

# Desafíos jurídicos que implica el pacto de criptomonedas como medio de pago en la celebración de un contrato de compraventa civil. Una mirada desde el neoinstitucionalismo<sup>1</sup>

SOFÍA NARANJO VALENCIA<sup>2</sup>

## RESUMEN

Con el paso del tiempo, la intención del hombre de simplificar cada aspecto de su vida diaria lo ha llevado a crear innovaciones tecnológicas sorprendentes. Como resultado de esto y de los avances tecnológicos, el mundo presenció la creación de las criptomonedas que, como unidades digitales o representaciones digitales de valor, han sido ampliamente aceptadas por las personas alrededor del mundo.

En Colombia, entidades como el Banco de la República y la Superintendencia Financiera han adoptado una postura reservada frente a este fenómeno que cada día va en crecimiento. Sin embargo, al no estar prohibidas, estas han sido reconocidas por diferentes comunidades virtuales en este país, y llegará el momento en que los usuarios de estas monedas virtuales decidan celebrar contratos, pactando estas como pago.

- 1 Esta versión está adaptada y actualizada al formato de la revista. Versión actualizada del artículo ganador del Concurso Junio José Ignacio de Márquez en Derecho económico 2018 – Armenia. Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2018. Para citar el artículo: NARANJO VALENCIA, S. (2018). Desafíos jurídicos que implica el pacto de criptomonedas como medio de pago en la celebración de un contrato de compraventa civil. Una mirada desde el neoinstitucionalismo, en *Revista Con-Texto*, n.º 50, pp. 99-114. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n50.07>
- 2 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia de Armenia y ganadora del Concurso Junio José Ignacio de Márquez en Derecho económico 2018 – Armenia. Correo-e: sofianaranjovalencia97@gmail.com

Por lo tanto, el objeto del presente artículo se enfoca en determinar los desafíos jurídicos que se originan a partir de un contrato de compraventa civil entre dos o más usuarios de criptomonedas, acordando estas como medio de pago. Así, para el desarrollo del mencionado objeto, se deberá estudiar cómo funcionan las criptomonedas, los elementos y requisitos de existencia y validez del contrato de compraventa civil, y las posiciones adoptadas por el Banco de la República como autoridad monetaria y la Superintendencia Financiera como autoridad financiera, a la luz del neoinstitucionalismo como Análisis Económico del Derecho con la Teoría Económica del Derecho de los Contratos, expuesta por Robert Cooter y Thomas Ulen.

**Palabras clave:** Criptomonedas, Contrato de Compraventa, Pago, Neoinstitucionalismo, Costos de transacción, Contrato imperfecto, Regulación.

#### LEGAL CHALLENGES OF CRYPTOCURRENCIES AS MEANS OF PAYMENT IN CONTRACTS OF SALE IN CIVIL LAW. A NEO-INSTITUTIONALIST PERSPECTIVE

##### ABSTRACT

With the passage of time, the intention of man to simplify every aspect of his daily life has led him to create amazing technological innovations. As a result of this, and technological advances, the world witnessed the creation of cryptocurrencies that, as digital units or digital representations of value, have become widely accepted by people around the world.

In Colombia, entities such as Banco de la República and Superintendencia Financiera have adopted a reserved position in the face of this phenomenon that is growing every day. However, as they are not prohibited, they have been recognized by different virtual communities in this country, and the time will come when the users of these virtual currencies will decide to sign contracts, agreeing to these as payment.

Therefore, the purpose of this article is to determine the legal challenges that arise from a civil contract between two or more users of cryptocurrencies, agreeing these as means of payment. Thus, for the development of the mentioned purpose, it will be necessary to study how cryptocurrencies work, the elements and requirements of existence and validity of the civil sale contract, and the stance adopted by the Banco de la República as monetary authority and the Financial Superintendency as financial authority, this in the light of new institutionalism in Law & Economics with the Economic Theory of Contract Law, exposed by Robert Cooter and Thomas Ulen.

**Keywords:** Cryptocurrencies; Sales Contract; Payment; New Institutionalism; Transaction Costs; Real Contracts; Regulation.

## INTRODUCCIÓN

Las personas, a través de la historia, siempre han estado en una búsqueda continua de medios para satisfacer sus necesidades, y es por esta razón que la sociedad se encuentra en constante cambio. En este sentido, a partir del nacimiento de la Internet y junto con los avances tecnológicos que surgen con el paso de los años, las personas han creado alternativas a los medios convencionales o tradicionales de hacer negocios y de intercambiar bienes o servicios, en principio, con el objetivo de simplificar o hacer más sencillas las actividades de su día a día, y que además les reporte un beneficio.

Gracias a los avances en una era tecnológica como la nuestra, hoy hallamos nuevas formas de métodos de pago, de realizar transferencias de dinero, e incluso una comunidad virtual específica es capaz de brindarle un valor similar al del dinero a objetos inmateriales. Tal es el caso de las criptomonedas, ya que estas surgen como una alternativa a las formas de pago convencionales, con el fin de hacer menos costosas las transacciones y de simplificar la transferencia de dinero de un usuario a otro, en cualquier momento y en cualquier lugar gracias a su carácter global.

Las criptomonedas son unidades digitales a las cuales los usuarios que hacen parte de una comunidad virtual les confieren un valor similar a como ocurre con el dinero. El valor de estas monedas virtuales se debe a la confianza que los miembros de dicha comunidad les atribuyen, y que permite que estas sean utilizadas como medio de pago, depósito de valor o unidad de cuenta.

