados *tokens* o fichas referenciadas a activos (ART)[57]. A fin de mantener un valor estable se referencian al valor de varias monedas de curso legal, materias primas, otros criptoactivos o una combinación de éstos.

No hay una vinculación directa con una sola moneda de curso legal, ni su régimen jurídico es tan garantista como el de las fichas de dinero electrónico. Su naturaleza jurídica no sería asimilable a la del dinero electrónico.

Se trataría de bienes muebles inmateriales cuya naturaleza se acercaría más a la de un valor negociable, instrumento financiero comprendido en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, al tratarse de un derecho de contenido patrimonial susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero[58].

proyecto. También el régimen de responsabilidad en caso de incumplimiento que se deriva del libro blanco de criptoactivos en relación con las fichas de dinero electrónico. Por último, los requisitos aplicables a las posibles comunicaciones publicitarias en relación con una oferta de fichas de dinero electrónico

[57] Acrónimo que corresponde a la expresión inglesa "Asset Referenced Tokens".

[58] El Anexo de esta norma los define como "cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero incluyendo las siguientes categorías de valores, con excepción de los instrumentos de pago:

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Las criptomonedas de primera generación no incorporan un derecho y solo se pueden convertir en una moneda de curso legal o en otro bien, si alguien voluntariamente accede al intercambio, por lo que se ha cuestionado que su naturaleza fuera asimilable a la de un título valor o a un valor negociable[59].

Sin embargo, los *tokens* o fichas referenciadas activos si contienen un derecho, en este caso, conforme a las condiciones establecidas en su emisión a la garantía que se deriven de sus activos subyacentes.

Por otro lado, la definición de valores negociables excluye a los instrumentos de pago pero lo cierto es que este tipo de stablecoins no han adquirido un uso generalizado como medio pago, siendo utilizados esencialmente con fines de inversión.

Tal y como hemos apuntado previamente para las criptomonedas de primera generación, consideramos que su naturaleza prevalente no sería un medio de pago, sino de inversión, por lo que no deberían quedar excluidos de este concepto

Finalmente, en lo que respecta al título, la representación de estos criptoactivos es asimilable a las anotaciones en cuenta de los valores negociables. En efecto la mecánica seguida por la tecnología de re-

1.º Acciones de sociedades y otros valores equiparables a las acciones de sociedades, y recibos de depositario.

2.º Bonos y obligaciones u otras formas de deuda titulizada, incluidos los recibos de depositario representativos de tales valores. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por representativos de acciones los valores negociables en el mercado de capitales, que representan la propiedad de los valores de un emisor no residente, y pueden ser admitidos a negociación en un mercado regulado y negociados con independencia de los valores del emisor no residente.

3.º Los demás valores que dan derecho a adquirir o a vender tales valores negociables o que dan lugar a una liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas.

[59] E. Hijas Cid *Bitcoins: algunas cuestiones jurídicas*, en *Revista El notario del siglo XXI*, n. 66, 2016; M. GONZÁLEZ APARICIO *Fiscalidad aplicables a los bitcoines a la luz del ordenamiento tributario español*, en *Revista Técnica Tributaria*, n. 118, 2017 y *Evolución de la calificación jurídico-privada de las criptomonedas en la doctrina de la Dirección General de Tributos*, en la obra colectiva *Tributación de las criptomonedas*, Atelier, 2020; M.C. Chamorro Domínguez *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, ponencia impartida el 20 de marzo de 2019 en el evento organizado por Blockchain Intelligence y el Consejo General de Abogacía Española;

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

gistro descentralizado y las anotaciones en el Libro registro guardan cierto paralelismo con el sistema de anotaciones en cuenta que siguen actualmente los valores negociables en mercados como la bolsa.

Por tanto, la ausencia de un título material del criptoactivo no justificaría que quedara excluido de su consideración como valor negociable[60].

5. *Conclusiones*

Los criptoactivos no tienen una naturaleza jurídica única. Pese a que compartan una base tecnológica común – tecnología de registro distribuido y criptografía – y supongan una representación digital de valor, existen diferencias notables en sus caracteres, la finalidad que persiguen y el uso que sus titulares le dan, impidiendo tratarlos como elementos con una naturaleza jurídica homogénea[61].

En relación a las criptomonedas de primera generación, como el bitcoin, no compartimos la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al calificarlos como una divisa digital, no tradicional, utilizada como medio de pago.

Nos posicionamos con la tesis del Tribunal Supremo español que lo califica como activo inmaterial patrimonial, similar a la calificación que realiza la DGT como bien inmaterial en relación al IRPF.

Nuestra calificación cambia para los *tokens* o fichas de dinero electrónico que regula la Propuesta de Reglamento MiCA de la Unión Europa. Por sus rasgos, funcionalidad y régimen jurídico, se asemejan al dinero electrónico.

[60] En sentido contrario para las critpomonedas de primera generación, Pedreira indica que no sería posible porque excluye de esta categoría a los medios de pago y el Bitcoin puede utilizarse con esta finalidad. J. P Pedreira *Las nuevas monedas digitales (*bitcoins*): problemas en su regulación*, en la obra colectiva *Fiscalidad de la Colaboración Social*, Aranzadi, 2018.

Sin embargo, tal y como venimos apuntando, la naturaleza prevalente de las criptomonedas actualmente no es la de un medio de pago.

[61] En EE.UU. no ha habido inicialmente una diferenciación clara de las distintas modalidades lo que es abiertamente criticado por C.R. Goforth *U.S. Law: Crypto is Money, Property, a Commodity, and a Security, all at the same time*, en Journal of Financial Transformation, Forthcoming, October 25, 2018.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Finalmente, el resto *stablecoins* o criptomonedas con respaldo, calificadas en la Propuesta de Reglamento MiCA como *tokens* o fichas referenciadas a activos, tendrían una naturaleza de bienes inmateriales más concreta, cercana a los valores negociables. Se podrían asimilar a un instrumento financiero comprendido en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, al tratarse de un derecho de contenido patrimonial susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero, no teniendo como naturaleza prevalente ser un medio de pago.

Nos posicionamos con la tesis del Tribunal Supremo español que lo califica como activo inmaterial patrimonial, similar a la calificación que realiza la DGT como bien inmaterial en relación al IRPF.

Nuestra calificación cambia para los *tokens* o fichas de dinero electrónico que regula la Propuesta de Reglamento MiCA de la Unión Europa. Por sus rasgos, funcionalidad y régimen jurídico, se asemejan al dinero electrónico.

Finalmente, el resto *stablecoins* o criptomonedas con respaldo, calificadas en la Propuesta de Reglamento MiCA como *tokens* o fichas referenciadas a activos, tendrían una naturaleza de bienes inmateriales más concreta, cercana a los valores negociables. Se podrían asimilar a un instrumento financiero comprendido en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, al tratarse de un derecho de contenido patrimonial susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero, no teniendo cono naturaleza prevalente ser un medio de pago.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Capítulo VII

Imposición Directa

*Manuel José Castro De Luna**

Sumario: 1. Introducción. – 2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: - 2.1. Minado. - 2.2. Transmisión de criptomonedas en el seno de una actividad profesional realizada por personas físicas o exchangers. - 2.3. Cesión de depósitos de criptomonedas. - 2.4. Transmisión de criptomonedas por persona física realizada al margen de una actividad profesional o empresarial (como inversor). - 2.5. Adquisición de monedas virtuales por la participación en acciones comerciales de un proveedor: recompensas, faucets o grifos. - 2.6. Impuesto de salida o exit tax. – 3. Impuesto sobre la Renta de los No Residentes. – 4. Impuesto sobre Sociedades. – 5. Impuesto sobre Patrimonio. – 6. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: a. Donación de criptomonedas. b. Adquisición mortis causa. – 7. Impuesto sobre Actividades Económicas.

1. *Introducción*

La creciente importancia del uso de criptomonedas en el tráfico jurídico, ha tenido reflejo en la preocupación que las Administraciones tributarias han mostrado sobre el control y tributación de las mismas. Así, en el caso de la Administración tributaria española, ya desde el año 2017 su Plan Anual de Control Tributario y Aduanero[1] señalaba como una de las líneas de investigación a seguir por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante AEAT) el análisis de los nuevos medios de pago que cada vez con mayor fuerza se están implantando – criptomonedas, plataformas mediadoras de

* Doctor en Derecho. Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Hacienda y Función Pública.

[1] Aprobado por Resolución de 19 de enero de 2017, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

pago, pagos desde dispositivos móviles, etc. – ya que pueden facilitar la opacidad de las operaciones.

Por su parte el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero para 2018[2] liga el uso de las criptomonedas con la posible comisión de ilícitos, estableciendo que la AEAT estudiará la incidencia fiscal de nuevas tecnologías como blockchain y, en especial, las criptomonedas, previendo asimismo el seguimiento de las criptomonedas como medio de prevención y represión del contrabando, narcotráfico y blanqueo de capitales dada la posible utilización para la comisión de dichos delitos de criptomonedas tipo bitcoin o similar como medios de pago[3].

Dicha preocupación de la AEAT por el conocimiento sobre la tenencia y control de criptomonedas, alcanza rango legal a través de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego, por medio de la cual se introducen en nuestro Derecho dos nuevas obligaciones de suministro de información a la Administración tributaria[4]:

– Sobre los saldos que mantienen los titulares de monedas virtuales, a cargo de las personas y entidades residentes en España y los establecimientos permanentes en territorio español de personas o

[2] Aprobado por Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

[3] En el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero para 2019 y en el de 2020, aprobados por Resolución de 11 de enero de 2019, y de 21 de enero de 2020 respectivamente, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se incide en la necesidad de análisis y explotación de la información obtenida en el ejercicio anterior de intermediarios y sobre la tenencia y operaciones con monedas virtuales realizadas en España, garantizando la correcta tributación derivada de la titularidad y transmisión de monedas virtuales.

[4] La Ley 11/2021 de 9 de julio, añade dichas obligaciones de información a través de los apartados 6 y 7 a la disposición adicional decimotercera de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

entidades residentes en el extranjero, que proporcionen servicios en nombre de terceros para salvaguardar claves criptográficas privadas que posibilitan la tenencia y utilización de tales monedas, incluidos los proveedores de servicios de cambio de las citadas monedas si también prestan el mencionado servicio de tenencia.

– Acerca de las operaciones sobre monedas virtuales (adquisición, transmisión, permuta, transferencia, cobros y pagos) a cargo de a cargo de las personas y entidades residentes en España y los establecimientos permanentes en territorio español de personas o entidades residentes en el extranjero, que intervengan. Esta misma obligación se extiende a quienes realicen ofertas iniciales de nuevas monedas virtuales.

Asimismo, la Ley 11/2021, de 9 de julio a través de la modificación de la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre, introdujo la obligación de información sobre las monedas virtuales situadas en el extranjero de las que se sea titular, o respecto de las cuales se tenga la condición de beneficiario o autorizado o de alguna otra forma se ostente poder de disposición, así como el régimen sancionador ligado a su incumplimiento, régimen sancionador que ha sido derogado por la disposición final 4 de la Ley 5/2022[5], de 9 de marzo, a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de enero de 2022, que ha considerado incompatible con la libre circulación de capitales garantizada en el art.63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[6] (TFUE) la imprescriptibilidad de las rentas correspondientes a los bienes o derechos situados en el extranjero no declarados o declarados incorrectamente en el modelo 720[7], así como no conforme al principio de proporcionalidad de las sanciones, la sanción del 150% impuesta en el caso de tales incumplimientos[8].

[5] Por la que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas

[6] «DOUE»núm.83, de 30 de marzo de 2010

[7] Modelo 720. Declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero.

[8] Dichas obligaciones de información serán objeto de análisis en el capítulo 4 de esta obra

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Por último, en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2022[9] se prevé el desarrollo normativo de las obligaciones de información establecidas por la Ley 11/2021, de 9 de julio, y el análisis y sistematización de dicha información para verificar la correcta tributación de las operaciones realizadas con cripromonedas.

Para comprender el tratamiento tributario de las operaciones con criptomonedas, partimos del concepto de las mismas contenido en la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (DOUE de 19-06-2018), en la cual se considera como moneda virtual una representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos[10].

[9] Aprobado por Resolución de 26 de enero de 2022, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria: En consecuencia, las actuaciones a realizar en 2022 en materia de monedas virtuales son las siguientes: a) Desarrollo normativo y elaboración de los modelos de declaración para dar cumplimiento a las obligaciones de información que la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal establece para los titulares de monedas virtuales situadas en el extranjero y para proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales y de servicios de custodia de monederos electrónicos. b) Continuación de las tareas iniciadas en años anteriores relativas a la obtención de información procedente de diversas fuentes relacionada con las operaciones realizadas con monedas virtuales. c) Sistematización y análisis de la información obtenida sobre la correcta tributación de las operaciones realizadas y de los fondos utilizados en la adquisición de monedas virtuales. d) Potenciación de las herramientas informáticas necesarias para facilitar las actuaciones de control de las transacciones con monedas virtuales. e) Fortalecimiento de la cooperación internacional y la participación en foros internacionales con el objeto de obtener información sobre operaciones realizadas con monedas virtuales. f) Participación en los grupos de trabajo internacionales en curso sobre la regulación de futuros intercambios de información en materia de monedas virtuales.

[10] Dicha definición ha sido reflejada en nuestro Derecho por el artículo 1.5 de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Partiendo de la anterior definición[11], podemos conceptuar las monedas virtuales como un bien inmaterial, computable por unidades o fracciones de unidades, que no es moneda de curso legal, que puede ser intercambiada por otros bienes, incluyendo otras monedas virtuales, derechos o servicios, si se acepta por la persona o entidad que transmite el bien o derecho o presta el servicio, y que puede adquirirse o transmitirse generalmente a cambio de moneda de curso legal.

En cuanto a la fundamentación jurídica para someter a tributación la tenencia, transmisión y demás operaciones realizadas con criptomonedas, es la general de todos los tributos, encontrando su base constitucional en el art. 31[12] de la Constitución española, desarrollado por el art. 3.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria[13] (en adelante LGT) en tanto que las mismas son una manifestación de la capacidad económica de los contribuyentes.

Ahora bien, al ser el uso de las criptomonedas en el tráfico jurídico y económico un hecho relativamente reciente, no encontramos en las normas tributarias menciones expresas a las mismas, por lo que partiendo de su naturaleza jurídica y concepto deberemos acudir a las normas que sobre interpretación, integración y calificación de las normas se contienen principalmente en los arts. 12 y 13 de la LGT[14]

define moneda virtual desde el 29 de abril de este año, introducido por el apartado uno del artículo tercero del R.D.-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea

[11] Que ha sido plasmada en nuestro país en el art. 1.5 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, introducido por Art. 3.1 RD-Ley 7/2021 de 27 de abril.

[12] Art. 31 Constitución española de 29/12/1978 Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

[13] Art. 3.1 LGT La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos

[14] Art. 12. LGT 1. Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil. 2. En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda.

Art. 13 LGT Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denomi-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

para que las mismas tengan cabida en la regulación de los diferentes impuestos.

Así a falta de regulación expresa y general del tratamiento tributario de las criptomonedas, debemos acudir a la casuística de la resolución de las consultas planteadas a la Dirección General de Tributos[15], en cuyas contestaciones se va dibujando, si bien de forma dispersa, el tratamiento tributario de las mismas.

En dichas Consultas centraremos nuestro análisis tratando de extraer criterios generales de las mismas.

2. *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*

La utilización de criptomonedas en el tráfico jurídico está siendo hasta ahora más usual por personas físicas que en el seno de organizaciones empresariales, de ahí que la Dirección General de Tributos haya tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la tributación de las mismas en el seno del IRPF. Así vamos a referirnos a la tributación de las operaciones consistentes en la generación originaria de criptomonedas (*minado*) y a la transmisión de las mismas ya sea en el ejercicio de una actividad profesional, o al margen de la misma, a título particular.

2.1. *Minado*

La Dirección General de Tributos define el minado como las operaciones que permiten crear nuevos bloques de los que se derivan nuevos *bitcoins* y que son remunerados por el sistema con una cantidad de *bitcoins*[16].

Por su parte para el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas[17] minado es el conjunto de procesos necesarios para validar y procesar las transacciones de una criptomoneda, mediante la resolu-

nación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

[15] Arts. 88 y 89 LGT

[16] CV 2034-18, de 09/07

[17] BOICAC Nº 120 / 2019 Consulta 4

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ción de operaciones criptográficas, que son necesarias para mantener la estabilidad y seguridad de la Red. Este proceso está recompensado con la obtención de criptomonedas

En consecuencia, la creación y asignación de criptomonedas a los mineros en el mercado primario se produce como consecuencia de la resolución por parte de éstos de un problema lógico-matemático que se plantea en la transmisión de dichas criptomonedas en el mercado secundario

Así pues, la minería se plasma en la utilización de sistemas informáticos para la resolución de problemas matemáticos a cambio de una recompensa económica. De esta forma, cuando se verifica un bloque de información, el minero recibe una recompensa en forma de nuevas criptomonedas que se introducen en el mercado.

Dicha recompensa se ha ido reduciendo con el paso del tiempo, y así de los 50 *bitcoins* por bloque por los que se remuneraba inicialmente, ha pasado a los poco más de 6 *bitcoins* por bloque validado en la actualidad.

En cuanto a la calificación fiscal de la renta obtenida por los mineros, en principio caben tres posibilidades teóricas:

– Rendimiento del Trabajo: en primer lugar cabe plantearse la posibilidad de calificar tales rendimientos, como rendimientos del trabajo, lo cual sería posible de acuerdo con el artículo 17 de la LIRPF[18], cuando el minero prestase sus servicios en el seno de la organización de un tercero en régimen de *dependencia* y *ajeneidad* . Ahora bien, no parece ser ésta en la práctica la forma usual de operar, dado que normalmente en el proceso de creación de criptomonedas se desconoce qué persona física o jurídica dirige o controla el proceso de creación de las mismas. Diferente cuestión sería que un trabajador de una entidad como consecuencia de su trabajo en el seno de la misma y en el marco de una relación laboral, percibiera parte de su salario en criptomonedas. En dicho caso no cabe duda de que dicha retribución se calificaría como rendimiento del trabajo, pero no sería adquisición en mercado primario, sino adquisición de critomonedas ya existentes adquiridas por la entidad previamente para satisfacer su salario al trabajador.

[18] Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuesto sobre Sociedades, sobre la Renta de los No Residentes y sobre el Patrimonio.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

– Rendimiento de actividades económicas: otra posibilidad sería calificar los rendimientos obtenidos por los *mineros* por su actividad de resolución de los problemas matemáticos que llevan a la validación de un bloque de información, como rendimientos de actividades económicas, conforme a lo dispuesto en el art. 27.1 LIRPF[19], lo cual parece razonable si se tiene presente que la resolución del problema se va haciendo más compleja conforme se incorporan más nodos, y que dicha actividad requiere la puesta en común de mejores equipos informáticos a los que normalmente es complicado acceder de forma individual, razón por la cual se organizan los llamados *pools de minería* o *granjas de servidores.*

Ahora bien, en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido, la DGT[20], en base a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 5 de febrero de 1981[21] y de 3 de marzo de 1994[22], concluye que *la actividad de minado no conduce a una situación en la que exista una relación entre el proveedor del servicio y el destinatario del mismo y en los que la retribución abonada al prestador del servicio sea el contravalor del servicio prestado… de tal forma que en la actividad de minado no puede identificarse un destinatario o cliente efectivo de la misma en la medida en que los nuevos* bitcoins *son automáticamente generados por la red*, por lo que concluye que la actividad de minado es una operación no sujeta a IVA.

[19] Art. 27 LIRPF. 1. Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

[20] CV 1274-20, de 6/05, CV 2670-18 de 02/10, CV 3625-16 de 31/08.

[21] Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats, Asunto C154-1980 que establece que debe existir una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida para que una prestación de servicios sea gravable por el impuesto (se refiere al IVA).

[22] R.J. Tolsma, Asunto C-16/1993 según la cual …una prestación de servicios sólo se realiza a título oneroso…y por lo tanto sólo es imponible si existe entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

En base a lo anterior parece difícil sostener la calificación de rendimientos de actividades económicas (profesionales) para los mineros, al no existir relación entre quien presta el servicio y el destinatario del mismo, pero cabría argumentar que dichos pronunciamientos lo han sido en el ámbito del IVA y no del IRPF, por lo que en virtud del principio de estanqueidad dicha calificación no tendría por qué vincular la calificación de los mismos en el IRPF.

– Ganancia Patrimonial: La tercera posibilidad teórica de calificación de los rendimientos obtenidos por la actividad de minería, y que sólo resultaría aplicable en caso de que no pudiera aplicarse ninguna de las dos anteriores, en virtud del carácter supletorio con que se regula[23], es la de ganancia patrimonial. Dicha calificación sólo será posible excluida la calificación de tales rendimientos como del trabajo o de actividades económicas. En este caso, y al no derivar de la transmisión de elementos patrimoniales, se integrarían en la Base imponible general del impuesto[24] y se valorarían por su valor de mercado[25], por lo que quedaría pendiente de resolver si podrían deducirse los gastos incurridos en la actividad de minado.

2.2. *Transmisión de criptomonedas en el seno de una actividad profesional realizada por profesionales personas físicas o exchangers*

En el caso de transmisión de criptomonedas por personas físicas que se dedican a la intermediación en la compra-venta de las mismas a cambio del cobro de una comisión utilizando para ello páginas webs o plataformas virtuales que ponen en contacto a demandantes y oferentes, en la medida en la que cumplan los requisitos del artículo 27.1 LIRPF anteriormente citado, dichos serán calificados como ren-

[23] Art. 33 LIRPF: Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos.

[24] Arts. 45 y 46 b) LIRPF.

[25] Art.37.1.l) LIRPF En las incorporaciones de bienes o derechos que no deriven de una transmisión, se computará como ganancia patrimonial el valor de mercado de aquéllos.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

dimiento de actividades económicas[26], determinándose el importe de los mismos por la comisión[27] cobrada a los intervinientes.

Dichos rendimientos se determinarían por el método de estimación directa normal o simplificada dependiendo del volumen de dichos ingresos[28], admitiéndose la deducción de los gastos incurridos para la obtención de los mismos e integrándose en la Base imponible general del impuesto.

2.3. *Cesión de depósitos de criptomonedas*

La calificación tributaria de la rentabilidad obtenida por el *staking* o depósito de las monedas virtuales en un *smart contract* (plataformas como LBRy o Trezor Tron ofrecen una rentabilidad por cesiones de depósito de criptomonedas que se realicen) únicamente había sido tratada por la DGT a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido[29],

[26] En la medida en que dicha actividad suponga por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

[27] CV 2228-13 de 8/07, dictada a efectos del Impuesto sobre Sociedades, pero aplicable al IRPF en virtud de la remisión que a la LIS realiza el art. 28 LIRF, según la cual: en la realización de operaciones de venta y compra de moneda virtual a clientes particulares, a cambio de percibir o entregar un importe en dinero de curso legal, el cambista deducirá una comisión cifrada en un porcentaje sobre la cuantía de la operación, la cual constituye su beneficio por prestar dicho servicio, dado que el particular lo que efectúa es una operación de compra (o en su caso de venta) de un medio de pago (la moneda virtual), no emitido por el vendedor, que puede consumir mediante su utilización en la adquisición de bienes o servicios.

[28] Arts. 28 y 30 LIRPF.

[29] CV 2679-21 de 05/11. El "staking" es una alternativa a la minería para la generación y validación de bloques. En lugar de generar estos bloques mediante computación, en el "staking" se requieren validadores que dejan bloqueados en depósitos sus monedas para así poder ser aleatoriamente seleccionados por el protocolo, en intervalos concretos, para crear un bloque, lo que les genera rentabilidad. En esta modalidad de inversión, los titulares de criptomonedasutilizan sus propias monedas digitales para actualizar la cadena de bloques y a cambio, reciben una retribución. El inversor utiliza suscriptomonedaspara colocarlos a disposición del sistema y contribuir al funcionamiento de una red blockchain. Las monedas depositadas se guardan en una billetera digital. De esta manera, las criptomonedas respaldan la seguridad y el funcionamiento de una red blockchain.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

no así a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, estableciendo que rentabilidad obtenida por el *staking* por los titulares de lascriptomonedasque tengan la condición de empresarios o profesionales constituye una operación sujeta pero exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido, de conformidad con lo señalado en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992 (exención de las operaciones financieras), dado que dicha rentabilidad es el resultado de la propia cesión de lascriptomonedas y dada su similitud con las cesiones de depósitos de dinero de curso legal. De acuerdo con dicha calificación, recientemente la DGT[30], ha establecido que tales rendimientos deberán calificarse como rendimientos íntegros del capital mobiliario obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios[31] satisfechos en especie, y que se han de valorar por su valor de mercado en euros el día de su percepción. En cuanto a la retención, dicha renta está sujeta a retención, si bien, en la medida en que los rendimientos se obtengan directamente del propio sistema, no cabe considerar que exista un obligado a retener o ingresar a cuenta en los términos del art. 76 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[32], de manera que no se efectuará ingreso a cuenta sobre los citados rendimientos.

En definitva, el proceso de staking permite al propietario de lascriptomonedas mantenerlas bloqueadas en una billetera digital con la finalidad de recibir ganancias. Los saldos están bloqueados y el inversor no puede usarlos libremente. Al mismo tiempo que se contribuye con la operatividad y funcionamiento de la blockchain de esa misma criptomoneda. De esta forma, se emplean lascriptomonedasalmacenadas como forma para verificar las transacciones dentro de las blockchains.

[30] CV 1766-22, de 26/07.

[31] Art.25.2 LIRPF. Rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. Tienen esta consideración las contraprestaciones de todo tipo, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, como los intereses y cualquier otra forma de retribución pactada como remuneración por tal cesión, así como las derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos.

[32] Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de febrero.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

2.4. *Transmisión de criptomonedas por persona física realizada al margen de una actividad profesional o empresarial (como inversor)*

Partiendo de la consideración de las criptomonedas como bienes inmateriales, computables por unidades o fracciones de unidades, que no son moneda de curso legal, que pueden ser intercambiados por otros bienes, incluyendo otras monedas virtuales, derechos o servicios, si se aceptan por la persona o entidad que transmite el bien o derecho o presta el servicio, y que pueden adquirirse o transmitirse generalmente a cambio de moneda de curso legal, en la transmisión de criptomonedas por personas físicas, realizadas a título particular, es decir, al margen de una actividad económica, podemos distinguir varias situaciones:

– Entrega de criptomonedas a cambio de euros.

– Entrega de criptomonedas a cambio de una divisa extranjera, (ejemplo dólares) o de otra criptomoneda, que tendrá la consideración de permuta[33].

– Entrega de criptomonedas a cambio de bienes o servicios, teniendo también en este caso la calificación de permuta, ya que las criptomonedas se entregan a un tercero que lo admite como medio de pago en contraprestación a bienes entregados o servicios prestados.

En los tres casos la posible renta obtenida por la persona física será una ganancia o pérdida patrimonial en la medida en que se cumpla lo establecido por el artículo 33.1 de la LIRPF, esto es:

– Que se produzca una variación en el valor del patrimonio del contribuyente

– Que dicha variación esté motivada por una alteración en la composición de dicho patrimonio

– Que la renta no se califique legalmente como rendimiento (ya sea del trabajo, de actividades económicas o del capital mobiliario).

Si bien, como a continuación veremos, la cuantificación de dicha ganancia o pérdida patrimonial será diferente, ya que en el primer

[33] Art. 1538 del Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

caso (intercambio de criptomonedas por euros u otra divisa) se someterá a la regla general[34] de cuantificación de las ganancias y pérdidas patrimoniales, mientras que en el caso de las permutas su cuantificación se someterá a lo dispuesto en el art.37.1.h) LIRPF.

a. *Cuantificación de la ganancia o pérdida patrimonial*[35]

Como regla general conforme a lo dispuesto en el artículo 34 LIRPF el importe de la ganancia o pérdida patrimonial se cuantificará por diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición.

En el caso de que la operación se califique como permuta (en casos en que se transmita a cambio de una divisa extranjera, de otra criptomoneda o de bienes o servicios) será de aplicación la regla específica del artículo 37.1 h) LIRPF según la cual la ganancia o pérdida patrimonial se determinará por diferencia entre el valor de adquisición del bien o derecho que se cede (la criptomoneda) y el mayor de los siguientes:

– Valor de mercado del bien o derecho entregado (en nuestro caso la criptomoneda que se entrega) o

– Valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio (sea otra critomoneda, una divisa, o un bien o servicio.

Teniendo presente que conforme a lo dispuesto en el art. 35.1 y 2 LIRPF, en ambos casos, para la determinación tanto del valor de adquisición (se sumarán a dicho valor), como del valor de transmisión (se restarán del mismo) se computarán los gastos o comisiones satisfechos a las casas de cambio o *exchange houses*, por la adquisición o transmisión de las criptomonedas, siempre y cuando dichos gastos o comisiones guarden relación directa con la adquisición o transmisión de las mismas y sean satisfechos por el contribuyente[36].

Respecto a los medios de prueba para acreditar dichos valores y gastos asociados rigen las normas que sobre medios y valoración de

[34] Art. 34 LIRPF.
[35] CV 1149-18, de 08/05.
[36] CV 1604-18 de 11/06.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

las pruebas se contienen en los arts. 105 a 108 de la LGT, los cuales a su vez contienen una remisión a los arts. 299 y 300 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[37].

b. *Imputación temporal de la ganancia o pérdida patrimonial*

En cuanto al periodo al que se imputará la ganancia o pérdida patrimonial derivada de la transmisión de las criptomonedas, hay que estar a lo dispuesto en el art.14.1.c) LIRPF, según el cual *las ganancias y pérdidas patrimoniales se imputarán al período impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial,* es decir, al periodo en que se produzca la entrega de las criptomonedas en virtud del contrato suscrito, con independencia del momento en que se perciba el precio de la venta[38]. Y ello sin perjuicio de que pudiera resultar de aplicación la regla especial de imputación temporal prevista en el artículo 14.2.c) de la LIRPF para los supuestos de operaciones a plazos o con precio aplazado definidas en dicho artículo.

c. *Pérdida patrimonial*

En los casos en los que el valor de transmisión de la criptomoneda sea inferior a su valor de adquisición se producirá una pérdida patrimonial, que se integrará en la Base imponible del ahorro al derivar de la transmisión de un elemento patrimonial conforme a las reglas generales del IRPF[39], imputándose, como se ha visto, al periodo impositivo en que se produzca la entrega de las criptomonedas.

[37] CV 0665-22, de 25/03.

[38] CV 0808-18 de 01/03. La DGT sobre la base de lo dispuesto en el artículo 609 del CC sobre la propiedad y la Sentencia del TS 7 de septiembre de 2007, entre otras, recuerda que en nuestro Derecho rige la teoría del título y modo, según la cual, para la transmisión del dominio mediante compraventa no importa el pago del precio, sino que el acuerdo de voluntades venga acompañado de la tradición en cualquiera de las formas admitidas en derecho.

[39] Art. 46 LIRPF.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

d. *Robo o estafa en depósito de criptomonedas*

En el caso de contribuyentes que hayan perdido parte o toda su inversión como consecuencia de un robo o estafa o bien por la quiebra de la casa de cambio o de la plataforma intermediaria, la DGT[40] asimila la situación de los mismos a la de un acreedor frente a un tercero, estando este último obligado a devolver en determinada fecha lo depositado y el pago de intereses. En consecuencia, el criterio que se establece es que en la medida en que tras el robo o la quiebra de la casa intermediaria, el contribuyente sigue ostentando un derecho de crédito por los importes depositados e invertidos en criptomonedas, es necesario esperar a que dicho crédito resulte judicialmente incobrable, ya sea porque así se haya declarado por sentencia judicial o porque al menos haya transcurrido un año desde el inicio del procedimiento judicial, distinto del concurso, que tenga por objeto la ejecución del crédito sin que éste haya sido cobrado[41]. En caso de que se cumplan tales condiciones la pérdida se imputará a la base imponible general del impuesto, al no derivar en este caso de la transmisión de un elemento patrimonial. En el caso de que dicho crédito fuera cobrado con posterioridad al cómputo de la pérdida patrimonial, se imputará una ganancia patrimonial por el importe cobrado en el período impositivo en que se produzca dicho cobro.

Por último, conviene recordar que para el cálculo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sólo se computarán las ganancias y pérdidas patrimoniales realizadas, no teniendo tal consideración las ganancias y pérdidas patrimoniales latentes que sean consecuencia de fluctuaciones en el valor de los activos, en este caso las monedas virtuales, mientras estén en el patrimonio del contribuyente. Y es que el IRPF no grava plusvalías latentes o no realizadas (salvo en el caso de cambio de residencia al extranjero, el *exit tax* del artículo 95 *bis* de la LIRPF que analizaremos más adelante).

[40] CV 1979-15 de 25/06, CV 2603-15 de 08/09, CV 1098-20 de 28/04 y CV 1579-22 de 30/06.

[41] Art. 14.2.k) LIRPF.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

e. *Criterio de identificación de las criptomonedas transmitidas*

Dado que en la trasmisión de las criptomonedas por personas físicas, realizadas al margen de una actividad económica, la ganancia o pérdida patrimonial a que pueda dar lugar se cuantifica por diferencia entre el valor de transmisión y valor de adquisición, en los casos en que se hayan adquirido criptomonedas en diferentes momentos y distintas casas de cambio, es previsible que su valor de adquisición no haya sido el mismo, por lo que debemos identificar cuáles de las monedas adquiridas son las transmitidas en cada caso.

En este sentido la DGT[42] atribuye a cada una de las diferentes criptomonedas (en el caso planteado, *bitcoins*) la naturaleza de bienes homogéneos dado que:

– Los mismos son computables por unidades o fracciones de unidades

– Tienen su origen en un mismo protocolo específico

– Y poseen todos ellos las mismas características

Por lo que en ausencia de norma específica en la LIRPF relativa a las monedas virtuales, debe acudirse al criterio establecido para los casos de transmisión de valores o bienes homogéneos fijado en la LIRPF en sus artículos 37.2 (para los casos de transmisión de valores representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades y de instituciones de inversión colectiva) y en el art. 54.5 (sobre disposición de bienes o derechos aportados a patrimonios protegidos de personas con discapacidad) según el cual se entenderán transmitidos o dispuestos los adquiridos en primer lugar[43], es decir, criterio FIFO[44]. Precisando además que dicho criterio se aplica globalmente por el contribuyente, por cada tipo de moneda virtual que posea[45], con independencia de que las monedas virtuales se hayan adquirido en distintas casas de cambio (es decir no se aplica el criterio

[42] CV 1604-18 de 11/06.

[43] CV 0975-22 de 04/05.

[44] First in First out.

[45] CV 1948-21 de 21/06: atendiendo a que cada moneda virtual tiene su origen en un protocolo informático específico, distinto ámbito de aceptación, distinta liquidez, valor y denominación, las distintas monedas virtuales son bienes diferentes. CV 0975-22 de 04/05.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

FIFO por casa de cambio, sino globalmente para todas las monedas virtuales del mismo tipo adquiridas por el contribuyente).

2.5. *Adquisición de monedas virtuales por la participación en acciones comerciales de un proveedor. Recompensas, faucets o grifos*[46]

Respecto a la tributación de las monedas virtuales recibidas como recompensa, premio *faucets o grifos*, por la participación en acciones comerciales organizadas por un proveedor de servicios de activos virtuales consistentes en compartir enlaces, hacer seguimiento de vídeos y/o participar en tutoriales en internet, por las que se como recompensa distintos activos virtuales (ALGO, COMP, BAND) debe señalarse que mientras la realización de las mencionadas actividades no deriven de una relación laboral (en cuyo caso se calificarían como rendimientos del trabajo) o no supongan por parte del consultante la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, (en cuyo caso serían rendimientos de actividades económicas) su calificación será la de ganancia patrimonial con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33.1[47] de la LIRPF, valorándose por el valor de mercado en euros de las monedas recibidas[48], e integrándose en la base imponible general del periodo impositivo en el que se reciban en la renta del perceptor.

2.6. *Impuesto de salida o exit tax*

Cabe recordar que el art. 95 *bis* de la LIRPF prevé un impuesto de salida o *exit tax* en los casos en los que el contribuyente pierda tal

[46] CV 1948-21 de 21/06.

[47] Art. 33.1. LIRPF. Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos.

[48] Art. 37.1.l) LIRPF: En las incorporaciones de bienes o derechos que no deriven de una transmisión, se computará como ganancia patrimonial el valor de mercado de aquéllos.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

condición por cambio de su residencia a otro país, planteándose si en ese caso debe tributar por las plusvalías latentes que se hayan podido generar en las monedas virtuales que posea. Sobre este particular la DGT[49] ya se ha pronunciado considerando que no se aplica régimen de las ganancias patrimoniales por cambio de residencia del artículo 95 *bis* LIRPF a las monedas virtuales (en el caso planteado se trataban de *bitcoins* e *iota)* por no tener éstas la consideración de acciones o participaciones en cualquier tipo de entidad. Si bien, matiza que en caso de otros activos virtuales distintos habría que estar a sus características a efectos de determinar si se encuentran o no incluidos en el ámbito de aplicación de dicho régimen, según los derechos que los mismos incorporen (por ejemplo, la respuesta podría ser distinta si en lugar de monedas virtuales el contribuyente es titular de *token equity*).

3. *Impuesto sobre la Renta de los No Residentes. Situación bitcoin en territorio español*

El Impuesto sobre la Renta de los No Residentes[50], en adelante IRNR, grava la renta obtenida en territorio español por las personas físicas y entidades no residentes en dicho territorio, por lo que para sujetar a tributación a una renta por este impuesto, es preciso determinar previamente si la misma se entiende o no obtenida en dicho territorio.

En este sentido dispone la DGT[51] que *las monedas virtuales* (en la consulta planteada se trataba de *bitcoins*) se encuentran situadas en territorio español cuando radique en dicho territorio la entidad que realiza el servicio de almacenamiento de las claves criptográficas que permiten la gestión y disposición de las mismas, ya que el acceso a tales monedas requerirá el acceso a la página web de la entidad y, por tanto, la necesaria participación de esta última.

[49] CV 1149-18 de 08/05.

[50] Regulado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (TRLIRNR).

[51] CV 1069-19 de 20/05.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Así pues, si la entidad que gestiona las claves criptográficas que permiten la gestión y disposición de las monedas virtuales se encuentra en territorio español, se entiende que dichas monedas también se sitúan en dicho territorio, por lo que la transmisión de las mismas tributará en España por dicho impuesto con arreglo a las modalidades previstas en el mismo, según el contribuyente actúe o no por medio de establecimiento permanente situado en territorio español.

Una vez que se determina que las monedas virtuales se localizan en territorio español, la DGT equipara la tributación de su transmisión a la trasmisión de bienes muebles inmateriales regulada en el número 2º del artículo 13.1.i) TRLIRNR, que establece que son rentas obtenidas en España y, por tanto, sujetas al Impuesto sobre la Renta de No residentes, entre otras. *Las ganancias patrimoniales: 2º Cuando se deriven de otros bienes muebles, distintos de los valores, situados en territorio español o de derechos que deban cumplirse o se ejerciten en territorio español*

Asimismo, podríamos considerar generada en territorio español la rentabilidad obtenida por el *staking* o depósito de las monedas virtuales en un *smart contract,* siempre que la entidad gestora de las mismas radicara en territorio español, sujetándola a tributación conforme a lo dispuesto en el art.13.1.f) del TRLIRNR.

En estos casos, se deberá presentar declaración e ingresar la deuda tributaria conforme al artículo 28.1 del TRLIRNR, en el caso de que operara sin tal establecimiento permanente, o conforme a lo dispuesto en el artículo 21, en el caso de que operara por medio del mismo, salvo que ambos casos resultara de aplicación un Convenio para evitar la doble imposición, en cuyo habrá de estar a lo dispuesto en el mismo.

4. *Impuesto sobre Sociedades*

Respecto a la tributación en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante IS) de las criptomonedas, ya hacíamos alusión al comienzo de este capítulo que, hasta el momento, las operaciones con criptomonedas han sido más usuales entre las personas físicas que entre las sociedades, por lo que la Dirección General de Tributos sólo ha tenido una ocasión de pronunciarse sobre la tributación de las mismas,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

planteándose la cuestión de la tributación de una sociedad que se iba a dedicara la compra-venta e intercambio de monedas virtuales, percibiendo por sus servicios una comisión, actividad conocida comoexchange[52].Esencialmente, su actividad es similar a las empresas dedicadas al cambio de divisas, con la peculiaridad de que las transacciones se realizan, normalmente por medios telemáticos.En dicha consulta, tras recordar que la base imponible del impuesto, en el método de estimación directa, se calcula partiendo del resultado contable corregido por aplicación de lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades[53], se concluye queen la realización de operaciones de venta y compra de moneda virtual a clientes particulares, a cambio de percibir o entregar un importe en dinero de curso legal, el cambista deducirá una comisión cifrada en un porcentaje sobre la cuantía de la operación, la cual constituye su beneficio por prestar dicho servicio, dado que el particular lo que efectúa es una operación de compra (o en su caso de venta) de un medio de pago (la moneda virtual), no emitido por el vendedor, que puede consumir mediante su utilización en la adquisición de bienes o servicios.Es decir, que el beneficio por el que se deberá tributar es únicamente la comisión percibida por diferencia entre precios de venta y de compra. En dicho caso, al constituir las criptomonedas el objeto ordinario de la actividad empresarial, deberán estar contabilizadas como existencias[54].

[52] CV 2228-13, de 08/07.

[53] Ley 27/2014, de 27 de noviembre.

[54] Consulta rmr/38-14 de 5 de marzo de 2014, en respuesta a una consulta planteada por un despacho de abogados y que no llegó a publicarse. Esta consulta plantea el tratamiento contable que debe otorgar una sociedad cuyo objeto será la compraventa de *bitcoins* o monedas virtuales a cambio de una comisión. En el marco de dicha actividad, la sociedad plantea disponer de *bitcoins* en cartera para su reventa a clientes a cambio de una comisión y de criptomonedas que se adquieren para no revenderlas, sino para mantenerlas en su inmovilizado, disponiendo que la clasificación entre inmovilizado y existencias para los *bitcoins* de la empresa vendrá determinada por la función que cumplan en relación con su participación en la actividad ordinaria. De acuerdo con lo anterior, las monedas virtuales pertenecerán al grupo de Existencias si están destinadas a transformarse en disponibilidad financiera a través de la venta como actividad ordinaria de la empresa, o pertenecerán al grupo de Inmovilizado si se encuentran vinculadas a la empresa de manera permanente.