La primera vez que el mundo escuchó hablar de criptomonedas, específicamente de aquellas conocidas como Bitcoin, fue en el 2009, gracias a un desarrollador bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto, del cual no se tiene certeza sobre su identidad ni de si este se encuentra conformado por una o más personas. Estas surgieron como un sistema de pagos electrónicos que permite que dos usuarios realicen de manera directa una transacción sin la intervención de un tercero.

Por más innovador que esto suene, no es del todo perfecto, especialmente si en un Estado como Colombia no están reguladas, generando conflictos jurídicos a partir de los desafíos que se puedan derivar de la celebración de contratos entre dos usuarios de criptomonedas, pactando como medio de pago este tipo de monedas.

Este trabajo se encarga entonces de estudiar los desafíos que se originan en la celebración de un contrato de compraventa civil, entre dos o más usuarios de monedas virtuales, habiendo acordado como medio de pago criptomonedas; ¿será que es posible que un pago de esta forma puede hacerse efectivo de manera que extinga la obligación contenida en el contrato de compraventa?, ¿es posible que una compraventa degenerate en otro tipo de contrato a causa del acuerdo de las criptomonedas como medio de pago?

De esta manera, con el fin de estudiar los interrogantes presentados, se dedicará un acápite para hacer alusión al neoinstitucionalismo dentro del Análisis Económico del Derecho, con la teoría económica del Derecho de los contratos, al abordar el tema de los contratos perfectos. Así pues, cuando los costos de transacción son nulos en un contrato, nos referimos a un contrato perfecto; de lo contrario, si dentro de un contrato

las partes son irracionales o si los costos de transacción son positivos, se estará frente a un contrato imperfecto.

## 1. CRIPTOMONEDAS

Las monedas virtuales son una representación digital de valor que, según la Autoridad Bancaria Europea (2014) –a continuación EBA, por sus siglas en inglés–, no son emitidas por una autoridad central, como un banco, ni su valor está necesariamente vinculado con monedas o dinero fiduciario (p. 11); estas monedas adquieren su valor al ser aceptadas por los usuarios de una comunidad virtual determinada.

El Banco de la República no distingue entre las monedas virtuales y las criptomonedas, al momento de conceptualizar las primeras. Sin embargo, en un documento técnico<sup>3</sup> toman como referencia la definición que brinda el Grupo de Acción Financiera Internacional (2015) –en adelante GAFI–, el cual afirma que las monedas virtuales son unidades digitales que pueden cumplir funciones como medio de intercambio de bienes y servicios, unidad de cuenta o depósito de valor (p. 28).

Dentro de la conceptualización de las monedas virtuales, estas pueden ser de dos tipos según su sistema de funcionamiento: de sistema abierto o de sistema cerrado. Las monedas virtuales con un sistema cerrado o no convertible, se limitan a un “mundo virtual particular” (GAFI, 2015, p. 29), es decir, no tienen participación directa en la economía de un Estado, como es el caso del videojuego *World of Warcraft*. Luego, están aquellas monedas con un sistema abierto o convertible que, además de tener una interacción directa con la economía de un Estado, se caracterizan por el hecho de que son intercambiables por dinero fiduciario, como ocurre con las criptomonedas como Bitcoin.

Asimismo, dentro de las monedas virtuales con un sistema convertible, existe otra clasificación importante, que tiene en cuenta su flujo de funcionamiento. Como lo ha mencionado el Banco Central Europeo (2012), los esquemas pueden ser: 1. De flujo unidireccional, en los casos en los que una moneda virtual puede comprarse con dinero, a partir de la moneda legal de un Estado para un negocio determinado, pero dicha moneda virtual no puede volver a convertirse en dinero fiduciario, y 2. De flujo bidireccional, en el que, dentro de las actividades de intercambio de bienes y servicios en el comercio virtual, este tipo de monedas virtuales pueden ser reconvertidas en dinero fiduciario de la moneda legal de un Estado.

A su vez, las monedas virtuales convertibles se clasifican en centralizadas o descentralizadas. En aquellas monedas virtuales centralizadas, existe un tercero que actúa como autoridad con funciones de administración, es decir que “emite la moneda; establece las reglas para su uso; mantiene un travesaño central de pagos; y tiene autoridad para redimir la moneda” (GAFI, 2015, p. 29). Contrario a estas, aquellas monedas virtuales

3 Documento técnico o de trabajo. Banco de la República de Colombia. *Criptomonedas*. (2017) Redactado por los investigadores Carlos A. Arango-Arango y Joaquín F. Bernal-Ramírez. <http://www.banrep.gov.co/es/publicaciones/documento-tecnico-criptomonedas>

descentralizadas se caracterizan por no contar con una autoridad o entidad dedicada a las funciones de administración o supervisión de las transacciones; dentro de esta categorización, se encuentran las criptomonedas.

Teniendo en cuenta las clasificaciones mencionadas, podemos ubicar las criptomonedas dentro de la categoría de monedas virtuales descentralizadas con un sistema abierto o convertible de funcionamiento; y así, podemos definir las criptomonedas como una especie de monedas virtuales, cuyas actividades de emisión y transacciones, así como sus reglas de juego, no están controladas ni determinadas por una entidad central o autoridad. ¿Y cómo funcionan? Pues bien, su funcionamiento está determinado por la actividad de la criptografía, los *mineros* y la tecnología *blockchain*.

La minería, fundamental para proveer seguridad al sistema y eliminar el *double spending*<sup>4</sup>, es aquel trabajo que realizan participantes del mismo sistema para validar las transacciones a través de la tecnología *blockchain*. Al recibir información para la realización de una transacción, los mineros la validan a través de una codificación (criptografía<sup>5</sup>) para incluirla en un registro global; de allí se genera un bloque de información matemática que será incluido en una cadena de bloques o *blockchain*, que tiene como fin "llevar la historia transaccional completa del activo digital entre cuentas de distintos participantes sin la necesidad de que sea intermediada por una contraparte centralizada" (Arango Arango y Bernal Ramírez, 2017, *Aspectos tecnológicos de la emisión y registro en las CM*, párr. 2).

En otras palabras, gracias a la tecnología *blockchain*, se genera un registro público, el cual guarda información sobre las transacciones exitosas, el origen y destino de las criptomonedas, con el único detalle de que este no guarda información sobre las partes que realizan una transacción, lo que hace que estas se hagan de manera parcialmente anónima y, por lo tanto, brinden privacidad a las partes.

En el proceso son producidas dos claves o llaves relacionadas entre sí. Una de ellas es pública, la cual solo puede ser utilizada por una sola vez y sirve para "ubicar la identidad de la cuenta" (Rivas, 2016, p. 9) y la otra es privada, para acceder a la cuenta en la que se hallan almacenadas las criptomonedas. Así, "una vez el pagado utiliza la contraseña pública para solicitar los fondos, el pagador debe autorizar dicha compra al implementar su contraseña privada" (Plassaras, 2013, citado por Rivas, 2016, p. 9).

Teniendo claro cómo funcionan las criptomonedas, es importante determinar cuáles son sus características, algunas derivadas de su mismo sistema de funcionamiento. Lo primero que debe decirse es que las criptomonedas son autosostenibles, en razón a que no requieren de una autoridad central que emita las monedas ni determine su funcionamiento, sino que son los mismos usuarios del sistema quienes actúan como garantes de la seguridad de este.

4 *Double spending* o doble gasto, se refiere al uso de criptomonedas para realizar más de una transacción.

5 La criptografía es una técnica de codificación informática que, en el caso de las criptomonedas, tiene el fin de brindar seguridad a las transacciones y permitir la verificación de cualquier actividad que se realice sobre los registros de los códigos.

En segundo lugar, las caracteriza un sistema de funcionamiento que simplifica las transacciones, haciendo que estas sean más sencillas y rápidas para los usuarios, en comparación con los métodos tradicionales de pago, realizados a través de intermediarios financieros. En concordancia con esto, si alguien es usuario de algún sistema de criptomonedas tendrá la facilidad de realizar transacciones desde un dispositivo móvil a otro, en cualquier momento y en cualquier lugar del mundo, lo que nos lleva un tercer grupo de características, y es que este tipo de monedas virtuales son: portables, fáciles de transferir y operan a nivel mundial.

Si bien es cierto que existe un registro público conformado por una cadena de bloques que permite almacenar las transacciones realizadas por un usuario, especialmente para evitar el *double spending*, una cuarta característica de este tipo de monedas es que las transacciones son parcialmente anónimas, por lo que se conserva la privacidad de sus usuarios, pero que a su vez genera que las transacciones sean sumamente difíciles de trazar.

Por último, si bien es cierto que las criptomonedas pueden comprarse en las distintas plataformas existentes, estas solo pueden ser creadas, emitidas y finalmente introducidas a la economía, a través de la actividad de la minería. Los mineros encargados de validar las transacciones a través de la codificación y la tecnología *blockchain* son premiados con nuevas criptomonedas por su actividad en el sistema; es así como a su vez se promueve la seguridad del mismo, creando confianza entre los usuarios. Lo que además nos lleva a afirmar que este tipo de monedas virtuales implica facilidad para ser verificables y son a su vez difíciles de falsificar.

Gracias a las características mencionadas, las criptomonedas tienen un gran atractivo para las personas, y han logrado adquirir un papel como medio de pago en los diferentes negocios de intercambio de bienes y servicios, siendo ampliamente aceptadas por diferentes actores del mercado. Dicha aceptación masiva en el mercado provoca que las personas estén suscribiendo contratos con el objeto de hacer un intercambio de bienes y servicios, teniendo como medio de pago criptomonedas, y que a su vez las partes lo realicen fundamentadas en la autonomía de la voluntad privada.

En lo que respecta a Bitcoin, según las cifras aportadas por la revista *Dinero* (2018), en el año 2017 se presentó un gran crecimiento del intercambio de la moneda local por esta criptomoneda en: China, Nigeria, Colombia, Venezuela y Perú; siendo Colombia el país latinoamericano que mayor crecimiento presentó con aproximadamente 1.200% de crecimiento respecto del año anterior.

Pero no todo es perfecto en el mundo de las criptomonedas; para que estas tengan una función como medio de pago, se hace necesario que tengan un valor relativamente estable en su participación directa en la economía, y frente a los bienes y servicios que se intercambian en un mercado. Es allí de donde se deriva una de las dificultades con la utilización de criptomonedas en un mercado. Las criptomonedas pueden llegar a ser altamente volátiles, es decir, que pueden pasar por fuertes cambios repentinos en su valor y precio; esto, debido a que el valor de las criptomonedas depende del nivel de demanda de sus usuarios, el cual en la actualidad no es constante o es incierto.