Consulta 4 BOICAC Nº120/2019: En la que se plantea el supuesto de una sociedad del sector de las telecomunicaciones que ha realizado los trabajos necesarios

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Por lo demás, en los casos de sociedades que operen con criptomonedas, pero éstas no constituyan el objeto de su actividad, debemos tener presente que los ajustes a realizar al resultado contable estarán en función de la contabilización de las monedas virtuales como existencias o como inmovilizado intangible, dependiendo del papel que desempeñen en su actividad.

Así, si las criptomonedas se contabilizan como inmovilizado intangible[55] se valorarán por su coste de producción, caso de que se hayan adquirido originariamente por la actividad de minado, o por su precio de adquisición, en el caso en que se hayan adquirido en el mercado secundario. En el caso de que se hubieran adquirido a cambio de otros bienes o servicios, debemos distinguir según se trate de una permuta comercialo no comercial[56]. En el caso de que se hayan adquirido en el seno de una permuta comercial las monedas virtuales recibidas se valorarán por el valor razonable del activo entregado, más en su caso, el diferencial monetario que se hay satisfecho en efectivo, con el límite del valor razonable del activo recibido.

En el supuesto de que las monedas virtuales se hayan recibido en el curso de una permuta no comercial, éstas se valorarán por el valor contable del bien entregado más las contrapartidas monetarias que se hayan entregado a cambio, con el límite del valor razonable de

para la emisión de una criptomoneda, a través de cuya venta pretende obtener financiación para sus proyectos. En dicha Consulta el ICAC parte para fundamentar su respuesta de las características de las monedas virtuales, según la definición de las mismas, ya señalada en esta misma obra. Así:

– No cumplen la definición de activo financiero, porque no otorgan derecho a recibir efectivo o activo equivalente.

– No es un medio de pago aceptado universalmente.

– Sí puede ser un medio utilizado para cancelar obligaciones.

– Tiene o puede tener una utilización especulativa.

Partiendo de dichas características señala que las monedas virtuales pertenecerán al grupo de Existencias si están destinadas a transformarse en disponibilidad financiera a través de la venta como actividad ordinaria de la empresa. Debiendo aplicar la Norma de Registro y Valoración (NRV) 10ª. Existencias del Plan General de Contabilidad, es decir, valorarlas por el coste de emisión. En caso contrario la calificación de las mismas sería de Inmovilizado Intangible.

[55] Normas de Registro y Valoración 5ª y 6ª del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (en adelante PGC)

[56] Norma de Registro y Valoración 2ª del PGC.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

las criptomonedas recibidas si éste fuera inferior. A partir de dicha valoración habrá de tener presente que contablemente se amortizan en un periodo de 10 años, es decir al 10%, mientras que fiscalmente lo harán en un periodo de 20 años (5%), por lo que habrá que hacer el correspondiente ajuste fiscal positivo.

A su vez, contablemente se dará un gasto por su deterioro en el caso de que su valor neto realizable sea inferior a su valor contable, gasto que se tornará en ingreso contable en el caso de reversión de dicho deterioro. Por el contrario, dicho deterioro no será gasto fiscal y, en consecuencia, tampoco será ingreso fiscal la reversión del mismo, por lo que habrá que hacer los correspondientes ajustes fiscales en cada caso. Ajustes que habrá de tener muy presentes en el momento de su baja, dado que posiblemente no coincida su valor contable y valor fiscal.

Por su parte, en el caso de que proceda su contabilización como existencias[57], la valoración inicial de las mismas será la que ya hemos visto anteriormente, contabilizándose por su coste de producción en el caso de que se hayan adquirido porminadoo por su precio de adquisición en el caso de que se hayan adquirido en el mercado secundario, teniendo presente que en este caso dichas monedas virtuales no se amortizarán. Por el contario. en este caso no surgirán diferencias entre contabilidad y tributación en el caso de deterioro de las mismas, dado que el deterioro contable será gasto fiscal siempre y cuando se acredite una disminución real de su valor y no responda a meras expectativas. En el momento de la baja o venta de tales existencias, se estará a las reglas de las ventas, si se reciben euros a cambio de las mismas, o a la de las permutas en el caso de que se reciban bienes y servicios, otras monedas virtuales o divisas, aplicándose de forma preferente el criterio del precio medio o coste medio ponderado para su valoración, o bien de forma opcional el criterio FIFO.

5. *Impuesto sobre el Patrimonio*

El Impuesto sobre el Patrimonio grava el patrimonio neto de las personas físicas, en el momento del devengo. Patrimonio neto que

[57] Norma de Registro y Valoración 10ª del PGC.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

está constituido por el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder[58]. En dicho patrimonio neto se incluyen los saldos de criptomonedas de las que sea titular, así como otros posibles activos como los *token equity*

Así pues, los saldos de criptomonedas deberán declararse junto con el resto de los bienes, de la misma forma que se haría con un capital en divisas, valorándose por su precio de mercado a la fecha del devengo[59], es decir, a 31 de diciembre de cada año[60], por su valor equivalente en euros a dicha fecha[61]. Ahora bien, en la práctica la dificultad será determinar el precio de mercado de dichas criptomonedas, dado que no cotizan en mercados regulados oficiales, por lo que dicho valor puede oscilar en función de la información que tomemos como referencia para determinar dicho valor.

De igual forma, también deberá declararse en este Impuesto la titularidad de los denominados *token equity*[62], debiendo estar para la calificación fiscal de los mismos, con independencia de la denominación que se les dé, a las facultades o derechos que otorguen a su titular frente a su emisor, sin que incida en dicha calificación su forma atípica de representación, tenencia y transmisión, a través de la tecnología informática de registro distribuido, denominada *blockchain* o cadena de bloques.

En consecuencia, no basta con la mera denominación de un activo virtual como *token equity* (que en este caso el consultante define como la representación digital de un título valor tradicional) para que pueda ser tratado en el ámbito fiscal como un activo representativo de la participación en los fondos propios de una entidad, sino que será preciso un examen de los derechos o facultades que otorga a su titular para poder determinar su calificación a estos efectos. Dependiendo de las facultades que otorguen, habrá que estar para su valoración a las reglas establecidas en los arts. 10 a 24 de la LIP.

[58] Arts. 1 y 3 de la Ley 19/1991 de 6 de junio, del Impuesto del Patrimonio (LIP)
[59] Art. 24 LIP.
[60] Art. 31 LIP.
[61] CV 0250-18 de 01/02, CV 0590-18, de 01/03, CV 2289-18 de 03/08.
[62] CV 0766-21 de 31/03.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

6. *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*[63]

En los supuestos de transmisión de monedas virtuales a título gratuito, por actos *inter vivos* (donación) o *mortis causa* (herencia, legado o cualquier otro título sucesorio) la misma quedaría sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones[64], debiendo distinguir entre ambos supuestos:

a. *Donación de criptomonedas*

En el tratamiento tributario de la donación de criptomonedas debemos distinguir en función de quién sea el donatario:

– Si el donatario es una persona física la donación estará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, debiendo el donatario liquidar y pagar el impuesto, siendo la base imponible el valor neto de las criptomonedas, entendiéndose como tal el valor de mercado de las mismas minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles[65], estando cedida la recaudación y debiendo sujetarse a la normativa autonómica correspondiente a su residencia habitual[66].

– Si el donatario es una persona jurídica la donación quedará sujeta al Impuesto sobre Sociedades[67].

Pero debe tenerse en cuenta que dichas donaciones no sólo pueden generar renta gravable en el donatario, sino también en el donante. Así

[63] I. Egea Pérez. *Tratamiento tributario del Bitcoin y demás criptomonedas*, en *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2018, n. 70, pp. 131-180.

[64] Art. 3 Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adelante LISD: 1. Constituye el hecho imponible:

a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio.

b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, «intervivos».

[65] Art. 9.1.b) LISD

[66] Art. 32.2.c) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

[67] Art. 3.2 LISD 2. Los incrementos de patrimonio a que se refiere el número anterior, obtenidos por personas jurídicas, no están sujetos a este impuesto y se someterán al Impuesto sobre Sociedades.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

en el caso de que el donante sea una persona física puede generarse en el mismo una ganancia o pérdida patrimonial por diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión tomando por importe real de los valores respectivos aquéllos que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que puedan exceder del valor de mercado[68]. Si el donante fuera una persona jurídica la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de las monedas transmitidas y su valor fiscal[69].

b. *Adquisición mortis causa*

En los supuestos de fallecimiento del titular de las criptomonedas, éstas formarán parte de su caudal hereditario, debiendo tributar cada uno de los causahabientes por el valor neto de su adquisición individual, entendiéndose como tal el valor de mercado de tales critptomonedas minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles[70].

Asimismo en los supuestos de transmisión *mortis causa* debemos tener presente que no se produce ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente[71] en el IRPF de éste y que la normativa autonómica aplicable será la de residencia del causante, Comunidad Autónoma a la que también se cederá el rendimiento del impuesto[72].

7. *Impuesto sobre Actividades Económicas*

En el ámbito de la imposición local, nos encontramos con otro impuesto directo, el Impuesto sobre Actividades Económicas, impuesto de carácter obligatorio[73], regulado en los artículos 78 a 91 del

[68] Art. 36 LIRPF.
[69] Art. 17.5 LIS.
[70] Art. 9.1.a) LISD.
[71] Art. 33.3.b) LIRPF.
[72] Art. 32.2.a) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.
[73] Art. 59 del TRLRHL.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

El artículo 78.1 lo define como tributo directo, de carácter real cuyo hecho imponible es el mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales, profesionales o artísticas se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto. De dicho artículo se desprenden las siguientes características[74]:

a) Que el hecho imponible se realiza por el mero ejercicio de cualquier actividad económica, lo cual significa que basta con un solo acto de realización de una actividad económica para que se produzca el supuesto de hecho gravado por el impuesto, lo que, en definitiva, viene a excluir la habitualidad en el ejercicio de la actividad como requisito indispensable.

b) Que el hecho imponible del Impuesto se realiza con independencia de que exista o no lucro en el ejercicio de la actividad, e, incluso, con independencia de que exista o no ánimo de lucro.

c) Finalmente, que el Impuesto grava toda clase de actividades, con independencia de que estas se hallen o no especificadas en las correspondientes Tarifas. En el caso de que las actividades no se encontraran especificadas en las Tarifas del Impuesto, como es el caso de las operaciones con criptomonedas, la regla 8ª de la Instrucción para la aplicación de las Tarifas del impuesto aprobada por Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre establece que en estos casos dicha actividad se clasificará provisionalmente en el grupo o epígrafe dedicado a las actividades no clasificadas en otras partes (n.c.o.p.), a las que por su naturaleza se asemejen y tributarán por la cuota correspondiente al referido grupo o epígrafe de que se trate.

Por su parte de lo dispuesto en el art. 79[75] se desprende que, para que una actividad sea considerada como económica y su ejercicio constituya el hecho imponible del impuesto, se requiere:

[74] CV 2012-21 de 06/07.

[75] Art. 79 TRLRHL se considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico, cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

a) que dicha actividad se realice en territorio nacional.

b) que dicha actividad suponga la ordenación de medios de producción y/o recursos humanos con un fin determinado;

c) que dicho fin sea, precisamente, la intervención en la producción o distribución de bienes y servicios;

d) que la referida ordenación se haga por cuenta propia.

Con arreglo a lo expuesto, las actividades de *minado* y de transmisión e intermediación en la compra y venta de criptomonedas por *exchangers* o casas de cambio, siempre y cuando no se realicen para sí mismo, estarían sujetas a este impuesto, al cumplir con los requisitos vistos[76]. De esta forma si dichas actividades se realizan para terceros, si estarán sujetas al IAE al constituir una actividad económica, debiendo darse de alta, en ambos casos, en el epígrafe 831.9 de la sección primera de las Tarifas "Otros servicios financieros n.c.o.p.".

Asimismo, estarían sujetas al I.A.E. la actividad de compraventa de monedas virtuales a través de cajeros virtuales, clasificándose en el epígrafe 969.7 "Otras máquinas automáticas[77]", la compraventa de monedas virtuales a través de una app propia clasificada en el epígrafe 831.9 sección 1ª "Otros servicios financieros n.c.o.p[78]"

No obstante, debemos tener en cuenta que en la mayoría de los casos, dichas actividades a pesar de estar sujetas al I.A.E., estarán exentas, y es que el artículo 82.1 b) y c) del TRLRHL prevé la exención en los dos primeros períodos impositivos en los que se inicie el ejercicio de una actividad económica en territorio español[79], de las personas físicas, y de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, las sociedades civiles y las entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros[80].

[76] CV 2012-21 de 6/07.
[77] CV 1028-15 de 30/03.
[78] CV 2908-17 de 13/11.
[79] Art. 82.1.b) TRLRHL.
[80] Art. 82.1.c) TRLRHL.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Capítulo VIII

Imposición indirecta

*Antonio José Ramos Herrera**

Sumario: 1. Cuestiones preliminares. – 2. La imposición indirecta de las monedas virtuales. - 2.1. La imposición indirecta en la actividad de minado de monedas virtuales. - 2.2.La imposición indirecta en las operaciones de cambio de divisas de curso legal por monedas virtuales o viceversa. - 2.3. La imposición indirecta en la adquisición de bienes o servicios a cambio de monedas virtuales. - 2.4. La imposición indirecta en los *tokens* de utilidad y en determinados servicios prestados sobre las monedas virtuales. – 3. Consideraciones finales.

1. *Cuestiones preliminares*

La definición de monedas virtuales la encontramos en el artículo 3.18 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, el cual las considera como "representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos"[1]. Esta

* Doctor en Derecho. Universidad de Granada. OTRI.

[1] Con respecto a esta definición, N. Miras Marín. La potencial creación de

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

definición[2], ha sido incorporada, a nuestro ordenamiento jurídico, a través del número 5 del artículo 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, introducido por el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

En este contexto, existe un riesgo de opacidad en cuanto al control de las monedas virtuales puesto que las mismas se realizan a través de claves que solamente son conocidas por las personas usuarias y por tanto no quedan identificadas cuando se efectúan transacciones[3]. Ello es debido a que la identidad de la persona propietaria de esa dirección no se conoce hasta que la misma sea revelada por la persona interesada en efectuar un intercambio, debido a que existe la posibilidad de crear varias direcciones de dinero electrónico distintas, incluso una nueva dirección cada vez que se recibe dinero electrónico, lo que en la práctica supone el anonimato.

una versión virtual del «Euro» y sus consecuencias en los Sistemas tributarios de los Estados miembros de la Unión Europea. *Revista Quincena Fiscal nº 8, 2020.* Afirma que la misma es plenamente aplicable a las monedas virtuales que existen en la actualidad, las cuales se encuadran como representaciones electrónicas de valor privadas. Sin embargo, cabe destacar que incluye una expresión que despierta curiosidad, como es "no necesariamente asociadas a una moneda establecida legalmente". A este respecto, cabe señalar que no existe ninguna moneda virtual asociada a una moneda de curso legal, lo que origina que nos preguntemos por los términos de esa asociación la cual se puede realizar, bien con un respaldo meramente privado, tomando como referencia una moneda virtual privada con la finalidad de estabilizar la misma en un plano económico y evitar que se produzca cambios bruscos en su cotización, o bien se puede asociar una moneda de curso legal a una versión virtual de la misma, con la finalidad de aprovechar las ventajas técnicas que ofrecen las monedas virtuales.

[2] En este sentido, la DGT en contestación a Consulta vinculante V1948-21, de 21 de junio, afirma que el concepto de monedas virtuales se subsume en el de activo virtual, de contenido mucho más amplio, aunque sin definición en la normativa española.

[3] R. Falcón Y Tella. *La tributación del dinero virtual*, en *Revista Quincena Fiscal nº 20, 2013*.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

No obstante, a pesar de que las monedas virtuales no se encuentren reguladas ni sometidas a control por parte de ninguna autoridad pública o financiera, sin embargo, todas las operaciones que se realicen con ellas están sujetas a las correspondientes obligaciones legales y fiscales de acuerdo con su naturaleza, de modo que es posible identificar, calificar y determinar las consecuencias jurídicas y tributarias de dichas operaciones[4]. En concreto, en el caso de España, todas las actividades relacionadas con monedas virtuales encajan sin problemas en el ordenamiento jurídico vigente, motivo por el cual les corresponde alguna de las figuras tributarias existentes.

Ello motiva que el enfoque más adecuado es considerar que la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA) grava la entrega de bienes y prestaciones de servicios que se pagan con monedas virtuales, motivo por el cual en el supuesto de las permutas, la base imponible de la entrega de bienes o de la prestación de servicios es el valor de mercado de los bienes o servicios, mientras que en el supuesto en el que las monedas virtuales se equiparen a una moneda extranjera, la base imponible es el contravalor en euros de las monedas virtuales que se pague[5]. Por su parte, en el supuesto en el que se entreguen monedas virtuales, las mismas se van a equiparar a una mercancía motivo por el cual nos encontraríamos ante una operación gravada por IVA, en la que la base sería el valor de mercado de los bienes o servicios que se reciben a cambio. De este modo, en el supuesto en el que se equiparen las monedas virtuales a una moneda extranjera nos encontraríamos ante una operación no sujeta a IVA ya que según el art. 7.12º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, Ley 37/1992, de 28 de diciembre) no están sujetas a dicho impuesto las entregas de dinero a título de contraprestación o pago, estando sujetas aquellas entregas de bienes y prestaciones de servicios que se efectúen a cambio de monedas virtuales.

La doctrina contempla distintas calificaciones jurídicas de monedas virtuales[6]. Una de ellas es la de considerarlas como un título

[4] B. Anglès Juanpere. *La fiscalidad de bitcoin en España*, en *Crónica Tributaria nº 173, 2019*.

[5] R. Falcón Y Tella. *La tributación del dinero virtual. Ob. cit.*

[6] J.F. Sedeño López. *El bitcoin desde una perspectiva tributaria* en *Revista Quincena Fiscal nº 22, 2019*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

valor, opción que fue descartada debido a que no cuentan con una representación física ni confieren un derecho a percibir una cantidad de dinero, debido a que su precio, se encuentra regido por las leyes de la oferta y la demanda[7]. Además de ello, también se ha analizado, la consideración de las monedas virtuales como un instrumento financiero, debido fundamentalmente a que como consecuencia de su volatilidad se ha utilizado como medio de inversión. Sin embargo, esta posibilidad, se encuentra excluida de forma expresa en el artículo 4.1.44) de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, al establecer que los instrumentos de pago son excluidos del concepto de valores negociables[8]. Finalmente, la consideración de las monedas virtuales como un bien mueble digital o como una divisa virtual, en concreto no regulada[9], parecen ser las calificaciones más defendidas por la doctrina.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 326/2019, de 20 de junio, considera con respecto a la naturaleza de las monedas virtuales, que las mismas eran un activo patrimonial inmaterial en forma de unidad de cuenta, definida mediante tecnología informática y criptográfica, motivo por el cual su valor se alcanza en cada momento dependiendo de la oferta y de la demanda existente de dicha moneda virtual que se realiza a través de plataformas virtuales de compraventa, motivo por el cual el valor de las monedas virtuales según el precio de intercambio, permite utilizarlo como un activo inmaterial de

[7] M. Pastor Sempere. *Criptodivisas: ¿Una disrupción jurídica en la Eurozona?*, en *Revista de Estudios Europeos nº 70, 2017*.

[8] S. Navas Navarro. *Un mercado floreciente: el del dinero virtual no regulado. Especial atención a los Bitcoins*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo n.º 13, 2015*.

[9] A este respecto, cabe recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 3.2 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, "los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional", motivo por el cual las monedas virtuales no reguladas, no tienen la consideración legal de dinero. Asimismo, aunque se puedan almacenar de forma electrónica, tampoco pueden calificarse de monedas electrónicas puesto que éstas son emitidas y se encuentran respaldadas y reguladas por una autoridad central, siendo su unidad de medida una moneda de curso legal.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral, siempre y cuando las partes lo acepten.

De todo lo expresado, puede afirmarse, que las monedas virtuales y la tecnología que les da soporte, pueden convertirse en elementos dinamizadores que introduzcan modernidad en el sistema financiero en los próximos años, pero que sin embargo en la actualidad para valorar su validez como alternativa de inversión o su uso como medio de pago es necesario tener muy presente, en primer lugar, que desde el punto de vista legal no se consideran ni dinero electrónico ni dinero legal al no existir un marco normativo que las regule y en virtud del cual se proporcionen garantías y protección similar a las aplicables a los productos financieros o mecanismos de protección al cliente tales como el Fondo de Garantía de Depósitos o el Fondo de Garantía de Inversiones[10]. Además de ello, pese a que las monedas virtuales existen desde hace más de una década, su aceptación como medio de pago es aún muy limitada, al no existir la obligación de aceptar las monedas virtuales como medio de pago de deudas u otras obligaciones, motivo por el cual la responsabilidad de su distribución queda en manos de las personas usuarias que decidan su utilización como contraprestación en sus transacciones. Asimismo, debido a la alta volatilidad de las monedas virtuales, las mismas no cumplen las funciones de unidad de cuenta con la que establecer precios y depósito de valor para canalizar inversiones a no ser que las mismas sean especulativas.

De este modo, cabe afirmar que las monedas virtuales se tratan de una disrupción jurídica que plantea nuevos problemas jurídicos, puesto que, aunque en la actualidad el ordenamiento jurídico tributario no consiga ofrecer una respuesta totalmente satisfactoria a esta realidad, en ningún caso podemos pensar que dicho ordenamiento no continúe vigente, el hecho de que no exista una regulación específica en nuestro ordenamiento de las monedas virtuales, no implica que determinadas operaciones que se efectúan con ellas no estén sujetas a tributación[11].

[10] L.M. Romero Flor. *Tributación del bitcoin*, en *Revista Quincena Fiscal nº 1, 2022*.

[11] M. Sánchez. *Criptomonedas: funcionamiento y fiscalidad del trending topic en inversión*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi nº 937, 2018.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

2. *La imposición indirecta de las monedas virtuales*

2.1. *La imposición indirecta en la actividad de minado de monedas virtuales*

El régimen del IVA aplicable al minado de monedas virtuales, considerado como aquella actividad a través de la cual se procede a verificar a las transacciones que se realizan, mediante la solución de problemas criptográficos, a cambio de las cuales se obtiene una remuneración en monedas virtuales, es descrito por la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) en contestación a la Consulta vinculante V3625-16, de 31 de agosto, afirmando que de conformidad con lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, se tendrá la consideración de empresario o profesional cuando se ordenen por cuenta propia los factores de producción necesarios con el fin de intervenir en el mercado, motivo por el cual estarán sujetas al IVA las entregas de bienes y prestaciones de servicios que se efectúen a título oneroso en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional en el territorio de aplicación del Impuesto.

A este respecto, la DGT recuerda que tal y como establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en su Sentencia de 5 de febrero de 1981 (Asunto C-154/1980, *Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats*), para considerar que una operación se efectúa a título oneroso "debe existir una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida para que una prestación de servicios sea gravable por el Impuesto", reiterando el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 1994 (Asunto C-16/1993, *Tolsma*) que una prestación de servicios solamente se realiza a título oneroso y por tanto es imponible cuando existe entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en virtud de la cual se intercambian prestaciones recíprocas, constituyendo la retribución que percibe quien efectúa la prestación, el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario.

En base a ello, la DGT niega, a diferencia de lo que sucede en la imposición directa, la consideración de actividad económica, puesto que a pesar de reconocer que en estos casos el minero tiene la consideración de empresario o profesional a efectos del IVA, debido a que ordena por cuenta propia los factores de producción que son nece-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

sarios para intervenir en el mercado, se hace necesario para que las operaciones de minado estén sujetas al IVA que también se traten de entregas de bienes o prestaciones de servicios que se realicen a título oneroso, considerando la DGT que las operaciones de minado de monedas virtuales no conducen a una situación en la que exista una relación entre el proveedor del servicio y el destinatario del mismo, en las que la retribución abonada al prestador del servicio sea el contravalor del servicio prestado, puesto que a través de las citadas operaciones se permite crear nuevos bloques de los que se derivan nuevas monedas virtuales, las cuales son remuneradas por el sistema con una cantidad de monedas virtuales, motivo por el cual en dicha actividad de minado no se puede identificar un destinatario o cliente efectivo de la misma, en la medida que las nuevas monedas virtuales son automáticamente generadas por la red[12].

Por todo ello, la DGT concluye afirmando que la falta de una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida en los términos señalados originan que los servicios de minado no se encuentren sujetos al IVA. A este respecto, la calificación como no sujeción al IVA de la actividad de minado resulta coherente con el hecho de que la obtención de monedas virtuales a través del proceso de minado supone la adquisición de algo que no tiene valor de uso o utilidad hasta que no se cambia en el mercado de bienes, servicios o por otras dividas[13].

No obstante, esta contestación de la DGT es considerada como sorprendente[14], debido fundamentalmente a que para llevar a cabo la actividad de minado es necesario contar con una verdadera infraestructura de medios que permitan la resolución de los problemas criptográficos que se planteen. En este sentido, el problema principal que

[12] A este respecto, T. Rosembuj. *Bitcoin*, en *El Fisco*, 2015, pág. 134, afirma que en la actividad de minado no existe un vínculo suficiente entre los servicios que le facilitan y cualquier contraprestación que se perciba, pues se trata de una actividad aleatoria e impredecible, que no se encuentra conectada ni ligada a dicha actividad sino a un resultado final eventual.

[13] C. Gómez Jiménez. *El bitcoin y su tributación*, en *Revista de Contabilidad y Tributación, nº 380, 2014*.

[14] J. Pedreira Menéndez y B. Álvarez Pérez. *Consideraciones sobre la tributación y calificación contable de las operaciones en moneda digital (*bitcoins*) en las empresas*, en *Revista Quincena Fiscal nº 3, 2018*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

se produce es la imposibilidad de identificar al destinatario concreto de las monedas virtuales, lo cual conlleva que no se pueda determinar al sujeto sobre el que se debe repercutir el IVA correspondiente a dicho servicio[15]. No obstante, dicha dificultad para identificar el destinatario de las monedas virtuales no debe convertirse en un argumento para considerar la actividad como no sujeta, puesto que en el minado de monedas virtuales se produce una verdadera ordenación de factores productivos cuya finalidad es la de producir bienes, en concreto monedas virtuales, con el objetivo de obtener una remuneración a cambio. En este contexto, una posible solución sería el establecimiento de la inversión del sujeto pasivo, en la que la persona que efectúe el minado de monedas virtuales sea la que ingrese el IVA, postura que no es posible sostenerla en virtud de la regulación vigente, motivo por el cual la única posibilidad factible es la no sujeción de dicha operación[16].

Además de la minería tradicional de monedas virtuales que hemos analizado, también existe la denominada minería en la nube, la cual se produce cuando una persona compra poder de minado de un *pool* de minería a cambio de recibir un porcentaje del beneficio que han obtenido los mineros, en proporción al poder de minado que ha comprado[17]. De este modo, se paga por una potencia de minado en cierta moneda, lo cual no puede ser considerado como una actividad económica, puesto que no se origina el hecho fundamental de ordenar por cuenta propia factores materiales y humanos, tratándose de un supuesto de rendimiento de capital mobiliario, y más concretamente de cesión de capitales propios, que se valora por la diferencia entre el capital aportado y el capital recibido, motivo por el cual tiene semejanzas con el contrato de cuenta en participación, en el que una persona partícipe aporta una cantidad dineraria a otra persona, que es la gestora, para que realice una actividad económica, la cual, devolverá con posterioridad al aportante un beneficio de la misma.

[15] J.F. Sedeño López. *El bitcoin desde una perspectiva tributaria*. *Ob. cit.;* L.M. Romero Flor. *Tributación del bitcoin*. *Ob. cit.*

[16] R. Villaroig Moya. *Criptomonedas y otras clases de tokens: aspectos tributarios*, en R. Villaroig Moya y C. Pastor Sempere (Coord.): *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales*. Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

[17] L.M. Romero Flor. *Tributación del bitcoin*. *Ob. cit.*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

2.2. *La imposición indirecta en las operaciones de cambio de divisas de curso legal por monedas virtuales o viceversa*

En las operaciones de cambio de divisas de curso legal por monedas virtuales o viceversa, la sujeción y exención en el IVA ha sido proclamada tanto por la DGT como por el TJUE. En concreto, la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-264/14, *David Hedqvist*), concluye que las monedas virtuales no se pueden calificar como bien corporal, motivo por el cual descarta su comprensión en el concepto de entrega de bienes, definido en el artículo 14 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (en adelante, Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006), y defiende su inclusión en el concepto de prestación de servicios, establecido en el artículo 24 de la citada Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006. En este sentido, el TJUE afirma que una prestación de servicios se efectúa a título oneroso, en el sentido establecido en el artículo 2.1.c) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, y por consiguiente, está sujeto al IVA, cuanto existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por el sujeto pasivo. En concreto, dicha relación directa se establece cuando existe una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas, constituyendo el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario, la retribución percibida por quien efectúa la prestación, siendo irrelevante que la misma no revista la forma de abono de una comisión o de pago de gastos específicos.

De este modo, el TJUE estima que los cambios de divisas se tratan de prestaciones de servicios realizadas a título oneroso, las cuales consisten en cambiar distintos medios de pago, existiendo una relación directa entre el servicio prestado de cambio de moneda y la contraprestación que se percibe a cambio puesto que las partes intervinientes en la operación se comprometen de forma recíproca a entregar ciertos importes en una determinada divisa tradicional y a recibir su contravalor en monedas virtuales o viceversa, percibiendo el vendedor por la citada prestación de servicios una remuneración o contrapartida equivalente al margen incluido por ella en el cálculo de los tipos de cambio a los cuales estaría dispuesto a vender y comprar

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

las divisas en cuestión, motivo por el cual considera que dicha actividad estaría sujeta al IVA, al tener la consideración de actividad empresarial, ya que procede a la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Con respecto a la posible exención del IVA, el TJUE considera que puesto que las monedas virtuales no se tratan de un título que confiera un derecho de propiedad sobre personas jurídicas ni un título que tenga una naturaleza comparable, ni es posible considerarla ni cuenta corriente, ni pago, ni giro, ni crédito, ni cheque ni efectos comerciales, pues constituye un medio de pago directo[18], las operaciones de cambio de divisas de curso legal por monedas virtuales se encuentran sujetas y exentas de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1.e) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006[19], criterio que ha sido acogido por la DGT, entre

[18] En opinión de M. González Aparicio. *Tratamiento tributario de los nuevos medios de pago en la fiscalidad indirecta. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, n.º 10, 2018.* Consultada en https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones, no se debe considerar admisible incluir las monedas virtuales dentro del concepto de otros efectos comerciales, sobre todo si se tiene en cuenta que los demás elementos que se citan en la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, como las transferencias, los cheques, pagarés o letras de cambio, por ejemplo, representan instrumentos que, de una u otra forma, reflejan un crédito contra el emisor, que en el caso de las monedas virtuales no existe. En este sentido, N. Miras Marín. *La tributación de las modalidades de adquisición y venta de monedas virtuales: Compraventa, Derivados financieros (CFDs, futuros y opciones), fondos de inversión, bonos estructurados e "Inicial Coin Offerings" (ICOs*), en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 157, 2020, afirma que el reconocimiento de las monedas virtuales como medio de pago puro, no supone su reconocimiento como moneda de curso legal, motivo por el cual, en España, siguen sin ser reconocidas legalmente como tales y se les dispensa un tratamiento tributario de meros bienes muebles incorporales, fuera del ámbito aludido por la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-264/14, *David Hedqvist*).

[19] A este respecto, tal y como afirma L.M. Romero Flor. *Tributación del bitcoin. Ob. cit.,* cabe poner de manifiesto que el criterio seguido por el TJUE, es el de considerar que dicha disposición comunitaria no puede ser interpretada en el sentido de que se refiere solamente a las operaciones efectuadas con divisas tradicionales, puesto que si ello fuera así se le estaría privando de una parte de sus efectos, motivo por el cual las operaciones relativas a monedas virtuales se tratan de operaciones financieras siempre que hayan sido aceptadas por las partes de una transacción como

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

otras en sus contestaciones a Consultas vinculantes V1748-18, de 18 de junio, V2034-18, de 9 de julio y V2670-18, de 2 de octubre, que, en el mismo sentido, califica estas operaciones como sujetas y exentas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre[20].

En este sentido, cabe destacar la afirmación efectuada por la Abogada General Kokott en sus conclusiones a la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-264/14, *David Hedqvist*), presentadas el 16 de julio de 2015, en las cuales destaca que existen dos razones para no aplicar la exención establecida en el 135.1.d) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, consistentes en que por un lado, este precepto sólo se refiere a los derivados de divisas, tales como los créditos, los cheques y otros efectos comerciales, pero no a las propias divisas; y que por otro lado, en este supuesto no se cambian derechos sobre monedas virtuales, sino las propias monedas virtuales[21].

medio de pago alternativo. En este sentido, como pone de manifiesto D. Gómez Aragón. *Ley General Tributaria: Exención del IVA de las operaciones de cambio de la divisa virtual «bitcoin» por divisas tradicionales*, en *Carta Tributaria nº 9, 2015*, el TJUE se decanta por considerar que a las operaciones consistentes en el intercambio de divisas tradicionales por monedas virtuales y viceversa, les resulta aplicable la exención prevista en el artículo 135.1.e) de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo de 28 de noviembre de 2006, puesto que en tales operaciones se presentan las mismas dificultades relacionadas con la determinación de la base imponible del IVA y del importe de dicho impuesto que resultaría deducible, lo cual justifica la existencia de la exención que resulta aplicable en el caso de operaciones relativas a divisas tradicionales. Por todo ello, el TJUE considera que la no aplicación de la citada exención a las operaciones relativas a monedas virtuales equivaldría a privar de forma injustificada de una parte de sus efectos al mencionado artículo 135.1.e) de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo de 28 de noviembre de 2006.

[20] En concreto, tal y como mantienen D. Gómez Aragón. *Ley General Tributaria: Exención del IVA de las operaciones de cambio de la divisa virtual «bitcoin» por divisas tradicionales*. *Ob. cit.* y A. Rosas. *El cambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual «bitcoin» está exento del IVA*, en *La Ley Unión Europea, nº 32, 2015*, una interpretación acorde al fallo de la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-264/14, *David Hedqvist*), nos haría aplicar la exención del artículo 20.Uno.18º.j) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, a las operaciones con monedas virtuales.

[21] S. Moreno González. *Tributación indirecta del dinero virtual. Comentario a la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Skatteverket y David Hedqvist,*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

En definitiva, las operaciones consistentes en el intercambio de divisas tradicionales por monedas virtuales y viceversa, que son efectuadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio a que el vendedor compre las divisas y, por otra parte, el precio al que las venda a sus clientes, constituyen prestaciones de servicios que están sujetas al IVA pero a las que les resulta aplicable el supuesto de exención previsto para el caso de las operaciones relativas a las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago[22]. En este sentido, el TJUE utiliza el principio de neutralidad fiscal[23], con la finalidad que operaciones idénticas tributen también de forma idéntica, motivo por el cual, para que se justificase la existencia de un trato diferenciado entre las monedas virtuales y otros medios legales de pago, debería existir una diferencia de peso entre el intercambio de divisas de curso legal y el intercambio de divisas de curso legal por monedas virtuales[24].

A este respecto, existe reiterada jurisprudencia que se pronuncia en el sentido de que los términos empleados para designar las exenciones previstas deben ser objeto de interpretación estricta, por constituir excepciones al principio general de que el IVA se percibe sobre toda prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo, tal y como afirma la Sentencia del TJUE de 15 de junio de 1989 (Asunto C-348/87, *Stichting Uitvoering Financiële Acties*)[25]. No obstante, por parte del TJUE se recuerda que la exigencia de interpretación estricta no significa que los términos empleados para definir las

C-264/14, en *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales nº 2, 2016*.

[22] D. Gómez Aragón. *Ley General Tributaria: Exención del IVA de las operaciones de cambio de la divisa virtual «bitcoin» por divisas tradicionales*. *Ob. cit.*

[23] Con respecto al principio de neutralidad fiscal, el TJUE en su Sentencia de 25 de febrero de 1999 (Asunto C-349/96, *Card Protection Plan Ltd (CPP)*), afirma que este principio se opone a que, salvo en supuestos que no son pertinentes en el caso de autos, las operaciones lícitas y las operaciones ilícitas reciban un trato diferente en materia de IVA.

[24] N. Miras Marín. *El régimen jurídico-tributario del bitcoin*, en *Revista de Contabilidad y Tributación,* n.º 406, 2017.

[25] J.A. Barciela Pérez. *Bitcoin e IVA. El asunto Hedqvist*, en *Revista Quincena Fiscal* nº 14, 2016.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

exenciones contempladas hayan de interpretarse de tal manera que éstas queden privadas de sus efectos, tal y como recuerda el TJUE en su Sentencia de 14 de junio de 2007 (Asunto C-445/05, *Haderer*).

A pesar de todo lo indicado, no debemos obviar que el hecho de que la actividad de intercambio de monedas virtuales esté exenta del IVA, no exime a sus titulares de la obligación de cumplir con la mayoría de las obligaciones formales establecidas por el artículo 164.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, para el conjunto de sujetos pasivos del Impuesto[26], consistentes en: presentar declaraciones relativas al comienzo, modificación y cese de las actividades que determinen su sujeción al Impuesto; solicitar a la Administración el número de identificación fiscal y comunicarlo y acreditarlo en los supuestos que se establezcan; expedir y entregar factura de todas sus operaciones, ajustada a lo que se determine reglamentariamente; llevar la contabilidad y los registros que se establezcan en la forma definida reglamentariamente, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas contables; presentar periódicamente o a requerimiento de la Administración, información relativa a sus operaciones económicas con terceras personas y, en particular, una declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias; nombrar a un representante a efectos del cumplimiento de las obligaciones impuestas en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, cuando se trate de sujetos pasivos no establecidos en la Unión Europea, salvo que se encuentren establecidos en Canarias, Ceuta o Melilla, o en un Estado con el que existan instrumentos de asistencia mutua análogos a los instituidos en la Unión Europea[27].

[26] L.M. Romero Flor. *Tributación del bitcoin*. *Ob. cit.*

[27] Con respecto a la obligación de facturación, la DGT en contestación a la Consulta vinculante V0225-21, de 10 de febrero, establece la obligación de expedir y entregar facturas, con los requisitos, límites y condiciones que se determinen reglamentariamente, en virtud de lo establecido en el artículo 164.1.3º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, por los servicios de gestión de cobro prestados a clientes cuyo negocio se centra en la compraventa de monedas virtuales, en la medida en que los destinatarios de sus servicios tienen la condición de empresarios o profesionales que actúan como tales. Asimismo, la DGT en contestación a la Consulta vinculante V1885-21, de 16 de junio, afirma que no es necesaria la llevanza de libro registro de facturas expedidas cuando no exista la obligación de expedir factura por sus operaciones, de conformidad con lo establecido en el Reglamento por el que se regulan

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

2.3. *La imposición indirecta en la adquisición de bienes o servicios a cambio de monedas virtuales*

En los supuestos de adquisición de bienes o servicios a cambio de monedas virtuales, el régimen jurídico-tributario a efectos del IVA va a depender, de si las monedas virtuales son calificadas como divisas o como bienes, puesto que si bien en ambos casos la operación se encuentra sujeta a dicho Impuesto, sin embargo, las reglas para la determinación de la base imponible van a ser distintas[28]. En concreto, si las monedas virtuales son consideradas como divisas, de conformidad con lo establecido en el artículo 79.Once de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, la base imponible estará determinada por el tipo de cambio vendedor, fijado por el Banco de España, que se encuentre vigente en el momento del devengo. Por su parte, si las monedas virtuales son consideradas como un bien, al utilizarse como medio de pago para obtener a cambio otro bien o servicio, nos encontraríamos ante una operación de permuta, siendo en este caso la base imponible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, el importe, expresado en dinero, que se hubiera acordado entre las partes.

A este respecto diversos autores[29] defienden que las monedas vir-

las obligaciones de facturación. No obstante, será necesaria la llevanza del libro registro de facturas recibidas, con carácter general, por el empresario o profesional, con independencia que la actividad realizada se encuentre totalmente exenta del IVA y sin derecho a la deducción de las cuotas soportadas en la adquisición de bienes y servicios para dicha actividad, motivo por el cual, las plataformas de intermediación dedicadas a la compraventa de monedas virtuales deberán proceder al suministro de información a través del Suministro Inmediato de Información (SII), tanto de las facturas expedidas como de las facturas, justificantes contables y documentos de Aduana correspondientes a los bienes y servicios adquiridos en el desarrollo de su actividad.

[28] J.F. Sedeño López. *El bitcoin desde una perspectiva tributaria*. *Ob. cit.*

[29] M.J. García-Torres Fernández. *Problemas en la tributación de las operaciones con* Bitcoins*: calificación, prueba, valoración y control de las rentas generadas*. *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, n.º 10, 2018;* N. MIRAS MARÍN. *El régimen jurídico-tributario del bitcoin*. *Ob. cit.*; J J. Pedreira Menéndez. *Las nuevas monedas digitales (*bitcoins*): problemas en su regulación fiscal*, en J. Pedreira Menéndez (Dir.): *Fiscalidad de la colaboración social*. Aranzadi Thomson Reuters, 2018, págs. 391-406; y J. Pedreira Menéndez y B. Álvarez Pérez. *Con-*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tuales deben ser consideradas como un bien puesto que no existe tipo de cambio fijado por el Banco de España, debido a que dada la naturaleza de las monedas virtuales, se tratan de una divisa descentralizada, cuyo tipo de cambio se encuentra fijado por las leyes de la oferta y de la demanda. Por su parte otros[30] no son partidarios de calificar la adquisición de bienes o servicios a cambio de monedas virtuales como una permuta, porque implicaría reconocer la naturaleza de bien a las monedas virtuales, cuando sin embargo su función principal es la de ser un medio de pago, no pudiendo servir de excusa para modificar la calificación jurídica de las monedas virtuales, el hecho de que no haya un tipo de cambio oficial, puesto que al no existir una norma que prevea las reglas valorativas aplicables en el cálculo de la base imponible de una operación de compraventa de bienes o servicios en la que se utiliza las monedas virtuales como medio de pago, la opción que debería ser utilizada sería el valor de mercado de las monedas virtuales en el momento en el que se celebre la adquisición de bienes o servicios, siendo ello una consecuencia de los sistemas descentralizados, en los cuales los diferentes mercados son los encargados de determinar el tipo de cambio actual.