Adicionalmente, otra dificultad del uso de criptomonedas como medio de pago en Colombia, es que estas no se encuentran reguladas, y entidades como el Banco de la República y la Superintendencia Financiera han adoptado una postura conservadora frente a estas, el cual será expuesto más adelante en este artículo. Lo anterior da paso a que se materialice con mayor facilidad el riesgo de incumplimiento de los contratos sobre los que se pacta como medio de pago las criptomonedas.

Ante la falta de regulación, los usuarios de criptomonedas, al momento de suscribir diferentes contratos que impliquen el intercambio de bienes y servicios, podrían fundamentarse en el principio de autonomía de la voluntad privada, para que este se halle cubierto de validez. Sin embargo, dicho principio no es absoluto y contiene algunos límites que vale la pena identificar, para tener en cuenta. Pero, es aquí donde surge el siguiente interrogante: ante la falta de bases legales, ¿qué desafíos jurídicos se generan a partir de la celebración de un contrato de compraventa civil en el que se pacta como medio de pago criptomonedas?

El aumento en la utilización de criptomonedas como medio de pago en el intercambio de bienes y servicios, gracias a la amplia aceptación que han tenido, nos hace reflexionar sobre la manera como el Derecho debe adaptarse a los cambios y avances tecnológicos, además que nos hace preguntarnos si el Derecho por sí solo tiene una solución a las cuestiones anteriormente presentadas, o si se hace necesaria la aplicación de otra ciencia. Dicho esto, el interrogante mencionado se estudiará a la luz del Teorema de Ronald Coase y la teoría económica del Derecho de los contratos, de Robert Cooter y Thomas Ulen.

## 2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA, ELEMENTOS Y REQUISITOS DE UN CONTRATO CIVIL

### 2.1. La autonomía de la voluntad privada y sus límites

Como se dijo en el acápite anterior, dos personas que tienen el ánimo y la voluntad de celebrar un contrato tienen la posibilidad de determinar de manera consensual las condiciones de este, fundamentados en la autonomía de la voluntad privada; entendiendo este principio como "la libre facultad y poder de los particulares para celebrar el contrato que a bien tengan y determinar su forma, contenido, efectos y duración" (Baena, 2004, p. 153).

Así, la autonomía de la voluntad privada permite que las partes contratantes tengan la posibilidad de convenir en las cláusulas, la naturaleza del contrato, y los efectos que este produce para ellas. Además, según Baena (2014), el poder público de un Estado tiene como deber hacer respetar la voluntad de los contratantes, concediéndole a esta fuerza de ley.

A nivel constitucional, no se establece de manera expresa una garantía de libertad contractual, pero según expone Palacios (1999), es posible encajar dicha libertad para contratar dentro de lo que implica el artículo 333 constitucional, referente a la "actividad económica". Conjuntamente, la razón para encuadrar la libertad contractual dentro del



mencionado artículo 333 es que “el contrato es el acto típico que realizan las personas en los mercados, esto es, en la economía” (Palacios, 1999, p. 50).

Sin embargo, este no se trata de un principio absoluto, ya que tiene ciertos límites, entre los que se encuentran: el orden público, debido a que el ejercicio de este principio “persigue no solo el interés particular sino también el interés público o bienestar común” (Corte Constitucional, C-186, 2011); la ley, ya que esta dispone los distintos requisitos, elementos y formalidades que deben componer un contrato, y debe respetarse por todos los habitantes del territorio nacional por su carácter de pública (Art. 16 del Código Civil), y la jurisprudencia.

Ahora bien, dentro de los límites a la autonomía de la voluntad privada que establece la ley encontramos que para suscribir un contrato civil existen unos elementos que caracterizan y determinan la naturaleza del contrato, además de los requisitos que implican que se pueda tener certeza sobre la existencia y validez de este. Dicho esto, es importante identificar los elementos y requisitos de existencia y validez de un contrato, de manera que a su vez se identifique alguna afectación a estos a partir del acuerdo de las criptomonedas como medio de pago.

## 2.2. Elementos y requisitos de existencia y validez de un contrato civil

Un contrato, según Gómez Estrada (2008), es aquel acuerdo de voluntades realizado por dos o más personas con el propósito de generar obligaciones para las partes. A su vez, gracias al artículo 1602 del Código Civil colombiano, el cual le da al principio *Pacta sunt servanda* el carácter de norma jurídica, el contrato es ley para las partes y las únicas razones para que este se vea invalidado es debido a causas determinadas por la ley o por la voluntad de las partes contratantes.

El mismo Código Civil dispone de los elementos que componen el contrato y los requisitos necesarios para su existencia y validez, de los cuales se hará mención y desarrollo como base teórica del artículo.

De esta manera, el artículo 1501 del Código Civil menciona que los elementos de un contrato pueden ser: primero, elementos esenciales, los cuales permiten que un tipo de contrato se distinga de los demás y que, a su vez, son necesarios para que el contrato produzca efectos jurídicos; segundo, son elementos de la naturaleza “las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial” (Código Civil, 1887); tercero, aquellos elementos accidentales, que son parte integrante del contrato a través de cláusulas especiales.