Por todo ello, la diferencia en la distinta consideración expuesta es importante puesto que en el supuesto en el que nos encontremos ante una permuta, la operación estará sujeta y no exenta, conformándose la base de valoración por el valor de mercado de los bienes o servicios intercambiados[31]. Sin embargo, si se considera que la entrega de bienes o servicios a cambio de monedas virtuales supone la entrega de divisas como medio de pago, la operación no se encuentra sujeta al IVA, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.12º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que dispone la no sujeción de "las entregas de dinero a título de contraprestación o pago", sin perjuicio de que la entrega de bienes o las prestación de servicios se encuentren sujetas y no exentas al IVA.

*sideraciones sobre la tributación y calificación contable de las operaciones en moneda digital (*Bitcoins*) en las empresas. Ob. cit.*

[30] J.F. Sedeño López. *El bitcoin desde una perspectiva tributaria. Ob. cit.* y R. Villaroig Moya. *Criptomonedas y otras clases de tokens: aspectos tributarios. Ob. cit.*

[31] R. Falcón Y Tella. *La tributación del dinero virtual. Ob. cit.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

2.4. *La imposición indirecta en los* tokens *de utilidad y en determinados servicios prestados sobre las monedas virtuales*

Los *tokens* de utilidad o *utility tokens*, considerados como un derecho de uso de un producto o servicio, que no se encuentra diseñado como inversión sino como un modo de acceso futuro a un producto o servicio, que en ocasiones hace mención a expectativas de revalorización y de liquidez o a la posibilidad de negociarlos en mercados específicos, se asemeja al *crowdfunding* basado en recompensas o *reward based crowdfunding*[32]. Es por ello, por lo que podrían ser generadores de una imposición indirecta desde la perspectiva del IVA[33], puesto que el adquirente va a actuar como un consumidor o un usuario, que adquiere a través de los mismos un derecho a usar o disfrutar de algún bien o servicio futuro, motivo por el cual no nos encontramos ante un activo financiero, por lo que debería operar el mismo criterio que se mantiene con el *crowdfunding* de recompensas, en el cual se realiza un pago anticipado del bien o servicio, que devenga el IVA en el momento del pago, con independencia de que el bien o servicio se vaya a recibir con posterioridad. No obstante, esta operación plantea el problema de que en muchas ocasiones la misma es efectuada desde fuera de la Unión Europea, lo cual supone un problema de control para la Administración tributaria, puesto que el consumidor que se encuentre en España habrá adquirido monedas virtuales, en un *exchanger* que puede encontrarse instalado fuera de territorio comunitario, el cual las habrá transferido *online* a una empresa también radicada en el exterior con el fin de acceder o tener prioridad para recibir algún servicio que, muchas veces, se presta *online*. Por todo ello, se hace necesaria la existencia de una acción coordinada, no sólo a nivel comunitario, sino internacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), para la regulación de este tipo de operaciones, que busque formas de colaboración internacional puesto que la tecnología ha dejado obsoletas tanto las viejas reglas basadas

[32] B. Álvarez Pérez. *Una visión del crowdfunding desde la Contabilidad*, en J. Pedreira Menéndez (Dir.): *Fiscalidad de la colaboración social*. Aranzadi Thomson Reuters, 2018, págs. 101-123.

[33] J. Pedreira Menéndez y B. Álvarez Pérez. *Las ICO como vía de financiación empresarial a través de tokens*, en *Revista Quincena Fiscal* nº 15, 2020.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

en el lugar de prestación del servicio o de entrega del bien, como el concepto de establecimiento permanente.

En relación sobre determinados servicios prestados sobre las monedas virtuales, tales como su custodia, o el servicio de *staking* o rentabilidad por el hecho de depositarlas en un *smart contract*, la DGT en Consulta vinculante V2679-21, de 5 de noviembre, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, entre otras en sus Sentencias de 12 de junio de 2014 (Asunto C-416/12, *Granton Advertising*) y de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-264/14, *David Hedqvist*), se ha pronunciado sobre la sujeción y, en su caso, exención en el IVA, de los mismos.

En concreto, con respecto a los servicios de custodia de monedas virtuales, cabe destacar que la DGT en virtud de lo establecido en el artículo 135.2.d) de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, y en la Resolución de 24 de julio de 1987, de la Dirección General de Tributos, relativa al escrito de fecha 19 de mayo de 1986 por el que la Asociación Española de Banca Privada formula consulta vinculante en relación al Impuesto sobre el Valor Añadido, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, considera que la prestación del servicio de alquiler de cajas de seguridad se encuentra sujeta y no exenta del IVA. En particular, la custodia de monedas virtuales a través de una plataforma no conectada a Internet que proporciona una mejor seguridad a sus clientes, se trata de un servicio de depósito similar al alquiler de cajas de seguridad, motivo por el cual no tiene naturaleza financiera y por tanto estará sujeto y no exento del IVA.

En cuanto al *staking* considerado como una alternativa a la minería para la generación y validación de bloques, en la cual en lugar de generar estos bloques mediante computación, se requieren validadores que dejan bloqueados en depósitos sus monedas para así poder ser aleatoriamente seleccionados por el protocolo, en intervalos concretos, para crear un bloque, lo que les genera rentabilidad, se trata de una modalidad de inversión, en la que los titulares de monedas virtuales utilizan las mismas para actualizar la cadena de bloques, recibiendo a cambio una retribución. De este modo, el inversor utiliza sus monedas virtuales para colocarlas a disposición del sistema y contribuir al funcionamiento de una red *blockchain*, guardándose las monedas virtuales depositadas en una billetera digital para respaldar la seguridad y el funcionamiento de la citada red.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

En este sentido, la DGT considera que la rentabilidad obtenida por el *staking* por parte de los titulares de las monedas virtuales que tengan la condición de empresarios o profesionales constituye una operación sujeta pero exenta del IVA, de conformidad con lo establecido en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, puesto que dicha rentabilidad es el resultado de la propia cesión de las monedas virtuales.

Por su parte, con respecto al denominado servicio *smart contract* a través del cual se le ofrece a los inversores titulares de monedas virtuales participar en las operaciones de *staking* con otros inversores de manera fiable y sin necesidad de un intermediario de confianza, puesto que un *software* automatizará el cumplimiento de las promesas contractuales, cobrando a cambio el proveedor de dicho servicio, un porcentaje de la rentabilidad obtenida por cada cliente, la DGT considera que este servicio no participa de la naturaleza financiera puesto que estas plataformas posibilitan que los titulares de las monedas virtuales utilicen sus activos digitales para obtener recompensas del proceso de *staking* motivo por el cual dicho servicio estará sujeto y no exento del IVA.

Por todo ello, cabe afirmar que la rentabilidad obtenida por el *staking* por parte de los titulares de monedas virtuales que tengan la condición de empresarios o profesionales constituye una operación sujeta pero exenta del IVA puesto que dicha rentabilidad es el resultado de la propia cesión de las monedas virtuales. No lo será, por el contrario, los servicios prestados a clientes por parte de los proveedores de *staking*, al no participar los mismos de esa naturaleza financiera, puesto que dichas plataformas posibilitan a los titulares de las monedas virtuales utilizar sus activos digitales para obtener recompensas de este proceso.

Con respecto a los servicios de asesoramiento e investigación en redes *blockchain*, la DGT en contestación a la Consulta vinculante V2034-18, de 9 de julio, considera que dichos servicios se encuentran sujetos al IVA siempre que los mismos se entiendan realizados en el territorio de aplicación del Impuesto debiendo tributar a su tipo general. Por otra parte, considera que los servicios de mediación para la compraventa de monedas virtuales se encuentran exentos del IVA, en virtud de lo establecido en el artículo 20.Uno.18º.m) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Finalmente, la DGT en contestación a la Consulta vinculante V1657-22, de 8 de julio, analiza el tratamiento a efectos de IVA de la actividad de captación de fondos de inversores para la compra y venta de monedas virtuales con el objetivo de obtener un beneficio, a cambio de cobrar una comisión por dicha gestión a cada inversor. Para ello, teniendo en cuenta el análisis de los servicios de gestión o asesoramiento en la compra de productos financieros que ha realizado en sus contestaciones a Consultas vinculantes V0001-13 y V0002-13, de 2 de enero; V0272-19, de 12 de febrero; y V1151-21, de 29 de abril, afirma que con carácter general, los servicios correspondientes a la gestión y al asesoramiento de productos financieros son servicios que no tienen naturaleza financiera, motivo por el cual, su prestación está sujeta y no exenta del IVA. No obstante, como excepción, cabe destacar que la gestión de fondos comunes de inversión en el sentido previsto en el artículo 20.Uno.18º.n) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, supone una operación sujeta y exenta del IVA, exención de la que también se benefician los servicios de asesoramiento a las entidades gestoras de dichos fondos de inversión.

Por todo ello, se puede concluir que los servicios de gestión o asesoramiento en la compra de monedas virtuales a cambio de una comisión se tratan de servicios que se encuadran dentro del supuesto general de tributación de los mismos y que, por tanto, no quedan exentos del IVA, debiéndose repercutir el Impuesto correspondiente a la prestación de los mismos. Por el contrario, la transferencia de los beneficios obtenidos a los clientes finales como consecuencia de la inversión supone la materialización del resultado derivado del servicio de gestión prestado, pero sin embargo no constituye la contraprestación de servicio alguno o prestación de servicios sujeta al IVA, motivo por el cual la entrega de dichos capitales no estará sujeta al Impuesto.

En todo caso, cabe recordar, tal y como afirma la DGT en la citada contestación a la Consulta vinculante V2034-18, de 9 de julio, que tanto las actividades no sujetas al IVA, como las operaciones exentas establecidas en el artículo 20.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, no confieren el derecho a la deducción del Impuesto soportado para la realización de dichas actividades.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

3. *Consideraciones finales*

La falta de regulación de las monedas virtuales como representación digital de valor[34], que no se encuentran emitidas ni respaldadas por una autoridad central y que pese a ello se aceptan como medio de pago, plantea a nivel jurídico y en particular con respecto a la aplicación del IVA, mucha incertidumbre, se trata "de un sistema de pago que no es, en principio, legal ni ilegal, sino más bien alegal, puesto que no hay una ley que ampare su uso de manera concreta, pero tampoco ninguna que lo impida de manera estricta"[35].

En este contexto, la ausencia de regulación originó que la *Financial Action Task Force* (FATF)[36] elaborara un informe sobre monedas virtuales, en el cual admite la complejidad del concepto de moneda virtual y la necesidad para que se adoptasen conceptos de comprensión común y de términos coherentes a nivel internacional, necesarios tanto para la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, como para la regulación de la protección de los consumidores, la reglamentación de las transacciones financieras y la fiscalidad de las operaciones. Dicho informe, además reconoce que el uso de las monedas virtuales puede estimular la mejora de los actuales sistemas de pago, reduciendo los costes que se deriva del uso de las tarjetas de crédito o de los pagos *online* de pequeña cuantía, así como que facilitaría las remesas internacionales y la inclusión social de millones de personas que está excluidas de los sistemas bancarios tradicionales. No obstante, advierte que las monedas virtuales deben de estar sometidas a una disciplina legal a través de la cual se limite los riesgos potenciales respecto del tráfico ilícito de flujos de dinero, en el que se aprovecha el anonimato del mundo digital y estar fuera de toda jurisdicción. En este mismo sentido, el informe de la *Financial Stabi-*

[34] En este sentido, E. Ortega y J. Galilea Clavijo. *Perspectiva contable y fiscal de las criptomonedas*, en *Carta Tributaria* nº 91, 2022, afirman que el auge de las monedas virtuales ha supuesto una revolución en el sistema económico-financiero tradicional, motivo por el cual, ante la ausencia de un desarrollo normativo específico, los organismos competentes tratan de interpretar la legislación actual dando cabida a este tipo de activos que presentan una naturaleza tan específica.

[35] F. Móner. *Un sistema de pago alegal*, en *Escritura Pública nº 92, 2015*.

[36] Financial Action Task Force. *FATF Report: Virtual currencies. Key definitions and Potential AML/CFT Risks*. 2014.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lity Board (FSB)[37], centrado principalmente en analizar la protección de los inversores, la integridad del mercado, el blanqueo de dinero, las exposiciones bancarias y el monitoreo de la estabilidad financiera, señala que aunque las monedas virtuales hayan sido diseñadas para funcionar fuera de los marcos regulatorios establecidos, se hace necesario la elaboración de recomendaciones y estándares internacionales frente a su proliferación.

En particular, en los supuestos de minado de monedas virtuales, la falta de un sujeto pasivo sobre el que repercutir el IVA conlleva a que la operación sea considerada como no sujeta, motivo por el cual se impide a las personas que se dedican al minado de monedas virtuales que puedan deducirse los gastos en los que incurren para la resolución de los problemas criptográficos. Posición que para autores como J.F. Sedeño López[38], no es la más adecuada, puesto que, en la mayoría de los casos, el minado de monedas virtuales constituye una verdadera actividad profesional, que no debería estar no sujeta, siendo una posible solución aplicable en estos supuestos la de diseñar una suerte de inversión de sujeto pasivo, en virtud del cual la persona que se dedique al minado de monedas virtuales ingrese el IVA a la Administración tributaria.

Más pacifica solución, tienen los supuestos de intercambio de monedas virtuales por dinero de curso legal y viceversa, dado que esta actividad, tal y como afirman tanto la DGT como el TJUE, se encuentra sujeta y exenta del IVA. Por su parte, en los supuestos de adquisición de bienes o servicios a cambio de monedas virtuales, si se considera a las monedas virtuales como bienes muebles, nos encontraremos ante una operación sujeta y no exenta, mientras que si las mismas son consideradas como un medio de pago, la operación estaría no sujeta.

En todo caso, con el objetivo de garantizar el adecuado desarrollo del comercio con monedas virtuales es necesario que se desarrolle, un marco normativo seguro, en virtud del cual se fomente la seguridad, motivo por el cual se hace indispensable que dicha regulación sea abordada desde una perspectiva internacional, debido fundamen-

[37] Financial Stability Board. *Crypto-assets. Work underway, regulatory approaches and potential gaps*. 2019.

[38] J.F. Sedeño López. *El bitcoin desde una perspectiva tributaria*. *Ob. cit.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

talmente al carácter transfronterizo que tienen las operaciones con monedas virtuales[39]. En este sentido, cabe destacar la voluntad que están teniendo las instituciones europeas para llevar a cabo las reformas que sean necesarias al respecto[40], puesto que tal y como pone de manifiesto la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, las monedas virtuales no se deben confundir con el dinero electrónico, sino que tienen que ser consideradas como "representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos", considerando además que el proveedor de servicios de custodia de monederos es "una entidad que presta servicios de salvaguardia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes, para la tenencia, el almacenamiento y la transferencia de monedas virtuales". En base a todo ello, la citada Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, establece que los "Estados miembros garantizarán que los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos estén registrados". De este modo, a los efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, las autoridades competentes deben estar facultadas, a través de las entidades obliga-

[39] J.F. Sedeño López. *El bitcoin desde una perspectiva tributaria*. *Ob. cit.*

[40] A este respecto, L.M. Hinojosa Martínez. *Euro digital o criptoeuro: ¿Está en juego la soberanía monetaria europea?,* en *Revista de Derecho Comunitario Europeo nº 69, 2021*, pone de manifiesto que si el diseño del euro digital permite mejorar la transmisión de la política monetaria, nos encontraríamos ante un instrumento que sin duda alguna contribuiría a reforzar la soberanía monetaria europea, con el objetivo de defender el euro como símbolo de fortaleza y estabilidad del mercado financiero europeo, al constituir uno de los logros fundamentales del proceso de integración, tanto desde el punto de vista político como económico, para beneficio del conjunto de la ciudadanía de la Unión Europea.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

das, para vigilar el uso de las monedas virtuales, vigilancia que aporta un enfoque equilibrado y proporcionado para salvaguardar los avances técnicos y el alto grado de transparencia logrado en el ámbito de la financiación alternativa y el emprendimiento social.

Asimismo, la Unión Europea ha aprobado la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, conocido como Reglamento MICA (*Markets in Crypto Assets*), el cual se aplicará a toda persona que emita criptoactivos o preste servicios relacionados con ellos en la Unión Europea, contemplando tanto a los criptoactivos[41] que quedan fuera de la legislación vigente de la Unión Europea en materia de servicios financieros, como las fichas de dinero electrónico[42], con la finalidad de alcanzar cuatro objetivos generales, relacionados entre sí, como son, la seguridad jurídica, el apoyo a la innovación, la instauración de unos niveles adecuados de integridad de mercado y de protección de los consumidores e inversores, y la garantía de la estabilidad financiera. Para ello establece normas uniformes en relación con los requisitos de transparencia e información en relación con la emisión y la admisión a negociación de criptoactivos; la autorización y supervisión de los proveedores de servicios de criptoactivos, los emisores de fichas referenciadas a activos y los emisores de fichas de dinero electrónico; el funcionamiento, organización y gobernanza de los emisores de fichas referenciadas a activos, los emisores de fichas de dinero electrónico y los proveedores de servicios de criptoactivos; las normas de protección de los consumidores en relación con la emisión, la negociación, el canje y la custodia de criptoactivos; y las medidas dirigidas a prevenir el abuso

[41] El criptoactivo es definido por el artículo 3.1.2) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, como una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar.

[42] La ficha de dinero electrónico es definida por el artículo 3.1.4) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, como un tipo de criptoactivo cuya principal finalidad es la de ser usado como medio de intercambio y que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda fiat de curso legal.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

de mercado, con el fin de garantizar la integridad de los mercados de criptoactivos.

En definitiva, el otorgarles a las monedas virtuales una concreta naturaleza jurídica se presenta como fundamental para poder regularizar su utilización y establecer los oportunos mecanismos de registro y valoración contable, lo cual permitirá sin duda alguna que se produzca un más adecuado control tributario[43]. En particular, con respecto a la fiscalidad, lo que cabe esperar por parte de los inversores, es una regulación específica al respecto, puesto que se ha incrementado de forma considerable el número de empresas que están comenzando a aceptar las monedas virtuales para el pago de productos o servicios[44].

[43] J. Pedreira Menéndez y B. Álvarez Pérez. *Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (*Bitcoins*) en las empresas*. *Ob. cit.*

[44] M. Sánchez. *Criptomonedas: funcionamiento y fiscalidad del trending topic en inversión*. *Ob. cit.*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Capítulo IX

Las obligaciones informativas de las criptomonedas y demás criptoactivos

*María García Caracuel**

Sumario: 1. Introducción. – 2. Obligaciones de información en el ordenamiento tributario español. - 2.1. Las obligaciones de información de los operadores económicos. - 2.2. La obligación de informar de los titulares de monedas virtuales. – 3. Otras medidas de control desde instituciones internacionales. - 3.1. Iniciativas desde la OCDE. - 3.2. Registro de personas que ofrezcan o provean servicios de intercambio de monedas virtuales. - 3.3. La DAC 8. – 4. Conclusiones.

1. *Introducción*

El origen de las monedas virtuales se sitúa en la creación del *bitcoin* en el año 2009 y, desde entonces, el número de criptomonedas no ha parado de crecer hasta contabilizar cerca de 10.000 monedas virtuales diferentes en la actualidad[1]. A pesar de su irrupción imparable en los mercados, no existe un marco regulatorio ni un régimen fiscal específico de las monedas virtuales, sino que su tributación se basa, fundamentalmente, en las interpretaciones que la Dirección General de Tributos – DGT, en adelante –, e incluso algunas regiones forales, han proporcionado sobre determinados aspectos[2].

* Profesora Titular de la Universidad de Granada. Departamento de Derecho Financiero y Tributario.

[1] Pueden consultarse en https://es.investing.com/crypto/currencies.

[2] Por otro lado, podríamos considerar que no es necesario, puesto que la tributación de éstas no difiere mucho de la de otros tipos de activos o inversiones a los que se ha equiparado. Así lo indica M.J. García-Torres Fernández, en *Problemas en la tributación de las operaciones con* Bitcoins*: calificación, prueba, valoración y control de las rentas generadas*, en *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. Tendencias y Retos del Derecho Financiero y Tributario (Primera parte), Documentos de Trabajo* 10/2018, Instituto de Estudios Fiscales.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Pero, sin embargo, es evidente que es objeto de preocupación y suspicacia por parte de las autoridades fiscales desde su creación al tratarse de un sistema de intercambio de activos, caracterizado por el anonimato de las partes intervinientes y sin intervención del sistema bancario, lo que lo convierte en un medio favorable para el pago de actividades ilícitas y el fraude o evasión, así como un desafío para la Administración tributaria y sus labores de control. Teniendo en cuenta el crecimiento exponencial que ha experimentado la inversión en monedas virtuales, se refuerzan las actuaciones de la Agencia tributaria de obtención de información sobre las transacciones realizadas y de control de su correcta tributación. El Plan de Control Tributario para 2022 aprobado el 31 de enero de este mismo año, en materia de monedas virtuales recoge las siguientes actuaciones: a) Desarrollo normativo y elaboración de los modelos de declaración para dar cumplimiento a las obligaciones de información que la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal establece para los titulares de monedas virtuales situadas en el extranjero y para proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales y de servicios de custodia de monederos electrónicos. b) Continuación de las tareas iniciadas en años anteriores relativas a la obtención de información procedente de diversas fuentes relacionada con las operaciones realizadas con monedas virtuales. c) Sistematización y análisis de la información obtenida sobre la correcta tributación de las operaciones realizadas y de los fondos utilizados en la adquisición de monedas virtuales. d) Potenciación de las herramientas informáticas necesarias para facilitar las actuaciones de control de las transacciones con monedas virtuales. e) Fortalecimiento de la cooperación internacional y la participación en foros internacionales con el objeto de obtener información sobre operaciones realizadas con monedas virtuales. f) Participación en los grupos de trabajo internacionales en curso sobre la regulación de futuros intercambios de información en materia de monedas virtuales[3].

[3] Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2022, Resolución de 26 de enero de 2022, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (BOE 31/31/2022).

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Es en este ámbito donde se ha desarrollado cierta regulación y, en particular, el objeto de este capítulo, que son las nuevas obligaciones de información sobre las monedas virtuales recientemente incorporadas por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

Desde la UE, la aparición de estos medios de pago e inversión alternativos, como los criptoactivos y el dinero electrónico, ha dado lugar a diferentes reacciones normativas con las que se pretende mitigar los riesgos de las criptomonedas. Una de ellas es la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, cuya transposición ha dado lugar a la *Ley 11/2021, de 9 de julio* que introduce dos nuevas obligaciones informativas sobre la titularidad y saldo de monedas virtuales y sobre operaciones relacionadas con las mismas, con el fin de reforzar el control tributario sobre los hechos imponibles relacionados con monedas virtuales[4].

Junto a ésta, ya formaba parte de nuestro ordenamiento la obligación de inscripción en un registro del Banco de España de aquellas personas físicas o jurídicas que, cualquiera que sea su nacionalidad, ofrezcan o provean en España servicios de intercambio de moneda virtual y de custodia de monederos electrónicos derivada de la Directiva (UE) 2018/843, por la que se modificaba la Directica (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modificaban las Directivas 2009/138CE y 2013/36/UE[5].

Y por su parte, el Banco Central Europeo está trabajando e investigando en el lanzamiento del euro digital, proceso que no finalizará antes de dos años desde octubre de 2021.

[4] Preámbulo de la Ley 11/2021 de 9 de julio.

[5] La transposición de esta Directiva se realizó a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que reformaba la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Desde la aprobación de la Directiva de la UE 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, en materia de prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, la definición de moneda virtual que incorpora en el artículo 1.2.d) ha servido de referencia, tanto en el ámbito europeo como el nacional, definiéndola como «Una representación digital del valor, no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente que no posee el estatuto jurídico de una moneda o dinero, pero es aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio que puede transferirse, almacenarse, o negociarse por medios electrónicos». Este concepto ha sido adoptado por la DGT que, igualmente, entiende que la validez de las criptomonedas reside en la aceptación por parte de una comunidad virtual concreta.

La Ley 11/2021 no introduce un concepto de "moneda virtual" con ocasión de los nuevos deberes de información, sin embargo sí se ha previsto su incorporación en el desarrollo reglamentario. Efectivamente, de acuerdo con el Proyecto de Real Decreto sometido a trámite de información pública el 17 de junio de 2022, a efectos de las obligaciones de informar sobre monedas virtuales, se remite al artículo 1.5 de la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* que reproduce la definición de moneda virtual, aunque con una ligera abreviación al final: "[s]e entenderá por moneda virtual aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente".

Aunque surgieron como un medio de pago anónimo y seguro, su uso ha derivado a su concepción como un activo o inversión – criptovalores o criptoactivos[6]. Se caracterizan, por tanto, por ser una representación digital de valor; no son emitidas ni están garantizadas

[6] Vid. De Abiega Valdivieso, M., *Qué son las criptomonedas y cómo tributan*, en *Revista Forum Fiscal*, Nº 278, 22/10/2021, Sección En Portada, Wolters Kluwer, La ley 9124/2021.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

por una autoridad pública; no se asocian a una moneda de curso legal ni poseen el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero son aceptadas como medio de cambio[7]. Pero, seguramente, su característica más relevante es el sistema de seguridad en que están basadas, haciendo uso de protocolos criptográficos y controlados por particulares usuarios de Internet, que hace que proporcionen un elevado nivel de confianza entre sus usuarios. Debe, además, señalarse que desde la STJUE de 22 de octubre de 2015, se admite como medio de pago legal en todo el ámbito europeo.

2. *Obligaciones de información en el ordenamiento tributario español*

El deber de informar sobre la titularidad y las actividades de gestión de criptoactivos se introduce en nuestro ordenamiento jurídico en un contexto de preocupación y alerta por las autoridades fiscales europeas y nacionales.

La aparición de estos medios de pago e inversión alternativos se ha considerado por la UE como una amenaza sobre los progresos realizados en materia de transparencia fiscal en los últimos años y de lucha contra la evasión fiscal.

Desde el año 2018, la Administración tributaria presta especial atención a las monedas virtuales en sus Planes Anuales de Control Tributario a través de requerimientos de información a terceros con el objetivo de garantizar una correcta tributación y prevenir el fraude. Además, con el fin de impulsar el cumplimiento voluntario, se potencian los avisos en el documento de datos fiscales del IRPF de todas aquellas fuentes de renta tanto internas como internacionales de las que se tenga conocimiento, incidiendo particularmente en los avisos correspondientes a la realización de operaciones con monedas virtuales y criptoactivos[8]. Con la incorporación de estos nuevos instrumen-

[7] Vid. L. Torrejón Sanz, M. González Álvaro, M. Ruiz De Velasco, *Las criptomonedas. Características y regulación. Tratamiento fiscal en España*, en *Gabinete de Estudios, Asociación Española de Asesores Fiscales*, noviembre 2018.

[8] Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2022, Resolución de 26 de enero de 2022, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (BOE 31/31/2022).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

tos normativos, la Agencia Tributaria prevé un potencial aumento de información procedente de las entidades encargadas de custodiar los monederos e intercambiar monedas virtuales y de los propios titulares de éstas. El futuro desarrollo reglamentario, actualmente en fase de proyecto, vendrá a concretar el contenido de la información que se debe suministrar e igualmente incorporará algunas reglas de valoración necesarias para que el suministro de la información pueda efectuarse en la moneda de curso legal. Todo ello, sin perjuicio, de las necesarias Órdenes Ministeriales correspondientes que regulen los modelos referidos a dichas obligaciones de información. El objetivo es que la primera información sobre estos activos virtuales estará disponible en 2023 respecto del ejercicio 2022[9].

2.1. *Las obligaciones de información de los operadores económicos*

La creación originaria a través del minado da lugar al mercado primario en el que los mineros obtienen criptomonedas por encargo de terceras personas y, junto a éste, está el mercado secundario en el que las monedas virtuales, ya existentes, se transmiten entre particulares a cambio de otras monedas, o bien como medio de pago.

Es en este segundo donde intervienen otros operadores relevantes como son las casas de cambio – *exchanges* –; se trata de plataformas *on line* donde se compran, venden o intercambian las criptomonedas a cambio de dinero de curso legal o de otras monedas virtuales. Además suelen ser las entidades a las que se encarga la gestión de los monederos o *wallets,* aunque ello no impide que sea un operador independiente el que custodia las claves criptográficas cuya identidad se desconoce, si él mismo no informa respecto de su identidad de forma voluntaria.

En la Directiva (UE) 2018/843 DEL Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 define al "proveedor de servicios de custodia de monederos electrónicos" como entidades que prestan servicios de "salvaguardia de claves criptográficas privadas en nombre de sus

[9] Plan Anual de Control Tributario del 2022, *Resolución de 26 de enero de 2022, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria* (BOE de 31/01/2022).

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

clientes, para la tenencia, el almacenamiento y la transferencia de monedas virtuales". En la medida en que estas operaciones se realizan en el mercado virtual y las monedas no pueden ubicarse en un lugar concreto de depósito, son los monederos y los *exchanges* los puntos de conexión para establecer la residencia de los mismos y sobre ellos inciden, fundamentalmente, las nuevas obligaciones de información.

En el marco de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la Ley 11/2021 introduce dos nuevos apartados, el 6 y el 7, a la Disposición Adicional Decimotercera que incorporan tres nuevas obligaciones a personas físicas o jurídicas residentes en España o establecimientos permanentes que prestan servicios de monedero y *exchanges* en el territorio nacional, ya sea con carácter principal o en conexión con otra actividad; es decir, la información requerida se refiere a tres servicios concretos que prestan estas entidades o sujetos como son el de custodia de las claves de acceso a las monedas virtuales y a la actividad económica de intercambio de monedas, tanto de nueva creación, como aquéllas ya creadas. El proyecto de desarrollo reglamentario de esta obligación ha previsto incorporar dos nuevos artículos, el 39 *bis* y el 39 ter en el *Real Decreto 1065/2007,* de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos – Capítulo V obligaciones de información; Sección 2ª Obligaciones de presentar declaraciones informativas; Subsección 3ª obligación de informar sobre cuentas, operaciones y activos financieros.

Se trata de un deber de información de cumplimiento periódico cuya regulación en el marco del IRPF lo equipara al deber de información que se venía exigiendo a obligados tributarios de importantes sectores económicos estratégicos como bancos, cajas, entidades aseguradoras y entidades públicas. Junto a éstos, se ha venido a incorporar a los operadores de un sector económico muy específico, equiparándolos a los anteriores, a pesar de que su presencia en la economía nacional no es comparable, por el momento, aunque sí está desarrollando un importante crecimiento[10]. Desde el punto de vista

[10] El uso de las monedas virtuales en Europa y en España se está desarrollando de forma moderada como medio de pago en la adquisición de bienes y servicios,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

de la sistemática legislativa, puede criticarse que el legislador insista en enmarcar estas obligaciones de información en la Ley del IRPF en lugar de situarlas en la LGT, ley que por su naturaleza corresponde albergarlos[11].

Las personas y entidades residentes en España y los establecimientos permanentes en territorio español de personas o entidades residentes en el extranjero sujetas al deber de información son:

a) Quienes prestan servicios "para salvaguardar claves criptográficas privadas en nombre de terceros, para mantener, almacenar y transferir monedas virtuales, ya se preste dicho servicio con carácter principal o en conexión con otra actividad". Estos sujetos serían los que prestan servicio de *wallets* o carteras como los hemos denominado anteriormente.

La información que deben proporcionar consiste en una declaración anual de los saldos y los titulares de las monedas cuyas claves custodian. Las claves privadas son las que permiten ejercer el poder de disposición sobre las monedas; éstas pueden encontrarse en un pen-drive o, incluso, en posesión de su titular o bien, cedidas a una entidad o persona para su custodia. Sólo en este segundo caso entra en juego la obligación de informar pero, por otro lado, deberá matizarse el deber de información para aquellos operadores que no tienen información sobre las monedas y su saldo, sino que su servicio se limita a custodiar las claves privadas para que cada usuario acceda al medio donde se encuentran sus criptoactivos.

De acuerdo con el desarrollo reglamentario previsto – artículo 39 *bis* del Reglamento General de Gestión e Inspección –, la información a suministrar a la Administración tributaria comprende desde el nombre y apellidos o razón social o denominación completa y número de identificación fiscal de las personas o entidades a quienes correspondan en algún momento del año de las claves públicas criptográficas privadas, ya sea como titulares, autorizados o benefi-

donde la media ronda el 11% para Europa y el 14% para España. Vid. Ruiz Garijo, M. *El desafío de la fiscalidad de las criptomonedas. Las obligaciones de información en el IRPF*, en *Nueva Fiscalidad,* núm. 3, julio-septiembre 2021.

[11] Vid. Alarcón García, E. *Las nuevas obligaciones informativas sobre monedas virtuales*, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 79, 2021, 1 de octubre, 2021.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ciarios, las claves públicas vinculadas a dichas claves privadas y los saldos a 31 de diciembre. En cuanto a la información relativa a los saldos, se proporcionará distinguiendo cada moneda virtual, identificando el tipo de moneda y el número de unidades de que dispone a 31 de diciembre. A efectos de determinar el número de unidades de cada tipo de moneda virtual existentes a 31 de diciembre, se indicará el número de unidades existentes al inicio del año y el número total de unidades que se han recibido y enviado durante el año en relación con cada clave pública y moneda virtual. Los términos en los que deberá proporcionarse toda esta información vendrán definidos en la orden ministerial que apruebe el modelo correspondiente. En relación con aquellos sujetos que no dispongan de toda esta información o que lo hagan pero de forma parcial, el modelo de declaración será determinante para saber si quedan sujetos a la obligación de informar. No obstante, consideramos que la forma en que suelen estar configurados estos modelos informáticos, no permite su presentación si no se ha rellenado de forma completa, por lo que deberían quedar excluidos.

El saldo declarado debe ir acompañado del valor del mismo en euros, tomando como referencia la media a 31 de diciembre especificando la cotización o valor utilizado para efectuar dicha valoración. Igualmente se informará de los saldos a 31 de diciembre de moneda fiduciaria que estos operadores pudieran mantener por cuenta de terceros, respecto de los que proporcionarán los mismos datos identificativos de su titular, autorizado o beneficiario a que se refiere el primer párrafo de este apartado, así como su valoración en euros cuando la moneda sea distinta del euro.

Si a lo largo del ejercicio se deja de prestar los servicios de salvaguarda de claves criptográficas privadas, deberá notificarse dicha circunstancia aunque la obligación de informar se mantiene en las mismas condiciones, por el periodo correspondiente.

b) Quienes prestan servicios "de cambio entre monedas virtuales y dinero de curso legal o entre diferentes monedas virtuales, o intermedien de cualquier forma en la realización de dichas operaciones, o proporcionen servicios para salvaguardar claves criptográficas privadas en nombre de terceros, para mantener, almacenar y transferir monedas virtuales". Éstos son los denominados *exchanges* y deben comunicar a la Administración Tributaria las operaciones de adquisición, transmisión, permuta y transferencia, relativas a monedas vir-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

tuales, así como los cobros y pagos realizados en dichas monedas, además de los datos identificativos de los sujetos que intervienen en dichas operaciones. El nuevo artículo 39 *ter* del RGGI describe detalladamente la información que se debe suministrar que comprende "el nombre y apellidos o razón social o denominación completa y número de identificación fiscal de los sujetos que efectúen las operaciones señaladas en el apartado anterior, con indicación de su fecha de registro inicial en la plataforma de los sujetos obligados a presentar la declaración informativa. Respecto de cada operación, la información a suministrar a la Administración tributaria comprenderá el tipo de operación, la fecha de la operación, las claves públicas o direcciones públicas de origen y destino asociadas a las monedas virtuales recibidas o entregadas, el tipo y el número de unidades de moneda virtual adquirida, transmitida, permutada o transferida, el valor en euros por el que se efectúa la operación y, en su caso, las comisiones y gastos asociados a la operación y que vaya a percibir el sujeto obligado a proporcionar la información. En el caso de que exista contraprestación, y el sujeto obligado a proporcionar la información sea quien la satisfaga o perciba, intermedie en su percepción o entrega o tenga conocimiento de ella, se informará asimismo de si ésta consiste en moneda fiduciaria, en otra moneda o activo virtual, en bienes o servicios o en una combinación de las anteriores".

c) Quienes realicen ofertas iniciales de nuevas monedas virtuales, respecto de las que entreguen a cambio de aportación de otras monedas virtuales o de dinero de curso legal. Estas operaciones las llevan a cabo los mineros.

El apartado 3 del artículo 39 *ter* le impone una declaración informativa anual con la misma información prevista en el supuesto anterior, es decir, datos identificativos de los destinatarios de las operaciones y valoración de las mismas pero, en este caso, referente a las entregas de nuevas monedas virtuales que efectúen a cambio de otras monedas virtuales o de moneda fiduciaria. No obstante, cuando los mineros realicen ofertas iniciales de nuevas monedas virtuales con la intermediación de entidades residentes en España o establecimientos permanentes establecidos en nuestro país, que proporcionen servicios de cambio entre monedas virtuales y moneda fiduciaria o entre diferentes monedas virtuales o servicios de salvaguardia de claves criptográficas privadas, la declaración informativa anual deberá realizarla

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

este último, cualquiera que sea la residencia de la persona o entidad que realice la oferta inicial de nuevas monedas virtuales, e incluirá la identificación de ésta y la información prevista referente a los sujetos y a todas las operaciones que se efectúen, en su caso, en el marco de dicha oferta inicial, en los términos que establezca la orden ministerial por la que se apruebe el modelo correspondiente.

Estas tres obligaciones, en cualquiera de sus modalidades, presentan las siguientes cuestiones problemáticas. La principal es el anonimato que impera en el mundo de la moneda virtual y que, por tanto, afecta tanto a la tenencia como a las transacciones con monedas. En ausencia de una regulación que lo imponga, los usuarios pueden realizar dichas transacciones al margen de estas plataformas o prestadores de servicios. En estos supuestos, ni siquiera el propietario se verá obligado a declarar la tenencia, puesto que, como a continuación vamos a ver, es necesario que las monedas situadas en el extranjero deban estar custodiadas por personas o entidades que proporcionen estos servicios.

Para aquellos usuarios que contraten estos operadores, nos encontramos con problemas adicionales. La localización de los prestadores del servicio, la valoración del saldo de las monedas virtuales y la trazabilidad de estas operaciones por la Agencia Tributaria.

En cuanto a la localización de las monedas, el monedero electrónico no almacena las criptomonedas, sino las claves privadas que permiten acceder y disponer al titular a sus monedas almacenadas[12]. Desde un punto de vista técnico, las criptomonedas se encuentran en la cadena de bloques, en la red, y no se les puede otorgar una ubicación geográfica determinada. Para resolver este evidente inconveniente, el legislador establece como punto de conexión con el territorio español donde radique la entidad que realiza el servicio de almacenamiento, ya que el acceso a la moneda se realiza a través de la página web de la entidad. Este criterio de localización fue implantado previamente por la DGT, en la Consulta Vinculante V1069-19, de 20 de mayo de 2019 y se traslada a la ley para determinar el cumplimiento de las obligaciones de información, que afectan exclusivamente a los prestadores de servicios y no a las operaciones económicas realizadas en territorio español. De este modo,

[12] Vid. Sedeño López, J.F., *El control tributario de las criptomonedas…*, *op. cit.*, pág. 215.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

los operadores sujetos a la obligación informativa, en cualquiera de sus tres modalidades, deben ser residentes en España, con independencia del lugar donde presten estos servicios, de la ubicación de las monedas y la residencia de sus titulares. Esto puede, por un lado, generar duplicidades informativas[13]. Y por otro, deja fuera de control a los usuarios y titulares que autogestionen sus monedas.

Por lo que se refiere a la valoración de las criptomonedas, ninguna autoridad respalda ni garantiza su valor, sino que éste se basa en la confianza que los usuarios y titulares depositan en ella. Por tanto, no existe un tipo de cambio oficial emitido por una autoridad monetaria que tenga valor universal. Al contrario, esto significa que el tipo de cambio será diferente en cada territorio para cada tipo de moneda virtual, hasta el punto de poder adquirir la misma criptomoneda a diferentes precios, según los que fije cada Exchange. Si el intercambio es entre partes directamente, sin intervención de un Exchange, el tipo de cambio será negociado entre ambas[14]. Los artículos 39 *bis* y 39 ter, de la modificación reglamentaria prevista, establecen para los tres tipos de obligaciones que, para efectuar la valoración en euros de las monedas virtuales, ya sea en relación con el saldo de monedas o bien por contraprestaciones de operaciones realizadas con monedas virtuales, se debe tomar la cotización media que ofrezcan las principales plataformas de negociación o, en su defecto, se servirán de mecanismos comúnmente utilizados de valoración que proporcionen una estimación razonable del valor de mercado en euros. Junto con la valoración en euros debe indicarse, en todo caso, la cotización o el valor utilizado para dicha valoración. De nuevo nos encontramos con unas referencias de valoración lo suficientemente vagas e imprecisas para que quede en manos de la Administración tributarias la atribución de un valor definitivo, a no ser que el modelo de declaración venga acompañado de un listado de plataforma de negociación o los mecanismos de valoración habituales aceptados por ella misma.

[13] Vid. Alarcón García, E., *Las nuevas obligaciones informativas…*, *op. cit.*, pág. 3/7.

[14] L. Torrejón Sanz, M. González Álvaro, M. Ruiz De Velasco, *Las criptomonedas. Características y regulación. Tratamiento fiscal en España*, en *Gabinete de Estudios, Asociación Española de Asesores Fiscales*, noviembre 2018.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Sobre la trazabilidad de estas operaciones, la propia UE ha reconocido que las operaciones desarrolladas en la red *blockchain*, incluso cuando se realicen con intermediarios, escapan al control de la Administración tributaria. Junto a ellos, la labor de los mineros goza de una posición difícil de controlar, quedando en manos del voluntarismo el cumplimiento de las obligaciones de información que se han creado.

Por último, como ya han advertido algunos autores, no hay referencia alguna en el texto legislativo al régimen sancionador por el incumplimiento de este deber en particular, lo que debe interpretarse como una remisión a los artículos 198 y 199 LGT donde, en opinión de ALARCÓN GARCÍA, cuyos tipos sancionadores se postulan como los más adecuados[15]. De acuerdo con el proyecto de Real Decreto para el desarrollo reglamentario, así se contempla y se confirman las conclusiones extraídas por la doctrina.

2.2. *La obligación de informar de los titulares de monedas virtuales*

El apartado veintiséis del artículo decimotercero de la Ley 11/2021 introduce una nueva letra d) al apartado 1 de la disposición adicional 18ª de la LGT que señala que los obligados tributarios deberán suministrar [i]*nformación sobre las monedas virtuales situadas en el extranjero de las que se sea titular, o respecto de las cuales se tenga la condición de beneficiario o autorizado o de alguna otra forma se ostente poder de disposición, custodiadas por personas o entidades que proporcionan servicios para salvaguardar claves criptográficas privadas en nombre de terceros, para mantener, almacenar y transferir monedas virtuales.*

Mediante esta modificación de la LGT, las criptomonedas se unen a la selección de activos situados en el extranjero como cuentas bancarias, bienes inmuebles y valores, activos o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión a terceros de capitales propios.

De acuerdo con la redacción del precepto, debe tratarse de activos que además de encontrarse en el extranjero, sean custodiados por personas o entidades que proporcionan servicios de salvaguarda de cla-

[15] Vid. Alarcón García, E., *Las nuevas obligaciones informativas…*, *op. cit.*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ves criptográficas para mantener, almacenar y transferir las monedas que estén establecidos en el extranjero. Debe entenderse, por tanto, que titulares que no hagan uso de tales servicios tecnológicos no están obligados a declarar. Como reconoce la Directiva (UE) 2018/843, se pueden llevar a cabo transacciones al margen de los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos (considerando 9), por lo que esta obligación no resuelve completamente el problema del anonimato en el ámbito de las monedas virtuales.

El criterio de localización, al igual que en los supuestos de obligación de información anteriores, es de vincular la ubicación de las criptomonedas a la residencia del proveedor de servicios de almacenamiento. Por lo que la entidad encargada de la gestión del monedero virtual debe ser no residente, mientras que el titular será un obligado tributario residente en España. Ante la dificultad de localizar el mundo virtual y poder ubicarlo en el extranjero, no han faltado propuestas como un deber de declaración, mediante un nuevo modelo 721, de tenencia de todo tipo de criptoactivos (pensemos por ejemplo en los tan de moda NFT, non fungible *tokens*), independientemente de su ubicación geográfica y de si las claves de acceso almacenadas en monederos electrónicos son gestionadas por proveedores nacionales o extranjeros[16]. En este sentido también se pronuncia el Comité de expertos que ha elaborado el libro blanco sobre la Reforma Tributaria (PROPUESTA 58). Sin embargo, tal y como se ha planteado el desarrollo reglamentario, en el que sólo se hace mención a las monedas virtuales, no parece que sea una posibilidad inmediata. En cualquier caso, la eficacia de esta medida queda en entredicho porque la Administración tributaria desconoce de antemano los datos que el contribuyente debe declarar, en cuanto que el mediador o intermediario está establecido en el extranjero, lo que refuerza la idea de necesidad de intercambio de formación.

[16] Propuesta lanzada por R. Falcón Y Tella, *La tributación del dinero virtual*, en *Revista Quincena Fiscal,* n. 20, 2013 y seguida por J.F. Sedeño López, *El control tributario de las criptomonedas calificación jurídica, localización geográfica y pseudoanonimato*, *op. cit.*, p. 221 o, Ruiz Garijo, M., *El desafío de la fiscalidad de las criptomonedas. Las obligaciones de información en el IRPF*, *op. cit.*

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

2.2.1. *Desarrollo reglamentario*

En el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero para 2022, se ha acordado que no se exigirá el cumplimiento de esta obligación hasta 2023, ya que el vencimiento del plazo de presentación del referido modelo 720 del año 2021 era el 31 de marzo de 2022 y en ese momento, ni el desarrollo reglamentario se había realizado ni se habían aprobado los modelos de declaración, y por el momento, el actual modelo no dispone de los apartados necesarios para incorporar estos bienes con detalle. Se espera que se haga antes del cumplimiento del próximo plazo de presentación (marzo de 2023) para que la primera información sobre estos activos virtuales esté disponible en 2023 respecto del ejercicio 2022[17].

Por el momento y en las fechas de elaboración de esta obra, como ya se ha indicado, se está trabajando en el desarrollo reglamentario con la publicación, el 17 de junio de 2022, del proyecto de Real Decreto por el que se modifican diferentes textos normativos de nuestro ordenamiento, todos aquellos que de forma directa o indirecta se vieron afectados por las novedades introducidas por la Ley 11/2021, de 9 de abril. En relación con la obligación de informar acerca de las monedas virtuales situadas en el extranjero, se introduce un nuevo artículo 42 *quater* en el RGGI en el que se detallan los requisitos de dicho deber de las personas físicas y jurídicas residentes en territorio español, los establecimientos permanentes en dicho territorio de personas o entidades no residentes y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 LGT, de presentar una declaración informativa anual referente a la totalidad de las monedas virtuales situadas en el extranjero de las que se sea titular, o respecto de las cuales se tenga la condición de beneficiario, autorizado o de alguna otra forma se ostente poder de disposición, o de las que se sea titular real[18] – a

[17] Debe destacarse que sí es obligatorio incluir la titularidad de criptoactivos dentro del territorio español y en el modelo de declaración del Impuesto sobre el Patrimonio aprobado el pasado 18 de marzo en el BOE incluye la casilla concreta para las criptomonedas que hasta ahora debían incluirse en el apartado genérico de «Demás bienes y derechos de contenido económico».

[18] Por "titular real", concepto al que hace referencia el artículo 42 quater, debe entenderse el que tenga dicha consideración conforme al artículo 4.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: A los efectos de la presente ley, se entenderá por titular real:

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

las que en adelante nos referiremos simplemente como titulares para economizar el lenguaje.

"a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.

b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de una persona jurídica. A efectos de la determinación del control serán de aplicación, entre otros, los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.

Serán indicadores de control por otros medios, entre otros, los previstos en el artículo 22 (1) a (5) de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad.

b bis) Cuando no exista una persona física que posea o controle, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de la persona jurídica, o que por otros medios ejerza el control, directo o indirecto, de la persona jurídica, se considerará que ejerce dicho control el administrador o administradores. Cuando el administrador designado fuera una persona jurídica, se entenderá que el control es ejercido por la persona física nombrada por el administrador persona jurídica. Los sujetos obligados verificarán su identidad y consignarán las medidas tomadas y las dificultades encontradas durante el proceso de verificación.

c) En el caso de los fideicomisos, como el trust anglosajón, tendrán la consideración de titulares reales todas las personas siguientes:

1.º el fideicomitente o fideicomitentes.

2.º el fiduciario o fiduciarios,

3.º el protector o protectores, si los hubiera

4.º los beneficiarios o, cuando aún estén por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa la estructura jurídica; y

5.º cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios.

d) En el supuesto de instrumentos jurídicos análogos al trust, como las fiducias o el treuhand de la legislación alemana, los sujetos obligados identificarán y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar la identidad de las personas que ocupen posiciones equivalentes o similares a las relacionadas en los números 1.º a 5.º del apartado anterior".

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

A su vez, las monedas deben estar custodiadas por personas o entidades que proporcionen servicios para salvaguardar claves criptográficas privadas en nombre de terceros, para mantener, almacenar y transferir monedas virtuales, a 31 de diciembre de cada año. La obligación de informar se mantiene aunque la persona o entidad haya perdido su condición de titular a lo largo del ejercicio, es decir, existe obligación de declarar para todo aquel que, en algún momento del año al que se refiera la declaración, haya sido titular, autorizado o beneficiario de monedas virtuales o haya tenido la posesión o sea considerado como titular real.

El nuevo precepto se articula en seis apartados adicionales – los apartados 2 a 7 del artículo 42 quater – en los que se describen los aspectos fundamentales para el cumplimiento correcto de la obligación. En primer lugar, se especifica cuándo debe considerarse que la moneda virtual está situada en el extranjero. Como ya se adelantaba, el punto geográfico de conexión es la persona o entidad o establecimiento permanente que las custodia y presta el servicio para salvaguardar las claves criptográficas privadas o que mantiene, almacena y transfiere dichas monedas. Estos operadores deben ser residentes en el extranjero y, por tanto, no estar obligados a presentar la obligación de información a que se refiere el apartado 6 de la disposición adicional decimotercera de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, a la que nos referimos en el epígrafe anterior.

La información que se debe suministrar a la Administración tributaria se extiende a cuatro elementos vinculados a la posesión o titularidad de las monedas virtuales: a) El nombre y apellidos o la razón social o denominación completa y, en su caso, número de identificación fiscal del país de residencia fiscal de la persona o entidad que proporciona servicios para salvaguardar las claves criptográficas privadas en nombre de terceros, para mantener, almacenar y transferir las monedas virtuales, así como su domicilio. b) La clave pública o, en su caso, claves públicas, vinculada a las monedas virtuales objeto de declaración[19]. c) La identificación completa de cada tipo de moneda

[19] La clave pública forma parte de un elemento básico en las monedas virtuales como es el monedero (cartera o *wallet*). Éste es el software que se instala en el or-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

virtual. d) Los saldos de cada tipo de moneda virtual a 31 de diciembre expresados en unidades de moneda virtual y su valoración en euros.

Al igual que las obligaciones de información establecidas para los operadores económicos, para la determinación del saldo, se debe indicar el número de unidades de moneda virtual existentes al inicio del año y el número total de unidades que se han recibido y enviado durante ese ejercicio, en relación con cada clave pública y moneda virtual. Y para la valoración, nuevamente se remite, dejando un amplio margen de subjetividad a la cotización que ofrezcan las principales plataformas de negociación o, en su defecto, se servirán de mecanismos comúnmente utilizados de valoración que proporcionen una estimación razonable del valor de mercado en euros de la moneda virtual, especificando cuál de ellos se ha utilizado.

Por lo que se refiere a la información relativa al saldo, el precepto diferencia entre los sujetos que tienen la condición de titular a 31 de diciembre del año correspondiente a la declaración y los que han dejado de serlo antes de dicha fecha. La información sobre el saldo a 31 de diciembre la debe proporcionar quien tuviese la condición de titular en esa fecha y quienes hayan sido titulares durante un periodo inferior al año, informarán del saldo en la fecha en la que dejan de tener dicha condición.

Otro de los apartados del artículo 42 *quater* exime del cumplimiento de la obligación de informar a las siguientes entidades titulares de monedas virtuales: a) Aquellas a que se refiere el artículo 9.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, es decir, aquellas que gozan de exención total en dicho impuesto. b) Aquellas residentes en territorio español, así como establecimientos permanentes en España de no residentes, que tengan registradas en su contabilidad de forma individualizada e identificadas las monedas

denador o mediante una aplicación móvil, necesario para utilizar la moneda virtual. Al instalar el monedero se generan dos claves, una clave pública que funciona como dirección de internet donde se puede acceder a ver el listado de monedas registradas en esa dirección, y una clave privada que permite acceder al saldo personal que figura en el *blockchain*, y disponer, enviar y recibir monedas. Es la primera la que debe suministrarse a la Administración y hay que tener en cuenta que será necesario un monedero para cada moneda virtual. Vid. *Las obligaciones tributarias formales como instrumentos de prevención y lucha contra el fraude fiscal*, Aa.Vv. Tirtant lo Blanch, en fase de edición.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

virtuales de las que son titulares por su denominación, valor y entidad de custodia y país o territorio en que se encuentren situadas. c) Las personas físicas residentes en territorio español que desarrollen una actividad económica y lleven su contabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, cuando las monedas virtuales estén registradas en dicha documentación contable de forma individualizada e identificadas por su denominación, valor y entidad de custodia y país o territorio en que se encuentren situadas. d) No existirá obligación de informar sobre ninguna moneda virtual cuando los saldos a 31 de diciembre valorados en euros no superen, conjuntamente, los 50.000 euros. En caso de superarse dicho límite conjunto deberá informarse sobre todas las monedas virtuales. Surge la duda, tal y como está redactado este último supuesto de exclusión, de si quienes dejen de ser titulares antes del 31 de diciembre deben informar sobre la tenencia de monedas virtuales en el extranjero, independientemente del valor del saldo en la fecha en la que pierden dicha condición. El apartado 5 del artículo 42 *quater* exime de la obligación de informar haciendo referencia exclusivamente a "los saldos a 31 de diciembre a los que se refiere el apartado 3.d)" del mismo artículo 42 quater. Y, a continuación, en el apartado 6 dedica un párrafo concreto en el que señala que "[e]n todo caso será obligatoria la presentación de la declaración en los supuestos previstos en el último párrafo del apartado 4", es decir la obligación de los titulares de monedas virtuales de informar sobre el saldo en la fecha en la que dejan de estar en tal situación.

Una de las dudas que planteaba la escueta regulación de la Ley 11/2021 era si se establecería, para las monedas virtuales, las mismas condiciones de cumplimiento de la obligación en función del valor de los bienes. El desarrollo normativo que realiza el Real Decreto lo ha equiparado en todos sus términos de modo que, no sólo exime la obligación de informar por debajo de los 50.000 euros, sino que además, sólo cuando se produzca un incremento del saldo declarado anteriormente superior a 20.000 euros, deberá presentarse una nueva declaración de monedas virtuales situadas en el extranjero.

El plazo para presentar la declaración, como en el caso de los restantes supuestos de la disposición adicional decimoctava de la LGT, será del 1 de enero al 31 de marzo, conforme al modelo aprobado por la correspondiente orden ministerial.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Por último, el apartado 7 aclara lo que son conjuntos de datos y datos individualizados, en relación con la información de monedas virtuales y a efectos de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la LGT. De este modo, se entenderá por conjunto de datos los de identificación – nombre y apellidos, razón social, número de identificación fiscal – de la persona que presta los servicios de salvaguarda de claves criptográficas privadas y los saldos de cada moneda virtual a 31 de diciembre expresados en unidades de moneda virtual y su valoración en euros. Por su parte, se considera dato independiente la clave pública de cada moneda virtual y la identificación completa de la misma. Estas referencias aclaratorias permiten conocer las consecuencias de la presentación de una declaración incompleta o inexacta, en función de los datos o conjuntos de datos que se hayan omitido o falseado, de acuerdo con el régimen sancionador que se analizará a continuación.

2.2.2. *El régimen sancionador tras la STJUE de 27 de enero de 2022*

No puede faltar una breve alusión al impacto de la sentencia del TJUE del pasado 27 de enero que ha resuelto que determinados aspectos del régimen sancionador vinculados a la obligación de declaración de bienes y derechos en el extranjero, son contrarios al Derecho de la Unión Europea.

Como consecuencia de ésta, las sanciones previstas en caso de incumplimiento del deber de informar bienes en el extranjero se han modificado de forma inmediata para adecuarlo a la normativa europea. En el BOE de 10 de marzo de 2022, se ha publicado la Ley 5/2022, de 9 de marzo, por la que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas, entrando en vigor al día siguiente. Gracias a esta norma se derogan expresamente las disposiciones más controvertidas que establecían imputaciones de ganancias patrimoniales no justificadas y presunciones de renta en el ámbito del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades, así como la imprescriptibilidad de las mismas. E, igualmente, se elimina el régimen sancionador específico que

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

regula la Disposición adicional decimoctava, en el apartado 2 de la LGT, por incumplimiento de la obligación de información. A partir de entonces, la infracción por incumplimiento del deber de información de bienes en el extranjero es sancionada de acuerdo con el régimen general de la LGT, en particular, el contemplado en los artículos 198 y 199 LGT, puesto que la falta de información o la información errónea no conllevan necesariamente un perjuicio económico directo a la Administración tributaria. Así, las multas se ven considerablemente reducidas por la no presentación del Modelo 720, presentación fuera de plazo, de forma incompleta o inexacta o con datos falsos o por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos en aquellos supuestos en que hubiera obligación de hacerlo.

El artículo 198 LGT tipifica, entre otras, la infracción por no presentar en plazo autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico. Al tratarse esta obligación de una declaración exigida en el marco general de las obligaciones formales – artículo 29 LGT – y, particularmente del cumplimiento de la obligación de suministro de información prevista en el artículo 93 LGT, la infracción es calificada como leve y se sanciona con una multa pecuniaria fija de 20 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad que hubiera debido incluirse en la declaración con un mínimo de 300 euros y un máximo de 20.000 euros. Se establece una reducción del 50% cuando la declaración se produzca de forma extemporánea y sin requerimiento previo. En cambio, si se hubieran realizado requerimientos, la sanción prevista en este artículo será compatible con la establecida para la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria en el artículo 203 LGT por la desatención de los requerimientos realizados

El artículo 199 LGT contempla la infracción por presentar incorrectamente autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico o contestaciones a requerimientos individualizados de información. En este caso debe producirse una presentación del Modelo 720 de forma incompleta, inexacta o con datos falsos y que de éste no se derive un perjuicio económico a la Administración tributaria. Frente a las anteriores, estas infracciones se califican como graves. El legislador establece sanciones específicas para el caso de declaraciones exigidas con carácter general en cumplimiento de la obligación de suministro de información

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

recogida en los artículos 93 y 94 de esta Ley, que es el caso, como hemos indicado, de la obligación de informar bienes situados en el extranjero como indica expresamente la Disposición adicional Decimoctava de la LGT.

En este caso se distingue entre declaraciones que no tengan por objeto datos expresados en magnitudes monetarias y hayan sido contestados o presentadas de forma incompleta, inexacta, o con datos falsos, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 200 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad omitido, inexacto o falso. La sanción será de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad cuando la declaración haya sido presentada por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos y exista obligación de hacerlo por dichos medios, con un mínimo de 250 euros.

Cabe plantearse que en el caso de las criptomonedas, aunque su valor no esté respaldado por una autoridad bancaria, sí es admitida como una moneda de cambio que representa un valor determinado, además la declaración debe ir acompañada, en todo caso, de su valor en euros conforme a la cotización de las principales plataformas de negociación o calculado con los mecanismos más comunes de valoración. E igualmente, los restantes cripto activos también pueden valorarse con magnitudes dinerarias. Por tanto, entendemos que la infracción de la obligación de informar sobre los cripto activos deben incluirse en el apartado cinco del artículo 199 referente a la declaración de datos expresados en magnitudes dinerarias.

En este sentido, cuando la declaración de información tenga por objeto datos expresados en magnitudes monetarias y hayan sido contestados o presentadas de forma incompleta, inexacta, o con datos falsos, la sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional de hasta el 2 por ciento del importe de las operaciones no declaradas o declaradas incorrectamente, con un mínimo de 500 euros. Si el importe de las operaciones no declaradas o declaradas incorrectamente representa un porcentaje superior al 10, 25, 50 o 75 por ciento del importe de las operaciones que debieron declararse, la sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 0,5, 1, 1,5 o 2 por ciento del importe de las operaciones no declaradas o declaradas incorrectamente, respectivamente. En caso de que el porcentaje sea inferior al 10 por ciento, se impondrá multa pecunia-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ria fija de 500 euros. La sanción será del 1 por ciento del importe de las operaciones declaradas por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios, con un mínimo de 250 euros.

La sanción en ambos casos, cuanto tenga por objeto datos expresados en magnitudes monetarias o no, se graduará incrementando la cuantía resultante en un 100 por ciento en el caso de comisión repetida de infracciones tributarias.

El cumplimiento de esta obligación no se exigirá hasta el año 2023 para el ejercicio 2022, ya que así se acordó desde el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero para 2022, retrasando su cumplimiento porque el vencimiento del plazo de presentación del referido modelo 720 del año 2021 era el 31 de marzo de 2022 y para entonces ni se había producido el desarrollo reglamentario y la sentencia del TJUE de enero exigía una reforma en el régimen sancionador. Es de esperar, que en este tiempo hasta marzo del año 2023, se aprobarán también las Órdenes Ministeriales correspondientes que regulen los modelos referidos a dichas obligaciones de información y previsiblemente, la primera información sobre estos activos virtuales estará disponible en 2023 respecto del ejercicio 2022.

3. *Otras medidas de control e información desde instituciones internacionales*

Las medidas adoptadas en el ámbito nacional no son sino una respuesta o consecuencia de las iniciativas tomadas por organismos internacionales que buscan solucionar el problema al que vienen enfrentándose las administraciones tributarias nacionales de los distintos Estados miembros desde hace algunos años, sobre la falta de información acerca de las transacciones realizadas con este tipo de activos y los agentes que intervienen en las mismas.

Para ello, resulta imprescindible dar respuestas coordinadas a nivel internacional y europeo, potenciando el intercambio de información entre Estados a través de los mecanismos multilaterales ya existentes, siguiendo las propuestas del Grupo de Acción Financiera

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

– GAFI[20] – o de la OCDE, que buscan ampliar los requerimientos de información al mercado de los cripto activos y a los proveedores de determinados servicios sobre los mismos. En el ámbito europeo, junto con la obligación de registro de los operadores y las obligaciones de suministro de información que han impuesto los diferentes Estados miembros, puede sumarse la DAC 7 y la futura DAC 8.

Todas y cada una de estas medidas no deben considerarse de una manera aislada, sino que es necesario que exista una coordinación entre ellas. Además, la eficacia de las obligaciones de información relativas a las criptomonedas se verá fuertemente comprometida si no va acompañada de una regulación sustantiva interna e internacional que, además, como elemento añadido, vendría a dotar de seguridad jurídica a los usuarios de estos activos. En este sentido, en el ámbito de la Unión Europea, mediante el comunicado de prensa de 30 de junio de 2022, se comunica el acuerdo alcanzado entre la Presidencia del Consejo y el Parlamento europeo relativo a una propuesta de Reglamento relativo a los mercados de criptoactivos, que abarca los emisores de criptoactivos no respaldados por activos y las denominadas «criptomonedas estables», así como los centros de negociación y los monederos electrónicos en los que estos se almacenan. Este marco regulador protegerá a los inversores y asegurará la estabilidad financiera, al mismo tiempo que se facilita la innovación y se fomenta el atractivo del sector de los criptoactivos. A través de esta propuesta de reforma, se prevé exigir el cumplimiento de ciertos requisitos a los proveedores de servicios de criptoactivos, a fin de garantizar la protección de los derechos de los consumidores y el funcionamiento ordenado de estos mercados. En particular, a los proveedores de servicios de criptoactivos se les exigirá una autorización para operar dentro de la UE, que las autoridades nacionales estarán obligadas a emitir en un plazo de tres meses. En relación con los proveedores de servicios de

[20] El GAFI es un ente intergubernamental creado en 1989 por el G-7 y que actualmente se compone de 37 países miembros, incluido España, y 2 organizaciones territoriales, una de ellas la Comisión Europea. El propósito del GAFI es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales y operativas para combatir el lavado de capitales y la financiación del terrorismo y aunque sus recomendaciones no son vinculantes, sí tienen un gran reconocimiento por las jurisdicciones integrantes.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

criptoactivos de mayor tamaño, las autoridades nacionales remitirán información pertinente de manera periódica a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM)[21].

3.1. *Iniciativas desde la OCDE*

Frente a la preocupación generalizada sobre los obstáculos que representan los criptoactivos en los avances realizados en el ámbito internacional sobre transparencia fiscal y lucha contra el fraude, la OCDE plantea la necesidad de crear un nuevo marco de transparencia fiscal global en el que se establezca reportes nacionales e intercambio automático de información fiscal entre los Estados relativo a los criptoactivos, equivalente a lo que viene impuesto por el ya conocido estándar CRS. Es el denominado *Crypto-Asset Reporting Framework* o CARF.

El estándar CRS, aprobado por el Consejo de la OCDE el 15 de junio de 2014, es resultado de un llamamiento de los líderes del G-20 con el fin de que las jurisdicciones obtengan información sobre instituciones financieras para, a continuación, intercambiar automáticamente dicha información con otras jurisdicciones anualmente. Éste ha resultado, hasta el momento, un instrumento muy eficaz de lucha contra el fraude fiscal internacional que, anualmente, más de cien jurisdicciones intercambia información sobre cuentas financieras.

Sin embargo, en la medida en que el CRS no contempla la obtención de información relativa a los criptoactivos, recientemente, el pasado 22 de marzo de 2022, la OCDE ha publicado un documento de consulta pública para aclarar y facilitar a los responsables políticos

[21] Se tratará de una norma dirigida, fundamentalmente, a regular los riesgos asociados a los criptoactivos para proteger a los inversores respecto de los riesgos asociados a este tipo de inversiones y responsabilizando a los agentes económicos de las pérdidas de sus inversores. Pero también pondrá el acento en la lucha contra el blanqueo de capitales, reforzando las medidas ya existentes y proponiendo a la Autoridad Bancaria Europea la creación de un registro público de los proveedores de servicios de criptoactivos que no cumplan dicha normativa. E igualmente se preocupará por la huella medioambiental y climática generada por la actividad minera de los criptoactivos, implantando normas mínimas de sostenibilidad obligatorias para los mecanismos de consenso, incluido el de "Proof-Of-Work" (prueba de trabajo).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

la adopción de medidas que irían en este sentido. Además incluye propuestas de modificación del *Common Reporting Standard*, CRS, relativo al intercambio automático de cuentas financieras para mejorar su funcionamiento tras la experiencia adquirida desde su puesta en funcionamiento. Este nuevo marco declarativo sobre los criptoactivos junto a las modificaciones aportadas a la CRS, pretende mantener una estructura fiscal internacional ficaz.

Es el G20, nuevamente, el que ha solicitado a la OCDE que desarrolle un marco para el intercambio automático de información entre administraciones tributarias sobre criptoactivos a partir de la información suministrada por los operadores económicos siguiendo un esquema similar al CRS. La propuesta parte de un contexto internacional en el que los intermediarios (proveedores o exchanges) no están sujetos a informar con fines fiscales, en relación con sus clientes en la mayor parte de los países y, por otro lado, personas físicas o jurídicas pueden ser titulares de criptoactivos en monederos que no estén afiliados a ningún proveedor de servicios y por tanto, generando un alto riesgo de que dichos activos se utilicen para actividades ilícitas o para evadir obligaciones fiscales.

El contenido de las reglas CARF incluye los siguientes aspectos principales: En primer lugar, las modalidades de criptoactivos sujetos que pueden ser detentados y transferidos de manera descentralizada, tomando como referencia una tecnología que permita abarcar futuras clases de activos de naturaleza similar[22]. Sólo se prevén algunas excepciones en relación con activos que no pueden utilizarse para fines de pago o de inversión y, también, todos aquellos que ya queden completamente cubiertos por la CRS. En segundo lugar, los sujetos y entidades que en el ejercicio de una actividad empresarial, proporcionan servicios de intercambio de criptoactivos por otros criptoactivos o por monedas de curso legal, serán quienes queden sujetos a la obligación de informar prevista por la CARF. Y, por último, los procedimientos de diligencia debida pertinentes para la identificación de los usuarios y las jurisdicciones fiscales pertinentes para la presentación de informes.

[22] En relación con la tipología de criptoactivos, una de las preguntas de la consulta pública hace referencia a los *tokens* no fungibles para que puedan considerarse como tales debe representar un valor y ser negociable o transferible.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Las operaciones cubiertas por CARF van desde intercambios entre criptoactivos y monedas de curso legal, entre una o más formas de criptoactivos, transacciones de pago minorista y transferencias de criptoactivos. Las transacciones deben informarse en conjunto para cada tipo de criptoactivo y por separado para las transacciones "entrantes y salientes".

En cuanto a la actualización de las reglas CRS, en la misma consulta pública se han desarrollado propuesta para su revisión integral que, además, tienen una incidencia sobre las monedas virtuales y criptoactivos, como por ejemplo:

Ampliar el alcance del CRS para cubrir los productos de dinero electrónico y las monedas digitales emitidas por los bancos centrales, CBDC.

Cubrir inversiones indirectas en criptoactivos a través de entidades de inversión y derivados.

Proporcionar una interacción eficiente entre el CRS y el CARF, en particular para limitar los casos de informes duplicados.

Mejorar los procedimientos de diligencia debida y la efectividad de los reportes, con miras a aumentar la utilización de la información de CRS para las administraciones tributarias y limitar la carga de trabajo sobre las instituciones financieras alcanzadas[23].

Tras la publicación de la consulta y la recepción de comentarios, será de esperar que en un futuro se llegue a un consenso para formalizar el mecanismo legal de intercambio de información[24]. Se trata, en definitiva, de una iniciativa en la que es fundamental el compromiso de los países, principales interesados, y la colaboración de la industria de los criptoactivos, los intermediarios y otros proveedores de servicios de este ámbito, que serán piezas claves para el éxito de implementación de las reglas modelo CARF, aunque existe un alto

[23] Vid. Porporatto, P., *Nuevas reglas para el intercambio de información con fines tributarios respecto de los criptoactivos*, en *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias*, 4 abril 2022,

[24] En el momento del cierre de este trabajo, la CARF acaba de ser examinada por los Ministros de Economía y los Gobernadores de los Bancos centrales de los países del G20 durante la reunión del 12 y 13 de octubre en Washintong D.C. en el marco del último Informe Fiscal del Secretario General de la OCDE. Consulta realizada el 24 de octubre de 2022.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

riesgo de que surjan jurisdicciones no cooperativas. Igualmente, es necesario insistir en la necesidad de que estas medidas de intercambio de información deben ir acompañadas de medidas legislativas de los Estados que permitan esclarecer y establecer de forma expresa el tratamiento tributario de los cripto activos, para que las administraciones tributarias puedan controlar el correcto cumplimiento de la obligación de tributar, proporcionando, a su vez, seguridad jurídica a los contribuyentes.

3.2. *Registro de personas que ofrezcan o provean servicios de intercambio de moneda virtual o de custodia de monederos electrónicos*

Una de las primeras intervenciones específicas de la Unión Europea en el ámbito de las monedas virtuales se ha dirigido a acotar el problema del blanqueo de capitales y los riesgos de financiación del terrorismo asociados a las mismas mediante la publicación de la Directiva (UE) 2018/843, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifican las Directivas 2009/138/ CE y 2013/36/UE[25].

Esta Directiva establece la obligación de inscripción en un registro (que en nuestro país es gestionado por el Banco de España) de aquellas personas físicas o jurídicas que, cualquiera que sea su nacionalidad, ofrezcan o provean servicios de intercambio de moneda virtual y de custodia de monederos electrónicos en el país. Dicha Directiva ha sido objeto de transposición a través del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en

[25] Se debe tener en cuenta que, aunque con un carácter más limitado, las autoridades tributarias puedan acceder a determinada información sobre la lucha contra el blanqueo de capitales en el ámbito de este tipo de activos, posibilitando el inicio de los procedimientos de cooperación administrativa como consecuencia de la aprobación de la Directiva (UE) 2016/2258 del Consejo, de 6 de diciembre de 2016, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a la información contra el blanqueo de capitales, ya que desde 2018 se introducen las "monedas virtuales" en el ámbito de aplicación de la citada Directiva 2011/16/UE. Vid. J.B. Gallego López, *El intercambio automático de información tributaria ante el reto de los criptoactivos*, *Civitas,* en *REDF,* n. 193, 2022.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamientos de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. A su vez, ésta última modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, introduciendo la Disposición adicional segunda que regula el Registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos. Los operadores, además de inscribirse en el Registro, están sujetos a control por una autoridad competente que, en este caso, es igualmente el Banco de España, que velará por el cumplimiento de la obligación de registro y del resto de requisitos de honorabilidad exigidos para el acceso y mantenimiento de la inscripción[26]. Los proveedores que no cumplan con el deber de estar inscritos en el citado Registro podrán ser sancionados con multas que pueden oscilar entre los 150.000 y los 10 millones de euros.

Con esta nueva regulación, los operadores dedicados a servicios de custodia de monederos electrónicos o salvaguarda de claves se equiparan a los bancos y entidades de servicios de inversión en relación a las obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales. Como señala SÁNCHEZ PEDROCHE, la nueva regulación les obliga a implementar modelos de riesgo, identificar formalmente a sus clientes, conservar sus datos e información relativa a sus operaciones durante al menos 10 años y, en su caso, comunicarlos al SEPBLAC, así como las operaciones que resulten sospechosas. Además, se crea un registro único de titulares reales, gestionado por el Ministerio de Justicia, en el que se incluirá información ya existente en el Registro Mercantil y el Consejo General del Notariado, y se incorporará la obligatoriedad del registro de trusts, ampliando el acceso al público, previo pago de una tasa[27].

[26] Vid. J.L. Mateo Hernández, *Inicio del esperado proceso de regulación de las criptomonedas tras la reforma de la Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril*, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión* nº 82, 2022, Nº 82, 1 de enero de 2022, Editorial Wolters Kluwer.

[27] J.A. Sánchez Pedroche, *Comentarios a la nueva ley antifraude*, en *Revista*

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Debe lamentarse que queden excluidos los proveedores de servicios de cambio entre monedas virtuales, ya que estas plataformas de trading son las que abarcan el mayor número de transacciones. Y además, debido al carácter descentralizado de las criptomonedas, seguimos insistiendo en la posibilidad de operar de forma particular y personal entre usuarios de monedas virtuales, por lo que permanecen en el anonimato comunidades enteras de usuarios y administradores de estos criptoactivos. A pesar de estos inconvenientes debe considerarse un avance en el control de las monedas virtuales y estamos de acuerdo con SÁNCHEZ PEDROCHE en que ayudará a promover un clima de confianza que rompa con la opacidad y dote de seguridad jurídica al mercado de las monedas virtuales[28].

3.3. *La DAC8*

La Directiva 2011/16/EU sobre Cooperación Administrativa – DAC – ha sido reformada en varias ocasiones desde su aprobación, con la finalidad de aumentar la transparencia fiscal y poner a disposición de las autoridades tributarias de los distintos Estados Miembros nuevas herramientas en la lucha contra el fraude fiscal.

La sexta y última de las modificaciones ha sido introducida por la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, ha dado lugar a la que se conoce como DAC 7. Mediante ésta, la UE sigue avanzando en la creación de un marco de intercambio de información y cooperación, buscando, ahora, su adecuación a la digitalización de la economía. Entre las novedades que incorpora, destaca la obligación de informar para algunos de los operadores de las plataformas digitales que tienen como objeto la mediación entre los vendedores de bienes o prestadores de servicios y los usuarios de dichas plataformas, destinatarios de los bienes y servicios. La obligación de informar se

de Contabilidad y Tributación. CEF, 461-462 (agosto-septiembre 2021), pp. E1-E320 | E136 y E137.

[28] J.A. Sánchez Pedroche, "Comentarios a la nueva ley antifraude", *op. cit.* E-137.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

limita exclusivamente para las actividades de las de arrendamiento de bienes inmuebles y medios de transporte, servicios personales y venta de bienes.

Las plataformas registradas en un Estado miembro deberán suministrar a la Administración tributaria los datos recogidos de las actividades económicas en las que medien para que, a su vez, dicha información sea trasladada al Estado miembro de residencia del vendedor. La Administración encargada de recopilar la información será aquella donde esté registrada la plataforma, requisito indispensable para operar. La norma distingue dos tipos dos tipos de operadores sujetos a esta obligación de registro. Los europeos, que son aquellos en los que concurre algún criterio de arraigo con la UE, siendo el principal el de residencia, que hace que deba registrarse en el EM donde se cumple dicho criterio. El resto, es decir, aquellos que no tienen ningún criterio de arraigo en la UE, podrán elegir libremente en que EM registrarse[29].

Antes de que finalice el plazo para la transposición de esta directiva, en diciembre de 2022, ya se está trabajando en una séptima reforma de la Directiva 2011/16/UE para extender el intercambio automático de información a las transacciones realizadas con criptoactivos y dinero electrónico (futura DAC 8) puesto que las plataformas de custodia y transacción de éstos no tienen cabida en la DAC precedente, que ha sido concebida para otras plataformas específicas. El principal objetivo de la DAC 8 será asegurar que existe un correcto intercambio de información entre Haciendas Públicas, que ayude a identificar a los contribuyentes que hacen uso de criptoactivos y, por ende, garantizar que los ingresos derivados de inversiones y pagos realizados con estos nuevos métodos virtuales quedan correctamente sujetos a las correspondientes normas fiscales.

El 10/03/2021, la Comisión de la UE puso en marcha una consulta pública para reforzar las normas de cooperación administrativa y ampliar el intercambio de información sobre el dinero electrónico y los criptoactivos en la que participarán asociaciones profesionales, universidades, organizaciones no gubernamentales, investigadores

[29] Vid. C. Gómez Jiménez, *La DAC 7: nueva obligación de información de los operadores de plataformas digitales, inspecciones conjuntas, relevancia previsible y otros cambios normativos*, en *Blog Fiscal Crónica Tributaria,* 16 de febrero de 2022.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

académicos, consultoras, así como las autoridades públicas de diversos estados miembros.

La consulta, ya cerrada, estaba enfocada en dos sentidos. Por un lado, conocer las partes interesadas e involucradas en las actividades relacionadas con los criptoactivos; y por otro, observar cómo los Estados miembros están calificando los criptoactivos y aplicando la normativa fiscal correspondiente. En relación con los operadores económicos, era necesario conocer los tipos de proveedores de servicios y cómo se van a compaginar sus nuevas obligaciones de información con las que algunos Estados miembro ya les han impuesto en su jurisdicción interna. En la consulta se pone de manifiesto la preocupación de la Comisión por la posible carga administrativa adicional que pueda producirse para los proveedores de servicios. Tras la consulta, el proceso se encuentra en fase de discusión que está prevista que finalice en noviembre de 2022, por lo que es previsible que la Directiva no se apruebe antes de 2024.

En relación con la propuesta de modificación, son varias las cuestiones relevantes a abordar.

Una de las más importantes sería determinar es la de definir qué tipos de criptoactivos y de intermediarios financieros formarán parte del ámbito de aplicación, teniendo en cuenta la velocidad en la que avanza la tecnología en la que se basan, por lo que debe abogarse por conceptos amplios para evitar lagunas o evitar la necesidad de incorporar periódicamente nuevas adaptaciones a la misma[30]. Asimismo, el Parlamento Europeo señala la necesidad de coordinar el concepto de "criptoactivo" con las propuestas incorporadas en los trabajos mencionados de la OCDE y del GAFI[31]. En definitiva, se trata de dar

[30] A su vez no tendría sentido que, dentro de un concepto excesivamente amplio, quedaran sujetas a la obligación del intercambio de información, operaciones sobre activos virtuales que, en la práctica, no plantearían problemas relevantes de evasión tributaria como por ejemplo los NFT que se utilizan en el ámbito del gaming en las plataformas digitales que sirven para completar los avatares del juego. Vid. J.B. Gallego López, "El intercambio automático de información tributaria ante el reto de los criptoactivos", *Civitas. REDF,* n. 193, 2022.

[31] Parlamento Europeo: Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre la aplicación de los requisitos de la Unión en materia de intercambio de información en materia tributaria: avances, lecciones que se han extraído y obstáculos que deben superarse (2020/2046(INI)), p. 7.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

seguridad jurídica en la definición del elemento objetivo de la obligación de informar en las diferentes esferas en las que el suministro de información se impone.

A su vez, la definición de un concepto amplio de cripto activo debe ir acompañada de una distinción de los diferentes tipos de criptoactivos, en función de su utilización y de sus características particulares, teniendo en cuenta que en algunos casos son susceptibles de utilizarse para diferentes fines. Así ocurre con los NFT que están adquiriendo una gran relevancia, al poder utilizarse como como medios de pago o de inversión; como elementos que representan activos financieros; o simplemente como un elemento coleccionable, en cuyo caso no se considera activo. Para ello, puede tomarse como referencia las definiciones proporcionadas por el GAFI[32], así como las propuestas para lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

En este sentido y en respuesta a la consulta pública para el refuerzo de las normas de cooperación administrativa y ampliación del intercambio de información se propone que la obligación se focalice en los perfiles de mayor riesgo de elusión tributaria de cada tipo de activo y simplificando las obligaciones para aquellos en los que exista un riesgo bajo pero, en ambos casos, teniendo en cuenta los posibles avances tecnológicos que se pueden producir en relación con cada uno de ellos y los nuevos modelos de negocio que se están implementando[33].

Otra de las cuestiones relevantes en la configuración del intercambio automático de información es la de los sujetos a proporcionar la correspondiente información a sus Administraciones tributarias

[32] GAFI ha publicado diversas guías con sucesivas actualizaciones sobre los estándares de información para la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, en el ámbito de las operaciones realizadas con los "activos virtuales" dese el año 2014 En octubre de 2021, ha publicado una actualización de la citada guía donde se contemplan los riesgos que pueden derivarse de los recientes desarrollos tecnológicos en este ámbito, entre los que se encuentran los vinculados a las DeFi y a los NFTs GAFI: Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, FATF, Paris, 2021.

[33] Así se pronunció la consultora KPMG en el portal web de la Comisión Europea sobre la iniciativa de reforzar las normas de cooperación administrativa y ampliación del intercambio de información.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

para el posterior intercambio. Éste es, seguramente, uno de los pilares en los que se asienta la obligación de informar que adolece de mayores limitaciones ya que el número de operaciones que se efectúan directamente entre particulares – Decentralized Finance DeFi –, sin intervención o mediación de un proveedor de servicios de criptoactivos, está desarrollando un fuerte crecimiento y plantean problemas de identificación. Y además en el momento en que las criptomonedas se transfieran a varios monederos y alguno de ellos se encuentren establecidos en territorios no comunitarios, no van a informar, y la cadena se rompe.