Además, existen unos requisitos fundamentales para que se pueda afirmar que un contrato existe, a saber: la capacidad, esencial para que una persona se obligue; la voluntad, que a su vez está relacionada con el consentimiento, ya que esta se trata del ejercicio mental de una persona capaz y por medio del cual, decide obligarse; la existencia de una causa, es decir la motivación que lleva a una persona a celebrar un negocio jurídico; un objeto, que responde al “¿para qué?” de un contrato; además, se requiere el cumplimiento



de las formas de ley, o en palabra de Baena (2014), "Solemnidades *ad substantiam actus*, en los solemnes, y la entrega simple o la tradición, en los reales" (p. 44).

Asimismo, para que un contrato esté cubierto por validez, debe cumplir con unos requisitos que guardan estrecha relación con aquellos necesarios para su existencia. A estos, hace referencia el artículo 1502 del Código Civil, el cual estipula que, son requisitos de validez: la capacidad de ejercicio o debida representación; consentimiento libre de vicios, que se traducen en: error, que se produce de manera espontánea, la fuerza o violencia, y el dolo o error provocado; un objeto y causa lícitos, o en otras palabras, que no sean contrarios a las disposiciones de la ley o la Constitución.

### 3. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA CIVIL

Con base en el fundamento teórico planteado en el acápite anterior, y recordando que gracias a las características de las criptomonedas estas pueden ser utilizadas como medio de pago en el intercambio de bienes y servicios, la situación hipotética a estudiar es el acuerdo de usar criptomonedas como medio de pago, en la celebración de un contrato de compraventa civil entre dos o más usuarios de este tipo de monedas virtuales, teniendo como primer interrogante para analizar el siguiente: ¿es posible que el pago sea efectivo?

Debe precisarse que los elementos y requisitos mencionados en el Acápite II, especialmente aquellos que hacen referencia a la validez del contrato, no se ven afectados por el momento, en caso de que en una compraventa se pacte como medio de pago criptomonedas, ya que el acuerdo sobre la forma en que se pagará la obligación hace referencia a la manera de extinguir las obligaciones de que trata el contrato, por lo tanto estas no tienen un impacto sobre la capacidad, el consentimiento, o la licitud del objeto y la causa del mismo contrato.

Es cierto que podría discutirse la licitud de las criptomonedas como objeto dentro de un contrato de compraventa civil, especialmente porque, de acuerdo con la Ley 31 de 1992, el peso es el único medio de pago de curso legal en el país, y con relación al artículo 1519 del Código Civil colombiano (1887), no es lícito aquel objeto que es contrario al Derecho público de la Nación. Sin embargo, en el caso específico que se plantea dentro de este artículo, las criptomonedas no son el objeto en sí del contrato, sino la forma de extinguir las obligaciones derivadas del contrato de compraventa civil a través del pago.

En este mismo orden, debemos definir el contrato de compraventa a la luz del Código Civil colombiano, de manera que el artículo 1849 establece que "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. (...) El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio" (Código Civil, 1887).

A su vez, este tipo de contrato tiene unos requisitos que lo caracterizan como tal. Así, de acuerdo con el artículo 1857 del Código Civil, una venta se reputa perfecta a partir del momento en que las partes han acordado una cosa y un precio; este último debe hacerse en los términos del artículo 1864 del mismo Código; y que en el caso de

los bienes raíces, servidumbres y derechos herenciales, no se reputan perfectas hasta que no se haya otorgado la correspondiente escritura pública.

Pero el tema que interesa para resolver el interrogante presentado en este acápite es el pago efectivo como forma de extinguir las obligaciones, definido por el artículo 1626 del Código Civil como “la prestación de lo que se debe” (Código Civil, 1887), el cual tiene como requisitos de validez los siguientes: que el que paga sea dueño de la cosa o al menos que la pague con el consentimiento del dueño, y el que paga debe tener la facultad para enajenar (Art. 1633, Código Civil, 1887).

El problema radica en la característica que debe tener el precio, y el mencionado artículo 1849 es muy claro cuando establece que “y la otra pagarla en dinero”, elemento que, según Gómez (2008), es un elemento de la esencia del contrato de compraventa porque, al delimitar el precio como dinero, este permite diferenciar la compraventa del contrato de permuta, el cual está definido como aquel contrato en el que las partes se obligan a dar un cuerpo cierto o una especie por otro de estos (Código Civil, 1887); lo cual nos lleva a un segundo interrogante: ¿puede un contrato de compraventa degenerar en uno de permuta, cuando se ha pactado como medio de pago criptomonedas?

Aunque el artículo 1850 del mismo Código es claro al disponer que el precio no es sinónimo de dinero, debemos cuestionarnos si, en Colombia, las criptomonedas constituyen dinero, respuesta que podemos encontrar acudiendo a la Ley 31 de 1992 y, a pesar de que este no obliga, podemos remitirnos a uno de los conceptos expedidos por la Superintendencia Financiera, temas a los que se hará referencia más adelante, en el acápite V de este artículo, con el fin de dar respuesta a las preguntas planteadas en el presente acápite.

#### 4. TEORÍA ECONÓMICA DE LOS CONTRATOS

*Constantemente, las personas hacen promesas: los vendedores prometen felicidad, los amantes prometen el matrimonio, los Generales prometen la victoria, y los niños prometen comportarse mejor. El derecho interviene cuando alguien busca hacer cumplir una promesa por el Estado<sup>6</sup>.*

Robert Cooter y Thomas Ulen,  
Derecho y Economía (1988)

Para hablar de contratos, y ubicando el planteamiento de este trabajo en una posición neoinstitucionalista, es necesario resaltar la importancia de los contratos como mecanismos que ayudan a dinamizar la economía. Así, en su trabajo, Bejarano (2008) expone de manera breve las proposiciones de Cooter y Ulen sobre el objetivo del Derecho de los contratos, así: fomentar la cooperación entre individuos; lograr que el compromiso

6 Traducción Sofía Naranjo Valencia.

Texto original en inglés: *An Economic Theory of Contract Law*. Law and Economics, p. 276.

de cumplimiento sea efectivo; ayudar a que los costos de transacción sean mínimos, entre otros.

Para el caso presentado, la teoría económica del Derecho de los contratos, además de tratar el tema sobre cuándo una promesa es exigible, también estudia las implicaciones que tienen los costos de transacción en materia contractual, especialmente con respecto a los obstáculos que se puedan generar a partir de la celebración de un contrato, que no están previstos en la ley, y que las partes contratantes no pueden resolver por sí mismas.

De esta manera, los costos de transacción a los cuales se hace referencia, son definidos por Palacios (1999) como aquellos necesarios cuando se requiere asegurar el cumplimiento de un contrato, aunque también son "aquellos en los que se incurre para adquirir información relacionada con un negocio, o para hacer valer los derechos que surgen de él" (Palacios, 1999, p. 15).

Según Bejarano (2008), son aquellos costos que asumen las partes de una negociación en la que requieren una reglamentación autónoma. Es decir, las partes deben tener total claridad sobre quiénes son las partes contratantes, cuál es el objeto contractual y conducir las negociaciones al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.

En este orden de ideas, es importante la claridad conceptual sobre los costos de transacción, ya que de estos también depende la clasificación del contrato de compraventa en el que se pactan criptomonedas como medio de pago, en uno de los dos tipos de contratos dentro de la teoría económica del Derecho de los contratos.

Tenemos que, para esta teoría, pueden configurarse dos tipos de contratos: uno perfecto y uno imperfecto. El primero es aquel en el que los costos de transacción son nulos, y en el que las partes prevén cualquier situación que pueda generar algún riesgo a partir de la celebración de un contrato.

En el contexto de un contrato perfecto, "toda información relevante es comunicada; no deben existir vacíos que deban ser aclarados ante un Juez; nadie necesita la protección de una Corte frente a un engaño o abuso; nada puede salir mal"<sup>7</sup> (Cooter & Ulen, 2016, pp. 291-292).

A diferencia de este, se está frente a un contrato imperfecto cuando los costos de transacción son altísimos por distintas razones, ya sea porque dentro del contrato existen vacíos que no fueron previstos y cubiertos por las partes, cuando hay malentendidos con respecto a la interpretación de su texto, o cuando existen vacíos dentro de la ley aplicable a los contratos. Dicho esto, es en estos casos en los que se ve la necesidad de acudir ante un Juez o Tribunal.

Aterrizando al caso específico de que trata el artículo, ante la celebración de un contrato de compraventa civil, entre dos o más usuarios de criptomonedas, y en el que se pacta como medio de pago este tipo específico de monedas virtuales, se pueden generar situaciones como las mencionadas en el Acápite III, es decir que el pago del contrato no sea efectivo y, por lo tanto, no extinga la obligación en él contenida, y que la compraventa celebrada degenera en un contrato de permuta; factores que generan altísimos

7 Traducción Sofía Naranjo Valencia.

costos de transacción, y permiten ubicar el mencionado contrato en la clasificación de un contrato imperfecto.

En ese mismo sentido, la cuestión a abordar en el siguiente acápite, referente al dinero como medio para extinguir obligaciones, aportaría un elemento más que haría encajar al mencionado contrato dentro de la categoría de contrato imperfecto.

## 5. REGULACIÓN

### 5.1. Posturas del Banco de la República y la Superintendencia Financiera

Este acápite debe iniciarse con la siguiente pregunta: ¿en Colombia, las criptomonedas constituyen dinero? Pregunta que abordaría ambas cuestiones expuestas en los acápites III y IV de este artículo, ya que dependiendo de la respuesta, se definiría si pactando como medio de pago criptomonedas, en una compraventa civil, este pago es efectivo y si no lo es, degeneraría entonces en un contrato de permuta. En otras palabras, si las criptomonedas no constituyen dinero en Colombia, se convierten en un simple objeto de intercambio y no cumplen, por lo tanto, el uso ni el valor que los usuarios de este tipo de monedas virtuales le conceden, es decir como dinero fiduciario.

Para dar solución a la pregunta planteada, es fundamental abordar las posiciones tanto del Banco de la República como de la Superintendencia Financiera, ya que ambos órganos han tomado posiciones contundentes, pero reservadas, con respecto a la utilización de las criptomonedas en Colombia, el primero por ejercer funciones de banca central y el segundo, como entidad supervisora del sistema financiero del país.

Pero antes, resulta oportuno mencionar que la soberanía monetaria, entendida como la facultad o potestad de un Estado para regular lo concerniente a la moneda a nivel interno y controlar aspectos sobre el régimen cambiario que, en Colombia está en cabeza del Congreso de la República, según lo establecido en el numeral 13 del artículo 150 de la Constitución Política el cual le confiere a este órgano la facultad de "determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, (...)". (Const., 1991).