En principio, los responsables de informar serán los proveedores de servicios de intercambio o exchanges centralizados, los custodios de los "monederos digitales", así como las empresa encargadas de las cajeros ATM o las entidades que emiten criptoactivos como fórmula de financiación empresarial (por ejemplo, en una ICO)[34].

El principal riesgo se encuentra en las finanzas descentralizadas que abarcan operaciones y transacciones con criptoactivos (por ejemplo un préstamo) que se producen de forma automática, gestionadas por una organización o empresa autónoma descentralizada – DAO – a través de un smart contract. En estos casos, según GALLEGO LÓPEZ, quién debe proporcionar la información a la Administración tributaria, es quién controla, con la suficiente influencia, el protocolo informático que rige el smart contract y, por lo tanto, sería el obligado a aportar la correspondiente información. El control del protocolo informático se detenta a través de los *tokens* de gobernanza que permite tomar decisiones sobre el mismo. El GAFI considera que aquellas personas que, a través de este tipo de *tokens*, mantienen el control o una influencia suficiente en dicho protocolo pueden considerarse como proveedores de los servicios de criptoactivos y, por tanto, sujetos a las obligaciones de información[35]. El problema será definir ese carácter suficiente para que sea determinante en el control. Ésta es una muestra de la complejidad de abordar un control efectivo de estos activos que evolucionan a una gran velocidad y que quedan al margen de las regulaciones de los Estados.

[34] Vid. J.B. Gallego López, "El intercambio automático…", *op. cit.*

[35] *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, FATF, Paris, 2021.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Por último, un tercer bloque en el que se centrará la directiva es el relacionado con las sanciones y las medidas de cumplimiento.El régimen sancionador no sólo debe contener una definición más precisa y consensuada de unas sanciones y medidas de cumplimiento eficaces, que sean, a la vez, proporcionadas y disuasorias para prevenir la elusión fiscal y posibles distorsiones del mercado interior.

Sin duda, este nuevo marco de intercambio de información tributaria, en el futuro, vendrá a complementar las fuentes de información de nuestra Administración tributaria que, además de la información proporcionada por operadores económicos establecidos en España y titulares de criptomonedas, obtendrá información de otras Administraciones por aquellas operaciones con criptoactivos realizadas en el ámbito de la UE que afectan a residentes españoles. Con todos estas herramientas de información se consigue garantizar que los ingresos derivados de inversiones y pagos realizados con estos nuevos métodos virtuales quedan correctamente sujetos a las correspondientes normas fiscales Las personas y entidades que participan en este sector económico en desarrollo deberán prepararse para un adecuado cumplimiento de las futuras obligaciones de la DAC 8 haciéndose con los mecanismos adecuados para recopilar y notificar los datos requeridos. Pero, por otro lado, es deseable que se respete el principio de proporcionalidad exigible en los ordenamientos jurídicos europeos y que las obligaciones de información no supongan una carga administrativa excesiva o un obstáculo para estas empresas que se encuentran en pleno proceso de desarrollo.

4. *Conclusiones*

A la vista del análisis de las tres nuevas obligaciones de suministro de información, es unánime la opinión de que su alcance será limitado y se pone en cuestión la eficacia de la medida. Las nuevas obligaciones de suministro de información sitúan a los proveedores de servicios de cambio y de custodia de monederos electrónicos como intermediarios y fuentes de información. Mientras la tecnología de la Administración tributaria no lo permita, ésta es l aúnica forma de luchar contra el anonimato y la descentralización de las criptomonedas a la que puede aspirarse en las condiciones actuales;

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

aunque quede fuera de su alcance un mercado al margen de estos intermediarios.

Parece, por tanto, imprescindible completar el marco jurídico con una regulación del régimen fiscal, en primer lugar, para dotar de seguridad jurídica a los usuarios de estos activos. Y, junto a ello, potenciar el intercambio de información entre Estados, como se está haciendo en el marco internacional por organismos como la OCDE y la UE, a través de los mecanismos multilaterales ya existentes.

En el ámbito europeo no debe generar mayores dificultades, puesto que, como hemos indicado, la Directiva 2018/843 ha establecido una obligación de registro de los operadores que resulta esencial para que los Estados miembros, por su parte, impongan obligaciones de suministro de información. Y, en fase de proyecto, se pretende reformar la Directiva 2011/16/UE para completar y extender el intercambio automático de información a las transacciones realizadas con criptoactivos y dinero electrónico (futura DAC 8).

En un ámbito geográfico mucho más amplio, existe un consenso en la comunidad internacional sobre la necesidad de establecer unos principios de regulación comunes. Desde la OCDE, en el informe *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues* publicado el 12 de octubre de 2020, analiza los desafíos particulares y problemas en el ámbito tributario de las monedas virtuales y los enfoca en esta dirección.

Pero también debemos ser optimistas pues todas estas medidas generarán suficiente confianza para los inversores, tanto institucionales como particulares, que necesitan seguridad jurídica; baste poner como ejemplo el sector bancario y sus posibilidades de inversión en estos activos tan volátiles para ser conscientes de la utilidad que representa el terminar con la opacidad de las criptomonedas, en particular, y los criptoactivos, en general.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Capítulo X

Riesgo de blanqueo de capitales mediante criptomonedas. Blockchain como evidencia probatoria en la lucha contra el crimen*

*Jaime Criado Enguix***

Sumario: 1. Blockchain y criptomonedas: un paradigma disruptivo en el ámbito penal, procesal y financiero. – 2. Blockchain y criptomonedas: la necesidad de una regulación urgente. - 2.1. Blockchain como tecnología de soporte de las criptomonedas. - 2.2. La urgencia de una regulación adecuada. - 2.3. Las criptomonedas: concepto, naturaleza y tipologías. – 3. Blockchain, criptomonedas y su relación con el crimen organizado. - 3.1. Factores criminógenos de la tecnología Blockchain y las criptomonedas. - 3.2. Primera respuesta normativa. - 3.3. Las criptomonedas como oportunidad para el crimen organizado. – 4. el delito de blanqueo de capitales mediante criptomonedas. - 4.1. Criptoblanqueo mediante las famosas ICOS. - 4.2. Adquisición de criptomonedas. - 4.3. Monero: una criptomoneda idónea para lavado de activos. – 5. La "quinta directiva" y su transposición al ordenamiento español. – 6. Alternativas y propuestas para prevenir el uso delictivo de las criptomendas. - 6.1. Blockchain como evidencia probatoria contra el crimen organizado. - 6.2. La tipificación del uso de monedas virtuales para lavado de activos. - 6.3. La "mano invisible". - 6.4. La aplicación efectiva y sin reservas de las vigentes normativas antiblanqueo. - 6.5. Un enfoque regulatorio adaptado a los parámetros de anonimato y confidencialidad de las criptomonedas. – 7. Conclusiones.

1. Blockchain *y criptomonedas: un paradigma disruptivo en el ámbito penal, procesal y financiero*

Blockchain, Criptomonedas y *Bitcoins*[1] conforman sin lugar a dudas uno de los hitos de ámbito jurídico y social de mayor difusión

[1] Sobre estas tecnologías, Vid. entre otras la obra en que participa la autora I. Sánchez Ruiz De Valdivia, "*Blockchain e inteligencia artificial: dos tecnologías que convergen e impactan en la economía y el derecho*" en Aa.Vv. *Blockchain: Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial,* Ed. *Aranzadi Thomson Reuters*, 2020, p. 75.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

en estos últimos años. Dicho fenómeno, surge en el año 2008, a causa del desarrollo de una forma de pensamiento reacia al intervencionismo en el sector financiero. La criptomoneda deriva del hecho de que solo la persona que conozca la clave criptográfica que da acceso a ella es quien la puede usar o puede disponer de ella. No tiene un soporte papel ni consistencia material; únicamente informática pues se trata de mera información digital[2]. Por su parte, el Banco Central Europeo, según dictamen emitido en octubre de 2016[3], define criptomonedacomo "una representación digital de valor no emitida por un banco central ni por una autoridad pública, ni necesariamente asociada a una moneda fiduciaria, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de pago y que puede transferirse, almacenarse o negociarse por medios electrónicos". Esta conceptualización coincide con la aportada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante, GAFI), en el art. 1 de la Directiva de modificación de la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (conocida como "Quinta Directiva"), que modifica el art. 3.18 del actual texto, aprobada por el Parlamento Europeo el 19 de abril y por el Consejo de la Unión Europea el 14 de mayo de 2018, respectivamente[4]. Bajo un prisma jurisprudencial, resulta bastante ilustrativa la visión que aporta el Excmo. Sr. Pablo Llarena Conde, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, quien, mediante Sentencia núm.369/2019 de la Sala de lo Penal, de 20 de junio de 2019, Fundamento de Derecho Tercero, indica que "el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la

[2] A. Legerén-Molina "*Retos Jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de Blockchain*", en *Revista de Derecho Civil*. vol. VI, núm. 1, 2019, p. 179.

[3] Dictamen del Banco Central Europeo sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica la Directiva 2009/101/CE. DOUE C 459/3, de 12 de octubre de 2016.

[4] DOUE L 156/43, de 19 de junio de 2018.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin".

La primera manifestación de las criptomonedas, a escala mundial, viene de la mano de los denominados *bitcoins*[5] y, pese a que existen desde hace casi diez años, se ha convertido en un tema de actualidad, con un notorio repunte en diciembre de 2017, fecha en que alcanzó un valor de capitalización de hasta 19.535,70 dólares[6]. Desde un punto de vista analítico-objetivo, se podría decir, a primera vista, que asistimos a un avance tecnológico de alto calado, que plantea un panorama completamente disruptivo mediante la puesta en valor de elementos que por costumbre inspiran desconfianza, como el anonimato, la descentralización o la criptografía, y todo ello con el objetivo de escapar del control estatal, y asentar un modelo de negocio electrónico entre pares, de carácter instantáneo y globalizado. Constituye un modo de comerciar revolucionario, que reporta ventajas económicas nada desdeñables, como por ejemplo la reducción de los costes o del tiempo de procesamiento de las transacciones, la certidumbre y la validación de los pagos recibidos, entre otras; consolida una seria apuesta por la inclusión financiera (especialmente fuera de la UE) y también representa beneficios para los operadores de mercado, entre otros, la seguridad de los datos personales o una injerencia menor de los poderes públicos. Por tales prestaciones, se augura un exponencial margen de crecimiento y aplicabilidad de la tecnología Blockchain a nuestro modo de operar, por ofrecer no sólo una red de acceso público y gratuito, que facilita un canal electrónico para transacciones con criptomonedas, sin intermediarios[7], sino además por proporcionar un sistema de almacenamiento masivo de datos (BigData) que

[5] No se tiene constancia clara de quién creó el bitcoin, pero algunos autores lo atribuyen al experto en seguridad informática Craig Steven, ciudadano australiano, que se amparó en el seudónimo "Satoshi Nakamoto", quien lo puso en circulación en 2009.

[6] Información disponible en *www.coinmarketcap.com* [Fecha de consulta: 01/09/2022].

[7] Por ello, la propuesta de *Blockchain* es que este trabajo pase a hacerlo otra clase de seres, considerados *incorruptibles, eficaces, sacrificados y cada día más veloces*: los ordenadores, sobre esta cuestión *vid.* E. Díaz Díaz, "*Una aplicación jurídica del Blockchain: los "Smart Contracts*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 50, 2019 parte Cuestiones. Ed. *Aranzadi*, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

protege y encripta la información, tornándose ésta en inmutable, transparente y consensuada; una tecnología con características muy cualitativas aplicables al mercado, y a cualquiera de sus sectores, público o privado.

Por otro lado, las monedas virtuales entrañan una serie de retos. El primero de ellos, común a muchos usuarios, es la complejidad de la terminología que emplea esta tecnología, y su particular funcionamiento, que se traduce muchas veces en desconocimiento, inseguridad jurídica, brecha digital y, en definitiva, falta de prosperidad de la misma. El segundo reto trae causa de las características descritas, junto a las inherentes a la tecnología Blockchain – como el anonimato y la descentralización – las cuales han atraído sobremanera a las organizaciones criminales a su utilización, por cuanto se ha convertido en un escenario propicio tanto para la comisión de nuevos delitos cibernéticos[8] (malware, cryptoware, ataques a las redes, etc.), como para el desarrollo de la delincuencia organizada tradicional de una forma más rápida, eficaz, globalizada, sin apenas coste, y, sobre todo, evasiva, debido a que su pseudoanonimato complica la persecución por parte de las agencias de seguridad y los cuerpos policiales. Estos riesgos afectan tangencialmente al ámbito financiero, en la medida en que la operativa con esas criptomonedas y su mera tenencia tiene relevancia tributaria, cuestión que no se abordará en detalle por razones metodológicas y de extensión. En cualquier caso, conviene puntualizar que esta herramienta tecnológica per se no es ilícita, pero ello no es óbice para que lo hayan sido determinados usos de la misma, y así haya permitido, entre otros, el pago en mercados delictivos alojados en la Darknet[9], transacciones directamente entre las personas

[8] Tal y como advierte la agencia europea en materia policial, Europol, en el reciente Informe *SOCTA* (2021) "*European Union: Serious and Organised Crime Threat Assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime*", p. 38: "Criminal services and tools such as malware, ransomware, DDoS and instructions to perform man types of attacks are offered online, often on the dar web. Cybercrime services and tools can be purchase by paying a user fee, a rental fee or even a percentage of the criminal profits. The affiliate model (also known as ransomware-as-a-service) allows ransomware developers and the cybercriminals that deploy the solutions to share the criminal profits".

[9] Respecto a *Darknet,* aunque es parte de la *DeepWeb,* la *Darknet* está formada

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

implicadas en el negocio delictivo e incluso el blanqueo de capitales procedentes de la criminalidad organizada.

Estas dinámicas han conducido a la ciencia jurídica, entre ellas, la penal, a reconsiderar y acomodar sus disposiciones normativas a las nuevas conductas delictuales que van emergiendo. En este empeño, de forma conjunta, el derecho penal y su actividad probatoria deben ir a la vanguardia en la apreciación y valoración del manejo de la evidencia digital de estas nuevas tecnologías, lo que permitirá que la "recolección" y cadena de custodia de estas evidencias sirva como prueba en juicio y determine una sanción penal.

Con estas premisas, el objetivo de esta contribución se centra en un análisis de las distintas vías para una prevención eficaz y realista del uso ilícito de las criptomonedas para el crimen organizado, y, en concreto, para blanqueo de capitales.

2. *Blockchain y criptomonedas: la necesidad de una regulación urgente*

2.1. *Blockchain como tecnología de soporte de las criptomonedas*

Desde un punto de vista "ideológico", que no se suele mencionar, blockchain se origina para garantizar la máxima libertad individual, con el fomento del anonimato, la privacidad, y, sobre todo, la elusión del control estatal. A riesgo de caer en un reduccionismo, blockchain aboga por una especie de anarquía.

Desde un punto de vista más técnico, la tecnología de "cadena de bloques" o blockchain se concibe en 1991, de la mano de los investigadores Stuart Haber y W. Scott Stornetta, que publicaron "How to Time-Stamp a Digital Document", esto es, cómo un mecanismo informático puede registrar de forma inmutable y confiable, todo tipo de archivos multimedia en Internet, en un registro distribuido, sin un

por redes exclusivas cuyo acceso se encuentra restringido a aplicaciones específicas creadas para cada una de ellas. Para una definición más exhaustiva, *Vid.* J.A. Rico Franco *Desmitificando a la Deep Web a través de un fugaz viaje por la Dark Web*, en *Revista Ingeniería, Matemáticas y Ciencias de la Información*, Vol. 8, núm. 15, enero-junio de 2021, p. 14.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

ente central supervisor. Esta idea quedó entonces en standby, pero, transcurridos casi dos décadas de esta invención, por el año 2008, fue utilizada por un grupo de personas (bajo el pseudónimo "Satoshi Nakamoto") para crear un sistema de dinero electrónico descentralizado entre pares, que posteriormente se llamaría "Bitcoin", idea que condujo a la creación de múltiples criptomonedas que actualmente se encuentran en este tipo de mercados. Blockchain se asocia a una tecnología de registro distribuido, en la que su estructura almacena datos y a medida que llega una nueva información, la agrupa en un bloque, le asigna un código y la ubica en el orden consecutivo de la cadena, es allí que surge la denominación "cadena de bloques" o en su anglicismo "Blockchain", para posteriormente ese bloque ser replicado a todos los nodos participantes en la red. Esa transferencia de bloques (o mejor transferencia de dados) se denomina "transacciones".

Esta tecnología mediante la que operan las criptomonedas presenta tres atributos fundamentales que la hacen fiable, en primer lugar, la seguridad de esta tecnología, la cual se atribuye a la utilización de técnicas criptográficas en el momento de crear un nuevo bloque, que resumen su contenido por medio de un código denominado hash, el cual contiene el número de bloque creado, el número de transacciones establecidas, el código hash del bloque anterior, el nuevo código hash asignado y la respectiva firma digital; todo empaquetado bajo un código hash. Quiere esto decir que cada bloque de la cadena contiene el registro del código hash del bloque anterior, lo que imposibilita su alteración debido a que si se pretendiese cambiar la información, la misma debería ser cambiada en retroceso hasta la génesis del primer bloque, y adicional a ello y complicando aún más las cosas, debería hacer lo mismo en cada una de las copias almacenadas por cada uno de los participantes de la red, que en el caso de la red pública, son cuantiosos el número de nodos participantes. Es por ello que esta tecnología ofrece un alto grado de confianza y seguridad, puesto que el atacante requeriría una mayor potencia de cómputo superior a todos los nodos que conservan copia en toda la red.

En segundo lugar, es una plataforma transparente, todos los usuarios de las redes blockchain tienen acceso al libro registro, como ocurre, por ejemplo, en las redes Bitcoin o Ethereum. A ello se añade, además, que se trata de protocolos informáticos de código abierto, por lo que el acceso al diseño de la programación es también libre.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Esta transparencia, sin embargo, resulta algo incoherente, pues la identidad del nodo sigue permaneciendo en el anonimato, lo que coadyuva a borrar el rastro de un actor malicioso que decide emprender "un ataque del 51%" para obtener el control sobre la actividad minera, y corromper así la plataforma. En suma, la cuestión de la transparencia resulta aún muy discutible, pues, si bien, de un lado, sirve para garantizar el acceso público a las decisiones de los nodos, de otro, tal "transparencia" no permite conocer la identidad de un actor malicioso, cuya revelación si interesaría a los efectos de una instrucción penal.

Y, en tercer lugar, las operaciones son irrevocables. Una vez la información ha sido consensuada y verificada, se incorpora a una red blockchain, y ello no admite rectificación ni marcha atrás, pues cada usuario posee una copia de la información, lo que dificulta su alteración y eliminación de la red sin previo consenso de todos. Este atributo conecta a su vez con la idea de la inmutabilidad de la información, es decir, si un nodo decide cambiar el contenido de la cadena de bloques alterando una transacción ya realizada e incluida en un bloque, provocará que el contenido de su versión del libro registro varíe, un cambio que será fácilmente identificable por el resto de los nodos. Por lo tanto, a la hora de someter a aprobación una nueva transacción, estos no aceptarán su versión del registro, puesto que el contenido será distinto.

Las características descritas ut supra son atribuibles de forma general a las redes blockchain, respecto de las cuales existe una acotada tipología: en primer lugar, la red pública, que consiste en una red de acceso público y anónimo, donde actualmente opera el negocio de las criptomonedas, como por ejemplo la red de Bitcoin, en la que cualquier usuario puede ingresar y realizar transacciones o actuar como un nodo validador; en segundo lugar, la red semipública o híbrida, por la cual, diversas entidades que comparten un mismo objetivo, actúan como nodos participantes, buscando que todas las operaciones realizadas se registren de forma transparente y que les permita conocer la trazabilidad de la información y el movimiento de sus productos, siendo un claro ejemplo de estas las cadenas de suministros; y, por último, se encuentra la red privada, la cual es similar a una Intranet, creada por una organización para el registro y control de sus actividades internas, en la que se define de forma específica quienes serán los actores de la red (nodos) que tendrán la facultad de validar la información y la operación registrada.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

De todas estas redes se puede extraer un denominador común: la validación y el consenso de los nodos como herramienta idónea para el correcto funcionamiento de blockchain. Una tecnología que, sin necesidad de que medie un ente central que la controle y la vigile, pretende garantizar que la información allí contenida esté al alcance de todos los participantes de la red, de una forma acordada, fiable e inmutable. Se trata de una idea revolucionaria, que los actores del mercado han advertido que podría aportar valor añadido a aquellas actividades que cumplan con las siguientes condiciones: (i) requieran almacenar datos, (ii) precisen que el acceso a estos datos sea compartido entre diferentes partes y (iii) estas partes no se conozcan entre ellas o no exista confianza mutua por otro motivo. Cada vez son más el número de actividades que se desarrollan bajo estos parámetros, en los que el valor de la "confianza" se pone en entredicho, como, por ejemplo, en la implementación del voto electrónico, la certificación de la propiedad intelectual, la identidad global, la adaptación de IoT[10]en los contratos inteligentes (Smart Contracts) y otras tantas, lo que permite deducir que, al menos teóricamente[11], vendrán avances significativos en la forma en la forma actualmente desarrollamos nuestras actividades más cotidianas.

[10] Por *Iot* se entiende el Internet de las cosas (en su terminología anglosajona: *Internet of Things*). Es la infraestructura mundial para la sociedad de la información que propicia la prestación de servicios avanzados mediante la interconexión de objetos (físicos y virtuales) gracias a la interoperabilidad de tecnologías de la información y la comunicación presentes y futuras. En este sentido, *Vid.* L. González, S. Osiris, D. Laguía, E. Gesto, K. Hallar *Internet del Futuro – Estudios de Tecnologías IoT*, ICT-UNPA-256, 2020, p. 108.

[11] Y sí, señalo teóricamente porque aún es pronto para augurar cambios significativos en el plano práctico, pues esta disruptiva tecnología aún carece de un marco regulatorio, pese a las sugerencias del Observatorio y Foro sobre*Blockchain*de la Unión Europea, en el *Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*,27 de septiembre de 2019, p. 33, donde, en lo esencial, se concluye aconsejando a quienes afrontan la regulación e implantación de tecnologías como*blockchain*y*smart contracts*, simplicidad en la definición de la tecnología y en el conjunto de la regulación, coherencia entre las diferentes normas y formación acerca de las características generales de la tecnología. Sobre este tema, *vid*. J. Tejedor Bielsa, *Transformación digital, blockchain, e inteligencia artificial en la Administración*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 209, 2020 parte Estudios. Editorial *Civitas*, SA, Pamplona. 2020.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

2.2. *La urgencia de una regulación adecuada*

Blockchain es una cuestión que debe ser examinada cuanto antes por los juristas en la medida en que su propagación generalizada requerirá la reforma de un amplio abanico de sectores del ordenamiento, público y privado, nacional e internacional; y ello porque la idiosincrasia de esta tecnología resultará atractivo por ofrecer la posibilidad de realizar cualquier transacción económica o celebrar cualquier negocio jurídico, en un entorno seguro y fiable, a la vez que se avanza en seguridad jurídica y en la disminución de los costes. No obstante, no podemos obviar, y por ello el objeto de esta investigación, las críticas que ha recibido blockchain por la facilidad con que algunos delincuentes han aprovechado las debilidades o características de las criptomonedas para la comisión de delitos, como la financiación del terrorismo, la evasión de impuestos, o el blanqueo de capitales (cuestión ésta última que analizaremos con más detenimiento).

Es una tecnología aún en fase embrionaria, que requiere de una pronta y sólida regulación, en cualquiera de sus modalidades:

– En el caso de las de tipo público, se produce una situación paradójica: por un lado, debido a sus riesgos inherentes de seguridad, y a su propia naturaleza abierta, transfronteriza y ajena al control estatal, carecen en la práctica de posibilidades reales de control jurídico homogéneo, por lo que su homologación y reconocimiento oficial por todos los legisladores resulta problemática; pero, por otro, precisamente por ello urge su regulación, para el control de los movimientos transfronterizos irregulares de capital y para la prevención de determinadas actividades delictivas a escala global.

– En lo que respecta a las de tipo privadas – aquellas de uso más reservado y condicionado al cumplimiento de determinados requisitos –, como bien apunta IBÁÑEZ JIMÉNEZ[12] resulta evidente que el "*legislador deba desplegar mayores esfuerzos en el desarrollo de estas redes y regularlas de forma eficiente, incluso propiciando la regulación dispositiva y la autorregulación, puesto que solo en ellas, a diferencia de las* Blockchains *públicas, cabe una negociación racional y actualizable de normas de funcionamiento como son los protocolos de con-*

[12] J.W. Ibáñez Jiménez, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Ed. *Dykinson*, Madrid, 2018, p. 31.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

senso". Entre estas normas de funcionamiento, destacan, además, las relativas a procedimientos de protocolo o consenso, también aquellas que rigen su funcionamiento interno, la parte técnica, y, por supuesto, las normas del ámbito jurídico-mercantil cuando se construye una infraestructura integrada por consorcios o asociaciones que se unen para desarrollar en común modelos de negocio o sistemas de identidad digital, entre otras posibilidades.

Blockchain, por sus singulares características, tiene un enorme potencial para generar nuevos mercados[13] de uso universal que emplea identidad digital autónoma, capaces de superar los clásicos problemas de control de los datos privados por terceros intermediarios, y la disposición o utilización de nuestros datos de manera no autorizada para fines ilícitos. Ejemplo de un mercado que emplea tecnología Blockchain es el de la mensajería instantánea, que ya está en funcionamiento, mediante las denominadas *DApps*[14], entre

[13] Por ejemplo, en el ámbito de la votación electrónica emergen proyectos como "*Dalion*", proyecto que aglutina la iniciativa de diferentes empresas en busca de la identidad digital autogestionada. Entre estas empresas tenemos a Banca March, Banco Santander, CaixaBank, Generali, Inetum, Liberbank, Línea Directa Aseguradora, MAPFRE o Repsol, además de administraciones públicas como los Ayuntamientos de Alcobendas y Oviedo, o universidades como la de Extremadura o Zaragoza.La propuesta de Dalionpasa por crear un *wallet* de identidadusando tecnología *Blockchain*, que permitiría gestionar la autenticidad de dicha identidad de forma descentralizada y sin necesidad de intermediarios.

Blockchain también se puede emplear para fines ecológicos y de cuidado al medioambiente, como garantizar que un bien o un producto tiene el origen que se pide y no otro, cuestión clave para evitar fraudes. Esto ocurre en el caso de la energía, la cual es importante saber si su origen está asociado a emisiones de CO2 o no. O, en el mercado automovilístico, SEAT, ya viene incorporando tecnología *Blockchain* en factorías como la de Martorell paramejorar la trazabilidad de las piezas de la cadena de suministro. En este caso, SEAT entró en la red de Blockchain de Alastria, formada por 70 grandes empresas, entre ellas Asseco, y que sirve como "aceleradora" para la prueba en integración de la tecnología Blockchain.Aquí entran en juego también losSmart Contracts, un campodonde Asseco tiene también proyectos en marcha de cara a automatizar la formalización inmediata y sin intermediariosde los numerosos contratos que intervienen en el movimiento de suministros provenientes de diferentes proveedores.

[14] Las DApps o aplicaciones descentralizadas, son un tipo de aplicación, cuyo funcionamiento se basa en una red descentralizada de nodos interactuando unos con otros.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ellas, *Sense Chat*[15] que, a diferencia de *WhatsApp*, no tiene un único agente que tenga el control de cada registro, sino queesa función está descentralizada, es decir, compartida y distribuida entre todos los miembros de esa aplicacióngracias a una cadena de bloques. En el caso de *WhatsApp*, sin embargo, cuando dos usuarios se envían un mensaje, antes de llegar al destinatario, ese contenido pasa una aduana, un control por los servidores centrales de la *App* propiedad de Meta (anteriormente, *Facebook*), que es la compañía que regula las comunicaciones entre los usuarios del servicio y que además almacena información sobre dichas interacciones y las personas involucradas en las mismas.

Dado este potencial, no admite demora una regulación por parte de las Administraciones encaminada a que las Blockchain*s* alcancen una formulación transparente y conforme a Derecho, tanto de su funcionamiento interno, como de sus protocolos de consenso, su parte técnica, y, también muy importante, la responsabilidad de los proveedores de servicios relacionados con la cadena de bloques. Regulación[16], ya sea de tipo penal, o administrativa, que ha de orientarse a la eliminación de comportamientos antijurídicos que constituyan abusos en la plataforma que contravengan normas imperativas o de orden público, y, a la par, reduzcan situaciones incontroladas provocadas por nodos en aras a generar monopolios, "ataques del 51%" y conflictos de intereses.

Dicho esto, ha de tenerse presente que no todo consiste en normativizar Blockchain, pues, sobre todo, en el caso de las redes públi-

[15] La mensajería social Sense Chat utiliza EOS, esto es, un sistema de software operativo descentralizadobasado en tecnología Blockchain (de cadena de bloques).

[16] En el caso de las redes privadas, la cuestión gira en torno a determinar qué mecanismos legales son adecuados para llevar por la vía lícita la economía colaborativa, la libertad de empresa y el establecimiento de plataformas de negocio mediante tecnología DLT. En este sentido, es muy interesante la lectura de la reflexión propuesta por L. Lessig *Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance*, en *Chicago-Kent Law Review*, vol. 74, pp. 104-108, en que indica que se han propuesto modelos endógenos o internos de control donde el legislador es asistido por la propia tecnología DLT, de modo que limite la libertad de los operadores imponiendo sus prohibiciones a la autonomía de la voluntad a través de códigos consentidos por los operadores e introducidos en la red en una especie de "*incorporación endógena*" de la norma, conforme a un principio de código-ley o identidad entre código informático y norma jurídica.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

cas, los mecanismos eficientes de control de las operaciones en mercados de criptomonedas, se trata de una cuestión que atañe no tanto a la Blockchain, como al hecho de que los delitos se cometen antes, o después, de buscar refugio en la criptomoneda, por ejemplo, para la comisión de delitos como blanqueo de capitales. En base a lo anterior, son dos, y por este orden, los aspectos que se pasan a analizar; por un lado, cómo Blockchain y las criptomonedas, por su carácter anónimo y descentralizado, han resultado innegablemente atractivas al crimen organizado; y, por otro, que vías o propuestas de *lege ferenda* pueden contribuir al diseño de unan estrategia jurídica de prevención frente el criptoblanqueo.

2.3. *Las criptomonedas: concepto, naturaleza y tipologías*

Partiendo de las consideraciones previas sobre Blockchain, y su naturaleza descentralizada o p2p, procede poner el foco sobre el medio genuino de intercambio de estas transacciones: las criptomonedas. Estas en principio se concibieron para operar al margen, o, al menos, de forma alternativa al sistema convencional de medios de pago. Su naturaleza es aún una cuestión muy debatida, por lo que, para facilitar esta labor, ayudaría determinar primero qué no es. Según STS de 20 de junio de 2019, el bitcoin no es una moneda de curso legal. Por tanto, la cuestión es si, desde un punto de vista jurídico, las criptomonedas no son más que pura mercancía, o un medio de intercambio, o simplemente un medio de pago: el matiz es relevante, y ello debido a que si se considera una cosa u otra podría exigirse o no una autorización previa para operar a aquellas entidades que tengan por actividad la emisión de monedas virtuales. El BCE, mediante dictamen, citado *supra*[17], las catalogó como medio de intercambio. Por su lado, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta), mediante sentencia de 22 de octubre de 2015[18], plantea una tesis distinta, mediante resolución a

[17] Dictamen del Banco Central Europeo sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849…*op. cit*.

[18] *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 22 de octubre de 2015, *Skatteverket v. David Hedqvist*, en el asunto C-264/14.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

una petición prejudicial planteada acerca del tratamiento de las criptomonedas a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, del cambio del bitcoin por divisas tradicionales, y alegó, en el Considerando XXIV: "*que la divisa virtual de flujo bidireccional* «bitcoin», que se intercambiará por divisas tradicionales en las operaciones de cambio, no puede calificarse de «bien corporal» en el sentido del artículo 14 de la Directiva del IVA, puesto que, como puso de manifiesto la Abogado General en el punto 17 de sus conclusiones, no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio depago".

Dando un paso más allá, nos preguntamos si las criptomonedas son análogas al dinero electrónico[19]. Al respecto, un sector minoritario se muestra partidario de este enunciado; mientras que la opinión mayoritaria[20], o el Banco Central Europeo[21], a la cual me adhiero, advierten no se deben confundir ambos términos. En nuestra opinión, la relación entre dinero tradicional y electrónico tiene una base legal, y los fondos almacenados están expresados en la misma unidad monetaria (euro, dólar), mientras que esto no ocurre con las monedas virtuales, las cuales, aún, no se hallan al amparo de un marco regulatorio[22].

A la luz de la opinión doctrinal, institucional y jurisprudencial, y en aras a trazar una primera línea de lo que son las criptomonedas, nos aventuramos a afirmar que las criptomonedas, en primer lugar, conforman un medio digital, a través del cual se realizan transaccio-

[19] En este sentido, Saldaña Taboada plantea un interesante análisis doctrinal acerca de la diferencia entre dinero electrónico y moneda virtual. *Vid.* P. Saldaña Taboada¿*Por qué las organizaciones criminales utilizan criptomonedas*? *Los* bitcoins *en el crimen organizado*, El Criminalista Digital. Papeles de Criminología, n. 6, 2017, p. 14.

[20] *Vid*. A. Gil Soriano, *Monedas Virtuales: Aproximación Jurídico-Tributaria y Control Tributario*, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2018, p. 73.

[21] Para profundizar en la distinción entre dinero electrónico y virtual, *vid*. G. Nuño Barrau *Implicaciones de política monetaria de la emisión de dinero digital por parte de los bancos centrales*, en *Boletín Económico 3/2018*, Artículos Analíticos, Banco de España, 2018, p. 1.

[22] A este respecto, a escala de la Unión, actualmente está en proceso de tramitación la llamada propuesta *MiCA* (por sus siglas en inglés de *Markets in Crypto Assets*), es decir, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 que se presupone entrará en vigor en 2024.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

nes. Los bloques, encadenados entre ellos, almacenan todas las transacciones realizadas mediante criptomonedas, y son accesibles al público. Este medio digital representa un valor, que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios lógicamente electrónicos, cuya emisión o control no compete a una autoridad bancaria ni pública. La base en la que operan es un programa *software* de código abierto mediante tecnología p2p; además, se garantiza que solo el propietario de los *bitcoins* pueda efectuar transacciones mediante técnicas de encriptación.

La definición anterior se puede precisar un poco más, y añadir que no pueden confundirse criptomonedas con un token, pues, pese a que guardan cierto parecido, los *tokens* van un paso más allá, y presentan más funcionalidades. Los *tokens* tienen su origen en el mundo físico, son lo que todos conocemos como fichas, o vales, que se utilizaban como sustituto de una moneda real. Un ejemplo típico para comprender cuál es la aportación de los *Tokens* en Blockchain, es el caso de las fichas de un casino. Éstas sustituyen al dinero real, pero sólo son válidas dentro del espacio para el que han sido concebidas – el propio casino – y sólo tienen validez mientras que la empresa esté funcionando. Extrapolando este símil al Blockchain, podemos sacar ya una idea en claro, y es que el token[23] tiene en la Blockchain aquel valor que su creador le decide dar. Un token es la representación de un activo o utilidad, que sirve para negociar cualquier cosa objeto de transacción, desde mercancías hasta otra criptomoneda. Las empresas crean *tokens* fácilmente porque, a diferencia de una criptomoneda en sentido estricto – como puede ser una Bitcoin o *Ether* – no es necesario cambiar los códigos de un protocolo en específico o crear una red de Blockchain desde el principio. Los *tokens* se crean sobre el protocolo de una criptomoneda existente en una determinada Blockchain. Varios teóricos definen qué es un token; por ejemplo, MOUGAYAR[24] entiende que se trata de "*una unidad de valor que una or-*

[23] Sobre *Tokens*, *vid*. A.F. Muñoz Pérez, *Las criptomonedas como activo financiero*, en Aa.Vv. *Revolución Digital, Derecho Mercantil y Token Economía*, en Ed. *Tecnos,* 2019, pp. 361-386.

[24] Despunta en materia *Tokens* la obra realizada por W. Mougayar, Prologado por V. Buterin (cofundador de Blockchain Ethereum). *The business Blockchain*, Ed. *John Wiley&Sons Limited*, 2016.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

ganización crea para gobernar su modelo de negocio y dar más poder a sus usuarios para interactuar con sus productos, al tiempo que facilita la distribución y reparto de beneficios entre todos sus accionistas". Esta definición, a nuestro criterio, se solapa aún con el concepto criptomoneda, por lo que conviene complementarla con el matiz propuesto por PARRONDO[25] que entiende que los criptoactivos se escinden, a su vez, en criptomonedas – que incluye el bitcoin, cuya función es la de medio de pago –, y *tokens* o criptovalores – que incorporan funciones adicionales. Pueden adquirirse a través de Blockchain, se rigen por un Smart Contract[26] y se emplean para intercambiarse por otro todo tipo de servicios. Así pues, en una red privada Blockchain, habrá, como bien explica NAVARRO CARDOSO[27], distintos tipos de *tokens*, y ello "*dependerá del tipo de activo que represente, pudiendo ser del tipo utility, esto es, que simplemente daría derecho a la utilización de un servicio o adquisición de un activo; o bien podría ser un security* token*, equiparable a un valor negociable, por lo que estaría bajo la regulación nacional y europea relativa a los Mercados de Valores*". Una diferencia relevante a tener en cuenta entre token y criptomoneda, como bien desarrolla el profesor ARÁNGUEZ SÁNCHEZ[28], es que detrás de un token existe una determinada empresa que por medio del mismo comercializa bienes o servicios reales, distintos de la mera especulación financiera propia de los criptoactivos.

Respecto a la naturaleza del bitcoin, son dos los enfoques a tener en cuenta:

– Por un lado, el enfoque económico. bitcoin ha sido duramente criticado por su extraordinaria volatilidad, siendo considerado un activo de especulación financiera de alto riesgo. Así lo afirmaron en su momento expertos autorizados, como el presidente de *JP Morgan* – Jamie Dimon – que calificó el bitcoin de fraude, añadiendo que no

[25] L. Parrondo *Tecnología Blockchain, una nueva era para la empresa*, en *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 27, 2018, pp. 19.

[26] Y. Chen *Blockchain Tokens and the Potential Democratization of Entrepreneurship and Innovation*, en *Business Horizons*, vol. 61, Issue 4, 2018, pp. 567-575.

[27] F. Navarro Cardoso, *Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 33-34.

[28] C. Aránguez Sánchez, *El bitcoin como instrumento y objeto de delitos*, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 131, II, Época II, septiembre 2020, p. 77.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

se puede considerar que quien invierta en una divisa inventada sea alguien "*realmente inteligente*"[29]; o la dura crítica del vicepresidente del Banco Central Europeo (BCE), Vitor Constancio, que ha negado que el bitcoin sea una divisa al calificarlo de "tulipán", en referencia a la burbuja especulativa holandesa del S. XV[30]. A nuestro modo de ver, bitcoin aún está lejos de consolidarse como método alternativo de pago al convencional, por cuanto continúa suscitando desconfianza por su falta de regulación y alto anonimato, empleándose preferiblemente por los usuarios como objeto de inversión de capitales, en ocasiones de procedencia ilícita.

– Y, por otro, el enfoque jurídico, por cuanto las criptomonedas, y, en concreto, la más conocida – bitcoin – carecen de una regulación específica, por lo que se considera, hasta entonces, una mercancía[31], dado que concurren las características previstas en los arts. 335, 337 y 345 CC, a saber: un bien mueble, digital, no fungible y susceptible de propiedad privada.

Por otra parte, es preciso recordar que bitcoin, al tratarse de una criptomoneda de código abierto, facilita que muchos desarrolladores informáticos repliquen el protocolo de esta red para, con algunas modificaciones, desarrollar nuevas plataformas con aplicaciones y usos específicos. Consecuencia de ello han surgido otro tipo de criptomonedas, que operan bajo plataformas p2p distintas, como es el caso de los contratos inteligentes desarrollados en Ethereum, que consisten en direcciones de Blockchain programadas para actuar de forma automática e inteligente cuando se les transmite un comando. Existen varias Blockchain*s* con sus propios criptoactivos y diferentes propósitos, como, por ejemplo, ser medios de pago (*bitcoins*), ejecutar contratos inteligentes (Ethereum), alternativa al bitcoin (Litecoin), para crear direcciones de páginas web (Litecoin), para transacciones entre consumidores, similar

[29] Vid. Nota de prensa disponible en *El Confidencial*, de 15 de septiembre de 2017, con el siguiente titular: "*Los* bitcoins *son un fraude peor que la burbuja de los tulipanes*".

[30] Vid. Nota de prensa disponible en *elEconomista,* de 22 de septiembre de 2017, con el siguiente titular: "El BCE alerta de que "el bitcoin es una especie de tulipán, un instrumento de especulación".

[31] Así ha catalogado el bitcoin en fecha reciente el presidente de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) de EEUUU, Gary Gensler.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

a PayPal (Dash). Existen, en total, más de 1.500 monedas virtuales en circulación, cada una con su propia fisonomía. El bitcoin, por ejemplo, ha pasado de tener una capitalización de 15.500 millones de dólares en el año 2017 a superar los 240.000 millones en la actualidad[32].

En definitiva, podemos concluir definiendo las criptomonedas, y en concreto, bitcoin, como un bien mueble, digital, no fungible y susceptible de propiedad privada, que opera en una red p2p, descentralizada, y se caracteriza por su anonimato, fácil acceso, alcance trasnacional, y extrema volatilidad. Atributos todos ellos que la hacen atractivo al crimen organizado para la comisión de delitos, como el blanqueo de capitales.

3. *Blockchain, criptomonedas y su relación con el crimen organizado*

Doctrina autorizada en el campo blockchain y criptomoneda relacionada con el fenómeno delictivo señala que los principales delitos que se han vinculado con esta tecnología son la financiación del terrorismo[33], el blanqueo de capitales[34], las evasiones fiscales, y la compra de material o servicios ilícitos, entre otros[35]. Por consiguiente, hemos

[32] I.D. Jiménez García, *Análisis financiero y bursátil y bursátil del bitcoin y otras criptomonedas*, Facultad de Economía y Empresa, Universidad de Zaragoza, 2020-2021, p. 5.

[33] *Vid.* C. Dion-Schwarz, D. Manheim & P.B Johston *Terrorist use of Cryptocurrencies: Technical and Organizational Barriers and Future Threats*, RAND Corporation, 2019, p. 3.

[34] *Vid.* F. Navarro Cardoso, *Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero… op. cit*., p. 7.

[35] En efecto, las voces autorizadas han advertido acerca de otro tipo de riesgos desde el punto de vista de la ciberseguridad y la protección de los inversores (especialmente de los minoristas), así como sobre la complejidad de su tecnología *blockchain*, que se añaden a los propios de la estabilidad de los mercados y la integridad del sistema financiero, así como la protección de la ciudadanía. Por ello, desde la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 2016 sobre monedas virtuales, tanto las instituciones de la UE como las autoridades supervisoras de los mercados financieros europeos y extracomunitarios han venido advirtiendo de la necesidad de proteger específicamente a los inversores frente a los nuevos riesgos de las ofertas de criptoactivos. En particular, el 11 de diciembre de 2017, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) de los Estados Unidos publicó un comunicado sobre las criptomonedas y las denominadas «ofertas iniciales de criptomonedas» (Initial Coin Of-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

llegado al punto donde cobra relevancia la relación de esta tecnología con actividades ilícitas por los participantes de la red.

En consecuencia, el derecho penal y sus ciencias auxiliares deberán empezar a comprender aún más esta tecnología como instrumento para la comisión de delitos, puesto que mientras la comunidad en general ha empezado a utilizarla en beneficio lícito de sus actividades, las organizaciones criminales están aprovechando su potencial para encubrir, a través de las criptomonedas, diversas actividades criminales, como, por ejemplo: estafas piramidal con criptomonedas[36], captación masiva de dinero a través de aparentes prelanzamientos de proyectos a través de monedas ICO[37], uso como activo digital para realizar diversas operaciones, lavado de activos[38], activo digital para la

ferings o ICOs), cuya traducción se adjuntó al comunicado publicado en España por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 15 de enero de 2018. Sobre este tema *Vid*. M. Barrio Andrés, *La nueva regulación de los criptoactivos en España*, en *Diario La Ley*, nº 10006, Sección Tribuna, 9 de Febrero de 2022, Wolters Kluwer.

[36] Un ejemplo muy sonado de estafa piramidal, según Nota de prensa Economist & Jurist de 22 de abril de 2021, es el caso Arbistar, que el juez José Luis Calama, de la Audiencia Nacional, comenzará a investigar después de que un juzgado de Arona decidiera abstenerse. Actualmente el número de personas que se ha visto afectada por este fraudeasciende a 1.127, pero debido al número de cuentas afectadas se cree que podría alcanzar los 32.000 afectados. En el aspecto económico, la estafa supera los 41 millones de euros, aunque finalmente podría rondar los 100 millones de euros.

[37] Las Ofertas Iniciales de Moneda (ICO, por sus siglas en inglés) conforman un método sencillo y asequible de financiación para gran parte de las *startups* del ecosistema de las criptomonedas. Con ellas, un proyecto puede recaudar fondos mediante la creación de un nuevo *token* preparado para ser vendido al precio del mercado. El problema surge porque literalmente cualquier empresario puede lanzar una ICO, pues apenas hace hay que reunir requisitos. Esto facilita a muchos estafadores la labor de confeccionar ICO fraudulentas, respaldadas en proyectos que, en realidad, no verán la luz, con la única intención de escapar con la mayor cantidad posible de fondos. Son varias las estafas por esta vía, como el caso *CentraTech*, empresa que, según el Departamento de Justicia de Estados Unidos realizó ICO donde sugería invertir con activos virtuales a cambio de unidades de una criptomoneda que estaría por lanzarse, utilizando, para mayor influencia y notoriedad, la imagen y colaboración del boxeador Floyd Mayweather, Vid. Nota de Presa *El Economista,* Sector Financiero, de 17 de junio de 2020.

[38] Entre otros casos, es de mención el reciente criptoblanqueo, en que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca (Buenos Aires, Argentina) integrado por las jueces Pablo Ramiro Díaz Lacava, Pablo Esteban Larriera y Pablo Alejandro

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

compra y venta de armas, drogas, información robada, pornografía infantil, contrabando, ataques informáticos y otros bajo el mercado que ofrece la *darkweb*, al igual que actividades criminales como el *criptojacking* (hurto de criptomonedas) por medio de ataques informáticos como *spyware, phishing, ransomware* y otros, y como una de las últimas modalidades que hay que mencionar tenemos el incruste de datos ilícitos camuflados en transacciones de criptomonedas, en la que sin necesidad de acudir a la *deepweb* o *darkweb*, utilizan la modalidad *OP-Return* como mecanismo para incrustar datos en la cadena de bloques. Tan solo basta indagar en un buscador web y como resultado se apreciará múltiples noticias a nivel mundial que reflejan tal situación.

3.1. *Factores criminógenos de la tecnología blockchain y las criptomonedas*

Nos detenemos a continuación en los principales factores que han potenciado el uso y aprovechamiento de esta tecnología por parte de las organizaciones criminales: el anonimato, la descentralización y sistemas *peer-to-peer*, la accesibilidad desde cualquier parte del mundo, y el coste reducido de las transacciones.

Respecto al anonimato, aunque las transacciones con *bitcoins* quedan registradas de forma inmutable, accesible y trasparente en la red Blockchain, lo cierto es que ninguna de estas operaciones contiene datos o información que pueda ser relacionada directa o indirectamente con la identidad del nodo que opera. El riesgo asociado a este anonimato se agrava si quien realiza la operación recurre a plataformas como la *Deep web* o la *Dark Web*, pues imposibilitará aún más el rastreo y la identificación de los responsables. Es por ello que,

Candisano Meras, junto al pedido del fiscal de juicio, Gabriel González Da Silva, condenó el 9 de septiembre de 2021 a siete integrantes de una organización narcocriminal transnacional con penas de entre 5 y 15 años de prisión en la causa conocida como "Bobinas Blancas", denominada así por la ocultación de estupefacientes en bobinas con un campo magnético que dificultaba su detección. Mientras seis fueron condenados por el almacenamiento ilegal de estupefacientes, el operador de *bitcoins* fue sentenciado a prisión por lavar el dinero de la organización a través de criptomonedas. Noticia disponible en la página web oficial del Ministerio Público Fiscal (Procuración General de la Nación, República Argentina).

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

conforme sigan creciendo las redes públicas y en especial las transferencias de criptoactivos a través de Blockchain, ello facilitará a las organizaciones criminales toda aquella conducta criminal en provecho de esta tecnología, pues sus negocios delictivos por esta vía no los dejará al descubierto. Incluso, si se quiere garantizar una mayor dificultad de rastreo de dichas transacciones, basta con que la organización criminal en cuestión manipule varias carteras *bitcoins*[39] y opere desde distintas claves privadas, evitando, así, que el foco de todas las operaciones recaiga en un mismo nodo.

Continuando con el análisis de los factores criminógenos, cabe referir que esta tecnología es accesible desde cualquier parte del mundo[40], basta, realmente, con tener acceso y conexión a Internet, con unas nociones mínimas, independientemente del dinero fiduciario/físico del territorio en que se opere, y sin necesidad de acudir a una casa de cambio de divisa.

Por otro lado, un factor al que se debe hacer referencia es el relativo al coste reducido de las transacciones. En la actualidad, si se efectúa una transferencia de dinero mediante una entidad bancaria ordinaria, traerá consigo unos costes asociados, que se incrementan en el caso de que hablemos de una transacción de grandes cantidades de dinero, con una comisión extra si elegimos la opción de envío de forma inmediata (que es la opción más habitual pues, de lo contrario, el traspaso de dinero no se materializaría hasta transcurridos dos o tres días hábiles). Incluso, las políticas bancarias normalmente no admiten una transferencia de dinero cuando se trata de una cantidad muy pequeña.

[39] En este sentido, Fernández aporta una interesante reflexión sobre la posible utilización de criptomonedas por el crimen organizado camuflado por varios perfiles de bitcoin. *Vid.* A. Fernández, *Guía Bitcoin. La guía más práctica, completa y actualizada para iniciarse y avanzar en el mundo Bitcoin*, España, 2018, p. 24.

[40] Precisamente, este fácil acceso a las criptomonedas y su creciente difusión y publicidad como instrumento de inversión han llevado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores a dictar La Circular 1/2022, de 10 de enero *relativa a la publicidad sobre criptoactivos presentados como objeto de inversión*, con el fin de establecer las condiciones precisas para garantizar la protección de los inversores en este tipo de activos digitales. Dicha Circular viene habilitada legalmente por el art. 240 *bis* del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Las autoridades bancarias han pretendido evolucionar y paliar estos inconvenientes, creando plataformas de transferencia inmediata de dinero, sin coste alguno ni límites geográficos, como *Bizum* o *Remitly*. Plataformas estas que si bien constituyen una decidida apuesta por los sistemas de pago instantáneos entre particulares (algo similar a Blockchain) presentan algunas deficiencias de seguridad que hacen poco fiable su uso. Por ejemplo, si por error envías el dinero a un número de teléfono equivocado – salvo que el receptor decida devolverlo (algo poco habitual, máxime si se trata de un desconocido) – no hay manera de recuperarlo; o, más habitual, si el número al que lo envías no está dado de alta en cualquiera de estas plataformas, bancos como *OpenBank* no te permiten anular la transacción, obligándote a permanecer varios días en espera. Incluso, se pueden dar prácticas delictuales que conciernen al derecho penal, por ejemplo, si se dan casos de estafa, en los que el delincuente, haciéndose pasar, por ejemplo, por la compañía telefónica de la víctima, le contacta para rebajarle la factura u ofrecerle regalos. Si aceptan la oferta, tiene que facilitar sus cuentas bancarias. Tras esto, los estafadores asocian esas tarjetas a *Bizum*. Dado que se necesita un número PIN para efectuar las operaciones, el delincuente disuade y consigue que las víctimas se lo faciliten de manera inconsciente (abusando de su buena fe), creyendo que es un código para activar la oferta de la operadora. Una vez que disponen del número de teléfono, cuenta o tarjeta y el PIN, se realizan las transferencias.

Estos riesgos fueron los que Satoshi Nakamoto pretendió evitar con la creación del sistema bitcoin bajo tecnología Blockchain, de manera que las transacciones devengan seguras – por cuanto su validación estaría sometida al consentimiento de todos los nodos participantes de la red – y de reducido coste, independientemente del tamaño de la transacción. Esta característica no obstante ha surtido, parcialmente, el efecto contrario, pues las organizaciones criminales han apreciado la oportunidad para transferir cantidades ingentes de dinero para el lavado de activos, eludiendo el control de bancos y autoridades gubernamentales.

Como bien dictamina el reciente informe SOCTA (2021)[41] emi-

[41] Informe *SOCTA "European Union: Serious and Organised Crime Threat Assessment…"*, *op. cit.*, p. 32.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

tido por Europol "*Cryptocurrencies remain an important means of payment for criminal services and products. Their decentralisation and semi-anonymity continue to make them attractive for criminal transactions",* es decir, las criptomonedas constituyen un medio relevante de pago para servicios y productos delictivos. Su descentralización y anonimato siguen haciéndolas atractivas para un sinfín de actividades criminales difícilmente perseguibles por la justicia penal.

Por último, por lo que se refiere a la descentralización y sistemas *peer-to-peer*, la tecnología Blockchain se caracteriza, como sabemos, por operar en el marco de un sistema distribuido, que prescinde de una entidad gubernamental o bancaria – central – que opere de intermediario, almacene la información, y que ésta la emplee o censure a su criterio. Este novedoso sistema, en palabras de su ideólogo Satoshi Nakamoto[42], obedece a que la confianza depositada en terceros – como instituciones financieras – para el procesamiento de pagos electrónicos lastra el comercio *online*, por dos razones fundamentalmente: i) no permite que las transacciones sean irreversibles, ii) y el costo de mediación aumenta los costos de transacción. Esta naturaleza descentralizada de Blockchain y sus criptodivisas ha atraído a las organizaciones criminales, quienes han advertido el interés de su uso para incurrir en delitos como la financiación del terrorismo, la evasión fiscal y el blanqueo de capitales, eludiendo – precisamente por esa falta de ente supervisor – el control de los Estados, las autoridades policiales y entidades bancarias. Esta posibilidad ilícita, que ya es una realidad, preocupa a las distintas instituciones, razón por la cual, en fecha reciente, han visto la luz disposiciones normativas que vienen a frenar este fenómeno criminógeno.

3.2. *Primera respuesta normativa*

Como primera norma preventiva, cabe citar el Real Decreto-Ley 7/2021 por el cual se modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de pre-

[42] *Vid*. S. Nakamoto, *Bitcoin: Un Sistema de Efectivo Electrónico Usuario-a-Usuario,* p. 1. Whitepaper disponible en el siguiente enlace: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

vención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, entre otras disposiciones. Esta modificación, por un lado, incorpora definiciones y aclaraciones conceptuales que, hasta la fecha, resultaban difusas y poco inteligibles. Concretamente, añade a la Ley de Blanqueo de Capitales los nuevos apartados 5, 6 y 7 al artículo 1 con la siguiente redacción:

"Se entenderá por moneda virtual aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente.

Se entenderá por cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria la compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de pago en el país en el que haya sido emitido.

Se entenderá por proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos aquellas personas físicas o entidades que prestan servicios de salvaguardia o custodia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes para la tenencia, el almacenamiento y la transferencia de monedas virtuales".

Por otro lado, dicho RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, introduce cambios relativos a los sujetos obligados del art. 2.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, e incluye, en concreto, a los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos (añadido mediante nueva letra z)). A este respecto, se crea un registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

La segunda norma destacable en el ámbito de las criptomonedas y el fenómeno delictivo es la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Entre otras modificaciones legislativas, dicha LO 6/2021 amplía el catálogo de

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

circunstancias agravantes del delito de blanqueo de capitales. Por una parte, se añaden nuevos agravantes a la ya existente agravación del blanqueo de capitales atendiendo a las modalidades delictivas que originan los bienes objeto de blanqueo y, por otra, se añade en el artículo 302.1 del Código Penal la agravación de la pena por la condición del sujeto activo de sujeto obligado conforme a la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Respecto de esta segunda modificación en particular, se incorpora un último párrafo en el apartado 1 del citado artículo 302 CP, con el siguiente tenor:

"*También se impondrá la pena en su mitad superior a quienes, siendo sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 Código Penal en el ejercicio de su actividad profesional*".

Los mencionados sujetos obligados vienen recogidos en el artículo 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, y los recogidos en la posterior modificación del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

Como conclusión a este inciso, el legislador, en vista del potencial uso de las criptomonedas para el blanqueo de capitales por el carácter descentralizado de Blockchain, ha decidido introducir, por vía del RD-Ley 7/2021 de 27 de abril, cambios relevantes, como una nueva circunstancia agravante para el caso en que se cometa este tipo penal por proveedores de servicios de monedas virtuales, así como por los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos, como nuevos sujetos obligados.

3.3. *Las criptomonedas como oportunidad para el crimen organizado*

Se puede observar que las propiedades de la tecnología Blockchain encajan a la perfección con los rasgos del crimen organizado, como fenómeno poliédrico y de alcance cada vez más globalizado[43],

[43] En este sentido, Espinosa De Los Monteros señala que el alcance trasnacional de las organizaciones criminales obedece a diversos factores como la globalización del mercado, la creación de zonas de libre comercio, la creación de espacios

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

que ha sabido aprovechar esta característica, pues, de esta forma, por ejemplo, ha podido operar y enviar el dinero recaudado[44] con sus actividades ilegales a otros miembros de la organización situados en otro país o continente, de forma anónima, lo que implica, a su vez, un delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las organizaciones criminales pueden, a través de las criptomonedas, extender su actuación en el territorio de varios Estados o buscar la cooperación de diversas organizaciones que actúen en diferentes Estados para gestionar y financiar eficazmente diferentes mercados o actividades criminales como puedan ser el tráfico de droga, de armas, trata de personas, etc. Esta circunstancia conlleva, claro está, una desventaja para el Estado al momento de la persecución del delito, pues no sólo desconoce el *modus operandi* de la organización, sino en muchas ocasiones el lenguaje de sus integrantes; ello con el añadido de que el reparto de tareas ya no se realizará en una misma organización ni en el territorio de un solo Estado.

En definitiva, la cooperación entre organizaciones[45] y el uso de criptomonedas (como tecnología descentralizada, anónima y fácilmente accesible desde cualquier parte del mundo) hace más difícil su persecución y por ello es necesario abogar por la cooperación judicial y policial, y, por supuesto, por la coordinación y armonización de las

de libre circulación, los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación y los *e-commerce*. *Vid.* ZAFRA R. Espinosa De Los Monteros, *El crimen organizado: especial consideración a Iberoamérica*, en *Revista Electrónica Iberoamericana,* vol. 11, nº1, 2017, p. 15.

[44] En este sentido, Garrido Carrillo señala que el elemento transversal de las distintas líneas de actuación europeas en la lucha contra la delincuencia organizada es, precisamente, la lucha contra el beneficio económico de actividades delictivas, que es la clave del éxito de esta "guerra". *Vid.* F.J. Garrido Carrillo, *Estudio preliminar-prólogo* en Aa.Vv. *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada. Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos,* Ed. *Thomson Reuters Aranzadi*, 2021, pp. 16-17.

[45] En este sentido, no sólo la cooperación entre organizaciones, sino que existen, como bien señala Zafra Espinosa De Los Monteros, otros factores que dificultan aún más la lucha contra esta delincuencia organizada, a saber: las eficaces técnicas de gestión, la elevada complejidad a nivel organizativo, el uso de tecnología punta, la estructuración y división del trabajo de que se caracterizan, etc. Vid. R. Zafra Espinosa De Los Monteros, "El crimen organizado: especial consideración a Iberoamérica"…*op. cit.*, p. 7.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

legislaciones penales y procesales, para lograr una respuesta eficiente ante este fenómeno criminal[46].

4. *El delito de blanqueo de capitales mediante criptomonedas*

El término blanqueo de capitales en el ámbito judicial nace en 1982, en los Estados Unidos de América, bajo la denominación "*money laundering*"[47], tras un caso sobre el comiso de un dinero blanqueado procedente de la cocaína colombiana[48]. A efectos de una aproximación al delito de blanqueo de capitales, ineludiblemente hemos de citar la Ley 10/2010, de 28 de abril[49], cuyo art. 1.2 especifica que actividades se consideran blanqueo de capitales. Este precepto reproduce básicamente lo establecido en el art. 3.3 de la ya no vigen-

[46] La lucha contra la delincuencia sin fronteras no puede ser combatida eficazmente por organizaciones policiales cuyo ámbito competencial permanece férreamente anclado en la delimitación territorial dentro de las fronteras nacionales. SANSÓ-RUBERT "La internacionalización de la delincuencia organizada: Análisis del fenómeno", *Seminario de Estudios de Defensa*. (UNISCI), Universidad de Santiago de Compostela, octubre 2005, p. 55.

Sobre los retos en la lucha contra el crimen organizado y la transversalidad de la misma Vid. R*etos en la lucha contra la delincuencia organizada. Un estudio multidisciplinar: Garantías, Instrumentos y control de los beneficios económicos"*, F.J. Garrido Carrillo (Director), Ed. Aranzadi, Navarra, 2021; *Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el Crimen Organizado. Perspectivas de Reforma*. F Garrido Carrillo, (Director), E. Bosh, Barcelona 2021; *Lucha contra la Criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: Instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Garrido Carrillo, (Director). Ed. Aranzadi, Navarra, 2022; *Respuesta Institucional y normativa al Crimen Organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Garrido Carrillo, (Director). Ed. Aranzadi, Navarra, 2022.

[47] Como dato, es interesante señalar que el delito de blanqueo de capitales recibe diferentes denominaciones según el Estado de que se trate. Así, en Italia es conocido como *ricciclagio* o reciclado de dinero; en Alemania como *Geldwäsche*; en Francia como *blanchiment*; y en Portugal, *branqueamento*. En los países de habla hispana, por lo general, se conoce como «lavado de activos», mientras que en Bolivia se denomina "*legitimación de ganancias ilícitas*".

[48] *Vid*. para un mayor análisis sobre el origen terminológico de este tipo penal I. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 103 y ss.

[49] Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, BOE núm. 103, de 29/04/2010.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

te Directiva 2005/60/CE. Téngase en cuenta que la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015[50], relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, vino a actualizar el contenido de la Directiva de 2005, a tenor de las Recomendaciones GAFI en su versión actualizada de febrero de 2012. Así, y conforme al artículo 1.3, "A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales: a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; d) la participación en alguna de las acciones a que se refieren las letras a), b) y c), la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución". El blanqueo de capitales está conectado especialmente con la ocultación del origen ilícito de los fondos o activos que se introducen en cualquier sector económico.

Afirma REGGIARDO[51], "*se considera blanqueo, el acto de ocultar, encubrir la naturaleza, origen y disposición, movimiento o propiedad del producto, incluyendo el movimiento o conversión del mismo, por transmisión electrónica que el blanqueo de capitales consiste en un acto de ocultar, encubrir la naturaleza, origen o disposición, movimiento o propiedad del producto, incluyendo el*

[50] DOUE L 141/ 73, de 5 de junio de 2015.

[51] Andrés Reggiardo, Presidente de la Comisión Primera del Parlamento Andino.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

movimiento o conversión del mismo, por transmisión electrónica"[52]. Según las definiciones transcritas, un elemento clave y común a este tipo penal estriba en la ocultación de la fuente ilícita de la propiedad del dinero o bienes que se emplean en actividades económicas lícitas con una apariencia de legalidad. En suma, y desde un punto de vista estrictamente conceptual, el blanqueo de capitales se puede definir como una actividad ilícita de ocultación de dinero o bienes que tienen su origen en actividades constitutivas de infracciones penales y son empleados aparentemente como legítimos en actividades consideradas legales, habiéndose acentuado su transnacionalidad cuando su comisión se hace por medio de tecnologías descentralizadas y sin control gubernamental.

En definitiva y sin duda alguna, el bitcoin es un instrumento apto para el blanqueo de capitales, por lo que a continuación trataremos distintas vías para cometer el delito.

4.1. *Criptoblanqueo mediante las famosas ICOs*

Un método de blanqueo de capital sin duda es a través de las Ofertas Iniciales de Monedas, o *ICOs*, por sus siglas en inglés. Como se ha indicado en líneas anteriores, las *ICOs* se proyectan como un sistema alternativo para la financiación de *start ups*, que lanzan un token, sobre el ecosistema Blockchain. Estas *ICOs*, al igual que ocurre con las criptomonedas y el Blockchain, pueden haber sido emitidas sin la autorización previa de un ente supervisor (a diferencia de lo que ocurre con las Ofertas Públicas de Suscripción de Acciones). Dicha validación dependerá del tipo de token que se emita, bien un *security* token, equiparable a un valor negociable, por lo que estaría a lo dispuesto en la normativa europea o nacional en materia de Bolsa de Valores, bien un *utility* token, que simplemente daría derecho a la utilización de un servicio o adquisición de un activo.

Esta vía de financiación ha ido adquiriendo cada vez mayor notoriedad estos últimos años, como desarrolla CARCEDO COELLO

[52] *Vid*. J. Vilera, I. Estanga *El lavado de activos en los países andinos: memorias del taller Ley marco sobre lavado de dinero o legitimación de capitales, La Paz Bolivia*, Santa Fé Bogotá, Colombia, Ed. *Gente Nueva Editorial*, 1994, p. 29.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

DE PORTUGAL[53] en su trabajo de investigación, basado en fuentes constatables, a lo largo del año 2018, más de 2.000 *ICOs* fueron creados para sumarse a las 5.522 que existen en la actualidad; alcanzando un punto en que los inversores podían elegir hasta entre 481 ofertas de *tokens* distintas en las que invertir cada día. Los resultados económicos son muy llamativos, en 2018 se llegó a recaudar un total de 11,59 mil millones de dólares frente a los 10,06 mil millones de dólares en 2017. Esto supone un crecimiento aproximado del 15%, cifra muy baja en comparación con la cantidad de nuevos *ICOs* y *tokens* que fueron expedidos, 2816 en 2018 frente a 718 en 2017. Estos datos implican que en 2018 los *ICOs* alcanzaron una mayor popularidad que en 2017. No obstante, no todos resultaron ser exitosos, únicamente 1012 consiguieron recaudar fondos. Si bien es cierto que el lanzamiento de una *ICO* no supone en principio que se trate de un fraude, lo cierto es que tanto el Banco de España como la Comisión Nacional del Mercado de Valores advierten que es esencial que quien decida comprar este tipo de activos digitales o invertir en productos relacionados con ellos considere todos los riesgos asociados y valore si tiene la información suficiente para entender lo que se le está ofreciendo. En este tipo de inversiones existe un alto riesgo de pérdida o fraude[54].

Y es que, invertir en *ICOs*, tal y como advierte la Autoridad Europea de Valores y Mercados, presenta numerosos riesgos, por los siguientes motivos:

En primer lugar, están en un espacio no regulado, vulnerables al fraude y al delito de blanqueo de capitales. En el caso que una "ICO" no esté sujeta a la regulación de la UE, los inversores no podrían beneficiarse de la protección que dicha regulación ofrece.

En segundo, existe un alto riesgo de perder el capital invertido. Piénsese que la gran mayoría de "ICOs" son lanzadas por empresas en fase

[53] Información que consulta y contrasta el autor en la fuente "*Icobench*" y "*CoinSchedule*" de donde se obtienen datos y estadísticas actualizadas para la elaboración de un análisis situacional y de mercado sobre los *ICOs*. *Vid*. A.L. Carcedo Coello De Portugal, *Los ICOs como sistema de financiación alternativa para Start-Ups*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Comillas, Universidad Pontificia, junio 2019, p. 23.

[54] Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre criptomonedas y "ofertas iniciales de criptomonedas" (ICOS), p. 2.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

muy temprana de maduración, y habitualmente emiten *tokens* que no tienen un valor intrínseco más allá de la posibilidad de que puedan ser usados para acceder a un producto o servicio desarrollado por el emisor.

En tercero, muchas de esas operaciones de compraventa no están reguladas y son vulnerables a la manipulación de precios en el mercado en el que se realizan y a otras actividades fraudulentas. Los inversores pueden estar expuestos a la falta de opciones para reembolsar su inversión y podrían no canjear sus monedas o *tokens* en un periodo prolongado. Anótese también que los *tokens* y el precio de las monedas virtuales están sujetos a una alta volatilidad.

En cuarto, la información que se proporciona al inversor normalmente viene incompleta o sesgada, destacando más los potenciales beneficios que se pueden obtener si invierte en una *ICO*, pero no los riesgos que entraña.

Por último, se está operando, a fin de cuentas, sobre tecnología *DLT*, por lo que los usuarios están expuestos a fallos o caídas del sistema.

Pese a tales riesgos, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó, a principios de enero de 2019, un informe sobre ellas, en el que admite la virtualidad de las *ICO* como instrumento de financiación, por ejemplo, de la pequeña y mediana empresa, pero a su vez reclama una acuciante actividad regulatoria, que permita la actividad supervisora para una mayor protección de los inversores contra el blanqueo de dinero.

4.2. *Adquisición de criptomonedas*

La propia adquisición de criptomonedas constituye una vía de blanqueo de dinero. El sujeto interesado en la adquisición de alguna de ellas ofrece dinero fiduciario, obtenido de manera ilegal, a cambio de recibir criptomonedas. Posteriormente, procede a la segunda fase, el encubrimiento (o layering stage), que se entiende fácil de ejecutar, o prácticamente innecesaria, pues el encubrimiento del dinero ilícito se entiende implícito en el anonimato y la ausencia de control de la propia Blockchain.

Esta vía de blanqueo está siendo objeto de regulación, como se puede apreciar en la Quinta Directiva mediante la exigencia a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

fiduciarias a proporcionar información del usuario que opera, así como sobre los proveedores de servicios de monederos electrónicos. Como analizaremos más adelante, es en parte el objeto de la Quinta Directiva, en tanto pasan a ser sujetos obligados a fin de que las autoridades puedan vigilar las transacciones sospechosas. Medida que, a nuestro juicio, resuelve parcialmente el problema, pues el anonimato sigue latente pese a que se obligue a estos intermediarios a informar, y ello porque los propios usuarios aún pueden seguir operando al margen de estos proveedores, quedando tales operaciones al margen de la normativa antiblanqueo.

4.3. *Monero: una criptomoneda idónea para lavado de activos*

Silk Road[55], entre otros, es uno de los ejemplos del Internet profundo que se ha empleado para cometer delitos de blanqueo de capitales, narcotráfico y violación informática. Operaba como una suerte de plataforma de economía colaborativa, como eBay, en el que se comercializaba cualquier producto, sin restricciones, ni siquiera de tipo legal, y cuya moneda de cambio era el bitcoin. Uno de los factores que propiciaba la actividad de blanqueo era sin duda la imposibilidad de rastrear la actividad que tenía lugar en esta plataforma. Así las cosas, el 2 de octubre de 2013 la web es cerrada por el FBI, y Ross Ulbricht (creador de la web) fue detenido y puesto ante la justicia norteamericana. Fue acusado de hasta siete delitos (entre ellos: blanqueo de capitales, narcotráfico o violación informática) y ha sido sentenciado a cadena perpetua en prisión. Tras estos fatídicos sucesos, la cotización de bitcoin se desplomó un 30%, lo cual simboliza lo ligado que está la criptomoneda a este tipo de mercado. En este punto, es de justicia reconocer que Blockchain, pese a que no proporciona la identidad real del usuario, su trazabilidad y registro facilita la labor de elaborar un perfil aproximado de los actores en la plataforma. Monero, sin embargo, se sirve de una especie de mezcla de las claves de la cuenta

[55] *Silk road*: buscador semejante a Google, con varios matices: los usuarios podían operar desde el anonimato, y comercializar todo tipo de productos, hasta ilegales, como tráfico de frogas, falsificaciones de identidad y, además, existía imposibilidad de rastrear su actividad. Esta web empleaba como medio de pago el *Bitcoin*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

de un usuario con las claves publicas obtenidas de la cadena de bloques de monero y crea una secuencia o anillo de posibles firmantes, lo que significa que los vigilantes o supervisores externos no pueden vincular una firma a un usuario específico[56]. A esta característica se le añade su fácil convertibilidad en otras criptomonedas, su carácter trasnacional y la posibilidad de operar en jurisdicciones más laxas o incluso desreguladas.

Tras el suceso de Silk Road, emergieron como reacción a la trazabilidad de bitcoin, criptomonedas que parecían más "seguras" y permitían un mayor grado de anonimato, cual es el caso de Monero[57]. Esta criptomoneda, originada en 2014, impedía el rastreo de su trazabilidad. Su lanzamiento de código abierto se atribuye a un usuario de un foro de bitcoin, y se desarrolla mediante tecnología CryptoNote. El autor de su libro blanco[58], Nicolas van Saberhagen, argumentó, por un lado, que la privacidad y el anonimato son los aspectos más importantes a preservar de las monedas virtuales, y, por otro, que la posibilidad de rastreo de las criptomonedas es un aspecto crítico a depurar. Consecuencia de tales afirmaciones, Monero, y la tecnología en que opera – CryptoNote – se convierten en el canal idóneo para el blanqueo del dinero, y ello porque una vez adquirida esta criptomonenda mediante fondos ilícitos, la segunda fase del lavado de activos – la fase de encubrimiento – está prácticamente implícita en esta tecnología, pues CryptoNote permite fraccionar pagos, operar desde cuentas anónimas, ocultar su trazabilidad, y, en definitiva, eliminar todo rastro delictivo para ocultar la verdadera fuente, naturaleza o control sobre los fondos obtenidos de forma ilícita.

Por lo expuesto, Monero representa una criptodivisa altamente atractiva al crimen organizado, concretamente, para el delito de blanqueo de capitales. Así lo advirtió Europol en su Informe SOCTA (2017)[59], "*Cryptocurrencies continue to be exploited by cybercrimi-*

[56] CH. Bovaird, "What to Know Before Trading Monero", Coindesk, 2017.

[57] *Monero* es una criptomoneda de código abierto creada en abril de 2014, que prioriza la privacidad y la descentralización, y se ejecuta en Windows, macOS, GNU/Linux, Android y FreeBSD.

[58] Libro Blanco "*CryptoNote v 2.0" Nicolas van Saberhagen,* October 17, 2013, p. 1.

[59] Europol, Informe SOCTA (2017): "*Internet Organised Crime Threat Assessment*", p. 11.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

nals, with Bitcoin *being the currency of choice in criminal markets, and as payment for cyber-related extortion attempts, such as from ransomware or a DDoS attack. However, other cryptocurrencies such as Monero,* Ethereum *and Zcash are gaining popularity within the digital underground*", es decir, las criptomonedas siguen siendo explotadas por los ciberdelincuentes, siendo el Bitcoin la moneda elegida en los mercados criminales, y como pago por los intentos de extorsión relacionados con la cibernética, como de ransomware o un ataque DDoS. Sin embargo, otras criptomonedas como Monero, Ethereum y Zcash están ganando popularidad dentro del underground digital.

Analizados los problemas suscitados de las criptomonedas en materia de blanqueo de capitales, urge detenernos en el marco regulador actual – en concreto, la Quinta Directiva y la Ley de transposición interna y las Recomendaciones del GAFI – detectar las deficiencias y formular propuestas de *lege ferenda* para evitar que se conviertan las criptomonedas en destino de rentas de procedencia ilícita.

5. *La "quinta directiva" y su transposición al ordenamiento español*

A fin de responder y prevenir en lo posible la amenaza del blanqueo de capitales, pues su frecuente práctica puede llegar a erosionar los principios del Estado de Derecho y comportar una amenaza para la seguridad internacional, la actividad legislativa ha ido avanzando progresivamente en la persecución del lavado o blanqueo de capitales con una regulación basada en la prevención. En este sentido, y por razones metodológicas, nos vamos a centrar, de entre la prolija normativa europea e interna al respecto[60], en un breve análisis que responda

[60] En efecto, tal es la preocupación en torno a este fenómeno delictivo, que resulta prolija la normativa en materia de prevención de blanqueo de capitales, a distintas escalas: a nivel internacional, la Declaración de Principios de Basilea (de 12 de diciembre de 1988), las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional; a nivel europeo, cabe citar Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE del Parlamento Europeo y del

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

a la idoneidad de la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, popularmente conocida como "Quinta Directiva", y de su Ley de transposición interna al Derecho español (el RD-Ley 7/2021, de 27 de abril) para la prevención del delito de blanqueo de capitales, como instrumentos normativos aptos para la prevención o, al menos, mitigación de las consecuencias dañinas que depara este delito socio-económico.

Consejo, también conocida como "Cuarta Directiva". Por otra parte, la Directiva 91/308/CEE del Consejo definía el blanqueo de capitales por referencia a los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes e imponía obligaciones exclusivamente al sector financiero. La Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo amplió el ámbito de aplicación de la Directiva 91/308/CEE, tanto desde el punto de vista de los delitos cubiertos como de las profesiones y actividades reguladas. En junio de 2003, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) revisó sus Recomendaciones para incluir la financiación del terrorismo e introdujo requisitos más detallados en lo que respecta a la identificación y verificación de la identidad de los clientes y a las situaciones en las cuales la existencia de un mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo puede justificar unas medidas más estrictas, así como aquellas otras de menor riesgo que pueden justificar controles menos rigurosos. Estos cambios se reflejaron en la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y en la Directiva 2006/70/CE de la Comisión. La utilización de productos de dinero electrónico se plantea, cada vez más, como una alternativa a las cuentas bancarias, por lo que, además de las medidas establecidas en la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, está justificado supeditar esos productos a las obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales. Por último, la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. Por último, desde el Derecho Interno, cabe citar las siguientes normas: la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; el RD 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, y, por último, el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Respecto a la Quinta Directiva, y en lo que concierne al objeto de esta investigación, se ha modificado el artículo 2, apartado 1, punto 3, letras g y h ("sujetos obligados") de la Directiva 2015/849[61], produciéndose un incremento de los sujetos considerados obligados a informar, incluyendo expresamente a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos. Se trata de una previsión acertada pues dificultará, que no eliminará, el uso de criptomonedas como instrumento de blanqueo de capitales por cuanto obliga a los intermediarios que tengan sus servidores en países miembros de la Unión Europea. Asimismo, en aras a evitar el *forum-shopping* hacia jurisdicciones que contemplan un régimen más laxo, se incluye un listado de medidas de diligencia debida reforzada y medidas mitigadoras que se deberán aplicar en relación con transacciones con países de alto riesgo.

Es preciso también reconocer la creación de un nuevo modelo de identificación de los titulares reales, para el que el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, ha dispuesto el establecimiento de un Registro Público en el Ministerio de Justicia que centralizará toda la información procedente de los registros y bases de datos del Consejo General del Notariado y del Registro Mercantil, al tiempo que deberá garantizar la conexión con el resto de los registros de la Unión Europea.

Por otra parte, según el Considerando 28 de la Quinta Directiva, se refuerzan los mecanismos tendentes a obtenertransparencia y disponibilidad de información sobre los titulares reales de las personas jurídicas y otras entidades sin personalidad jurídica que actúan en el tráfico jurídico, exigiéndoles obtener, conservar y actualizar la información de su titularidad real y ponerla a disposición de las autoridades cuando se requiera y de los sujetos obligados cuando establezcan una relación de negocios con los mismos. Además, se crea un Registro único en el Ministerio de Justicia, que obtendrá información de manera directa, pero que además centralizará la información contenida en los registros y bases de datos existentes en el Consejo General del Notariado y el Registro Mercantil. Este registro será el que

[61] DOUE L 141/ 73…*op. cit*.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

garantice la interconexión con otros registros de la Unión Europea. Y, a tenor del Considerando 33, los Estados miembros deben facilitar el acceso a la información relativa a la titularidad real a través de registros centrales.

Por otra parte, resulta adecuado para los fines que persigue esta Directiva la exigencia a las agencias de cambio de monedas virtuales en territorio europeo aplicar el principio "*know your customer*" (se modifica el art. 13, apdo. 1, letra a) Directiva 2015/849), así como al resto de medidas de *compliance* para la prevención del blanqueo de capitales. Dicha normativa fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, que ha introducido las precitadas modificaciones en la Ley de prevención de blanqueo de capitales del año 2010, o LPBC, por sus siglas). Con la transposición de esta Directiva se aprecia un avance material considerable con respecto al control de los mercados y a las nuevas obligaciones de todos aquellos intervinientes en el mercado financiero. El Real Decreto-ley 7/2021 y completa algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

A nuestro juicio, la titularidad real se ha visto señalada como institución clave en la transparencia de los mercados. Las principales modificaciones han sido relevantes. Así, se crea una obligación nueva en la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales (art. 4 *bis*), exigible a todas las personas jurídicas creadas en España o sometidas a la legislación española, o con domicilio social o sucursal en España, de obtener, conservar y actualizar la información de sus titulares reales. Además, deberá ponerse a disposición de los sujetos obligados. La norma se refiere tanto a los datos como a los responsables, a saber, el administrador único, mancomunado o solidario, o el consejo de administración y, particularmente, el secretario. Tampoco escapan aquellas estructuras que actúan como fiduciarios de un*trust*o de una estructura análoga, ya que estarán obligados de la misma manera que las sociedades mercantiles. La nueva regulación incluye la creación de un registro único de titularidad real de personas jurídicas y*trusts*en el Ministerio de Justicia, cuya información se centralizará en las bases de datos del Consejo General del Notariado y Registro Mercantil. Este registro garantizará la interconexión a nivel de la Unión Europea.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Otra de las modificaciones fundamentales (y ya se ha hecho mención) ha sido la introducción nuevos sujetos obligados. Entre ellos destacamos los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos. También los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles o en arrendamientos de bienes inmuebles que impliquen una transacción por una renta total anual igual o superior a 120.000 euros o una renta mensual igual o superior a 10.000 euros. Y los auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales y cualquier otra persona que se comprometa a prestar de manera directa o a través de otras personas relacionadas, ayuda material, asistencia o asesoramiento en cuestiones fiscales como actividad empresarial o profesional principal

En relación con la diligencia debida, se adoptan nuevas reglas en relación con su aplicación y se incluyen nuevas personas con responsabilidad pública. Con la modificación de la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales, cada operador sujeto a la normativa deberá elaborar o modificar el manual de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y nombrar un representante ante el SEPBLAC[62]. Dicha modificación vendrá protagonizada por las obligaciones de titularidad real y de diligencia debida introducidas con la quinta directiva.

Otra de las novedades será la creación de una nueva Autoridad de la UE en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Por otra parte, la trasposición a través de RDL 7/2021 si bien ha incorporado las medidas anteriores, ha dejado atrás muchas de las modificaciones incluidas en elAnteproyecto de Leyde modificación de la Ley 10/2010, que se publicó el 12 de junio de 2020, y con el que se trasponía la V Directiva. En él se recogían mejoras adicionales a nuestro sistema de prevención de blanqueo de capitales más allá de las previsiones incluidas en la propia directiva.

Algunas de las mejoras previstas en el anteproyecto que no se recogen en el RDL 7/2021, son:

[62] SEPBLAC: Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

– la inclusión de nuevos sujetos obligados como son las sociedades gestoras de fondos de titulización y activos inmobiliarios, las SOCIMI y las plataformas de financiación participativa;

– la aprobación de un nuevo sistema de responsabilidad para los expertos externos;

– el desarrollo de servicios comunes de almacenamiento de datos entre entidades.