A su vez, la Constitución en sus artículos 371 y 372 le otorga al Banco de la República las funciones básicas de regular y emitir la moneda legal, entre otras. En este mismo sentido, el Congreso, a través de la Ley 31 de 1992, dicta las normas pertinentes a las que debe sujetarse el Banco de la República en el ejercicio de sus funciones.

En relación con las disposiciones de la Ley 31 de 1992, en su artículo 6 menciona que la unidad monetaria y unidad de cuenta en el país es el peso, que a su vez es emitido únicamente por el Banco de la República. Además, en el artículo 8 de la misma ley establece que el peso, como moneda legal, es el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado.

Del mismo modo, a través del concepto JDS-01933 del 31 de enero de 2017, el Banco de la República se pronunció sobre la utilización de las monedas virtuales afirmando que ni el legislador ni la autoridad monetaria le han dado el carácter de moneda a nivel nacional.

Lo anterior lleva a determinar que, en Colombia, el único medio que cumple la función de pago efectivo y que de esta manera extingue la obligación contenida en un contrato de compraventa, es el peso. De esto también se deduce que el valor de las criptomonedas no puede equipararse al valor del dinero fiduciario y, por lo tanto, estas monedas virtuales no constituyen dinero.

Por otra parte, la Superintendencia Financiera se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre el tema. En el caso de la Carta Circular n.º 52 expedida por esta entidad, primero confirmó y se adhirió a la posición del Banco de la República, y segundo, recordó a las entidades vigiladas por esta entidad que "no se encuentran autorizadas para custodiar, invertir, intermediar ni operar con estos instrumentos, así como tampoco permitir el uso de sus plataformas para que se realicen operaciones" (Superintendencia Financiera, 2017, p. 2).

En la misma Carta Circular referida, se manifestó con respecto a los particulares o público en general, advirtiendo sobre los riesgos que comporta la utilización de cualquier tipo de monedas virtuales, y señaló que

(...) corresponde a cada persona conocer y asumir los riesgos inherentes a las operaciones que realicen con este tipo de "monedas virtuales", pues no se encuentran amparadas por ningún tipo de garantía privada o estatal, ni sus operaciones son susceptibles de cobertura por parte del seguro de depósito. (Superintendencia Financiera, 2017, p. 2).

Es evidente entonces que, ante el caso propuesto con respecto a la celebración de un contrato de compraventa civil entre dos o más usuarios de criptomonedas, en el que se pacta como medio de pago este tipo de monedas virtuales, se vería afectado uno de los elementos esenciales de este, el precio. Lo anterior en razón a que, para que una compraventa no degenera en una permuta, el pago, que hace referencia al precio del contrato, debe constituirse como dinero para que se haga efectivo y extinga la obligación de que trata el contrato.

## 5.2. ¿Cómo le va a Colombia en materia de regulación de criptomonedas?

Continuando la indagatoria frente a la regulación de las criptomonedas en Colombia, debe decirse que, a parte de las posiciones que adoptaron tanto la mayor autoridad monetaria como la autoridad financiera, no existe una regulación normativa que trate el uso de este tipo de monedas virtuales, así como tampoco se encuentra un desarrollo jurisprudencial sobre el tema. Sin embargo, se halló que existen esfuerzos desde el poder legislativo para que su regulación sea una realidad.

El día 25 de julio de 2018, el senador Carlos Abraham Jiménez López presentó ante el Congreso de la República un proyecto de ley con el propósito de que se regulen las criptomonedas y las transacciones que con ellas se realicen. De este, debe decirse que

le fue asignado el número de proyecto 028 de 2018<sup>[8]</sup>, y se encuentra pendiente por rendir ponencia para primer debate en la comisión tercera del Senado de la República<sup>9</sup>.

No obstante, en Colombia aún existe incertidumbre sobre la manera en que deben realizarse las transacciones con criptomonedas; además de la clara falta de cualquier tipo de garantías para los usuarios de estas, asunto que también fue mencionado por la Superintendencia Financiera en la citada Carta Circular n.º 52.

Es así como se llega a afirmar que, a partir de dicha incertidumbre, la falta de regulación que a su vez implica una falta de garantías, y el hecho de que un contrato de compraventa civil degenera en uno de permuta en razón a que las criptomonedas no constituyen dinero en el país y que por lo tanto son tenidas en cuenta como simples objetos susceptibles de ser intercambiables, se materializa un contrato imperfecto de acuerdo con la teoría económica del Derecho de los contratos.

De esta manera, es claro que se evidencia la necesidad de que en Colombia exista una regulación sobre el tema; afirmación que se sostiene con lo expuesto en la misma teoría económica del Derecho de los contratos, porque frente a los costos de transacción que se generan a raíz de las situaciones planteadas, se hace pertinente la acción del Estado para producir *reglas del juego* que ayuden a reducir dichos costos.

Finalmente, unas reglas del juego claras tendrían como resultado que se reduzcan los riesgos generados a partir de la falta de bases legales y jurisprudenciales para los usuarios de criptomonedas en la celebración de negocios jurídicos en Colombia, ya que, según Palacios (1999),

En la medida en que no hay "reglas del juego", o en que no es claro cómo pueden hacerse cumplir por la fuerza a quienes no quieran respetarlas, los consumidores y los productores se abstienen de participar en el mercado, o lo hacen en muy pequeña escala (p. 22).