La mayor parte de estas mejoras adicionales ya se recogían en la propuesta de anteproyecto anterior para la transposición de la IV Directiva (2015/849), que finalmente no fue aprobada debido a la falta de consenso en el Congreso de los Diputados por el contexto político y por la urgencia ante la finalización del plazo para la trasposición de la norma. En definitiva, se puede concluir que, si bien esta Quinta Directiva supone un paso más en el plan de la Unión Europea de establecer una normativa actual y de calidad, en materia de prevención del criptoblanqueo, con el fin de dotar de estabilidad y seguridad al mercado financiero europeo, se hace necesario una adaptación más completa y exhaustiva de la normativa a los nuevos tipos penales mediante las criptomonedas, pues los riesgos de la utilización fraudulenta de las criptomonedas siguen presentes, es más, la cantidad ingente de mercados existentes en la red y la posibilidad de cambiar *bitcoins* por euros, libras o dólares, hacen de este método de pago una vía perfecta y actual para la comisión de actividades relacionadas con el blanqueo de capitales.

En definitiva, las nuevas tecnologías son cuestión de primer orden en la persecución de este tipo de delincuencia y también para los especialistas en la lucha contra el blanqueo de capitales, con la gran facilidad de su uso y la dificultad para su detección, por lo que a medida que se avanza a nivel tecnológico[63], asimismo se perfeccionan las técnicas de blanqueo, lo que conduce a mayores problemas para su ubicación.

[63] El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) también advierte de la gran velocidad en que avanza este sector; por lo que recomienda que los países evalúen y gestionen los riesgos relacionados con las actividades y proveedores financieros de activos virtuales. Sostiene que es necesario implantar un régimen de autorización o registro previo de estas entidades, así como su supervisión por parte de las autoridades nacionales competentes. Así las cosas, GAFI publicó en octubre de 2021 la Guía de Recomendaciones para la regulación de las criptomonedas. Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Quick-guide-RBA-VA-VASPS.pdf [Fecha de consulta: 07/10/2022].

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

6. *Alternativas y propuestas para prevenir el uso delictivo de las criptomonedas*

Como ya se ha desarrollado, la irrupción de la tecnología de las monedas virtuales ha elevado el riesgo de comisión de delitos informáticos, financiación ilícita del terrorismo y, especialmente, de blanqueo de capitales. Frente a este claro diagnóstico, se plantea una problemática respecto al tratamiento con que los ordenamientos jurídicos, o incluso los Tribunales, deben responder frente al uso de monedas virtuales. A continuación, se analizarán las distintas soluciones o alternativas para prevenir su uso delictivo.

6.1. *Blockchain como evidencia probatoria contra el crimen organizado*

La prueba como instrumento básico en la búsqueda de la verdad, y en la conformación de la verdad judicial, que es el soporte de la decisión jurisdiccional que adopta el órgano juzgador resolviendo los asuntos que se someten a su conocimiento, ha sido una cuestión a la que se le ha prestado la máxima atención, siendo múltiples los puntos de vista y los análisis que sobre este tema se han llevado a cabo. Sobre la prueba, hay multitud de definiciones, en nuestro caso, tomaremos como referencia, por su claridad y precisión, la que hace CORTES DOMINGUEZ[64], que define la prueba, desde un punto de vista técnico, como la "*actividad encaminada a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad*". Si se habla de prueba electrónica, es de obligado mencionar a GARRIDO CARRILLO, quien aborda una necesaria distinción entre fuente y medio de prueba electrónica: "*la fuente de prueba electrónica recoge información intangible y precisa de un aparato de almacenamiento para su práctica en el acto del juicio, siendo su reproducción ante el órgano judicial la forma de práctica de la prueba electrónica, no el medio*"[65].

[64] V. Cortés Domínguez, V. Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 10ª Edición, 2019, p. 197.

[65] F.J. Garrido Carrillo *La prueba electrónica en los procesos civiles y penales*,

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

La delincuencia organizada y, en particular, las organizaciones terroristas, hacen un uso cada vez más frecuente de la tecnología y de internet para adoctrinar, planear y cometer actos delictivos muy graves. Ello determina que el acceso a las pruebas electrónicas sea decisivo para identificar y enjuiciar a los responsables de estos hechos. Al respecto, es evidente que a la digitalización del crimen hay que responder con la digitalización de los sistemas de justicia y para ello es muy importante desarrollar aún más la cooperación judicial[66]. Por ello, la lucha contra la delincuencia grave, especialmente contra la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales, requiere, en gran medida, para su eficacia y seguridad, de la adopción de medidas de investigación tecnológica. No obstante, el carácter transnacional de estas pruebas, que, habitualmente, obran en poder de proveedores de servicios establecidos en otro Estado miembro o fuera de la UE, o están almacenadas en servidores situados en el extranjero, así como su intrínseca volatilidad hacen extraordinariamente compleja su obtención y aportación al proceso penal, quedando a expensas en buena parte de la buena voluntad de los proveedores de servicios, quien también ven dificultada su cooperación por el fragmentado marco jurídico sobre esta materia. Y es que el crimen organizado ha sabido aprovechar los progresos de la ciencia en el ámbito de las telecomunicaciones para ampliar su infraestructura y potenciar la consecución de sus fines ilícitos. Y ello se manifiesta de forma cada vez más violenta y más sofisticada en los medios y técnicas que utiliza, actuando de forma rápida, masiva y continuada.

Para hacer frente a esta realidad, los organismos de la UE tras los atentados terroristas de noviembre de 2015, en París, y de marzo de 2016, en Bruselas, ha fijado como una de sus prioridades en materia penal establecer mecanismos útiles tendentes a facilitar y agilizar la obtención de estas pruebas electrónicas transfronterizas. Con

en Aa.Vv. *Crisis y Estado de Bienestar*. In memoriam Prof. Nicolás María López Calera, Ed. *Tirant lo Blanch*, 2017, p. 559.

[66] P. Grande Seara *Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas en el marco de la lucha contra el crimen organizado*, en Aa.Vv. *Lucha contra la criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: Instrumentos, límites y perspectivas en la era digital,* F.J. Garrido Carrillo (Dir.) Ed. *Thomson Reuters Aranzadi*, 2021, p. 63.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

este compromiso, en abril de 2018, la Comisión Europea presentó la "Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal"[67]. En el ámbito Blockchain, como tecnología transfronteriza, trasnacional y globalizada, la aprobación de este Reglamento representa un importante avance en la persecución e investigación del delito, pues, tal y como recoge la Exposición de Motivos del citado Reglamento, "*mediante la introducción de la orden europea de entrega y la orden europea de conservación, se procura asegurar y recabar, a efectos de procesos penales, pruebas electrónicas que se encuentran almacenadas o conservadas por los proveedores de servicios en otra jurisdicción*"[68].

Por otra parte, es importante preservar un enfoque multidisciplinar en la lucha contra el crimen organizado, para procurar un adecuado equilibrio entre seguridad y privacidad. Así pues, de un lado, hay que preservar la capacidad del Estado para hacer frente a esta fenomenología criminal de nuevo cuño, ejerciendo el *ius puniendi* como última *ratio*; y, de otro, el espacio de protección y de no injerencias que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Es necesario por tanto ponderar cuidadosamente la injerencia tecnológica en la esfera de los derechos fundamentales para que no se desvirtúe su contenido esencial. En este sentido, GARRIDO CARRILLO[69] advierte que: "*esta lucha demanda una estrategia respetuosa con los derechos y garantías básicas de todos los afectados,*

[67] Esta Propuesta, junto con la Directiva 2014/41/UE y su implementación en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, conforman el acervo comunitario en materia probatoria, resultado de intensas negociaciones.

[68] Y es importante recalcar nuevamente que este Reglamento persigue, estrictamente, recabar pruebas transfronterizas, pues es consciente de que el crimen hace tiempo traspasó las fronteras por el uso de tecnologías sofisticadas como blockchain. Por ello concibe ambas órdenes para la obtención de pruebas de carácter transnacional, quedando vedada su utilización en entornos nacionales al exigir el Reglamento que el proveedor de servicios destinatario de la Orden radique en un Estado distinto al Estado emisor de la Orden.

[69] F.J. Garrido Carrillo, (Dir.). *Estudio preliminar-prólogo* en Aa.Vv. *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada…op. cit.* p. 19.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

con especial atención al debido proceso, a la presunción de inocencia, y a la igualdad de partes. Estos elementos no se pueden relativizar o excepcionar, puesto que han de actuar como límites ineludibles de los Estados de Derecho en su lucha contra la delincuencia organizada y en el diseño de las políticas de decomiso".

Esta pretensión no obstante se ha visto dificultada porque nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha estado durante mucho tiempo huérfana de regulación con respecto a estos actos de investigación, nacidos con la aparición de las nuevas tecnologías, lo que ha ocasionado no pocos problemas procesales. A ello se une que nos encontramos ante un campo sujeto a la innovación y la evolución casi permanentes que aporta la ciencia y que opera en un entorno virtual e interconectado a nivel mundial.

Dentro de las nuevas diligencias de investigación, desempeñan un papel destacado, por su relevancia en la instrucción de las causas por delito, el registro y la incautación de la información almacenada en los equipos informáticos (los tradicionales discos duros de los ordenadores) y demás unidades de almacenamiento masivo de información, como puede ser *Big Data* o Blockchain, que se ha convertido en una práctica imprescindible cuando se lleva a cabo un registro, con el fin de encontrar evidencias digitales del delito investigado. Es relevante como medio de obtención de información, pero también como fuente de prueba[70].

La incautación de equipos informáticos y sus unidades de almacenamiento, como Blockchain, supone la obtención de información relevante sobre tres extremos, a saber: a) Los datos, negocios y transacciones que se han llevado a cabo y registrado en la base de datos distribuida. b) La identidad de los usuarios que han intervenido en las operaciones (si está previamente definida), y c) el sellado de tiempo, o momento temporal en el que cada transacción queda sellada de forma auténtica e inmutable en el bloque.

Esta información, obtenida mediante una diligencia de investigación, si bien resulta valiosa para avanzar en la averiguación del

[70] I. López-Barajas Perea *Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos*, Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política, n. 24, 2017, p. 67.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

presunto delito, y constituye fuente de prueba[71], hemos de plantearnos como accede y se incorpora al proceso penal. En este proceso de transición de fuente a medio de prueba podemos encontrar, desde la perspectiva del Derecho Probatorio, distintas dificultades. En primer lugar, nos referimos a la acreditación de la autenticidad de la fuente de prueba. Es decir, en la instrucción, se deben de adoptar todas las medidas necesarias para que las fuentes de prueba, en el caso que nos ocupa derivadas de las nuevas tecnologías, se incorporen al proceso en el mismo estado en el que se obtuvieron, sin que sufrieran alteraciones o manipulaciones que puedan poner en riesgo o duda la autenticidad e integridad de las mismas. Esto es lo que se conoce como "la doctrina de la cadena de la custodia" que, en reciente Auto 189/2020 de 13 de febrero[72] del Tribunal Supremo se recuerda que la integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del Tribunal no sufre alteración alguna. En este sentido, Blockchain dispone de un sistema de funcionamiento y protocolo de consenso que la hace segura y fiable frente a *hackeos* y posibles artificios informáticos. La información contenida y registrada en cada bloque ha superado previamente complejos algoritmos de minería y un protocolo de consenso, que hacen que la información validada sea conocida por todos y conforme a parámetros democráticos y de integridad.

No obstante, en esa fase de transición de la fuente al medio de prueba, Blockchain plantea un desafío ya que la integridad y autenticidad del contenido de la cadena de bloques se pone en entredicho si en vez de acceder al registro el documento completo, lo hace el denominado "*hash*", es decir, la huella digital del mismo, ya que la

[71] Según la doctrina, constituye un acto de prueba preconstituida del juez de instrucción. Según la doctrina, se configura como un acto de prueba preconstituida del juez de instrucción. Recuérdese que estos actos tienen un carácter asegurador de los indicios o fuentes de prueba, y bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la posibilidad de contradicción, posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos, como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena *Vid*. Gimeno Sendra, V. *Derecho Procesal Penal,* Ed. *Civitas*, 2020, pp. 363-379.

[72] ATS 189/2020 de 13 de febrero.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

autenticidad parece ceñida a dicha clave alfanumérica, procedente de la criptografía. En este caso, se debe considerar en la intervención y análisis pericial de un informático experto en la lectura y descodificación de contenidos archivados en la tecnología Blockchain. Dicho dictamen, emitido por el perito bajo juramento o promesa de actuar con objetividad, y con previo conocimiento de las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliese dicho deber, se centraría en la fuente de prueba y cuyo objeto es en primer lugar garantizar la autenticidad de la misma fuente de prueba, y en segundo lugar garantizar la integridad de la prueba, es decir que la misma no ha sido manipulada ni alterada. En este sentido, GARRIDO CARRILLO[73] señala que coexisten dos tipos de prueba pericial, una pericial autónoma y una pericial instrumental. Este dictamen, en definitiva, ayudará al Juez a valorar, conforme a los principios del sano juicio y la sana crítica (art. 348 LEC), si, de un lado, el Blockchain sobre el que se operó es auténtico y no se ha actuado y ocultado la información en una especie de *software* maliciosa, y, de otro, si la información almacenada y registrada es auténtica y no ha sido objeto de manipulación ni alteración.

Por otra parte, es preciso determinar el medio de prueba más adecuado para incorporar Blockchain al proceso penal. La información contenida en un equipo informático, o dispositivo de almacenamiento de datos puede acceder al proceso penal a través del uso de distintos medios de prueba. El medio de prueba idóneo para incorporar al proceso penal esta fuente de prueba electrónica es, sin duda, la prueba documental, pues toda información registrada en el bloque no deja de conformar un documento, con la singularidad de que aparece plasmado en un soporte informático. Por lo que se aportará el soporte electrónico en el que se hallan registrados, así como la copia impresa del *hash* de la transacción, y de los bloques afectados, junto a las claves criptográficas que permiten su descodificación. Recuérdese que Blockchain, si bien no es responsable por el contenido de los hechos, lo es por el hecho de validar y registrar la información, por lo que constituye una evidencia y prueba manifiesta de las transacciones que han tenido lugar, de forma transparente e irrevocable, a lo largo del tiempo.

[73] F.J. Garrido Carrillo, *La prueba electrónica en los procesos civiles y penales*, en Aa.Vv. *Crisis y Estado de Bienestar*. In memoriam Prof. Nicolás María López Calera, Ed. *Tirant lo Blanch*, 2017, p. 571.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Por tanto, en el ámbito de la actividad procesal penal, Blockchain tiene validez jurídica por cuanto emite registros de transacciones por medio de un *hash*, lo que permite conocer su trazabilidad para ser admisible en un juicio penal, que se incorporaría al proceso mediante una prueba documental privada tan fiable, que posiblemente servirá para determinar, sin género duda, la responsabilidad penal o, en su caso, la inocencia del procesado. En este sentido, si efectivamente la jurisprudencia, en sentencias futuras, ratifica el valor probatorio de Blockchain cara a determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto imputado, sería interesante, a efectos de prevención de condena, plantear la incorporación de esta tecnología al*compliance penal* de la empresa, por cuanto permite reflejar el rastro de cuanto acontece en la misma, y respaldará la estrategia defensiva de la empresa. Esto surtirá un doble efecto; de un lado, la empresa se vería más motivada a actuar de un modo ético, haciendo un uso lícito de Blockchain e incluyéndola en el programa de *compliance* de la empresa; y, de otro, Blockchain como prueba incriminatoria surtiría un efecto disuasorio en el delincuente, quien caerá en la cuentan de que si emplea criptomonedas para lavado de activos, Blockchain recopilará esa información, el bloque corrupto sería fácilmente identificable, y puede ser vertido en juicio para probar su culpabilidad.

6.2. *La tipificación del uso de monedas virtuales para lavado de activos*

Otra alternativa de prevención de blanqueo consistiría en prohibir el uso de monedas virtuales y establecer penas para caso de su infracción. Se configuraría como un delito de riesgo, esto es, se aplicaría el castigo penal ante la probabilidad o amenaza de que se use la moneda digital para la comisión de delitos de lavado de dinero, financiación del terrorismo y delitos informáticos, mediante la remoción de una herramienta especialmente apta para su comisión. Sin embargo, la estrategia de penalizar el uso de monedas virtuales se enfrenta a una serie de dificultades teóricas y prácticas, que podrían llevar a un categórico rechazo por parte de los penalistas, por distintas razones.

En primer lugar, las criptomonedas *per se*no generan un daño en la sociedad ni tampoco una puesta en peligro concreto de bienes ju-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

rídicos esenciales. Las conductas de creación, posesión, uso y transferencia de monedas virtuales no lesionan ni tampoco amenazan por sí mismas a ningún bien jurídico protegido, pues poseen un carácter neutro en términos de peligrosidad.En puridad, el desvalor viene por las conductas principales – en los ejemplos analizados, el lavado de dinero, o financiación del terrorismo, entre otros – en las que se emplean estos instrumentos, cuando asumen más bien el carácter de una herramienta o medio para lograr la consumación del delito. El ordenamiento punitivo se encuentra suficientemente provisto de figuras penales para perseguir los hechos delictivos principales en los cuales se emplean monedas virtuales (por ejemplo, la LO 6/2021, de 28 de abril, introduce un último párrafo en el apartado 1 del art. 302 CP, por el cual prevé una circunstancia agravante al tipo penal básico de blanqueo de capitales cuando lo cometan los sujetos obligados por la normativa específica en materia de blanqueo, proveedores de servicios de cambio de moneda digital por moneda fiduciaria, instrumentos de custodia, etc.).

En segundo lugar y enlazando con lo anterior, no debe ignorase el principio de *ultima ratio* o de subsidiariedad del derecho penal, esto es, ha de intervenir cuando las demás sanciones que establece el ordenamiento jurídico – sean de tipo civil o de tipo administrativo – resulten ineficaces para preservar el cumplimiento de la norma; por consiguiente, primero, convendría reforzar el ordenamiento civil o administrativo, pues el penal se concibe únicamente en caso de que se vulneren bienes jurídicos esenciales y reconocidos como fundamentales por todo el grupo social, y ello no es el caso del comercio con criptomonedas.

En tercer lugar, bajo un prisma pragmático o utilitarista, la penalización carece de sentido, habida cuenta de la dificultad técnica de imponer efectivamente la prohibición y la multitud de formas que ofrece la tecnología, de forma anónima y descentralizada, para evadirla. Así, una norma prohibitiva penal no solo sería inútil, sino que también afectaría la credibilidad del derecho penal para imponer sanciones, lo cual dañaría al sistema en su conjunto.

Finalmente, no se puede pasar por alto, en atención al análisis anterior, el avance en materia de seguridad, publicidad, instantaneidad y contabilidad que representa Blockchain, y cuyo potencial está ya manifestándose en sectores de ámbito público y privado. Por lo

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

que resultaría un contrasentido penalizar su uso, posesión o transferencia de las criptomonedas para prevenir su mal uso, pues con ello indirectamente se estaría poniendo limitaciones al desarrollo de esta nueva tecnología en nuestro país, mermando así su impacto social. En suma, no se aconseja, como estrategia preventiva del *criptoblanqueo*, recurrir, en principio, a la vía penal, por las razones expuestas: ausencia de desvalor de su uso, el principio de*ultima ratio*, la eficacia de la norma penal y la relevancia social que representa la tecnología en que se basan.

6.3. *La "mano invisible"*

Una propuesta opuesta a la anterior sería descartar el intervencionismo estatal, y optar por un sistema de libre competencia, de tal forma que las criptomonedas se regulen a sí mismas. Esta tesis la defienden, entre otros, BOHME[74], aduciendo argumentos como, por ejemplo, la relativa baja incidencia de delitos cometidos con criptomonedas en el contexto general —comparados, por ejemplo, con delitos cometidos con armas de fuego—, lo cual haría innecesaria una regulación legal al efecto

Sin embargo, la inactividad de los reguladores estatales o autonómicos puede deparar efectos indeseados al interior de los ordenamientos jurídicos, en el sentido de que previsiblemente el mercado no reaccione favorablemente ante sectores no vinculados a u marco regulatorio, ignorando u obstaculizando el funcionamiento de esta industria. Todo ello al final se traduce en incertidumbre, inseguridad jurídica y, por tanto, en un estancamiento para el desarrollo de las monedas virtuales en el país.

Consecuencia de la ausencia de regulación, se genera el riesgo de la creación de zonas propicias para la actividad delictiva, ejemplo de lo cual fue el caso *Silk Road* antes mencionado, en el que la desregulación coadyuvó a la comisión de delitos de la más variada especie. Tal falta de regulación ocasiona severos perjuicios para sus usuarios

[74] R. Böhme, J. Grzywotz, P. Pesch, *Prävention von Straftaten mit* Bitcoins *und Alt-Coins. Handlungsempfehlung zur Regulierung virtueller Kryptowährungen*, Workingpaper, 2017. Bitcrime.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

legítimos, por cuanto los deja desamparados y vulnerables frente a artificios informáticos u otras conductas delictivas. Por tales razones, la acción preventiva del criptoblanqueo debe, *a priori*, limitarse a una estrategia regulatoria, para lo cual existen las siguientes propuestas:

6.4. *La aplicación efectiva y sin reservas de las vigentes normativas antiblanqueo*

Otra estrategia giraría en torno a supeditar el comercio de las criptomonedas a las obligaciones de prevención de lavado de activos actualmente vigentes, en concreto, a la Quinta Directiva, a las Recomendaciones del GAFI, y al RD-Ley 7/2021 de 27 de abril. Así lo aconseja la Comisión Europea, en Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulado "Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo"[75], parágrafo 1.2. "someter las operaciones anónimas de cambio de divisas al control de las autoridades competentes mediante la ampliación del ámbito de aplicación de la directiva contra el blanqueo de capitales para incluir a las plataformas de cambio de monedas virtuales, y someterlas a supervisión con arreglo a la legislación contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo a nivel nacional". Esta solución resulta garante y sencilla de ejecutar, pues sencillamente extiende a las monedas virtuales el modelo de*compliance*y de medidas de diligencia debida previsto en las normativas antiblanqueo.

Esta solución prevista en la Quinta Directiva antes analizada, y que el legislador transpone a nuestro derecho interno parcialmente, por lo siguiente: si bien el RD-Ley 7/2021, de 27 de abril aplica las medidas antiblanqueo a un amplio elenco de actividades que engloba el comercio con criptomonedas – desde el cambio de monedas virtuales por dinero fiduciario, hasta las transacciones con monedas virtuales[76], no así de preciso y exhaustivo resulta para la determinación de los sujetos obligados, y ello porque incluye a los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos (añadido mediante nueva letra z), los cuales,

[75] Estrasburgo, de 2 de febrero de 2016. COM (2016) 50 final.
[76] V*id*. RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, Exposición de Motivos, párr. III.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

son meros programadores que ponen a disposición de los usuarios la infraestructura informática para comerciar con criptomonedas, sin ningún control sobre las transferencias[77]. Los "mineros" que validan las transferencias tampoco pueden revisar los antecedentes o el origen de las transferencias, pues tienen por función únicamente la certificación de la validez técnica y no la revisión de la conformidad o u origen lícito del capital activo en las operaciones.

Por tal exigüidad de la normativa en lo que respecta a los sujetos obligados, se debe incidir en este aspecto en el debate jurídico, de modo que se incluya en el inminente Reglamento Europeo MiCA[78] (aún en fase de elaboración), un sujeto pasivo *ad hoc* de las obligaciones de*compliance*establecidas en el RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, y demás normativa complementaria, que pueda actuar como sujeto activo de las acciones correlativas de identificación, supervisión y reporte. No obstante, ¿no es precisamente el anonimato que pretende el sistema bitcoin lo que impide una regulación efectiva por esta vía? ¿Cómo lidiar por tanto con el blanqueo de capitales, si toda contramedida para neutralizarlo interfiere en los parámetros de anonimato, confidencialidad y descentralización que abandera? Claramente, es necesario un nuevo enfoque regulatorio para mantener el comercio con estos instrumentos dentro del marco de la legalidad.

6.5. *Un enfoque regulatorio adaptado a los parámetros de anonimato y confidencialidad de las criptomonedas*

Antes de analizar las alternativas existentes, cabe resaltar lo ya analizado en apartados anteriores, y es que factores como el anonimato, la descentralización, la dispersión geográfica y la brecha digital implican que sea complejo hacer cumplir las obligaciones regulatorias. La cuestión demanda pues un nuevo enfoque regulatorio que comprometa a unos agentes específicos del ecosistema blockchain, que en base a sus

[77] F. BEDECARRATZ SCHOLZ, *Riesgos delictivos de las monedas virtuales: Nuevos desafíos para el derecho penal,* en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología,* vol.7núm.1Santiagojun.*2018.*

[78] Reglamento sobre mercados de criptoactivos (conocido como MiCA), pendiente de aprobación.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

roles, tengan capacidad de implementar la norma regulatoria. En consideración a lo anterior, de forma sucinta, se formulan dos propuestas de *lege ferenda* de posibles sujetos obligados a implementar tales normas.

A. *Los* mineros *como sujetos responsables*

Un primer enfoque se basa en que los mineros se transformen en sujetos obligados e implementen controles de legalidad de las transacciones, lo que modifica sustancialmente la función de minería.

La propuesta implica identificar aquellas direcciones involucradas en actividades delictivas, las cuales luego serían incorporadas por un ente regulador en una lista única centralizada, una especie de lista "negra", o la nomenclatura que se prefiera; dicha lista pasaría a incrustarse en el software usado por los mineros, quienes se abstendrían de procesar y certificar transacciones vinculadas a direcciones o cuentas registradas en ella. El no procesamiento de las transacciones por parte de los mineros transformaría a las direcciones o cuentas comprometidas en actividades delictivas en prácticamente inútiles, pues no podrían enajenar las monedas virtuales destinadas a ellas. Ello desincentivaría el uso de criptomonedas en actividades criminales, pues limitaría su comerciabilidad y conjuntamente su aprovechamiento por los delincuentes.

B. *"Invirtiendo los polos": Blockchain como herramienta para la prevención del delito*

Recordando lo que ya sabemos, la cadena de bloques es una suerte de libro contable, de carácter público, que almacena transacciones ya confirmadas. Este libro contable se puede emplear con fines lícitos y preventivos, permitiendo el acceso por parte de los entes reguladores. Si llega a conocimiento de estos una actividad sospechosa con criptomonedas, se les ha de facultar para incorporarlas en un registro público y abierto (por tener interés público), y así las casas de cambio y prestadores de servicios pueden identificar las monedas virtuales delictivas, para no aceptar su uso y tratamiento.

Esta propuesta apuesta por un modelo híbrido, que conecta los sistemas de monedas virtuales con los sistemas monetarios regulados.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Se trata de una medida que si bien hace que se pierda ese rasgo de descentralización propio de las Blockchain, lo cierto es que de esta manera se puede emplear esta tecnología en contra de los mismos delincuentes que buscan aprovecharse de ella. La individualización de todas aquellas monedas sospechosas de haber sido utilizadas en actividades delictivas en un listado público, accesible para las casas de cambio, proveedores de servicios de pago y demás interventores en el sistema, incrementa el efecto de la regulación a los usuarios finales, lo cual incentiva un interés directo en no aceptar las monedas en cuestión.

En relación con lo anterior, surge la dificultad de cómo debe proceder el sujeto obligado frente a este acto. En principio, no es posible rechazar la totalidad de la transferencia, pues se estaría impidiendo de forma injusta el comercio con monedas virtuales que aún no han sido juzgadas, lo que afecta indebidamente el derecho de propiedad del que transfiere sobre ellas. Una posible solución a este inconveniente sería que el sujeto obligado – una casa de cambio, por ejemplo – cambie sólo aquellas monedas de la transferencia no incriminadas. De este modo, se impide la comerciabilidad de las monedas incriminadas sin interferir en la libre circulación de las demás.

La puesta en marcha de este enfoque regulatorio puede plantear reticencias por parte de los más adheridos a la tecnología Blockchain, y ello porque aboga por la existencia y participación de un organismo público supervisor, encargado de confeccionar y publicar la lista de presuntos delincuentes y dotado de los medios y facultades necesarios para cumplir con esta labor. En particular, estará encargado de incorporar las monedas virtuales incriminadas en el registro público, de difundirlo a los actores relevantes, fiscalizar su cumplimiento e imponer sanciones administrativas para el caso de su contravención. Quizá esta es la solución que ha pensado el legislador en la ley de transposición interna de la "Quinta Directiva", al establecer, en el art. 39 del RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, "toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de esta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta ley". Este organismo administrati-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

vo bien podría ser el SEPBLAC, que es la Unidad de Inteligencia Financiera de España, siendo único en todo el territorio nacional. ElSepblaces, asimismo, Autoridad Supervisora en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y tiene ya como función la prevención de los delitos de lavado de activos y de financiación del terrorismo en el sector financiero. Esta solución parece conveniente además porque ahorraría la necesidad de crear un nuevo organismo, pues bastaría con extender las facultades previstas en el art. 39 del RD-Ley antecitado, de esta manera se alcanzarían dos objetivos, de un lado, evitar gastos innecesarios y, de otro, aprovechar la trayectoria y las competencias del organismo en la materia para generar sinergias y traerlas al ámbito de las criptomonedas.

7. *Conclusiones*

A modo de recapitulación, es un hecho notorio que el universo de las criptomonedas, y su plataforma blockchain, han irrumpido y evolucionado en un lapso de tiempo muy breve. Sus potenciales usos, como la protección de privacidad, alcance globalizado, instantaneidad y reducido costo tienen interesantes aplicaciones en ambos sectores, público y privado, a la par que también constituyen una fuente de riesgos que pueden ocasionar una más difícil persecución de hechos punibles. En armonía con las recomendaciones planteadas por diversos organismos internacionales, como el Banco Central Europeo, la Autoridad Bancaria Europea y el Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales, se hace necesario observar atentamente la evolución en el funcionamiento y uso de las monedas virtuales, para así diseñar medidas eficaces que neutralicen el potencial criminógeno que desprenden.

Para diseñar una estrategia de respuesta se han manejado distintas hipótesis, y alcanzado las siguientes conclusiones: en fase judicial, blockchain tiene validez jurídica por cuanto emite registros de transacciones por medio de un *hash*, lo que permite conocer su trazabilidad para ser admisible en un juicio penal, que se incorporaría al proceso mediante una prueba documental privada tan fiable, que posiblemente servirá para determinar, sin género duda, la responsabi-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

lidad penal o en su caso, la inocencia del procesado. En este sentido, si efectivamente la jurisprudencia, en sentencias futuras, ratifica el valor probatorio de Blockchain cara a determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto imputado, sería interesante, a efectos de prevención, plantear la incorporación de esta tecnología al*compliance penal* de la empresa, por cuanto permite reflejar el rastro de cuanto acontece en la misma, esto además tendría un efecto disuasorio en el delincuente, quien se verá desmotivado a delinquir si conoce que la información de que dispone blockchain puede incriminarle.

Amén de lo anterior, se han examinado otros escenarios, extramuros de la vía judicial, y se puede concluir que no es aconsejable optar por una solución exclusivamente penal ni tampoco abandonar la cuestión a la autorregulación o teoría de la "mano invisible", sino que es preferible desarrollar una estrategia regulatoria *ad hoc*, con algunos matices. La actual normativa española, recogida en el RD-Ley 7/2021 de 27 de abril, desarrolla simple y llanamente la lista de sujetos obligados y mantiene los actuales deberes de identificación, supervisión y reporte; esto resulta totalmente insuficiente frente a la realidad de las criptomonedas, en que prevalece la dispersión del comercio de monedas virtuales entre un número indefinido de sujetos, repartidos geográficamente, sujetos a jurisdicciones distintas, y en ocasiones bajo el yugo de la brecha digital. Por ello, se hace necesario que el legislador europeo, en la tramitación del Reglamento *MiCA* (que, como tal, tendrá alcance general, y será obligatorio en todos sus elementos) asuma esta realidad mediante un modelo regulatorio especializado, que responda a la particular estructura y funcionamiento de las monedas virtuales. En este sentido, se propone la intervención de un organismo regulador, que cree un registro de transacciones ilícitas, las haga públicas y las ponga en conocimiento de ciertos actores – o sujetos obligados (según la Ley de Blanqueo de Capitales) – a los que se les prohibirá aceptar las monedas virtuales que hayan sido objeto de este tipo de transferencias. De este modo, se aprovecha la arquitectura de los sistemas de monedas virtuales, específicamente elBlockchain, para mantener su uso en el marco de la legalidad. Así, esta estrategia tendría el potencial de limitar los daños sociales generados por el mal uso de las monedas virtuales e integrarlas al tráfico jurídico mediante una regulación adecuada y efectiva.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Capítulo XI

Monedas virtuales respaldadas por bancos centrales y exclusión financiera: ¿deben formar parte del debate los sistemas tributarios?

*Yolanda García Calvente**

Sumario: 1. Introducción. – 2. Exclusión financiera y sistema tributario. – 3. Las monedas virtuales respaldadas por bancos centrales (CBCD). – 4. Los sistemas tributarios ante las CBDC: instrumentos para frenar la exclusión financiera e instrumentos de incentivo de la inclusión.

1. *Introducción*

Las monedas virtuales han irrumpido en el debate público generando tanta atracción como desconfianza. En un mundo en el que lo digital está presente en prácticamente todas nuestras acciones y decisiones, una cuestión tan antigua como la de los instrumentos de pago en las transacciones no puede permanecer ajena a un cambio de paradigma que está transformando nuestro entorno. Aunque hace mucho que las monedas físicas o los billetes dejaron de ser el único soporte del dinero[1], ha sido en los últimos años cuando las monedas digitales han comenzado a adquirir relevancia. Pero lo cierto es que cuando se habla de ellas se piensa normalmente en las denominadas monedas digitales estables y en las criptomonedas, y menos en las conocidas como monedas soberanas digitales (CBDC según sus siglas en inglés), que son las que constituyen el objeto de análisis de este trabajo.

El hecho de que en la actualidad ocupen un segundo plano con respecto a las criptomonedas y a las monedas digitales estables no debe llevarnos a minusvalorar su relevancia[2]. Al contrario, proba-

* Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Granada.

[1] Sobre este tema vid. G Guerrieri *La moneta elettronica. Profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, Il Mulino, 2015.

[2] Las stablecoins son "monedas de emisión privada que están referenciadas a

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

blemente sean ellas las que terminen de afianzar la digitalización de las transacciones económicas y, sobre todo, las que intensifiquen su potencial como instrumento al servicio de la lucha contra el fraude fiscal frente a la visión generalizada de que las monedas digitales son, por el contrario, un nicho de fraude. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la digitalización de los medios de pago es susceptible de generar un aumento de la exclusión social, en su vertiente financiera, para todos aquellos colectivos (mayores, personas con discapacidad, personas sin acceso a las nuevas tecnologías por carencia de recursos económicos o por motivos técnicos, etc) que aún no han podido incorporar a su vida cotidiana las nuevas tecnologías[3]. Pero este fenómeno también puede ser, en determinados contextos, un instrumento eficaz en la lucha contra la exclusión.

Y éste es el objetivo de las siguientes páginas: analizar el tratamiento jurídico-tributario que debe darse a las CBDC tanto cuando se quiere evitar que redunden en mayores tasas de exclusión como cuando se trata de incentivar su uso con el fin de disminuir la exclusión financiera. Dado que en el momento actual de evolución de la cuestión no es posible encontrar modelos lo suficientemente desarrollados en ningún país de nuestro entorno, el trabajo se centrará en estudiar las iniciativas existentes y en aportar, a partir de ellas, reflexiones sobre su posible relación con las políticas tributarias.

Antes de abordar dicha tarea, es preciso aclarar que cuando nos referimos a este tipo de dinero estamos aludiendo, tal como indica el título de este capítulo, a las monedas virtuales respaldadas por bancos centrales. A lo largo de estas páginas, tras un apartado dedicado a introducir el concepto de exclusión financiera y su relación con el sistema tributario, trataré de describirlas, para seguir a continuación con el estudio de las iniciativas al respecto que ya se han puesto en marcha, con independencia del grado de evolución en el que se encuentren. Por último, se realizarán propuestas *de lege ferenda* referentes a

valores existentes, por ejemplo el dólar". L. Suárez Barcia *Central Bank Digital Currencies (CBDC): reacciones de los bancos centrales ante la expansión del uso de criptomonedas y sus implicaciones jurídico-económicas*, en Aa.Vv. *Derecho Digital y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, 2022.

[3] Consejo Económico y Social: *La Digitalización de la Economía*. Colección Informes, n. 3, 2017, pág. 84.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

la posibilidad de articular medidas tributarias y/o presupuestarias que favorezcan la inclusión financiera y sirvan de instrumento de lucha contra la exclusión[4].

2. *Exclusión financiera y sistema tributario*

La exclusión financiera ha sido definida como "la incapacidad para acceder a los servicios financieros necesarios de una forma apropiada ya sea por razones de precio, requisitos de acceso, escasez de oferta, discriminación social o autoexclusión. Al margen de su significación económica, este fenómeno se ha convertido en una de las dimensiones más relevantes de la exclusión social no solo en países en vías de desarrollo, sino también en economías avanzadas"[5]. CARBÓ VALVERDE distingue además cinco tipos de exclusión financiera:

A) "Exclusión en el acceso", que se relaciona con el perfil de riesgo de los potenciales clientes de cara a acceder a un servicio financiero.

B) "Exclusión por las condiciones", cuando los individuos no pueden cumplir con los términos contractuales que se exigen para obtener ciertos servicios financieros.

C) "Exclusión por el precio", cuando los hogares no pueden permitirse el coste de los servicios.

D) "Exclusión en marketing", cuando determinados productos ni tan siquiera se ofrecen a un grupo de individuos.

E) "Autoexclusión", que constituye un fenómeno creciente y preocupante, y se refiere al propio rechazo de los individuos a solicitar productos financieros, simplemente por la creencia de que no les serán concedidos.

Pero, junto a las cinco causas expuestas, deben incluirse algunas más, en concreto las que tienen que ver con la denominada "exclusión

[4] En relación con esta cuestión, y a modo introductorio, véase E. Barrueta-beña *La influencia de las nuevas tecnologías en la inclusión financiera*, en *Artículos Analíticos, Boletín Económico del Banco de España*, n. 1, 2020.

[5] S. Carbó Valverde y F. Rodríguez Fernández *Concepto y evolución de la exclusión financiera: una revisión*, en *Cuadernos de Información Económica,* Funcas, n. 244, 2015.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

geográfica" y la "desbancarización" provocadas por la ausencia de entidades financieras en determinados territorios o por la retirada de las ya existentes[6].

Según un estudio elaborado por la European Anti Poverty Network[7] "España es el país que, tras Grecia, más ha reducido el empleo del sector en Europa, con un recorte del 37% desde 2008, frente a una media del 18,9% de media a Europa. En total, desde entonces han salido del sector bancario 120.000 empleados, y han ingresado 26.000. El cierre de oficinas se eleva al 50%, porcentaje que se incrementará en el futuro, tras los procesos de fusión que se están llevando a cabo, como otros de ajustes, con una previsión de cierre de oficinas del 34%. Esta 'desbancarización' afecta más a la clientela de la llamada 'España vaciada', por el cierre de sucursales y la falta de opciones".

La "desbancarización física" se ve paliada o compensada con el trasvase de operaciones hacia la banca virtual, de la que es usuaria un 67% de la población de entre 16 y 74 años[8]. Pero sigue siendo importante el número de personas para las que el recurso a servicios digitalizados no es una opción o al menos no debe ser la única solución, como consecuencia de la denominada brecha digital[9]. Y a

[6] Algunos autores restan importancia al fenómeno y afirman: "En diversos estudios realizados antes de la crisis se daba una importancia considerable a la distancia física como factor limitante del acceso a las finanzas. Sin embargo, esa restricción se está relativizando progresivamente, perdiendo relevancia en los países de renta elevada. En particular, en estas economías la diferencia en el acceso entre la población urbana y rural es apenas del 1% (89% frente a 88%), como muestra el gráfico 3. En otros territorios, esta diferencia es aún importante. Así, por ejemplo, en las áreas rurales de Europa del Este y Asia Central, el 53% de la población urbana tiene acceso frente al 39% de la rural". Carbó Valverde y F. Rodríguez Fernández *Concepto y evolución de la exclusión financiera: una revisión*, en *Cuadernos de Información Económica,* Funcas, n. 244, 2015.

[7] European Anti Poverty Network *Inclusión financiera para el desarrollo sostenible, un enfoque de derechos en el proceso de reconstrucción post pandemia*.

[8] Véase: Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares del INE.

[9] "Actualmente, el porcentaje de población sin acceso a servicios financieros presenciales — oficinas bancarias, cajeros automáticos, puntos de acceso de Correos, agentes financieros u oficinas móviles— es del 1,4%1 (en torno a 660.000 personas) afectando a un gran número de municipios en nuestro país. Además,

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

quienes carecen de las competencias digitales necesarias para hacer uso de servicios financieros no presenciales debemos añadir a quienes residen en territorios en los que aún no hay acceso a internet.

En el ámbito de la Unión Europea, es importante tener en cuenta la existencia de un derecho de acceso general de toda persona a una cuenta de pago básica. En este sentido, la *Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014*, *sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas*, establece que los Estados miembros puedan requerir a las entidades de crédito que apliquen condiciones más ventajosas para los consumidores vulnerables, como medidas de promoción de la inclusión social dentro del mercado de productos financieros de la Unión Europea. La transposición de esta Directiva dentro del ordenamiento jurídico español se inició mediante el *Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones*.

Los sistemas tributarios pueden tener un papel importante en la promoción de la inclusión financiera. Recordemos que, en ellos, junto con un fin recaudatorio, coexisten objetivos no fiscales relacionados con la política económica de desarrollo. Pero, si bien es cierto que la política fiscal es uno de los instrumentos de los que tradicionalmente se han servido otro tipo de políticas, en la actualidad no es posible defender la idea de un estado intervencionista que no tenga en cuenta las exigencias del principio de neutralidad. Ello no significa negar la trascendencia de las medidas tributarias. Por ejemplo, la fiscalidad puede resultar un instrumento eficaz en la consecución de los objetivos que conforman el concepto de desarrollo sostenible. En el caso español, hay que tener presente que la Constitución de

existe también un número elevado de municipios en el ámbito rural, en los que sólo hay una fuente de efectivo, en los que vive otro 1,2% del total de población (unas 560.000 personas). Es importante destacar que, en septiembre de 2008 – máximo histórico de oficinas en España – el 90% de los municipios que hoy figuran sin punto de acceso físico a los servicios financieros no disponían de oficina bancaria ya en ese momento. Los problemas de exclusión financiera son una manifestación más de la despoblación que sufren amplias zonas del país, y que constituye un problema de carácter transversal".