## CONCLUSIONES

Tal y como se planteaba, algo tan innovador como las criptomonedas puede generar ciertos desafíos para el Derecho. Dentro de las situaciones expuestas, se recuerda que, primero, no puede atribuírsele el carácter de compraventa al contrato en el que se pacta como medio de pago criptomonedas, sino que este degenera en un contrato de permuta.

Este problema se desencadena no solo a partir de la falta de regulación de este tipo de monedas virtuales, sino también por la posición que han adoptado tanto el Banco de la República como la Superintendencia Financiera, porque, a pesar de que dos o más partes, en este caso usuarios de criptomonedas, se fundamenten en la autonomía de la

8 El texto del proyecto de ley puede ser consultado en la web <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1155-proyecto-de-ley-028-de-2018>

9 La información sobre el estado del proyecto de ley sobre la regulación de criptomonedas en Colombia se obtuvo de la página web del Senado de la República: [http://senado.gov.co/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=288](http://senado.gov.co/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=288)

voluntad privada, el acuerdo de pago con estas monedas virtuales no es efectivo, ya que dicha posición considera que las criptomonedas no son un medio legal para extinguir las obligaciones al no ser consideradas como dinero.

Segundo, el contrato estudiado se ubica en la categoría de contrato imperfecto, como consecuencia de los altos costos de transacción que pueden derivarse de este. Las razones para esta categorización no son distintas a las ya planteadas en el primer punto. Es claro que, al no existir *reglas del juego* claras, por la carencia de bases legales y jurisprudenciales sobre el tema, se hace necesario para las partes que abandonen la esfera de reglamentación autónoma, y se vean en la obligación de acudir a la jurisdicción para solucionar los conflictos derivados de estas circunstancias.

Además, la falta de garantías para los particulares, usuarios de criptomonedas, que hace que ellos mismos tengan que asumir los riesgos que implican las transacciones realizadas con estas monedas virtuales y la celebración de negocios jurídicos con las mismas, es otro factor importante al momento de hablar de costos de transacción altos.

Ambos puntos se traducen en verdaderos desafíos jurídicos para Colombia. Es por esto que, de acuerdo con la teoría económica de los contratos, en la que se justifica la regulación de una situación por parte del Estado cuando se está frente a un contrato imperfecto, es pertinente afirmar que el Estado colombiano debe estar abierto al debate de la regulación de las criptomonedas como medio de pago y, por tanto, como forma de extinción de las obligaciones.

En fin, cuando de innovaciones tecnológicas se trata, es importante que el Derecho esté conectado con la realidad. No sería adecuado asumir posiciones prohibitivas ante los avances tecnológicos sin antes estudiar las implicaciones que esto tendría, es recomendable que se asuma una posición de acuerdo con el análisis del contexto de los cambios por los que atraviesa la sociedad.

## REFERENCIAS

- Anónimo. Cómo Colombia llegó a ser el país latino en el que más crece el mercado de bitcoin. (2018). *Revista Dinero*. Recuperado de <https://www.dinero.com/economia/articulo/como-en-colombia-crecio-el-mercado-de-bitcoin/256116>
- ARANGO, C.A. y BERNAL, J.F. (2017). *Criptomonedas*. Recuperado de <http://www.banrep.gov.co/es/publicaciones/documento-tecnico-criptomonedas>
- BAENA, M. (2004). *De las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial*. 3ra Ed. Bogotá: Legis S.A.
- Banco de la República de Colombia (31 de enero de 2017). Concepto JDS-01933. Recuperado de <http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/concepto-jdbr/jds-01933>
- BEJARANO, J.A. (2008). Al análisis económico del derecho: comentarios sobre texto básico. *Revista de Economía Institucional*. 1 (1). [p. 155-p. 167] Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/314/301>
- Código Civil [Código]. 1887. 33ª Ed. Legis.



- Congreso de Colombia (29 de diciembre de 1992). Ley del Banco de la República. [Ley 31 de 1992] Recuperado de [http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/ley\\_31\\_1992\\_compendio.pdf](http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/ley_31_1992_compendio.pdf)
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 33ª Ed. Legis.
- COOTER, R. & ULEN, T. (2016). *Law and Economics*. 6ta Ed. Berkeley Law Books. Recuperado de <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>
- Corte Constitucional, Sala plena (16 de marzo de 2011). Sentencia C-186/11. [M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto].
- European Banking Authority [EBA] (2014). *EBA Opinion on 'virtual currencies'*. Recuperado de <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>
- European Central Bank (2012). *Virtual Currency Schemes*. Recuperado de <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>
- GAFI (2015). *Directrices para un enfoque basado en riesgo. Criptomonedas*. Recuperado de <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Directrices-para-enfoque-basada-en-riesgo-Monedas-virtuales.pdf>
- GÓMEZ, C. (2008). *De los principales contratos civiles*. 4ª ed. Bogotá: Temis S.A.
- Superintendencia Financiera (22 de junio de 2017). Carta Circular n.º 52. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/10089581>
- PALACIOS, H. (1999). *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, Colombia: Derecho vigente.
- RIVAS HERAZO, P. (2016). Revista de derecho privado. *La inclusión del bitc oin en el marco de la soberanía monetaria y la supervisión por riesgos en Colombia*. (n.º 55). Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360046467006.pdf>