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

1978 configura a nuestro país como un Estado social y democrático de Derecho. La primera parte de esta definición implica aceptar el intervencionismo estatal en la economía como uno de los pilares de nuestra sociedad. A través de la actividad administrativa de fomento el Estado contribuye, de manera directa e inmediata, a lograr el progreso y bienestar social, mediante el otorgamiento de ventajas al sujeto fomentado. Evidentemente, es preciso elegir los sectores de actividad que se sujetarán a este régimen de actividad administrativa porque hay áreas sectoriales en las que la actuación directa del sector público se considera un elemento perturbador. La Constitución de 1978 no recoge un elenco de materias susceptibles de ser fomentadas, aunque son varios los preceptos que, como veremos, hacen referencia a la iniciativa pública mediante fórmulas de fomento, estímulo y promoción. Pero de la existencia de estos principios no pueden deducirse obligaciones ni deberes, son eminentemente programáticos, aunque pueden devenir auténticos derechos a través de la legislación de desarrollo.

En un Estado del que se predican los caracteres expuestos, la política económica y social no puede ser pasiva, no puede limitarse a esperar que otros entes territoriales o la iniciativa privada actúen. Y en el tema que nos ocupa, su función es especialmente trascendente. En consecuencia, es necesario analizar en profundidad la idoneidad del sistema tributario para dar respuesta a las situaciones de exclusión financiera a las que nos hemos referido.

3. *Las monedas virtuales respaldadas por bancos centrales (CBDC)*

Las monedas virtuales respaldadas por bancos centrales (CBDC) surgen en gran medida como respuesta a la proliferación de monedas descentralizadas[10], que son consideradas una amenaza para la autono-

[10] Cfr. J. Ayuso y C. Conesa *Una introducción al debate actual sobre la moneda digital del banco central*. En *Documentos Ocasionales del Banco de España,* 2005. Se refieren estos autores al origen de las CBDC afirmando que: "Cuando Bitcoin comenzó a acaparar la atención del sector financiero y del público en general, hacia 20131, se planteó una pregunta que hasta entonces era principalmente teórica2: ¿deberían los bancos centrales emitir dinero digital accesible para el público? En aquel momento, muchos consideraron que las nuevas capacidades tecnológicas (singular-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

mía monetaria. Pero, junto a su potencial como generadoras de tranquilidad y estabilidad, es fácil encontrar referencias a su capacidad incentivadora de la inclusión financiera. De hecho, es precisamente esta cualidad una de las razones del interés por su desarrollo, tal como apuntan AYUSO y CONESA cuando afirman[11]: "Aunque el debate sobre la CBDC perdió urgencia, la posibilidad de emitir este tipo de activo siguió explorándose en países con problemas específicos, como la disminución significativa del uso del efectivo (Suecia), la existencia de sectores de población con un grado insuficiente de acceso a los servicios financieros (como es el caso de un buen número de economías en desarrollo) o el elevado coste de distribución del efectivo (algunos ejemplos son Uruguay, Filipinas, Bahamas o Camboya)"[12]. Y es precisamente esta cuestión la que se analizará en las siguientes líneas, partiendo del ejemplo de los países que, ya sea a nivel avanzado o como simple hipótesis, trabajan en la implantación de monedas virtuales respaldadas por bancos centrales.

Pero comencemos aclarando el concepto de CBDC, o al menos intentándolo, puesto que esta cuestión dista de ser pacífica. El origen de esta idea suele atribuirse al Premio Nobel James Tobin, y a su plasmación en un trabajo titulado: "Financial innovation and deregulation in perspective", publicado en 1985[13]. También se atribuye su invención al informático estadounidense David Chaum, que "ideó una versión electrónica y anonimizada del dinero en efectivo"[14]. Una definición de CBDC que permite entender bastante bien el concepto es la que se refiere a ellas como: "una nueva forma de dinero emitido por un BC, denominado en la moneda nacional, disponible para el

mente, blockchain) permitían que los bancos centrales emitiesen un activo digital que tuviera características similares al efectivo para competir con las nuevas criptomonedas. Este nuevo activo digital (pasivo para el banco central emisor) se denominó central bank digital currency (CBDC)".

[11] *Op. cit*., pág. 8.

[12] En el mismo sentido Hernández Fernández *(op. cit.).*

[13] J. Tobin, *Financial innovation and deregulation in perspective*, en *BOJ, Monetary and Economic Studies*, 1985.

[14] F. Hernández Fernández *Hacia una moneda digital europea. El Euro 2.0*. En *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* n. 70, 2021. En efecto, David Chaum dio a conocer una propuesta relativa a "Blind Signatures for Untraceable Payments" en la Conferencia CRYPTO 1982.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

público en general y que es medio de cambio y depósito de valor. Las diferencias con otras formas de dinero emitido por un BC son claras: con respecto al efectivo, una CBDC es un instrumento de pago digital y, en relación a las reservas en el BC, estas no se ofrecen a individuos, sino a instituciones financieras. El usuario de una CBDC debería poder convertirla en cualquier otra forma de dinero sin descuentos en su valor facial"[15].

Tal como se ha expuesto: "Un CBDC es completamente diferente a todos los métodos de pago existentes, ya que constituye un crédito directo de un BCN en lugar de un pasivo de una institución financiera privada como ocurre cuando se realizan transferencias bancarias". Además: "Los CBDC han de ser distinguidos de los métodos de pago con los que generalmente son confundidos". Para HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, autor de ambas citas, las CBDC deben distinguirse de las criptomonedas (no tienen la consideración de moneda legal, su valor es puramente especulativo y tienen repercusiones nocivas para el medio ambiente) y del dinero electrónico (su mayor utilidad es la de "facilitar la realización de pequeños pagos por medios electrónicos seguros y de bajo coste que sustituyen el empleo del papel moneda y las monedas en efectivo")[16].

En cuanto a sus aspectos esenciales, AYUSO y CONESA se refieren a su carácter digital (que permite incorporar características no habituales en el concepto tradicional de moneda) y a la posibilidad de que el rango de agentes que tienen acceso al pasivo del banco central sea más amplio. Ambos, como resulta evidente, se deducen también de la definición incluida en el párrafo anterior. En definitiva, las CBDC forman parte del dinero de los bancos centrales, que pasa a poder clasificarse en tres categorías: dinero físico, reservas y CBDC.

CARRASCOSA y GARCÍA MONTALVO, tras un análisis exhaustivo de la literatura, resumen las ventajas que suelen vincularse

[15] Carrascosa, A. y García Montalvo, *Monedas digitales: ¿Cuál debe ser el papel de los bancos centrales?*, en *Papeles de Economía Española,* n. 170, 2021.

[16] Tal como establece el artículo 1.2 de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de Dinero Electrónico, éste se define como: "todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor y que que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago".

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

con las CBDC: reducción de costes de transacción, impulso a unos pagos transfronterizos más eficientes y baratos, mejora en la implementación de la política monetaria, desarrollo de nuevos servicios, y mejora de la exclusión financiera, entre algunas otras. Sin embargo, tal como exponen estos autores, la incidencia práctica de las mismas "dependerá de las decisiones que tomen las autoridades sobre las alternativas existentes sobre su diseño y, especialmente, del papel que se asigne a los intermediarios financieros". La referencia a estos últimos tiene que ver con la distinción entre CBDC directas, indirectas e híbridas: "En el modelo directo el pasivo lo tiene el BC y este registra todas las operaciones. En una CBDC indirecta, el usuario tiene un derecho sobre un intermediario, registrando el BC las operaciones con dichos intermediarios. En el modelo híbrido, el pasivo es del BC, pero los intermediarios puede realizar pagos"[17]. Como veremos más adelante, esta distinción es interesante para el análisis de las CBDC como instrumento de mejora de la inclusión financiera.

Como ya se ha afirmado, el grado de desarrollo de las CBDC en los países que han decidido incluirlas como objetivo de sus políticas es muy diverso. Los países más avanzados en esta materia son Nigeria, Bahamas, Jamaica y los territorios que conforman la Organización de Estados del Caribe Oriental. Todos ellos cuentan con monedas digitales respaldadas por sus bancos centrales.

Los países con CBDC en fase de proyecto piloto son 25: Sudáfrica, Ghana, Arabia Saudí, Emiratos Árabes, Suecia, Ucrania, Kazajistán, Rusia, China, Corea del Sur, Hong Kong, Tailandia, Malasia, Singapur, además de la Unión Europea con su proyecto de euro digital.

En fase de desarrollo encontramos a Brasil, Venezuela, Belice, Haití, Canadá, Turquía, los países del Mediterráneo Oriental, Irán, Baréin, India, Bhutan, Camboya, Japón, República de Palau, Indonesia y Australia.

Entre los 46 países que aún se encuentran en fase de investigación se sitúan: Estados Unidos, México, Honduras, Guatemala, Trinidad y Tobago, Colombia, Perú, Paraguay, Chile, Marruecos, Túnez, Jordania, Kuwait, Omán, Uganda, Kenia, Ruanda, Tanzania, Zambia, Zimbabue, Namibia, Esuatini, Madagascar, Jordania, Kuwait, Omán,

[17] Carrascosa, A. y García Montalvo, J., *op. cit.*, pág. 48.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Catar, Paquistán, Nepal, Bangladesh, Myanmar, Laos, Vietnam, Macao, Taiwan, Filipinas, Fiji, Tonga, Vaniatu, Islancia, Reino Unido, Noruega, República Checa, Hungría, Biolorrusia y Georgia.

Existen también iniciativas en fase muy inicial en Argentina, Uruguay, Curaçao, Bermuda, St Martin, Dinamarca, Azerbaiyán, Corea del Norte y Egipto. Por último, dos países han cancelado sus iniciativas: Ecuador y Senegal.

CARRASCOSA y GARCÍA MONTALVO consideran que "en los países en los que los pagos digitales ya están muy avanzados y el efectivo está en claro retroceso, las autoridades buscan asegurar un medio de pago suministrado por el sector público; en los países con un menor nivel de pagos digitales, la mejora en la inclusión financiera sería un elemento clave"[18].

Algunos autores han puesto de manifiesto cómo las CBDC, si bien pueden mejorar la inclusión financiera, también pueden incrementar la vulnerabilidad de quienes sufren exclusión debido a que normalmente son personas poco acostumbradas al uso de nuevas tecnologías y con poca experiencia financiera, lo que puede convertirlas en objetivo fácil de actuaciones delictivas (phishing, robo de cuentas, etc)[19].

Dada la naturaleza de este trabajo, que no pretende describir una a una las iniciativas existentes, entre otros motivos porque la información al respecto dista de ser suficiente, me centraré en las siguientes líneas en el proyecto de dólar digital[20]. La Reserva Federal de Estados Unidos, en un documento de enero de 2022 titulado *Money and Payments: the US Dollar in the Age of Digital Transformation*, inicia el proceso de discusión pública sobre las CBDC[21]. Y con el

[18] *Op. cit.,* pág.49.

[19] D. Arner, R. Aurer y J. Frost *Stablecoins: risks, potential and regulation*, en *Financial Stability Review*, n. 39, 2020.

[20] The Digital Dollar Project Exploring a US CBDC. http://digitaldollarproject.org/wp-content/uploads/2021/05/Digital-Dollar-Project-Whitepaper_vF_7_13_20.pdf.

[21] "The paper has been designed to foster a broad and transparent public dialogue about CBDCs in general, and about the potential benefits and risks of a U.S. CBDC. The paper is not intended to advance any specific policy outcome, nor is it intended to signal that the Federal Reserve will make any imminent decisions about the appropriateness of issuing a U.S. CBDC".

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

fin de establecer un punto de partida fiable para la conversación con los distintos stakeholders, define las monedas digitales de los bancos centrales como: "digital liability of a central bank that is widely available to the general public. In this respect, it is analogous to a digital form of paper money". Como vemos, una definición más sencilla que las que se han incluido en el segundo apartado de este trabajo, y que enfatiza la disponibilidad de las CBDC para el público en general. No debe extrañar, por tanto, que se incluya en el texto una referencia a la promoción de la inclusión financiera como una de las prioridades de la Reserva Federal, en especial respecto de los hogares y comunidades en situación de vulnerabilidad.

El documento señala que las transacciones electrónicas del sector privado facilitan el acceso a los pagos digitales y señala otras bondades como la referida al pago rápido y eficaz de impuestos, salarios, reembolsos de impuestos y otros pagos federales. Además, facilitan el ahorro seguro y el acceso al crédito. No obstante, no han conseguido eliminar la exclusión financiera que lastra las posibilidades y el bienestar de los hogares de rentas más bajas, cuestión en la que las CBDC comienza a emerger como una solución para reducir las barreras comunes a la inclusión financiera y para reducir los costos de transacción. La Reserva Federal se suma a esta corriente afirmando que sería útil realizar más estudios para evaluar el potencial de CBDC con el fin de expandir la inclusión financiera dirigiendo los principales esfuerzos a los hogares desatendidos y de bajos ingresos.

En Estados Unidos se ha creado incluso un ente cuya finalidad exclusiva es el fomento de la investigación y el debate público sobre las posibles ventajas y desafíos de una Moneda Digital del Banco Central de EE. UU. En un documento elaborado en su seno – The Digital Dollar Project Exploring a US CBDC – se incluye un apartado titulado "Acces and Inclusion", en el que se alude a cómo una de las áreas más prometedoras en relación con el euro digital es precisamente la de la expansión de la inclusión financiera hacia el enorme porcentaje de población (aproximadamente 14 millones de personas) "no bancarizada"[22].

[22] ACCESS AND INCLUSION One area of promise with respect to a US digital dollar is in expanding financial access and inclusion for unbanked populations. A 2017 FDIC surveya found that roughly 14 million American adults lack a bank ac-

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

Como es sabido, también en el ámbito de la Unión Europea se trabaja en una proyecto de euro digital.

Lo cierto es que, principalmente en economías emergentes, pero también en los países más desarrollados, que como acaba de verse no son una excepción en materia de exclusión financiera: "hay opciones de diseño de CBDC que podrían abordar algunas de las barreras que frenan la inclusión financiera. Por ejemplo, interfaces diseñadas específicamente para los grupos más desatendidos (tarjetas inteligentes, funcionalidad offline), o mediante la interoperabilidad doméstica y transfronteriza con otros medios de pago (aumentando así las opciones de pago y reduciendo costes para usuarios)"[23]. A mi juicio, debería explorarse de manera adecuada la viabilidad y aplicabilidad de todas estas opciones, y destinarse mayores recursos a la búsqueda de soluciones técnicas apropiadas para que las CBDC no sólo no generen exclusión, sino que permitan avanzar en inclusión financiera.

count—a figure that became all the more important during the COVID-19 pandemic when the US government struggled to distribute emergency relief funds to many of these individuals. The Project believes that lower system costs and digital wallets tied to the custody of tokenized digital dollars may hold advantages over traditional bank accounts in terms of expanding access to underserved populations. Given the limited but critical functional scope of a digital wallet in focusing on custody, it is possible that the costs associated with providing individuals with wallet services might be lower than the costs of hosting a traditional bank account, particularly given the range of programs and government benefits that can be distributed utilizing wallet services. This would also allow private sector providers to expand coverage of such services to un-or-underbanked population that have access to mobile devices. In order for this to be true, however, the digital wallet will need to prove to be less expensive to offer from a technology, regulatory, and administrative perspective. This hypothesis can be tested in real-world pilot scenarios. In situations where private sector solutions are not viable, policy solutions could be developed around public wallet government programs or services that fill remaining gaps in coverage. Assuming the technological efficiency and potentially reduced regulatory costs associated with offering a digital wallet, one can imagine smart phones and devices preloaded with such a solution, or a minimum, the application programming interfaces (APIs) to allow for mobile applications to function. The wallet could be readily registered through a regulated hosting intermediaryb performing requisite Know Your Customer/Anti-Money Laundering (KYC/AML) checks.

[23] R. Ferrer *Bancos centrales y monedas digitales: una mirada al futuro del efectivo*. https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/mercados-financieros/bancos-centrales-y-monedas-digitales-mirada-al-futuro-

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

4. *Los sistemas tributarios ante las CBDC: instrumentos para frenar la exclusión financiera e instrumentos de incentivo de la inclusión*

Encontrar ejemplos de medidas tributarias que tengan como objetivo frenar la exclusión financiera o incentivar la inclusión es tarea complicada. En relación con esta cuestión nos movemos en el ámbito de las propuestas más que en el de las decisiones hechas realidad, y probablemente no sea la fiscalidad el ámbito de actuación más adecuado en relación con este tema. La lucha contra la exclusión financiera exige, tal como se ha reivindicado, "desarrollos normativos que por un lado secunden y respalden la construcción, por parte de la ciudadanía autoorganizada, de un sector bancario social, ético, alternativo y democrático, y por otro, la formulación inmediata de un plan integrado de reconstrucción de un polo de Banca Pública"[24]. Esta idea

[24] Plataforma por una Banca Pública, en un Comunicado de septiembre de 2021. Entre dichos desarrollos normativos podemos incluir, como ejemplo, la aprobación del Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera. En esta norma, tal como se regula en su artículo 2, se prevé la gratuidad de las denominadas cuentas de pago básicas:

"Artículo 2. Gratuidad de la cuenta de pago básica.

1. La entidad de crédito no podrá exigir la comisión establecida en el artículo 4.2 de la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, por la prestación de los servicios señalados en dicho apartado y con los límites previstos en dicho artículo 4, cuando todos los titulares y autorizados de una cuenta de pago básica se encuentren en la situación especial de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera señalada en el artículo 3 y así se haya reconocido de conformidad con lo previsto en este real decreto.

2. El cliente podrá solicitar a la entidad de crédito el reconocimiento del derecho al que se refiere el apartado anterior una vez esté incurso en la situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera. Los efectos de dicho reconocimiento se producirán a partir de la fecha de solicitud del cliente a la entidad de crédito".

Para la determinación concreta del colectivo de los beneficiarios de las cuentas de pago básicas, se opta por dos indicadores de riqueza: "En primer lugar, se emplea el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) referido a la unidad familiar, de manera que un nivel de renta inferior al umbral determina la gratuidad de la cuenta de pago básica para los miembros de la unidad familiar mayores de edad o menores de edad emancipados legalmente. La elección de la unidad familiar como referencia para computar la renta es fundamental para asegurar que la gratuidad se aplica de forma coherente con el principio de capacidad de pago, sin perjuicio de que la solicitud de gratuidad de la cuenta de pago básica sea un derecho que debe ser

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

nos conduce a la necesidad de contar con un tratamiento adecuado de los modelos financieros pertenecientes al sector de la economía social, reivindicación en cuya justificación se ha trabajado por un sector doctrinal al que me adscribo[25].

En el libro *Del Oro al Bitcoin* se explica de forma bastante ilustrativa que no siempre fue fácil decidir qué iba a utilizarse como dinero. Como nos recuerda su autor: "Puede que las conchas fueran perfectas para el comercio a miles de kilómetros del océano, pero para otros abundaban en la orilla del mar y, por tanto, no eran una herramienta para preservar valor entre generaciones y continentes. Las herramientas de hierro eran muy valiosas para la caza y como armamento, y podían conservar valor durante siglos, aunque no eran necesariamente el mejor medio circulante, porque a diferencia de las conchas, no eran fácilmente transportables y divisibles. Los metales preciosos funcionaban bien en ambos casos, y poco a poco fueron convirtiéndose en la mejor forma de dinero de aceptación generalizada"[26]. Probablemente estemos viviendo un momento de transición entre dos medios de dinero, y es también posible que el ruido mediático que generan las criptomonedas nos esté impidiendo abordar cuestiones más importantes con la calma necesaria. Una de ellas, a mi juicio, es la de analizar las posibilidades y debilidades que las monedas digitales, especialmente las respaldadas por bancos centrales, provocan en la lucha contra la exclusión social. Y no me refiero tanto al cambio del dinero físico al que viaja en soporte electrónico, fenómeno que comenzó a instaurarse hace ya mucho, sino al papel de la intermediación bancaria en el uso del dinero. Es decir, a la posibilidad de que monedas respaldadas directamente por entidades dependientes de los estados eliminen las barreras con las que se encuentran ac-

ejercitado individualmente.

En segundo lugar, se tiene en cuenta también el patrimonio distinto de la vivienda habitual o los derechos reales sobre la misma, de modo que no se considerará que concurre situación de especial vulnerabilidad cuando alguno de los miembros de la unidad familiar es titular de sociedades mercantiles, bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos".

[25] Véase como ejemplo la obra: Aa.Vv. *Entidades con valor social: nuevas perspectivas tributarias,* Ministerio de Hacienda, 2017.

[26] N. Bathia, *Del oro al Bitcoin: Cómo y por qué las criptomonedas harán desaparecer los sistemas monetarios tradicionales,* Deusto, 2022.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

tualmente muchos colectivos a los que el sistema bancario tradicional ha prestado poca atención.

Obviamente, la que constituye una de las características principales de este tipo de moneda (la digitalización), puede suponer a su vez el principal problema para su consideración como un método favorecedor de la inclusión financiera. La denominada "brecha digital" condiciona aún en exceso sus posibilidades de éxito en la lucha contra la exclusión: son precisamente quienes más la sufren quienes pueden tener más dificultades en el uso de la tecnología. En unos casos, por ausencia de formación, ya sea como consecuencia de la edad o por ausencia de medios económicos suficientes. En otros, por las deficiencias en infraestructuras que condenan a muchos territorios al aislamiento, además de a la despoblación. Y ambas situaciones se dan tanto dentro como fuera de nuestras fronteras.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que los sistemas tributarios, para que puedan cumplir con la función que les es propia, deben estar en constante evolución. De lo contrario, devienen en meras compilaciones normativas carentes de eficacia. Y es que, en efecto, aparecen nuevas instituciones, surgen fenómenos difíciles de encajar en las reglas impositivas. Y pese a los esfuerzos realizados, un claro ejemplo de ello es todo lo relacionado con la digitalización de la sociedad y de la economía y la obsolescencia de las medidas tributarias que les afectan. El mismo argumento es válido si hablamos de gasto público: es necesario llevar a cabo una reflexión profunda sobre el destino del mismo, ya que probablemente siga prestándose excesiva atención a necesidades que, con mejores infraestructuras digitales, requerirían un esfuerzo económico mucho menor. Mientras, no se garantizan recursos suficientes a la efectividad de derechos trascendentales, y entre ellos cabe incluir al acceso a servicios financieros en condiciones dignas.

Obviamente, y pese a que en demasiadas ocasiones se vincule la atención adecuada a situaciones importantes con la previsión de beneficios fiscales, el sistema tributario no debe convertirse en ámbito de regateo inconsciente: son muchas las necesidades a las que es preciso hacer frente y un uso abusivo de exenciones y deducciones fiscales ayuda en poco a garantizar su cobertura. Por tanto, no creo que resulte procedente reivindicar un tratamiento fiscal singular para el uso de las CBDC. Sin embargo, sí entiendo necesario incidir en su potencial

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

como instrumento de lucha contra la exclusión, y sobre todo creo que cualquier decisión debe tener cuenta que el fenómeno analizado es plurifacético y debe ser abordado con mesura y conocimiento tanto de sus bondades como de los efectos adversos que puede provocar y que han sido puestos de manifiesto por un amplio sector doctrinal.

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Indice

Introduzione 5

Introduction 7

Sezione Prima
Primera Sección

Capitolo I
Monete virtuali: tassonomia e inquadramento giuridico
Gennaro Rotondo e Emanuele Coraggio

1. Premessa. Inquadramento ermeneutico delle monete virtuali e impatto dell'innovazione tecnologica 11
2. Caratteristiche generali e struttura delle valute virtuali (private) 15
3. Tassonomia essenziale del fenomeno delle criptomonete 17
4. Della (eventuale) natura monetaria delle valute virtuali private 19
   4.1. Qualificazione giuridica delle criptovalute al di fuori della nozione tradizionale di moneta 23
   4.2. Natura giuridica e disciplina applicabile alle valute virtuali private: un possibile percorso ermeneutico 25
5. Le monete virtuali di matrice "pubblica": l'introduzione nel sistema delle valute digitali delle banche centrali 30
   5.1. Vantaggi e criticità delle valute digitali delle banche centrali 33
   5.2. Il contesto europeo: il progetto di Euro digitale 35

Capitolo II
Imposizione diretta
Angelo Contrino

1. Un'introduzione: le origini delle criptovalute 39
2. Il quadro regolamentare europeo e nazionale 50

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

3. L'imposizione diretta delle persone fisiche non esercenti attività d'impresa 60
4. L'imposizione diretta dei soggetti esercenti attività d'impresa 78
5. Il monitoraggio fiscale delle criptovalute 86

Capitolo III
Imposizione indiretta
Laura Letizia

1. Premessa: la visione europea sull'intervento dell'imposta sul valore aggiunto rispetto alle operazioni effettuate con monete virtuali 93
   1.1. I *working papers dell'EU's VAT Comitee* 102
   1.2. Le interpretazioni dell'amministrazione finanziaria 106
2. La non applicazione dell'imposta sul valore delle attività finanziarie all'estero 111
3. Le difficoltà relative all'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni rispetto alla trasmissione di patrimoni contenenti criptovalute (detenute o meno direttamente) 114
   3.1. La base imponibile e il "valore venale in commercio" 118
   3.2. La previa detenzione "diretta" da parte del de cuius di monete virtuali 120
   3.3. Problematiche riguardanti la territorialità 120
4. Considerazioni conclusive 122

Capitolo IV
Il monitoraggio fiscale:
i tentativi qualificatori dell'Amministrazione finanziaria
Loredana Strianese e Ottavio Nocerino

1. Qualche premessa 125
2. I possibili inquadramenti giuridici dei crypto-assets come beni giuridici 138
   2.1. I conseguenti profili fiscali 144
3. La fiscalità criptovalutaria. Le soluzioni prospettate dalla prassi amministrativa in materia di imposizione diretta ed indiretta 146
4. Profili problematici della soluzione amministrativa 149
5. Criptovalute e monitoraggio fiscale 152
6. Profili problematici delle soluzioni prospettate dalla prassi 155
7. Un possibile criterio di localizzazione degli investimenti in criptovalute 158
8. Il disegno di legge sulla disciplina fiscale delle criptovalute 159
9. Conclusioni 162

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Capitolo V
L'incerta qualificazione giuridica e fiscale delle valute virtuali nella prospettiva del diritto penale e penale tributario
Francesca Fassò

1. Premessa 163
2. Considerazioni preliminari sulla controversa natura giuridica delle *cryptocurrencies* 167
3. I profili di rilevanza penale e penal-tributaria delle *cryptocurrencies* alla luce della "disciplina" fiscale italiana e della giurisprudenza di legittimità 171
   3.1. La configurabilità di fenomeni di evasione e frode alla luce della qualificazione fiscale delle criptovalute 173
   3.2. L'impiego illecito delle criptovalute e il contrasto al *cyberlaundering*: riciclaggio, autoriciclaggio e abusivismo finanziario 179
   3.3. La conversione del profitto del reato in criptovaluta e la possibile (in)operabilità delle misure cautelari a tutela del credito erariale 188
4. Il contrasto all'impiego illecito delle cryptocurrencies nell'ordinamento italiano e le iniziative proposte nel contesto internazionale 190
5. Osservazioni conclusive 197

Sezione Seconda
Sección Segunda

Capitulo Vi
Naturaleza jurídica de las criptomonedas
Juan Jesús Martos García

1. Introducción 201
2. Tecnología de Registro distribuido y blockchain 202
3. Naturaleza de la primera generación de criptomonedas 214
   3.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Divisa utilizada como medio de pago contractual 216
   3.2. Dirección General de Tributos 222
   3.3. Tribunal Supremo Español: Activo patrimonial inmaterial 226
   3.4. Naturaleza prevalente 229
4. Naturaleza de las criptomonedas con respaldo: stablecoins 234
   4.1. Tokens o fichas de dinero electrónico 235
   4.2. Tokens o fichas referenciadas a activos 237

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

5. Conclusiones 239

Capítulo VII
Imposición Directa
Manuel José Castro De Luna

1. Introducción 241
2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas 246
2.1. Minado 246
2.2. Transmisión de criptomonedas en el seno de una actividad profesional realizada por profesionales personas físicas o exchangers 249
2.3. Cesión de depósitos de criptomonedas 250
2.4. Transmisión de criptomonedas por persona física realizada al margen de una actividad profesional o empresarial (como inversor) 252
2.5. Adquisición de monedas virtuales por la participación en acciones comerciales de un proveedor. Recompensas, faucets o grifos 257
2.6. Impuesto de salida o exit tax 257
3. Impuesto sobre la Renta de los No Residentes. Situación bitcoin en territorio español 258
4. Impuesto sobre Sociedades 259
5. Impuesto sobre el Patrimonio 262
6. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones 264
7. Impuesto sobre Actividades Económicas 265

Capítulo VIII
Imposición indirecta
Antonio José Ramos Herrera

1. Cuestiones preliminares 269
2. La imposición indirecta de las monedas virtuales 274
2.1. La imposición indirecta en la actividad de minado de monedas virtuales 274
2.2. La imposición indirecta en las operaciones de cambio de divisas de curso legal por monedas virtuales o viceversa 277
2.3. La imposición indirecta en la adquisición de bienes o servicios a cambio de monedas virtuales 282
2.4. La imposición indirecta en los tokens de utilidad y en determinados servicios prestados sobre las monedas virtuales 284
3. Consideraciones finales 288

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Capítulo IX
Las obligaciones informativas de las criptomonedas y demás criptoactivos
María García Caracuel

1. Introducción 293
2. Obligaciones de información en el ordenamiento tributario español 297
   2.1. Las obligaciones de información de los operadores económicos 298
   2.2. La obligación de informar de los titulares de monedas virtuales 305
      2.2.1. Desarrollo reglamentario 307
      2.2.2. El régimen sancionador tras la STJUE de 27 de enero de 2022 312
3. Otras medidas de control e información desde instituciones internacionales 315
   3.1. Iniciativas desde la OCDE 317
   3.2. Registro de personas que ofrezcan o provean servicios de intercambio de moneda virtual o de custodia de monederos electrónicos 320
   3.3. La DAC8 322
4. Conclusiones 327

Capítulo X
Riesgo de blanqueo de capitales mediante criptomonedas. Blockchain como evidencia probatoria en la lucha contra el crimen
Jaime Criado Enguix

1. Blockchain y criptomonedas: un paradigma disruptivo en el ámbito penal, procesal y financiero 329
2. Blockchain y criptomonedas: la necesidad de una regulación urgente 333
   2.1. Blockchain como tecnología de soporte de las criptomonedas 333
   2.2. La urgencia de una regulación adecuada 337
   2.3. Las criptomonedas: concepto, naturaleza y tipologías 340
3. Blockchain, criptomonedas y su relación con el crimen organizado 345
   3.1. Factores criminógenos de la tecnología blockchain y las criptomonedas 347
   3.2. Primera respuesta normativa 350

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

3.3. Las criptomonedas como oportunidad para el crimen organizado 352
4. El delito de blanqueo de capitales mediante criptomonedas 354
4.1. Criptoblanqueo mediante las famosas ICOs 356
4.2. Adquisición de criptomonedas 358
4.3. Monero: una criptomoneda idónea para lavado de activos 359
5. La "quinta directiva" y su transposición al ordenamiento español 361
6. Alternativas y propuestas para prevenir el uso delictivo de las criptomonedas 367
6.1. Blockchain como evidencia probatoria contra el crimen organizado 367
6.2. La tipificación del uso de monedas virtuales para lavado de activos 373
6.3. La "mano invisible" 375
6.4. La aplicación efectiva y sin reservas de las vigentes normativas antiblanqueo 376
6.5. Un enfoque regulatorio adaptado a los parámetros de anonimato y confidencialidad de las criptomonedas 377
7. Conclusiones 380

Capítulo XI
Monedas virtuales respaldadas por bancos centrales y exclusión financiera: ¿deben formar parte del debate los sistemas tributarios?
Yolanda García Calvente

1. Introducción 383
2. Exclusión financiera y sistema tributario 385
3. Las monedas virtuales respaldadas por bancos centrales (CBDC) 388
4. Los sistemas tributarios ante las CBDC: instrumentos para frenar la exclusión financiera e instrumentos de incentivo de la inclusión 395

ISBN 978-88-495-5099-3 © Edizioni Scientifiche Italiane

Nella stessa collana:

Atti e Convegni

1. *Il commercio mondiale e l'Unione Europea*, a cura di I. Caracciolo e C. Forte, 2002.
2. *Il commercio estero dei prodotti agroalimentari della Campania*, a cura di G. Marotta, 2003.
3. *Superare il muro. Contributi per un'analisi del conflitto nel Sahara occidentale*, 2008.
4. *Migrazione, formazione ed integrazione*, Atti del convegno, a cura di I. Caracciolo e M.C. Ciciriello, 2006.
5. Autori Vari, *First Joint meeting of the Societé Francophone de Classification and the Classification and Data Analysis Group of the Italian Statistical Society*, 2008.
6. *Vate ghibellino. Scritti in memoria di Bruno Iorio*, a cura di A. Rufino e A. Zotti, 2008.
7. Autori Vari, Justice Cooperation Peace. *La cooperazione di giustizia per lo sviluppo e la pace nel Mediterraneo*, Atti del Simposio scientifico internazionale, 2 voll., 2010.

Quaderni

1. Salvatore Aceto di Capriglia, *Ingiustiziadeldannoeinteressiprotetti. Un confronto tra modelli*, 2003.
2. Giovanna Petrillo, *L'ammissibilità de la «transacciòn tributaria» nell'esperienza spagnola. Riflessioni a margine dell'inquadramento sistematico di alcuni specifici modelli di «fisco negoziato». Spunti per una analisi comparativistica*, 2002.
3. Adele Pastena, *La tutela della concorrenza negli Usa e nell'Unione Europea*, 2003.
4. Valentina M. Donini, *Diritto del commercio internazionale nell'area euro-mediterranea tra diritto islamico e* lex mercatoria, 2007.
5. Gabriella Mazzei, *Economia di mercato e diritti soggettivi nella evoluzione del diritto antitrust*, 2004.
6. Domenico Santonastaso, *La dinamica fenomenologica della democrazia comunitaria. Il deficit democratico delle istituzioni e della normazione della UE*, 2004.
7. Maria Feola, *Il danno da perdita di* chances, 2004.

8. Domenico Giovanni Ruggiero, *Gli accordi prematrimoniali*, 2005.
9. Lucia Di Costanzo, *La pubblicità immobiliare nei sistemi di common law*, 2005.
10. Antonio Sciaudone, *L'impresa agricola. Profili di qualificazione*, 2005.
11. Tommaso Ventre, *La fiscalità locale dopo la riforma costituzionale. Profili ricostruttivi*, 2005.
12. Laura Letizia, *Il processo di armonizzazione fiscale negli ordinamenti nazionali: il caso delle tasse di concessione governativa*, 2005.
13. Laura Letizia, *Il bilancio comunitario: ruolo e funzioni nella politica economico-finanziaria dell'Unione europea*, 2005.
14. Giovanna Petrillo, *Profili sistematici della conciliazione giudiziale tributaria*, 2005.
15. Riccardo Vuosi, *Frode fiscale falso in bilancio*, 2006.
16. Emma A. Imparato, *La tutela della costa. Ordinamenti giuridici in Italia e in Francia*, 2006.
17. Silvia Angioi, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell'Unione europea*, 2006.
18. Maria Assunta Icolari, *La rappesentazione e la mediazione degli interessi nell'ordinamento tributario italiano*, 2007.
19. Aldo Amirante, *Occupazione bellica. Quale ruolo per un istituto di diritto internazionale classico nel diritto internazionale moderno*, 2007.
20. María Magdalena Martínez Almira, *Derecho procesal malikí hispanoárabe*, 2006.
21. Francesco Mennillo, *Rilevanza giuridica dell'amore coniugale nel matrimonio canonico*, 2006.
22. Clara Mariconda, *ADR tra mediazione e diritti. Profili comparatistici*, 2008.
23. Vincenzo Pepe (a cura di), *Diritto comparato dell'energia. Esperienze europee*, traduzione, adattamento e note dal francese a cura di Carmen Saggiomo, 2008.
24. Andrea Lepore, *Responsabilità civile e tutela della «persona-atleta»*, 2009.
25. Andrea Russo, *Il fenomeno associativo nel diritto italiano e comparato*, 2010.
26. Giovanni Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2010.
27. Raffaele Aveta, *Diritto diseguale e prassi multiculturale. Analisi comparativa in tema di discriminazione ed etnicizzazione*, 2010.
28. Andrea Micocci, *Moderatismo e rivoluzione*, 2011.
29. Maddalena Zinzi, La Charte de l'Environnement *francese tra principi e valori costituzionali*. Profili di diritto comparato, 2011.

30. Vincenzo Pepe e Luigi Colella (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, traduzione, adattamento e note dal francese a cura di Carmen Saggiomo, 2011.
31. Tommaso Maglione e Giovanna Petrillo (a cura di), *La riscossione delle prestazioni imposte. Criticità e profili evolutivi*, 2011.
32. Leandro Limoccia, *Cittadinanza digitale e legalità in Terra di Lavoro*, 2012.
33. Gian Maria Piccinelli, Gabriella MazzeieAntonioTisci(acura di), *Digital Properties and Digital Consumers. Nuovi diritti e nuove tutele*, 2011.
34. Gabriella Mazzei, *Interessi proprietari e pubblico dominio della conoscenza nella tutela giuridica dell'innovazione estetica*, 2011.
35. Giovanni Perlingieri, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, 2012.
36. Tommaso Ventre, *I principi fondamentali e le dinamiche della tassazione ambientale*, 2012.
37. Gennaro Rotondo, *Le partecipazioni nelle banche*, 2012.
38. Silvia Angioi, *La tutela dei diritti umani*, 2012.
39. Angelo Zotti, *Il soggetto multiplo. Individui e modello*, 2012.
40. Leandro Limoccia, *Diritto penitenziario e dignità umana*, 2012.
41. Alessandro Arienzo e Diego Lazzarich (a cura di), *Vuoti e scarti di democrazia*, 2012.
42. Grazia Monia Buta, *Tutela dell'istanza partecipativa del socio e controllo nelle s.r.l. riformate*, 2012.
43. Gabriella Mazzei, *La comunicazione al pubblico dell'opera dell'ingegno nell'era digitale*, 2012.
44. Andrea Borroni, *La protezione delle tipicità agroalimentari*, 2012.
45. GianPaolo Ferraioli, *L'Italia e l'ascesa degli Stati Uniti al rango di potenza mondiale (1896-1909)*, 2013.
46. Lucio Cercone, *La tassazione comunitaria delle società transfrontaliere*, 2013.
47. Achille Flora (a cura di), *Sviluppo, ambiente e territorio*, 2014.
48. Gabriella Mazzei e Julián Espartero Casado (a cura di), *Problematiche giuridiche e ruolo sociale dello sport. Problemática jurídica y papel social del deporte*, 2014.
49. Vincenzo Pepe, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, 2015.
50. Edaich Said, *Shari'ah financial law in the global perspective*, 2016.
51. Norma Cardullo, *L'occupazione acquisitiva: origine ed evoluzione dell'istituto nella giurisprudenza delle giurisdizioni superiori*, 2016.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5099-3

52. Leandro Limoccia, *Criminalità economica e casi studio*, 2017.
53. Giovanni Perlingieri e Alessia Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, 2 tomi, 2017.
54. GianPaolo Ferraioli, *L'Italia e la «Dollar Diplomacy». Percezioni della politica estera americana durante la presidenza di William H. Taft (1909 – 1913)*, 2018.
55. Andrea Russo, *L'Europa e le responsabilità ambientale*, 2018.
56. Gennaro Rotondo, *La cooperazione di credito tra crisi e mutualità. Un modello «alternativo» per l'impresa bancaria*, 2018.
57. GianPaolo Ferraioli, *L'Italia e gli albori del «secolo americano». Relazioni politiche e commerciali transatlantiche prima della Grande Guerra*, 2019.
58. Domenico Sarno (a cura di), *Institutional Failure and Financial Constraints on Firm Growth in Backward Ares of Developed Countries. The case of Italian Mezzogiorno,* 2019.
59. Domenico Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'india contemporanea,* 2019.
60. Raffaello Santagata de Castro, *Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente»*. Nozione, giustificazione, prove, 2019.
61. Ruggiero Domenico Giovanni, *Destinazione culturale e proprietà dei beni*, 2019
62. Vincenzo Pepe, *Giambattista Vico e la comparazione giuridica,* 2019.
63. Andrea Borroni, *Legal Perspective on blockchain,* 2019.
64. Carmine Petteruti, *Diritto dell'ambiente e dell'energia Profili di comparazione,* 2020.
65. Floriana Santagata, *La capacità contributiva nei paesi euro-mediterranei,* 2020
66. Gennaro Rotondo e Aldo Amirante (a cura di), *Strutture sociali e governo del cambiamento nel contesto post-pandemico,* 2022
67. Mauro Pinto e Domenico Sarno, *Il principio dell'*activation *e le politiche del lavoro: origini e recenti sviluppi nei paesi europei e in Italia*, 2022
68. Luigi Colella, *Diritto dell'ambiente e fattore religioso nella comparazione giuridica*, 2022
69. *La tassazione delle criptovatute in Italia e Spagna. la tributacion de las criptomonedas en Italia y Espana*, a cura di L. Letizia e J.J. Martos Garcia.

Lingua e letteratura

1. André Gide, *Il Trattato del Narciso. Teoria del simbolo*, a cura di Carmen Saggiomo, 2005.

Triperuno. Diritto Società Critica

1. Teubner Gunther, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, 2019.
2. Femia Pasquale, *Autonomia Frammento 2016*, 2021.

LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2022
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane – via Chiatamone, 7 – 80121 Napoli
Tel. 0817645443 – Fax 0817646477
Internet: www.edizioniesi.it